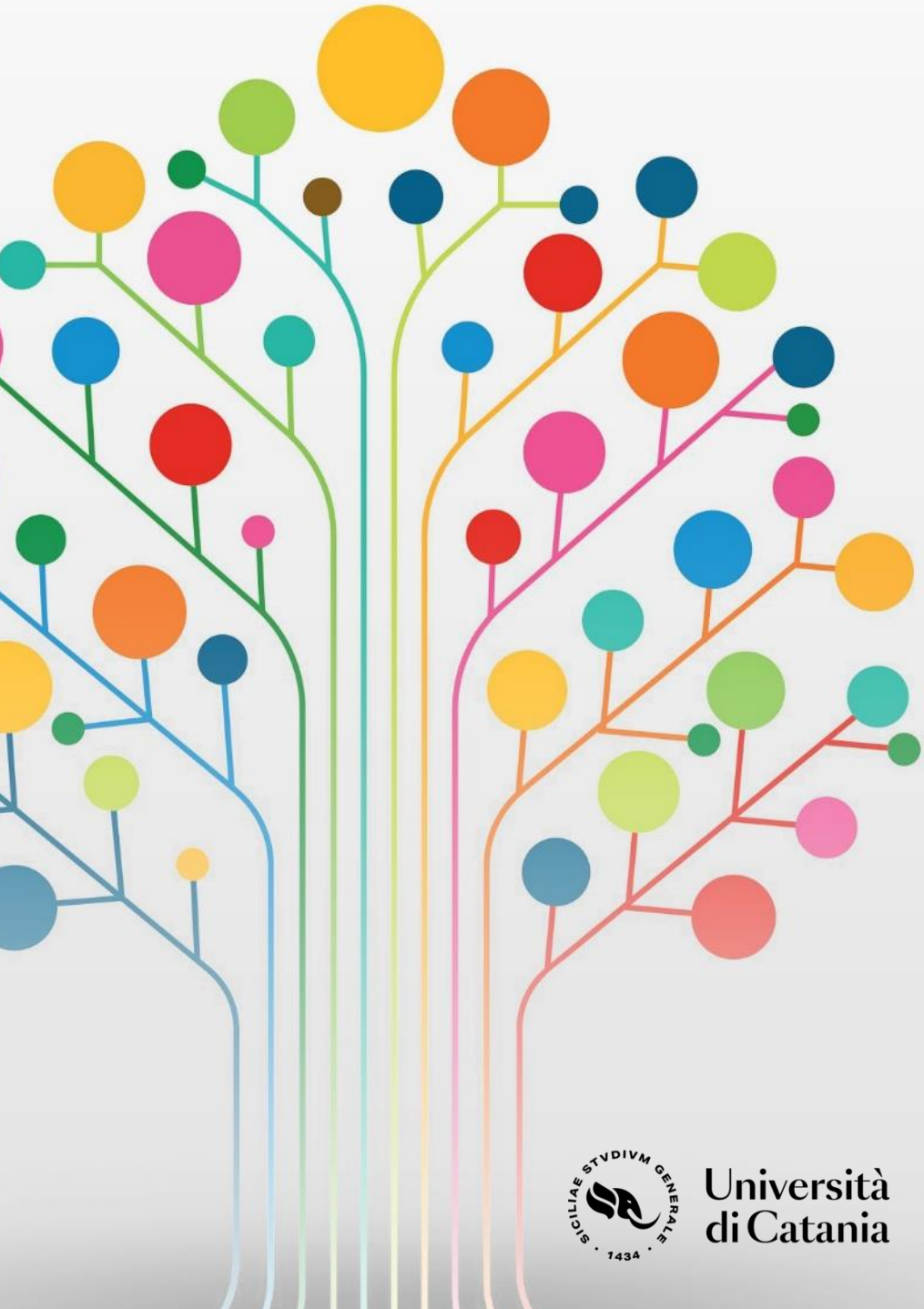
1/2020

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

LUIGI MARIUCCI, Università "Cà Foscari" di Venezia

STEFANIA BUOSO, Università di Ferrara

LUIGI DE ANGELIS, già Presidente della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Genova

GIOVANNA PISTORE, Università di Padova

ADALBERTO PERULLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, Università di Roma "Sapienza"

MASSIMILIANO DELFINO, Università di Napoli "Federico II"

ALESSANDRO GARILLI, Università di Palermo

GAETANO NATULLO, Università del Sannio

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

FRANCESCO SANTONI, Università di Napoli "Federico II"

GIULIA FROSECCHI, Università di Firenze

GIOVANNI ORLANDINI, Università di Siena

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

ROBERTO VOZA, Università di Bari

ANNA RITA TINTI, Università di Bologna

PASQUALE SANDULLI, Luiss Guido Carli

ANGELO PANDOLFO, Università di Roma "Sapienza"

MICHELE FAIOLI, Università Cattolica del Sacro Cuore

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2020 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569035

Venti Maggio
BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA"

n. 1/2020

SOMMARIO

Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo
Luigi Mariucci 1

Health and safety at work: the prevention model in Italy
Stefania Buoso 18

L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore e la corte di cassazione: brevi riflessioni critiche
Luigi de Angelis 29

Totalizzazione e libera prestazione di servizi
Giovanna Pistore 38

Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i *riders* autonomi
Adalberto Perulli 51

Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui *riders* e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020
Giuseppe Santoro Passarelli 102

The reinterpretation of the principle of horizontal subsidiarity in European social law
Massimiliano Delfino 110

Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona
Alessandro Garilli 120

Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?
Gaetano Natullo 139

L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663
Franco Carinci 152

Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale
Valerio Speziale 166

La disciplina dei contratti di lavoro a termine negli enti lirici tra diritto comune e regole speciali
Francesco Santoni 191

An internationally oriented interpretation of EU law on public procurement: strengthening labour clauses through ILO Convention no. 94
Giulia Frosecchi - Giovanni Orlandini 209

Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori
Stefano Giubboni 228

Il diritto come progetto politico: Gino Giugni e lo Statuto dei lavoratori
Roberto Voza 241

Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale
Anna Rita Tinti 285

Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito
Pasquale Sandulli - Angelo Pandolfo - Michele Faioli 328

Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?
Lorenzo Zoppoli 334

Lo Statuto dei lavoratori. Un parto cesareo
Franco Carinci 353

Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo*

Luigi Mariucci

1. Il diritto del lavoro nel periodo dell'interregno. 2
2. La lunga stagione del giuslavorismo liberista e il suo esaurimento. 2
3. La questione sindacale e le ricorrenti vulgate sul declino del sindacalismo. 4
4. Gli esiti controversi della ideologia e della pratica della di-sintermediazione. 5
5. Azione sindacale e diversificazione sociale. 6
6. Le difficoltà del giuslavorismo progettuale. 8
7. Embrioni di una possibile prospettiva: tre belle parole e due brutti "ismi". 9
8. Il fondamento della supremazia del valore lavoro. 12
Riferimenti bibliografici. 15

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 407/2020

1. Il diritto del lavoro nel periodo dell'interregno.

Tra le tante formule scaturite dalla fantasia degli scienziati sociali per descrivere le società contemporanee una mi pare si addica in particolare allo stato del diritto del lavoro: la figura dell'*interregno*, secondo la quale, mutuando una celebre espressione gramsciana, saremmo nel classico periodo in cui una fase è tramontata mentre ancora non si intravedono i segni della nuova epoca [1]. Una formula, come si vede, fortemente evocativa, e ben più espressiva di un altro apparente sinonimo, quello che allude a una fase di pura e semplice *transizione*. Infatti il termine "transizione" oltre ad assumere per sua natura una vocazione temporanea, si riferisce in qualche modo a una tendenza comunque di carattere "progressivo". Terminata una fase precedente ne seguirebbe poi, a breve o medio termine, una di livello più alto, per così dire superiore. L'*interregno* invece ha una natura più problematica ed essenzialmente dubitativa: non si sa infatti quanto durerà la fase intermedia né è in alcun modo detto che quella successiva assuma caratteri più "avanzati". Anzi è possibile l'esatto contrario.

Questo è molto vero per il diritto del lavoro e più in generale per le problematiche lavoriste oggi. Sappiamo, o meglio ancora *sentiamo* che è esaurita un'epoca: quella del giuslavorismo liberista a senso unico. Ma non è chiaro se e come si stabilizzerà una nuova fase.

2. La lunga stagione del giuslavorismo liberista e il suo esaurimento.

Con l'espressione "giuslavorismo liberista" intendo quell'indirizzo di pensiero e di produzione normativa predominante in Italia nell'ultimo ventennio, in sintonia con analoghe tendenze nella Unione europea e oltre. Mi riferisco in particolare al lungo ciclo progettuale e legislativo che va dal "libro bianco del lavoro" del 2001 al *JobsAct* del 2015. L'idea di fondo di questa impostazione è stata tanto semplice quanto efficace. A un piccolo paese come l'Italia, afflitto da un pesante debito pubblico e tuttavia ancora rilevante sul piano politico-istituzionale, essendo uno dei fondatori della Unione europea, ed anche economico, specie in ragione della consistenza (residua ma ancora significativa) della sua industria manifatturiera e della capacità di esportazione, non restava che procedere lungo la via di una progressiva liberalizzazione delle forme e delle discipline del lavoro. Era questa una scelta in qualche modo necessitata in ragione dei processi di globalizzazione, ovvero della competizione aperta sui mercati senza vincoli sociali, accentuatisi in particolare dopo il crollo della Unione sovietica e gli accordi del WTO del 2001[2].

In questo lungo processo vanno distinte due fasi. La prima, annunciata dal "libro bianco del lavoro" del 2001 e parzialmente tradotta nella l.n 30 del 2013 e nel dlgs. n. 216 del 2013, si iscriveva in una lettura irenica del processo economico. Il mondo, e le stesse economie occidentali, sembravano allora avviate verso una fase di nuovo e ininterrotto sviluppo, come era accaduto nel ciclo economico succeduto alla fine della seconda guerra mondiale. In questa prospettiva occorreva modulare le discipline del lavoro per intercettare tutte le potenzialità espansive della occupazione e del mercato del lavoro. Questa era la sostanza del pensiero di Marco Biagi [3]. Da qui la

---

[1] "Definendo "Interregnum" la nostra condizione attuale, ci riferiamo a un arco di tempo di lunghezza ancora sconosciuta, che si estende tra un contesto sociale che ha fatto il suo corso e l'altro, non ancora definito e certamente indeterminato, che ci aspettiamo o sospettiamo lo sostituirà": così Zygmund Bauman riformula l'espressione gramsciana (cfr. Bordoni 2016, p.16).

[2] Cfr., per tutti, Gallino 2001; Stiglitz 2013; Crouch 2014

[3] Si veda *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelt*i 2003. Per un bilancio problematico di questo ciclo di interventi legislativi cfr. *Dopo la flessibilità cosa?* 2006.

moltiplicazione delle figure flessibili di lavoro e la stessa proposta, poi rientrata, di una modifica parziale dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori. La seconda fase è quella inaugurata dalla crisi economico-finanziaria del 2007-2008. Qui crolla il mito dello sviluppo ininterrotto come nuova dimensione della globalizzazione. Dilagano crisi aziendali e ricorso massiccio agli ammortizzatori sociali, in specie Cassa integrazione straordinaria e indennità di mobilità. Era evidente che nella nuova fase si sarebbe dovuto cambiare registro: puntare non più sulla flessibilizzazione indiscriminata del lavoro, ma sulla valorizzazione della qualità del lavoro e dell'impresa con politiche mirate e selettive. Invece un governo di centrosinistra fece il contrario: non solo si rafforzarono le politiche di flessibilizzazione del lavoro, liberalizzando i contratti a termine e la somministrazione del lavoro, ma con il *JobsAct* si volle rompere l'"ultimo tabù" [4] che dopo la riforma Fornero del 2012 aveva ormai solo un valore simbolico: l'abrogazione totale dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Realizzata, per di più, con modalità particolarmente lesive dei principi costituzionali di garanzia della dignità del lavoratore: vincolando il giudice a disporre una esigua indennità anche a fronte di licenziamenti ingiustificati e incentivando fiscalmente una irrisoria "offerta di conciliazione" da parte del datore di lavoro. Non c'è da stupirsi che tale intervento sia poi stato giudicato parzialmente, ma su un punto cruciale, illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n.194 del 2018 [5].

Il bilancio economico-sociale di tali politiche è presto fatto: i tassi di disoccupazione restano al di sopra della media europea, i contratti precari superano di gran lunga le assunzioni a tempo indeterminato, cresce il lavoro povero[6], le disuguaglianze aumentano, l'economia ristagna. Il bilancio politico è altrettanto conseguente: vincono i "populisti al governo".

Infatti mentre in Gran Bretagna lavoratori e ceti popolari hanno largamente votato per la Brexit e negli Usa gli operai della cintura industriale hanno scelto Trump, in Italia le elezioni del 4 marzo 2018 sono state vinte da due formazioni definite dal linguaggio corrente come "populiste". È dunque accaduto che i ceti più deboli, a cui il capitalismo nell'epoca del benessere diffuso aveva promesso il passaggio al mitico ceto medio, impoveriti dalla globalizzazione e insidiati sul piano della stessa sicurezza esistenziale da una immigrazione incontrollata si sono ribellati. Hanno quindi revocato il loro consenso alle *èlites* e ai partiti che per decenni li avevano rappresentati e si sono rivolti in massa alle formazioni definite, appunto, populiste le quali, in modi diversi, non annunciano più ulteriori concessioni alla logica del libero mercato ma il ritorno a robusti interventi di protezione sociale e persino a vere e proprie forme di neo-statalismo. Emblematici, in tal senso, sono gli interventi promessi e in parte realizzati dal governo rimasto in carica dal 2018 all'agosto 2019 in materia di riduzione dell'età pensionabile, di restrizione delle assunzioni a termine, di sostegno al reddito in termini variamente riconducibili al cosiddetto reddito di cittadinanza ovvero alla introduzione di un salario minimo legale [7].

In questo quadro, che ha precise corrispondenze sul versante sovranazionale e specificamente europeo, sono evidenti due cose. Il giuslavorismo liberista è tramontato, nelle due versioni fin qui conosciute: quella *soft*, iscritta nella direttiva europea della cosiddetta *flexsecurity* [8], e quella *hard*

---

[4] È questo il titolo dato all'intervista di Accornero 1999.
[5] Si vedano, anche per richiami ai molti commenti, gli interventi di Mariucci 2019, Ballestrero 2019, Martelloni 2019, Novella 2019.
[6] Si vedano gli interventi pubblicati nei numeri 4/2018 e 1/2019 di Lavoro e diritto, col titolo, rispettivamente, di *Lavoratori poveri. Modelli e strumenti di tutela sociale*, e *La povertà nonostante il lavoro*.
[7] Per un esame critico dell'insieme di tali provvedimenti cfr. Bellavista 2019.
[8] Per una valutazione aggiornata in tema cfr. Giubboni 2019.

propugnata appunto dalle logiche di *Law and Economics* secondo le quai le norme di diritto del lavoro devono essere puramente e semplicemente subordinate alle esigenze del mercato e persino agli immediati e atomistici bisogni dell'impresa, al di fuori di ogni visione sistemica delle prospettive di medio-lungo periodo degli equilibri sociali. Ma non emerge una nuova progettualità per così dire post-liberista. Certo è che nessuno più pensa di attribuire alla legislazione del lavoro un ruolo determinante. Si provi ad immaginare che in uno qualsiasi dei paesi europei si alzi qualcuno a dire: per favorire lo sviluppo bisogna facilitare i licenziamenti ovvero per incrementare l'occupazione bisogna ridurre le garanzie dei lavoratori occupati. Una tale affermazione apparirebbe semplicemente impronunciabile. Tuttavia Il tramonto del giuslavorismo liberista attende ancora una rinascita progressista. Ci vorrà tempo ma prima o poi accadrà.

3. La questione sindacale e le ricorrenti vulgate sul declino del sindacalismo.

Da tempo si profetizza l'inevitabile declino del sindacato nella società post-fordista, post-industriale, post-moderna, tanto per citare alcuni degli inflazionati stereotipi a cui si connette il prefisso post. In Italia da almeno quarant'anni, a partire da un aureo libretto intitolato "declinare crescendo" (Manghi 1977). Fatto sta che quarant'anni dopo i sindacati sono ancora lì, mentre dei soggetti politici che avrebbero dovuto svolgere le magnifiche sorti della "autonomia del politico" non c'è più alcuna traccia. C'è dunque da riflettere su questo. Basti pensare alla singolare vicenda del sindacalismo maggioritario in Italia. Le tre principali confederazioni (Cgil, Cisl, Uil) nacquero a seguito della rottura, nel 1948, del patto tra i partiti che avevano fondato la Cgil unitaria. Di quei partiti si è persa persino la memoria ma le tre confederazioni sono ancora sulla scena, per quanto indebolite, anche in ragione della diminuzione degli iscritti e della perdita di rappresentatività tra i lavoratori attivi. A cosa si deve questa straordinaria longevità di organizzazioni la cui matrice genetica ha perso di significato da più di mezzo secolo? È solo un fenomeno di sopravvivenza burocratica, in ragione dei meccanismi già impagabilmente descritti dalla analisi michelsiana, o c'è qualcosa di più e di diverso? I profeti del declino se non della scomparsa dei sindacati nell'era della globalizzazione liberista non danno risposte adeguate di modo che le loro analisi non ci illuminano granchè sulle tendenze reali in corso.

Nel quadro appena descritto c'è dunque da chiedersi perché i sindacati a dispetto dei loro vistosi limiti e della perdita di sostanziale rappresentatività nonostante tutto sopravvivano. Di certo perché danno servizi e hanno luoghi fisici di riferimento[9]. Ovunque si può trovare la sede di una camera del lavoro o di altri sindacati, un Caf, un centro servizi sindacali. Da nessuna parte invece si trovano più sedi di partito. È ciò che si chiama capacità di connessione sociale. Poi i sindacati, dove possibile, svolgono ancora funzioni contrattuali[10]. È evidente quindi che la persistenza dei sindacati va valutata vuoi per l'insieme di funzioni svolte in chiave di rappresentanza sociale degli interessi, incluse le attività materiali di servizio, vuoi in ragione delle tradizionali performance sul piano contrattuale.

[9] Cfr. in tema l'analisi di Carrieri, Feltrin 2016, e gli ampi richiami di Caruso 2019.

[10] Per una recente analisi del sistema contrattuale, con particolare riferimento al tema retributivo, cfr. Lassandari 2019.

4. Gli esiti controversi della ideologia e della pratica della di-sintermediazione.

La tenace sopravvivenza di quella particolare forma intermedia di organizzazione sociale costituita dai sindacati è dimostrata anche dall'effimero successo di una parola d'ordine utilizzata in una recente esperienza di governo: quella della *disintermediazione* [11]. In occasione della presentazione di un disegno di legge sul mercato del lavoro, poi chiamato con provinciale neologismo *JobsAct*, il quale incideva vistosamente sui rapporti di lavoro (dalla disciplina del licenziamento alla revisione delle diverse forme di lavoro temporaneo) il presidente del consiglio in carica si esibì in una singolare dichiarazione: "i sindacati non si occupino della legge, che è materia del Governo e del Parlamento, si impegnino invece a negoziare con le imprese le situazioni di crisi". Dichiarazione dal sapore, si direbbe, giacobino, non fosse che il contenuto del provvedimento aveva in realtà un carattere piuttosto termidoriano. L'esibita eliminazione di ogni forma di tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati era infatti la carta di identità di quel provvedimento: scelta priva, con evidenza, di ogni reale motivazione economico-produttiva ed animata da una esclusiva intenzione politica finalizzata al cambio di natura del partito allora perno dello schieramento di governo e mossa dalla illusione che rompendo le radici persino "sentimentali" con la storica tradizione della "sinistra di governo" si aprissero chissà quali praterie di consenso elettorale[12]. L'esito di questa decisione, al pari di quella relativa al sottoporre a referendum popolare una riforma costituzionale pasticciata con un improvvido piglio bonapartista, è stato come prevedibile fallimentare. Infatti perché mai un lavoratore normale, a cui hanno allungato l'età pensionabile, hanno liberalizzato la disciplina del licenziamento, che magari nel suo quartiere ha a che fare con una crescente e incontrollata immigrazione extracomunitaria, a cui per decenni hanno ribadito ossessivamente che la classe operaia non esiste più, non esiste più nessuna ideologia e nessuna possibile aspirazione a un mondo diverso poiché tutto viene deciso dalle leggi sovrane del libero mercato, perché mai questo normale lavoratore dovrebbe dare il proprio consenso a quanti l'hanno risospinto in una condizione marginale? È bene ricordare che nello spirito di massa, ovvero nella coscienza diffusa, la solidarietà non è mossa dai buoni sentimenti, meritevolmente predicati da un pontificato illuminato, ma è il risultato di una connessione materiale ancora prima che valoriale. Rotti entrambi questi argini tutto diventa possibile.

Infatti le elezioni del 4 marzo 2018 sono state vinte, come sopra ricordato, da formazioni definite –appunto- "populiste", la principale delle quali (i 5stelle) non propone una pura e semplice "disintermediazione" nel rapporto con le organizzazioni sociali, sulla falsariga del precedente governo, ma qualcosa di ancor più radicale: la sostituzione delle forme classiche della democrazia rappresentativa con i meccanismi immediati della "democrazia della rete". Ipotesi più illusoria che pericolosa, comprese le allusioni al metodo del "sorteggio" ai fini della scelta dei rappresentanti. Metodo, come noto, largamente praticato in passato all'epoca dei Comuni, da Firenze a Venezia, nell'ambito –tuttavia- di una forma di governo appunto oligarchica e non democratica. Al di là delle dichiarazioni retoriche da quel versante non viene formulato un rifiuto per così dire programmatico del confronto con le organizzazioni sociali. Dipende dai temi e dai contesti. Dove i sindacati svolgono un ruolo necessario si è infatti pronti a prenderne atto: si vedano i molti casi di crisi e ristrutturazioni aziendali, specie dove si tratta di contrastare politiche di delocalizzazione di imprese multinazionali. In seguito si è poi verificato un paradossale e persino caricaturale

[11] In tema per una ampia analisi cfr. Caruso 2017.
[12] Per una analisi critica al riguardo rinvio a Mariucci 2015.

rovesciamento del paradigma della di-sintermediazione. Nell'estate 2019, nello scorcio di una esperienza di governo in via di rapido esaurimento, le convocazioni dei sindacati da parte del governo si sono moltiplicate in vista del confronto sulla legge di stabilità per il 2020: effettuate per un verso dalla presidenza del consiglio, e irritualmente, per l'altro, da un vice-ministro *pour cause* anche ministro dell'interno. Tali incontri naturalmente non hanno avuto alcun esito concreto. Sta di fatto che sul piano del metodo il rapporto con le rappresentanze sociali seppure ai fini ambigui di rilegittimazione della capacità decisionale di un governo ormai in crisi viene comunque rilanciato.

5. Azione sindacale e diversificazione sociale.

Sul versante strettamente sindacale accadono poi una serie di fenomeni degni di interesse. Intanto non è affatto vero che le forme di associazione collettiva degli interessi declinino in quanto tali: è vero il contrario. Le forme associative proliferano e si frammentano. Rilevante, in particolare, è il fenomeno della moltiplicazione delle associazioni imprenditoriali. La Confindustria, già leader indiscusso della rappresentanza dell'industria, pare ridotta a un simulacro: la fuoriuscita della Fiat voluta da Marchionne ha segnato una tendenza che non sembra arrestarsi, talchè anche tra gli studiosi il tema più osservato diventa quello della rappresentatività delle associazioni imprenditoriali piuttosto che dei sindacati dei lavoratori (Forlivesi, 2018). L'esito di tali processi sta nella moltiplicazione dei contratti nazionali di categoria, a dispetto delle enfatizzate tendenze alla aziendalizzazione delle relazioni contrattuali, stimati dal Cnel nel numero di oltre 800. Tali tendenze producono singolari paradossi. Uno di questi riguarda la questione del *salario minimo legale*. Si veda la prima versione con cui il tema è stato enunciato da un testo di legge: "nei settori non regolati dai contratti collettivi" è la formula adottata dall'art.6, lettera h, della legge delega n.183 del 2914. Quali? Si direbbe nessuno: persino i famosi *riders*, epigoni dei *pony express* di cui si discuteva trenta anni fa, hanno il loro inquadramento nel contratto nazionale della logistica. Tant'è che più di recente il tema è stato affrontato in una chiave del tutto diversa: stabilendo, in primo luogo, l'estensione *erga omnes* del trattamento economico complessivo previsto dai contratti collettivi stipulati dai sindacati più rappresentativi e comunque fissando un minimo salariale orario di 9 euro lordi (cfr. d.d.l n. 658 del 2019).

Continua inoltre ad esistere in dimensioni tutt'altro che irrilevanti anche la contrattazione aziendale in senso proprio, quella cioè effettiva, che si svolge tra controparti fisicamente esistenti, e non costituisce una semplice finzione contabile in virtù dei meccanismi di defiscalizzazione dei premi di rendimento o di voci retributive comunque riferite alla crescita della produttività. Ma proprio da queste forme persistenti e diffuse di contrattazione aziendale nasce un rilevante problema sul piano della funzione e del senso stesso del sindacalismo.

Dunque, come si è detto**,** anche nell'epoca della post-globalizzazione, del dissolvimento delle concentrazioni operaie tipiche dell'industrialismo del novecento, della estrema differenziazione delle forme lavorative e della frammentazione dei mercati del lavoro i sindacati, nonostante tutto, continuano ad esistere. Si potrebbe dire che continuano a "declinare crescendo". Tuttavia si trovano di fronte un insieme di contraddizioni difficili se non impossibili da sciogliere. La prima è quella tra sindacato come rappresentanza generale e sindacato come rappresentanza di interessi specifici. Per un verso proprio i processi di frammentazione del mercato del lavoro e di moltiplicazione dei rapporti di lavoro di tipo intermittente e precario, a cui va aggiunto il rilevante problema della integrazione degli immigrati extracomunitari, indurrebbero a ritenere che la forma più moderna

e utile di rappresentanza sindacale sia appunto quella di tipo generale, sul modello delle antiche Camere del lavoro. Le quali erano anzitutto luoghi di aggregazione dei lavoratori dispersi, strumenti di avviamento al lavoro dei disoccupati e scuole di alfabetizzazione e istruzione professionale. Proprio ciò che serve di più oggi a fronte del lavoro povero, diffuso e in specie del lavoro degli immigrati. Al contrario, se si guardano i settori avanzati delle imprese innovative, competitive sui mercati internazionali e tutto ciò che si riconduce alla prospettiva della industria 4.0 il modello di sindacato utile appare di tipo completamente rovesciato: serve un sindacato specializzato, capace di cogliere le specifiche articolazioni dei complessi interessi in gioco e soprattutto dotato di professionalità di alto livello che gli consentano di confrontarsi con le punte più avanzate della innovazione tecnologica. Ciò che con uno slogan è stato definito: "contrattare l'algoritmo". In questo quadro si ripropone appunto il risalente dilemma tra sindacato-associazione e sindacato come rappresentanza generale del lavoro, che già a suo tempo, in una situazione degli assetti lavorativi ben più semplificata, comportò traumatiche evoluzioni della vicenda sindacale. Vengono in mente le vicende della Cgil alla metà degli anni '50, quando dopo il rifiuto della contrattazione aziendale da parte della Cgil in nome della difesa della uguaglianza dei trattamenti e della solidarietà di classe, a seguito della sconfitta alle elezioni delle Commissioni interne alla Fiat, la Cgil pronunciò una famosa autocritica (sia pure con le celebri parole di Di Vittorio secondo cui "noi abbiamo commesso degli errori, ma in nostri errori non sono quelli che ci rimproverano i nostri avversari") e si impegnò per lo sviluppo di quella che fu poi definita la contrattazione articolata. La situazione oggi è ancora più controversa. Si pensi alla diffusa contrattazione aziendale che si è svolta nelle imprese più avanzate, ad esempio nel settore della meccanica in Emilia: un insieme rilevante di contratti aziendali, promossi e stipulati dalla stessa Fiom-Cgil, all'insegna di una avanzata cooperazione negoziale sul modello tedesco, ma anche caratterizzati da notevoli *benefits* assicurati ai dipendenti sul piano del Welfare aziendale (Mattei 2018). Da qui nasce un interrogativo di fondo: si tratta di trattamenti migliorativi introdotti in sede aziendale e destinati ad essere diffusi e socializzati, come accadde nel rapporto tra contrattazione aziendale e contrattazione nazionale di categoria negli anni '70 dello scorso secolo, o al contrario di trattamenti esclusivi, non estensibili, diretti quindi ad aprire ulteriori fratture con la condizione dei lavoratori non coinvolti oltre che con la dimensione universale del *Welfare* pubblico [13]? Allo stato siamo di fronte ad una contraddizione, come si diceva un tempo, *reale*, vale a dire insuperabile. Può essere solo maneggiata con cura. Da qui una sottolineatura sul quanto oggi appaia davvero difficile il mestiere del sindacato: si tratta di combinare, niente meno, che una elevata capacità di rappresentanza specifica, iperprofessionale, nelle aziende tecnologicamente avanzate e attività di elementare organizzazione sociale e persino di neo-alfabetizzazione sul modello delle camere del lavoro ottocentesche. Ciò accade proprio perché le forme di produzione sono caratterizzate da un intreccio complesso e a tratti indecifrabile tra modi di uso della forza-lavoro radicalmente diversi: si va dalle aziende tecnologicamente avanzate in cui si pongono problemi di gestione del lavoro a fronte delle più innovative tecnologie digitali alle forme produttive tradizionali fino a modi di utilizzo del lavoro arcaici e pre-moderni (così specialmente nei settori di sfruttamento della manodopera immigrata), e a intrecci tra arcaicità e post-modernità fino a qualche tempo fa impensabili, come succede quando le piattaforme informatiche gestiscono il lavoro povero dei

[13] Per una documentazione in tema cfr. *Modelli ed esperienze di welfare aziendale* 2018.

riders o in agricoltura le vecchie forme di caporalato si svolgono non più nelle piazze dei paesi ma attraverso un *WhatsApp* [14].

6. Le difficoltà del giuslavorismo progettuale.

Il giuslavorismo liberista che ha dominato la scena degli ultimi trent'anni dovrebbe fare una onesta autocritica. Dalle leggi Treu, che tuttavia tenevano fermo il principio della "flessibilità regolata", fino alla flessibilità del lavoro assunta come un valore in sè e portata alle estreme conseguenze dall'insieme di provvedimenti riassunti nel titolo del *JobsAct*. Naturalmente ciò non accade: per lo più si continua a perseverare.

In questo quadro si registra una specifica difficoltà del giuslavorismo progettuale, ciò che una volta si definiva la "migliore dottrina". Vi sono naturalmente molti e suggestivi spunti ricostruttivi. Vi è chi formula interessanti costruzioni sull'annoso tema della revisione della fattispecie fondamentale, ovvero sui nessi tra lavoro subordinato e lavoro autonomo e propone un rilancio teorico-pratico della dimensione del diritto internazionale del lavoro (Perulli 2017; Perulli 2019a). Chi riattualizza la prospettiva della razionalizzazione giuridica e della conclusiva ridefinizione dei nessi tra sindacati e ordinamento giuridico: si vedano in proposito le diverse proposte formulate in ordine alla attuazione della seconda parte dell'art. 39 cost. [15]. Chi cerca ancora nella dimensione europea un ancoraggio rispetto alla crisi del diritto nazionale del lavoro già segnalata da Massimo D'Antona trent'anni fa. Chi va alla ricerca di ispirazioni culturali e/o filosofiche tali da restituire una diversa e più complessa ispirazione valoriale a un giuslavorismo all'altezza dei tempi (Caruso, Del Punta,2016). Chi persegue tenacemente una linea all'insegna, si direbbe, di una aggiornata *restauratio temporis acti* (Alleva 2019). Sono tutti tentativi generosi e tuttavia a loro modo insoddisfacenti, come ho avuto occasione di osservare altrove (Mariucci 2016). Per non dire di quanto ormai risulti del tutto sterile sul piano cognitivo e persino su quello meramente pratico della politica del diritto ogni approccio di tipo meramente pragmatico. Tutte le costruzioni appena riassunte sono infatti puntualmente sopraffatte dai processi reali. La brutalità dei rapporti di forza e della logica di mercato prevale su tutto. Questo certo favorisce la riproposizione di risalenti propensioni all'insegna di un neomaterialismo giuridico (Bavaro 2017). Tuttavia qualcosa dice che il più grande economista del novecento concludesse una delle sue principali opere con la frase, riferita alle idee, secondo cui "il mondo è governato quasi solo da loro"[16]. Non si tratta di contrapporre a un vincente neomaterialismo, nelle diverse versioni per così dire di destra e di sinistra, un risalente neoidealismo. Il pensiero critico infatti non può non nutrirsi di una qualche forma di eclettismo, come si addice a ogni autentica inclinazione laica. Come faceva a suo modo Montaigne quando, essendo uno smemorato, estraeva a caso i libri dalla sua biblioteca e altrettanto casualmente li commentava (Zweig 2014). Essendo tuttavia fermo su una propria tavola di valori. Traducendo ai tempi d'oggi si potrebbe concludere così: va ancora tenuta ferma e pensata come oggetto rilevante sia sul piano teorico che su quello pratico la connessione tra diritto del lavoro e dinamica delle libertà possibili, a partire dalla condizione materiale di chi per vivere deve lavorare. E in questa prospettiva resta essenziale la dimensione collettiva della rappresentanza degli

---

[14] Rispetto alla differenziazione funzionale delle diverse tipologie di azione sindacale si veda la condivisibile analisi di Caruso 2019.
[15] Sulle diverse proposte formulate nel più recente periodo si veda il confronto svolto in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione* 2016.
[16] La frase di Keynes, ripresa dal celebre saggio sulla *Teoria generale*, è richiamata da Nasar 2012, p.530.

interessi del lavoro, che storicamente si riconduce alle diverse forme di organizzazione sindacale.

7. Embrioni di una possibile prospettiva: tre belle parole e due brutti "ismi".

Libertà, *protezione*, *universalità* sono tre belle parole. Chi può dirne male? Salvo poi entrare nel merito di ciò che quelle parole significano. Nell'ordine, bella è soprattutto la prima parola: *libertà*. Parlando di lavoro libertà va in parallelo con *autonomi*a. Cosa c'è di più auspicabile di un lavoro veramente autonomo, autodeterminato, in cui chi svolge la prestazione ha il pieno controllo del processo produttivo, dei tempi di lavoro e soprattutto della finalizzazione del prodotto? Chi mai, se potesse, sceglierebbe invece di svolgere un lavoro *subordinato*, sotto le direttive altrui, perdendo ogni controllo sulle modalità della attività di lavoro, sui suoi tempi e sulla finalizzazione del prodotto di lavoro? *Subordinazione* è infatti una parola di per sé cattiva. Nessuno ha mai scelto volentieri un lavoro subordinato. Accadde così alle origini della vicenda giuslavoristica moderna, quando una massa imponente di artigiani e produttori autonomi vennero espropriati e costretti a passare sotto le forche caudine delle prime forme di lavoro salariato di massa, che si svolgevano secondo modalità che è poco definire brutali (Romagnoli 1995). Basti rileggersi "la condizione operaia in Inghilterra" di Engels o romanzi ottocenteschi come "Il germinale" di Zola. Da qui è nata la vicenda del moderno diritto del lavoro, che nella nostra esperienza si è tradotta nella ipostatizzazione del concetto di subordinazione, con qualche artificio individuata come discrimine del campo di applicazione dell'embrionale legislazione del lavoro. In origine vi era dunque una infinita varietà dei lavori, un lavoro cosiddetto *sans prhase*, a cui succede l'individuazione della specifica fattispecie di lavoro subordinato. Non staremo qui a ricordare quanto quella operazione fosse ambivalente, poiché la subordinazione giuridica da un lato cristallizzava una soggezione del prestatore di lavoro di stampo autoritario ma dall'altro lato attribuiva al lavoratore un primo statuto protettivo. Da qui una "tendenza espansiva" del diritto del lavoro a doppio segno: l'inclusione doverosa nella sfera giuslavoristica di figure lavorative "al margine", ma anche l'appropriazione di tutele indebite da parte di strati privilegiati, che a suo tempo Gino Giugni definì "i portoghesi" del diritto del lavoro. Negli ultimi decenni a seguito del postfordismo e delle forme molteplici di frammentazione del processo lavorativo, come ho ricordato altrove (Mariucci 2016), si sono diffuse numerose teoriche dirette a mettere in dubbio l'attualità discretiva della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Al dunque tuttavia resta una alterità insuperabile tra lavorare per sé o per altri: non la "frattura ontologica", di cui parla Perulli (Perulli 2017), ma appunto una *alterità*. Un tale ragionamento non ha nulla a che spartire con l'iconografia otto-novecentesca della subordinazione. Esso si limita a prendere atto che al dunque, qualunque siano le forme di lavoro, resta appunto una diversità strutturale tra il lavorare *per sé* o *per altri*. Che altro sono i *gigworkers* se non una forma di lavoro simile ai *pony express* di cui si parlava trent'anni fa e che differenza c'è tra i lavoratori cognitivi di oggi e gli operai e i tecnici specializzati, di cui raccontava Primo Levi (Levi1975) mandati in giro per il mondo a fare manutenzione degli impianti industriali negli anni '60 del '900? Resta il fatto che sul piano concettuale e normativo non si è trovata una alternativa convincente alla criticata e obsoleta dicotomia, salvo escogitare artificiosi parametri quantitativi e moltiplicare le regolazioni speciali (basti ricordare le antiche leggi sul lavoro a domicilio, domestico, sportivo ecc., a cui ora si aggiunge una scarsamente utile regolazione del "lavoro agile"). Perciò il criterio della "doppia alienità", di cui hanno detto Mengoni, Romagnoli,

Roccella e lo stesso D'Antona [17] pare ancora un concetto utile a riassumere l'ampia categoria del "lavoro dipendente diffuso". Per il resto sono ovviamente utili le normative finalizzate alla tutela di fasce deboli del lavoro autonomo che non vanno trattate per nulla con sufficienza, salvo obiettare sulla loro difficile effettività: che si può fare per le partite Iva che perdono commesse, per i piccoli commerci che chiudono perché apre un grande magazzino o sono semplicemente messi fuori gioco dall'e-commerce, per gli avvocati senza clienti ecc.? Resta da ribadire che non sarà un caso se nessun risultato apprezzabile si è ottenuto dopo trent'anni di dibattito: le molteplici proposte in tema di *tertium genus*, discipline modulari a cerchi concentrici, ridefinizione delle fattispecie e così via sono tutte cadute nel nulla. Né l'esperienza comparata ci dice granchè di significativo: tempo fa fu enfatizzata una legge spagnola sul "lavoro economicamente dipendente", di cui i colleghi spagnoli dicono che si è perso ogni traccia sul piano applicativo. C'è dunque da ribadire la convinzione che il supposto *continuum* tra lavoro dipendente e lavoro autonomo consista in una illusione. D'altronde, a proposito della appetibilità del lavoro dipendente, sia pure fortemente qualificato, dirà pure qualcosa il fatto che di recente a un centinaio di posti messi a concorso da Bankitalia si sono presentati 80.000 concorrenti. La vera novità dei tempi attuali non consiste tanto nella molteplicità e varietà delle figure lavorative al confine tra lavoro autonomo e lavoro dipendente, che in fondo è sempre esistita, quanto piuttosto nella discontinuità delle carriere lavorative, nella alternanza tra lavori dipendenti, in genere temporanei, e lavori di tipo autonomo: il che pone un problema molto rilevante sul piano dei ricongiungimenti sul piano contributivo e previdenziale. Ciò che fa tutt'uno con il tema esplosivo, a tempo differito, costituito dal regime pensionistico delle generazioni che si sono trovate a sperimentare per lunghi tratti il rapporto con il lavoro nelle forme più varie della precarietà e della discontinuità.

Dalle vicende sopra richiamate sulla genesi della nozione di subordinazione nasce il concetto di *protezione*. Una parola, in sé, a dir la verità, alquanto deprimente, perché ha un sapore paternalistico. Si viene "protetti" perché si è una sorta di *capitis deminuti* Certo sarebbe preferibile detenere una piena capacità negoziale, essere protagonisti di una effettiva *autonomia contrattuale individuale*[18]. Tuttavia, ahimè, il *plerumque accidit* non funziona così. In più oggi il concetto di "protezione" si pone in termini nuovi, non più necessariamente legati alle culture progressiste, come si dirà tra un attimo.

Quelle belle parole, tradotte in "ismi", tuttavia si pervertono. Così accade per il "liberismo". Quello classico, a dire la verità, era sì fondato sulla idea che ogni singolo individuo è protagonista razionale del mercato e che la "mano invisibile" è l'unico strumento regolativo efficiente, ma non ignorava che il mercato è una costruzione sociale complessa che per funzionare ha bisogno di un insieme di regole e di istituzioni, e soprattutto si animava di una forte pulsione etica. Non a caso Adam Smith è l'autore non solo della "Ricchezza delle nazioni" ma anche della "Teoria dei sentimenti morali". Il neoliberismo, che ha dominato la prima fase della globalizzazione dopo il crollo della divisione in blocchi del mondo, invece è altra cosa: ri-declina l'idea di fondo dei classici (il mercato come strumento ottimale di allocazione delle risorse) in termini unidirezionali, riferendosi essenzialmente al trattamento della forza lavoro e alla destatalizzazione dei sistemi economici. Alla fine il neoliberismo degenera in un meccanismo di legittimazione della avidità sociale,

[17] Per richiami in tema rinvio ancora a Mariucci 2016.
[18] In tema si vedano gli interventi in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro* 1994 e in *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro* 2008.

e persino in un atteggiamento predatorio verso l'equilibrio dell'eco-sistema. Infatti il limite del neoliberismo, ovvero il suo fallimento, si è reso evidente con la crisi finanziaria prima ed economica poi del 2008. A quel punto gli stessi neoliberisti hanno invocato in coro la necessità dell'intervento degli Stati, a partire dai salvataggi bancari. Sicchè gli scaffali sono pieni degli scritti dei neoliberisti pentiti e degli economisti di ispirazione, *lato sensu*, neo-keynesiana[19]. Se ne deduce che chi invece continua ossessivamente a seguire quella linea di pensiero, per giunta applicando meccanicamente al piano giuridico quel filone minore ed altamente opinabile delle teorie economiche costituito dalla "analisi economica del diritto", davvero lui è un "passatista", un tardo-novecentesco.

Ciò che si affaccia sulla scena è infatti tutt'altro. Mi riferisco al modo in cui risorge una forte e diffusa domanda di *protezione*, nei paesi europei e in generale nell'occidente, a fronte degli eccessi di ingiustizia e della crescita delle disuguaglianze determinati dai processi incontrollati della globalizzazione. L'elezione di Trump negli Usa e la Brexit ne sono stati una prima eloquente manifestazione. Altrettanto dicasi per la crescita, in tutta Europa, dei movimenti populisti a matrice reazionaria e xenofoba. A questa tendenza non si può reagire assumendo la schematica alternativa tra *sovranismo* e *globalismo*. Né proponendo improbabili "terze vie", formula di per sé sconsigliabile anche dal punto di vista scaramantico. Occorre ragionare sulla possibilità di una diversa direzione delle politiche lavoristiche. Il primo interrogativo da porsi sta dunque nel chiedersi perché l'esigenza sacrosanta di protezione stia degenerando nel *protezionismo*, che già si esprime con il ritorno alla guerra dei dazi e il cui limite essenziale consiste nel chiudersi nella difesa esclusiva di specifici interessi, e che quindi è condannato a degenerare nel *nazionalismo* all'origine delle tragedie ben conosciute dall'Europa negli scorsi secoli, e specialmente nel novecento.

Qui va riaperta la questione dei *diritti del lavoro*, riscoprendone l'antica vocazione *inclusiva.* Come ho scritto altrove, si tratta di ragionare esattamente come fecero i braccianti padani agli inizi del secolo scorso quando mentre loro scioperavano si trovarono di fronte i crumiri mandati dagli agrari: gente che veniva dal Polesine, ancora più miseri degli scioperanti. Tuttavia i braccianti continuarono il loro sciopero. È solo difendendo i diritti del lavoro *dati*, i diritti essenziali, che i diritti del lavoro possono svolgere una funzione comunicativa e costruttiva di un più equo assetto sociale. Naturalmente bisogna distinguere tra diritti e specifici trattamenti, ma non si può accettare che ogni diritto venga equiparato a un privilegio, in nome della teoria *insiders-outsiders* che propone di abbassare il livello di trattamento dei lavoratori occupati in nome di un "minimo comune denominatore" che tuttavia, non a caso, non viene mai specificato. Dove si colloca quel minimo? A quale livello della giusta retribuzione, e che ne è del diritto alle ferie, alla tredicesima, al TFR, ai contributi previdenziali, ai trattamenti di malattia ecc.?

Certo è che alla persona normale che dal lavoro trae i suoi strumenti di sopravvivenza, e qui davvero non c'è alcuna differenza tra lavoro dipendente e lavoro autonomo, che è un corretto contribuente fiscale, a cui nel tempo hanno detto che dal punto di vista politico non conta più nulla, perché ciò che conta è l'impresa, a cui hanno allungato l'età pensionabile, a cui hanno raccontato che essere licenziabile è un bene perché così si incentiva l'attività d'impresa, per non dire dei giovani che se sono scolarizzati non trovano impieghi adeguati alla loro formazione, e che si devono adattare a lavorare con i *voucher*, o con i loro succedanei tipo lavoro a chiamata, a tutti

[19] Per tutti si veda *Manifesto degli economisti sgomenti* 2010, nonché Rodrik 2018.

costoro non si può dire: dovete accogliere gli immigrati, i profughi, gli asilanti, i minorenni non accompagnati, a cui vanno garantite le condizioni elementari di sopravvivenza, e che affollano i quartieri periferici, si rendono disponibili ad ogni lavoro per qualsiasi retribuzione, in breve creando un gigantesco esercito industriale di riserva. A tutte queste persone non si può dire: dovete essere *solidali*. Non saranno solidali, non possono esserlo, tranne che si riconoscano –fideisticamente- nella predicazione di Papa Francesco.

Non si vede una soluzione credibile al problema qui sollevato se non riscoprire, come sopra accennato, la essenziale funzione *inclusiva* dei diritti del lavoro e più in generale il valore etico del lavoro come strumento essenziale di una possibile coesione sociale. Il che significa molte cose, anzitutto in via di principio, e poi in termini di concrete politiche pubbliche. Significa che il lavoro va anzitutto retribuito, rispettato, valorizzato. Bisogna mettere fine alla cattiva moneta del neoliberismo, secondo il quale il lavoro è l'ultimo anello della catena produttiva, di modo che in nome della flessibilità del lavoro si autorizzano forme inaudite di pura e semplice speculazione sul lavoro, nei servizi, nel commercio ed anche nelle imprese industriali. In questo senso è del tutto inaccettabile che nell'aggirare una istanza referendaria in tema di *voucher* governo e parlamento prima abbiano abrogato la legge oggetto di referendum e poi, con un emendamento inserito in una manovra finanziaria, abbiano introdotto un contratto di lavoro occasionale riferito alle imprese con 5 dipendenti, con ciò contraddicendo ciò che da decenni tutti gli osservatori affermano in tema di necessità di favorire la crescita dimensionale delle imprese, mentre qui invece si premia la possibilità delle microimprese di lucrare sul lavoro. Andrebbe poi affrontato, in termini di politiche pubbliche, l'altra questione essenziale: il modo in cui contrastare la tendenza delle innovazioni tecnologiche a ridurre il lavoro, creando un tasso elevato di disoccupazione strutturale. Ma questo sarebbe davvero un altro discorso.

Nei limiti di questo intervento resta da dire come le parole fin qui commentate possano coniugarsi con l'altro termine, quello della *universalità*, che resta positivo anche quando ad esso si aggiunge un *ismo*. *Universalismo* è infatti una parola magnifica. Con un grande limite tuttavia. Quello del rischio di tradursi in una pura enunciazione retorica. Almeno per chi non si accontenta di fare il mestiere di glossatore di ciò che accade.

8. Il fondamento della supremazia del valore lavoro.

L'intero ragionamento svolto fin qui si fonda su una opzione implicita: il primato del valore-lavoro[20] . In altri tempi l'affermazione poteva darsi per scontata, per tante ragioni che non è qui il caso di richiamare. Basti dire che nel periodo in cui si consolidò ciò che si può chiamare il "diritto classico del lavoro" [21] si dava per scontato una sorta di assioma: la coincidenza tra *diritti del lavoro* e movimento progressivo della società nel suo complesso. È bene chiarire che tale richiamo non ha più, da tempo, alcun riferimento a visioni, queste sì, davvero passatiste, a vetero-ideologie di tipo classista, secondo le quali le "classi lavoratrici" erano investite di una missione palingenetica ovvero della funzione storica di rendere possibile una alternativa di tipo "antagonistico" al sistema capitalistico. Si trattava invece di una impostazione concettuale concentrata sull'idea che comunque i *diritti del lavoro* svolgessero una funzione cruciale ai fini del contenimento degli effetti più dirompenti della logica capitalistica nella prospettiva di una sorta di bilanciamento e di

[20] Per una ampia riflessione in tema, e ricchi richiami bibliografici, si vedano Del Punta 2019 e Perulli 2019b.
[21] Si veda la rilettura dei classici riproposta da Romagnoli 2018.

ricerca di un punto di equilibrio rappresentato dalla costruzione del *Welfare State* ovvero degli Stati sociali di diritto (Martelloni 2018). In questo assunto si rilegittimavano dichiarazioni del tipo "l'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro", secondo l'art.1 della Costituzione italiana, oppure "il lavoro non è una merce" sancite negli atti fondativi della Organizzazione internazionale del lavoro del 1919 e del 1944 [22]

Occorre osservare che entrambe le affermazioni non solo sono radicalmente contraddette dai processi reali ma, ciò che più conta, rischiano di apparire persino prive di ogni attendibile carica utopica e ridursi a una dimensione puramente retorica. Intanto, come già detto, per la loro siderale distanza dalle dinamiche reali. In nessun modo può dirsi che l'Italia sia una "repubblica fondata sul lavoro". I lavoratori, in Italia, e in genere in tutti i paesi occidentali, come tali hanno perso qualsiasi significativa influenza sul piano politico ed hanno smarrito ogni soggettività politica. Di loro si parla diffusamente solo in termini di unità occupazionali e di mercato del lavoro, come puro oggetto di rilevazioni statistiche. Si aggiunga che la quota di lavoratori stabili ha subito rilevanti riduzioni di tutele e diritti e affronta la difficile sfida della rivoluzione digitale che cambia radicalmente forme e condizioni del lavoro, mentre sempre più ampie sono le fasce del lavoro precario, discontinuo e povero, da cui sono colpiti soprattutto i giovani, e si allarga l'area del non-lavoro determinato dai processi strutturali della competizione globale fondata su meccanismi di *dumping* sociale e dagli effetti *labour saving* delle innovazioni tecnologiche. Dove sta quindi la "fondazione lavoristica" della Repubblica? Altrettanto si può dire dell'altra solenne affermazione, reiterata dalla OIL fino alle più recenti direttive in termini di *core labour standard* e di *decent work*, per cui "il lavoro non è una merce". Nel mondo reale infatti ovunque il lavoro altro non è che una merce scambiabile con le altre sulla base del predominio della logica del libero mercato.

Si aggiunga che sotto molteplici aspetti i comportamenti del mondo del lavoro non coincidono affatto con una logica di tipo progressista. Anzi talora la contraddicono apertamente. Si prenda il caso della impresa "intelligente", tecnologicamente avanzata, competitiva sui mercati, che sviluppa pratiche di negoziazione e di cooperazione, per intenderci, sul modello tedesco e in cui si stipula un contratto collettivo aziendale che flessibilizza l'orario di lavoro introducendo rilevanti margini di scelta individuale da parte dei lavoratori e in cui si rivedono precedenti pratiche in tema di assegnazione di lavoro straordinario; e in cui accade però che una quota rilevante di dipendenti si opponga in nome della conservazione di precedenti privilegi in materia di quote di lavoro straordinario e di indennità di trasferta. Chi sta dalla parte del progresso? Ancora più significativi sono i casi in cui si verificano contraddizioni insanabili tra garanzie di occupazione e vincoli ecologici: quando si tratta di smantellare imprese inquinanti o di procedere a radicali riconversioni produttive chi sta dalla parte del progresso? Chi promuove la riconversione ecologica o chi difende gli interessi dei lavoratori occupati? Si prenda infine il caso davvero più eloquente: che dire degli operai americani della *rust belt* che condividono politiche neoprotezioniste, inclusa l'idea di costruire una muraglia tra Usa e Messico, o degli operai inglesi che votano Brexit inseguendo una idea regressiva dell'isolazionismo britannico, oppure degli operai italiani che, stando a ricerche attendibili, simpatizzano largamente con politiche anti-immigrazione dai tratti innegabilmente xenofobi e ai limiti di un vero e proprio razzismo (Mattina 2019). In tutti questi casi tratti, come è evidente, dalle cronache chi sta dalla parte del progresso?

[22] Rispetto al ruolo della Organizzazione internazionale del lavoro si vedano gli *Interventi* pubblicati in *Cent'anni di solitudine?* 2019.

Se il "mondo del lavoro" reale si identifica largamente nelle opzioni appena descritte, perché dunque al valore-lavoro dovrebbe essere ancora attribuita una supremazia gerarchica?

A me pare che a questo interrogativo si possa rispondere solo in tre modi.

La prima risposta consiste nella dimensione valoriale propria del personalismo cristiano, dalle risalenti encicliche in tema di dottrina sociale cattolica fino alle recenti predicazioni di Papa Francesco [23]. Nel lavoro è implicata la "persona" e la sua dignità. Dunque già solo per questo il lavoro non può essere mercificato. Tale dottrina tuttavia non dice in che modo, concretamente, si possa evitare che il lavoro sia ridotto a merce. Essa inoltre predica l'accoglienza, salvo avvertire, come più volte ha fatto papa Francesco, che l'accoglienza deve essere effettuata da chi sa gestire l'integrazione e in tal caso citando come esempio negativo addirittura quello della esperienza belga, proprio il paese che in virtù del suo passato coloniale ha accolto un numero rilevante di immigrati. E senza nulla dire, naturalmente, di ciò che si deve fare degli immigrati quando, data la scarsità della domanda di lavoro e i vincoli della spesa pubblica, imposti dalle severe discipline della UE, non si sa come dare a loro lavoro, casa e modi decenti del vivere. Dunque tale risposta è accettabile solo nella dimensione della fede, e non di ciò che può farsi nel mondo reale.

La seconda possibile risposta sta in una visione che, in mancanza di migliori definizioni, definirei neo-marxiana. Il marxismo tradizionale, come è noto, in tutte le sue varie versioni ha perso l'argomento di fondo da quando si è reso evidente non solo il conclusivo fallimento di tutte le esperienze di "socialismo reale" ma soprattutto l'esaurimento di ogni pratica centrata sul protagonismo politico delle classi lavoratrici. Cosicchè a questa linea di pensiero non resta che concentrarsi sulla dimensione analitica, ovvero sulla "diagnosi", rispetto alla quale l'intera letteratura marxista (da Marx, al marxismo occidentale fino a Gramsci) offre tutt'ora importanti spunti e argomenti, salvo restando che la prospettiva per così dire della "terapia" è del tutto sterile, ivi incluse le stravaganti teorie che al ruolo della "classe operaia" vorrebbero sostituire quello di una imprecisata "moltitudine".

A me pare sia possibile una terza risposta, anche se non so in quale specie di "dottrina" sia possibile catalogarla. Questa risposta sta nella connessione tra i *diritti del lavoro* e l'unica, vera e si spera irreversibile conquista della vicenda umana da qualche migliaio di anni a questa parte: l'idea dello *Stato di diritto.* L'idea cioè che il potere è *diviso*. Bilanciato tra diversi organi e limitato da un gruppo essenziale di "diritti individuali" irrinunciabili. Se guardiamo la serie storica e scrutiamo il possibile futuro questa costruzione, appunto lo *Stato di diritto*, appare straordinariamente fragile, anche perché fondata su meccanismi di democrazia politica sempre meno efficaci. Basti osservare le sconcertanti dinamiche della celebrata democrazia americana, dove si alternano iniziative di *impeachment* e incredibili controffensive del presidente in carica, oppure le vicende che hanno ridotto il modello *Westminster* (dopo il referendum sulla Brexit delle cui conseguenze pare che nessuno avesse chiara consapevolezza), per decenni indicato dalla letteratura politologica non solo italiana come formula desiderabile, a una rappresentazione emblematica della crisi radicale delle forme democratiche di governo. A meno che lo *Stato di diritto* non si innesti nelle strutture più robuste dello Stato *sociale* di diritto. Vale a dire che i meccanismi, per quanto aggiornati, dello Stato *sociale* sono il vero fondamento della tenuta dei valori costitutivi dello "Stato di diritto".

---

[23] Il riferimento è alla suggestiva enciclica *Laudato si*, di papa Francesco. Per una analisi della dottrina sociale della Chiesa cfr. Napoli 2011.

Detto in altri termini: senza un insieme di disposizioni che, a partire dal lavoro, dalla sua essenziale funzione di integrazione e coesione, rendano possibile una costruzione sociale vivibile e stabile, le stesse fondamenta degli "Stati di diritto", a partire dal decalogo dei suoi diritti individuali fondamentali e dei diritti di cittadinanza, rischiano di franare. Si aggiunga che gli stessi "diritti del lavoro" possono essere considerati l'unico strumento di contenimento della ormai evidente vocazione distruttiva di un sistema capitalistico votato allo sviluppo esclusivo del libero mercato e alla crescita quantitativa. In questo senso i vincoli posti sul piano delle regole del lavoro vanno collocati allo stesso livello di rilevanza dei limiti ecologici a cui va rapidamente sottomessa la logica capitalista se si vogliono se non impedire almeno attenuare gli effetti catastrofici sul piano della vita del pianeta.

Qui sta, a mio giudizio, la radice essenziale, del tutto moderna, del "valore lavoro". Perciò nel mondo complesso e pericoloso in cui stiamo vivendo, e proprio in ragione di questa realistica consapevolezza, vale la pena di dire ancora che "i diritti del lavoro sono la radice più profonda dei diritti di libertà".

Riferimenti bibliografici.

Accornero A. (1999), *L'ultimo tabù*, Bari:Laterza.

Alleva PG. (2018), *Restituire diritti e dignità ai lavoratori*, Maggioli editore.

Autonomia individuale e rapporto di lavoro (1994), Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine, 10-12 maggio 1991, Milano:Giuffrè.

Ballestrero M.V. (2019), *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in LD, p. 243.

Bavaro V. (2018), *Lineamenti sulla costituzione dei diritti sociali del lavoro*, in *LD*, p.243.

Bellavista A. (2019), *Le prospettive della tutela della persona del lavoratore tra le politiche del nuovo governo gialloverde e le tendenze del diritto europeo*, *datt*.

Bordoni C. (2016), *Fine del mondo liquido*, Milano: Il Saggiatore.

Carrieri D., Feltrin P. (2016), *Il bivio*, Roma:Donzelli.

Caruso B., Del Punta R. (2016), *Il diritto del lavoro e l'autonomia perdut*a, in *LD*, p.645.

Caruso B. (2017), *La rappresentanza delle organizzazioni di interesse tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *ADL*, p.555.

Caruso B. (2019), *Il sindacato tra funzioni e valori nella "grande trasformazione"*, in *questo volume*.

Cent'anni di solitudine? (2019), *LD*, n.*3*.

Crouch C. (2014), *Quanto capitalismo può sopportare la società*, Roma-Bari:Laterza.

Del Punta R. (2019), *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, *WPCSDLE "Massimo D'Antona, IT*. 395.

Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro (2008), *LD*, n.2.

Dopo la flessibilità, cosa? (2016), a cura di L. Mariucci, Bologna:Il Mulino.

Forlivesi M. (2018), *La rappresentatività datoriale: funzioni, modelli, indici di accertamento,* in *LD*, p. 521.

Gallino L. (2001), *Globalizzazione e disuguaglianze*, Bari:Laterza.

Giubboni S. (2019), *Teorie e prassi della flexicurity all'italiana*, in *questo volume*.

L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione (2016), a cura della Rivista giuridica del lavoro, Atti del convegno, Roma, 13 aprile 2016, Roma:Ediesse.

La povertà nonostante il lavoro (2019), *LD*, p.3.

Lassandari A. (2019), *Retribuzione e contrattazione collettiva*, in *RGL*, p.210.

Lavoratori poveri. Modelli e strumenti di tutela sociale (2018), *LD*, p.575.

Levi P. (1975), *La chiave a stella*, Torino:Einaudi.

Manghi B. (1977), *Declinare crescendo*, Bologna:Il Mulino.

Manifesto degli economisti sgomenti (2010), Roma:edizioni minimum fax.

Marco Biagi. *Un giurista progettuale. Scritti scelti* (2003), a cura di L. Montuschi, M. Tiraboschi e T. Treu, Milano:Giuffrè.

Mariucci L. (2015), *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *LD*, p.13.

Mariucci L. (2016), *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, p. 585.

Martelloni F. (2018), *Lavoro, diritto e democrazia*, Milano:Walters Kluver.

Martelloni F. (2019), *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, p.263.

Martina L. (2019), *Il voto "diviso" degli iscritti ai sindacati alle elezioni politiche del marzo 2018*, in *QRS*, p.7 ss.

Mattei A. (2018), *Nota a contratto: l'accordo GD e i "ribaltoni" nelle relazioni industriali*, in *LD*, p. 497.

Modelli ed esperienze di welfare aziendale (2018), a cura di W. Chiaramonte e M.L. Vallauri, Torino:Giappichelli.

Napoli M. (2011), *Diritto del lavoro e dottrina sociale della Chiesa*, in *Studi in onore di T. Treu*, Jovene:Napoli.

Nasar S. (2012), *L'immaginazione economica*, Milano:Garzanti.

Novella M. (2019), *Il ritorno alla discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n.194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, p.285.

Perulli A. (2017), *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *LD*, p. 251.

Perulli A. (2019a), *L'Oil e la globalizzazione*, in *LD*, p. 387.

Perulli A. (2019b), *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro*, in *questo volume*.

Rodrik D. (2018), *Dirla tutta sul mercato globale*, Torino:Einaudi.

Romagnoli U. (1995), *Il lavoro in Italia*, Bologna:Il Mulino.

Romagnoli U. (2018), *Giuristi del lavoro nel Novecento italiano*, Roma:Ediesse.

Stiglitz J.E. (2013), *Il prezzo della disuguaglianz*a, Torino:Einaudi.

Zweig S. (2014), *Montaigne*, Roma:Castelvecchi.

Health and safety at work: the prevention model in Italy*

Stefania Buoso

1. The protection of fundamental rights. 19
2. Health and wellbeing: meanings and potentialities. 21
3. The impact of European Union law. 24
4. Safety obligation or prevention obligation? 26

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 408/2020

1. The protection of fundamental rights.

The whole set of legislation regarding protection of working environment reflects a stratification of models, where the focus on prevention[24] appears prevalent; moreover, should not be ignored the combination of protection under civil law – operating at the level of employment contracts and enforced through compensatory sanctions based on private law – and protection under public law assisted by "public" criminal and administrative sanctions[25]. In the case of both of these macro paradigms it is possible to perceive seeds of prevention: the current model of Legislative Decree 81/2008 is public in character and envisages a veritable organisation "for prevention"[26].

Said evolution[27] has seen the progressive unveiling of fundamental legal rights which have finally been placed in the spotlight of protection. Awareness of the insufficiency of compensatory protection[28] in assuring effective protection of workers' rights has brought the model of prevention, considered as a primary right, back to the centre of attention[29].

As regards secondary protection of a compensatory character, it appears true, paradoxically, that "the scant familiarity" of labour law "with the personal injury of workers derives directly from its familiarity with personal rights" [30] which express the personal implication of the worker in the relationship. As has been written, life, health and physical and mental integrity "cannot be adequately protected through compensation"[31] which has an *ex post* connotation, only coming into play when the damage has already occurred[32].

In other words, it is understood that the best way to fully and primarily preserve the integrity of the personal participation of workers in the employment relationship is to eliminate or reduce the risks for their health and safety. This means "directly imposing modifications of employer's organisational decisions" to ensure effective satisfaction of the interest[33].

---

[24] A preventive component may also be found in punitive models of protection, or ones based on civil sanctions, where a sanctioning function is combined with a preventive-deterrent effect; these aspects will remain in the background of the analysis proposed here.

[25] PASCUCCI (2017), *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il titolo I del d. lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act,* Fano: Aras Edizioni, p. 54.

[26] DEL PUNTA (2011), *I molti modelli di tutela del sistema sicurezza: una partitura riuscita?,* in *Decreto legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?,* edited by B. Maggi, G. Rulli, Bologna: Tao digital library, p. 19.

[27] As for the models of protection that have been adopted over time, reference, for the main features, will be made to Art. 2087 of the Italian Civil Code, Legislative Decree 626/1994 and Legislative Decree 81/2008.

[28] For an excursus on civil law aspects (also case law) related to a plurality of labour issues, see SCOGNAMIGLIO (2015), *La funzione della condanna risarcitoria: la prospettiva del civilista e gli apporti del diritto del lavoro,* in *Il danno nel diritto del lavoro,* edited by A. Allamprese, Roma: Ediesse, p. 15 ff.

[29] GHERA (1979), *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato,* in *DLRI,* p. 305; FERRAJOLI (2001), *Diritti fondamentali: un dibattito teorico,* Roma: Laterza; AVIO (2001), *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro,* Napoli: Jovene.

[30] DEL PUNTA (2006), *Diritti della persona e contratto di lavoro,* in *DLRI,* p. 196; GRANDI (1999), *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro,* in *ADL,* p. 309.

[31] ALBI (2003), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona,* in *LD,* p. 688. See MONTUSCHI (2007), *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro,* in *DLRI,* p. 1200 for a discussion on the application of a particularly "limited" real protection; the compensatory technique, moreover, has been coloured by "singular afflictive undertones".

[32] SCOGNAMIGLIO (2015), *La funzione della condanna risarcitoria: la prospettiva del civilista e gli apporti del diritto del lavoro,* in *Il danno nel diritto del lavoro,* edited by A. Allamprese, Roma: Ediesse, p. 39.

[33] See Ghera 1979, p. 333. The author highlights a particular use of the rules governing labour unions; in fact, in the 1970s the courts "in order to affirm judicial implementation of workers' right to health in a specific form" relied on Art. 9 of the Workers' Statute, which

There is thus an essential correlation between the protection of rights – of a primary rank – and legislative choices designed to ensure the fullness, intangibility and full effectiveness of fundamental rights and, on the other hand, compensatory solutions and protections of a secondary nature.

When a risk is allowed to arise, the fundamental right to health is downgraded to a "mere compensatory obligation", being transformed into a secondary claim "aimed at obtaining health or pecuniary substitutes from the social security and welfare system"[34]; this means failure to achieve the primary objective of primary prevention, as damage to the personal sphere of the worker has already taken place.

A "bland" protection of the fundamental right to health is described by Luigi Montuschi as dating back to the pre-Statute period when collective labour agreements included clauses intended to monetise health by means of a "risk allowance" or allowance for "uncomfortable" working conditions. In such cases it was conceived as a sort of "compensation in advance", with essentially no provision being made for satisfaction of the primary right[35] which should not be "made subordinate or weakened in the impact with the company organisation"[36].

Against this background, the public system of prevention as outlined in Legislative Decree 81/2008 is aimed at avoiding injuries and even the danger of injury; it thus supersedes a model in which "acceptance of illegality, of risk (…) and the sacrifice of rights prevail as the only irreparable prospect of the employment relationship, at the end of which one will find (…) the monetary exchange assured by compensation for damage". There is, indeed, a "natural vocation" or "essential mission" of labour law to achieve to primary aim of protecting workers' interests, such as the right to dignity, health and personality, preferably without incurring the "loss of effectiveness" of the so-called "secondary" instrument[37].

It is thus important to distinguish between prevention and protection, and it is essential to do so right from the start given the close connection between fundamental rights and the instruments of protection.

Although in a broad sense both terms imply the ultimate aim of guaranteeing fundamental rights, it is worth examining the elements of meaning that best qualify them. Both have a connotation of defending fundamental rights; however, in a working context attention should be focused on the moment in which they have relevance; prevention, where "primary", is a particular form of protection of fundamental rights; it acts before risks arise, when the organisation is being set up. Protection, by contrast, intervenes "when at the source it was not possible to radically eliminate risk, but at most only reduce it, it thus being necessary to deal with the inevitable effects"[38];

---

recognises the right of workers to control the conditions of the work environment and promote its improvement, "obliging the employer not to oppose the activities of verification, research and experimentation conducted by their representatives". He notes, however, that unlawful conduct "prejudicial to safety and health conditions is substantially different from unlawful anti-union conduct".

[34] MONTUSCHI (1987), *Ambiente di lavoro,* in *Digesto IV Comm.,* I, p. 3.

[35] MONTUSCHI (2006), *La corte costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro,* in *ADL,* p. 5.

[36] MONTUSCHI (2007), *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro,* in *DLRI,* p. 1197.

[37] RIVERSO (2015), *Il ruolo della giurisprudenza del lavoro per una tutela effettiva del diritto al risarcimento,* in *Il danno nel diritto del lavoro,* edited by A. Allamprese, Roma: Ediesse, p. 128.

[38] Cf. PASCUCCI (2019), *L'infortunio sul lavoro tra prevenzione e protezione,* manuscript, p. 7; the author emphasises the "specific meaning" that differentiates "prevention" and "protection".

protect is the verb pertinent to today, to the present defence, whilst prevent comes earlier and has a broader scope of action. These are two terms that go hand in hand and, although we cannot conceive a "unity" between them, they share the space of their guarantee with fundamental legal interests.

Not coincidentally, Legislative Decree 81/2008 sets them on the same plane when outlining the functions of the "prevention and protection service", as emerges in particular in Article 31 of the decree, but also in further provisions governing this area.

Now, where the focus is on prevention – primary prevention in particular – as a model for the protection of fundamental rights, this means addressing – with the vocabulary of Legislative Decree 81/2008 – the subject of guaranteeing rights.

In the transition from the Civil Code to the 1990s, and from the latter to the present day, we have witnessed what has been defined as a veritable "Copernican" revolution, not so much in the principles underlying the system, but rather in the "prevention techniques", or "concrete" protections. Whereas in the first phase, everything combined to uphold the principle of employer liability for compensation, in the second phase there was a shift towards guaranteeing effective levels of prevention against risks of injury and occupational diseases[39].

The system of rights, in other words, reinforces the theoretical premises of reflection where prevention becomes a model and catalyst for the interwoven set of rules as well as the operational approaches to the subject.

2. Health and wellbeing: meanings and potentialities.

When we talk about wellbeing we first of all have to distinguish among its meanings: wellbeing *tout court* refers to a state of physical, psychological and social health; organisational wellbeing, by contrast, may be considered as the "necessary and essential substrate for guaranteeing all around the health and safety of workers" [40], where emphasis is laid on the relevance of organisational actions for both legal interests, in a complementary fashion.

A teleologically oriented interpretation might lead one to affirm, in other words, that, taken together, the actions, procedures and techniques designed to jointly guarantee and improve "safety and health" constitute organisational wellbeing. These two terms recur together in all of the provisions laid down in Directive 89/391/EEC and may be found in the "general principles concerning the prevention of occupational risks", the actions aimed at the "protection of safety and health", the "elimination of risk and accident factors", the "balanced participation in accordance with national laws and/or practices", and the "training of workers and their representatives" (see Article 1(2) of Directive 89/391/EEC). The "general principles of prevention", as obligations of the employer, are geared towards "avoiding risks" and "combating the risks at source", "evaluating the risks which cannot be avoided", "adapting the work to the individual", "adapting to technical

---

[39] NATULLO (2014), *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla massima sicurezza (astrattamente) possibile alla Massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata,* in *WP Olympus,* p. 4.

[40] PASCUCCI (2008), *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro,* in *WP CSDLE Massimo D'Antona. IT, n. 73,* p.1.

progress", "developing a coherent overall prevention policy", and "giving collective protective measures priority" (v. art. 6 par. 2). In any event, it appears clear that organisational wellbeing consists in the combination of actions designed to guarantee health and safety at work and manifests, on the one hand, aspects tied to the promotion of the legal interests in question and, on the other hand, the effort to transcend the sanctioning/punitive logic as the prevalent approach relied on with a view to prevention[41].

In the legal literature we encounter, albeit less frequently, the further expression wellbeing "at work", meaning "the broad, overall result of the observance of technical safety standards". One might, in this respect, draw a distinction between organisational wellbeing as a cause (the set of promotional measures) and wellbeing at work as the effect (the result of the combination of such measures).

Certainly, it seems hard to define the substance of the "right to health" without considering the means concretely deployed for its protection[42], which is why – in the absence of additional legal categories[43] – considering overall organisational wellbeing to be closely related to the right to health,[44] as a fundamental right, appears to be logical and we shall proceed with our analysis accordingly.

As has been written, "the protection of health takes on particular relevance in labour law", given that work represents not only "one of the moments of greatest exposure to risk" but also the "utmost expression of individual personality". This notion gave rise to the interpretative approach of the Italian Constitution, which identifies labour as the foundation of the Republic (Article 1) and as a social duty (Article 4) and enshrines the right to protection of mental and physical integrity (Article 32). The formulation of Article 32 of the Constitution solemnly attests that health is not only a subjective right of the individual but is also a collective interest[45]. In other words, it has a social connotation: from the community of citizens to the work community, in a circular space[46].

Linking the protection of health and guarantees provided to production activity means coming up against a potential conflict, that is, a permanent and arduous critical situation. This represents another of the problematic issues: indeed, "any activity of prevention in itself implies a limitation of the employer's organisational power"[47].

Let us thus look at health and safety in the mirror: they share a position "upstream of the production of harmful events" and their consideration is thus at the basis of so-called prevention

---

41 BUOSO (2019), *Definire e qualificare il benessere organizzativo,* in *DSL,* p. 5.

42 LUDOVICO (2001), *Lo stress lavoro-correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale,* in *RDSS,* p. 421.

43 The reference is to a legal-conceptual autonomy attributed to the notion of organisational wellbeing.

44 Health or wellbeing *tout court*, according to the meaning given at the beginning of this paragraph.

45 The citations are drawn from SMURAGLIA (1991), *Salute. Tutela della salute - diritto del lavoro,* in *EGT,* p. 1.

46 RICCIO (2018), *Il potere di scelta del datore di lavoro: la dimensione collettivo-relazionale del lavoro subordinato,* Canterano: Aracne, p. 20.

47 See LUDOVICO (2001), *Lo stress lavoro-correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale,* in *RDSS,* p. p. 412, in this respect, "there is no difference between the limitation of stress and the prevention of other risk factors".

law[48].

Among the primary legal rights, health "introduces" prevention into the constitutional system of rights protection: an image of this is the correspondence, in some way "symbiotic", between prevention and health; between the two terms it is possible to identify an authentic relationship of coexistence, in which prevention clearly has a serving role, but one that is no less significant for the purpose of achieving the full extent of the fundamental right to health.

Now, Article 32 of the Constitution represents the "privileged normative point of reference"[49] of a system of protections oriented towards putting the individual at the centre,[50] as is emblematically expressed in Articles 2 and 3.

Constant constitutional jurisprudence has defined the right to health as "primary and absolute"[51] against every threat coming from the outside environment and has portrayed all its possible "faces"[52]; on various occasions, moreover, it has been stated that this right can be limited only after being balanced against other constitutional interests of equal rank[53].

The definition of health[54] worth referring to is the one in Article 2(o) of Legislative Decree 81/2008, i.e. the "state of complete physical, mental and social wellbeing, consisting not only in an absence of illness or infirmity"; a definition that echoes the contents of the text of the 1946 Constitution of the WHO, but with a focus on the dynamic aspect. This assumption is drawn from the phrase "consisting not only", which shifts the attention onto the first part of the statement. Indeed, it is not enough absence of illness or infirmity in order to have health in a full sense; rather, the aim must be a "complete" and "integrated" state of wellbeing in the physical, social and mental dimensions. Completeness and the interrelation among the various individual dimensions are recognised as elements that must undoubtedly be present in order to have an authentic state of wellbeing, in which the balance among them is the resulting condition.

The term "safety" as well can be found in the second paragraph of Article 41 of the Constitution, in reference to the limits to conducting a business activity, together with "liberty" and "human

---

[48] NATULLO (2011), *Sicurezza del lavoro,* in *EDD,* p. 1073; here a distinction is made between the "upstream" part relative to health and safety and the "downstream" part aimed at providing workers with the necessary social security protections (no longer prevention measures) "for the health and financial needs resulting from harmful events".

[49] D'ARRIGO (2001), *Salute (diritto alla),* in *EDD,* p. 1009 ff.

[50] Art. 32 Const. describes health as "a fundamental right" of the individual and a collective interest, fully operative also in the relations between private individuals, cf. *inter alia* Constitutional Court judgments n. 88/1979 as well as n. 184/1986.

[51] Although it is a social right, the right to health also embraces the structure of the rights to freedom; thus towards the holder of a right, "all other members of the community are obliged to refrain from behaviours giving rise to danger or harm", cf. BALDASSARRE (1997), *Diritti della persona e valori costituzionali,* Turin: Giappichelli, p. 200.

[52] TRIA (2015), *Salute e occupazione, Relazione tenuta al convegno nazionale del CSDN,* Matera 8-9 maggio, p. 26.

[53] See, by way of example, Constitutional Court judgments n. 307/1990 and n. 455/1990. It is not a matter, therefore, of "downgrading the primary protection assured by the Constitution to a purely legislative one, but it rather implies that the implementation of protection, constitutionally mandatory, of a given interest (health) will take place gradually on the basis of a reasonable balancing against other interests or rights that enjoy equal constitutional protection and with the real, objective possibility of having the resources necessary for such implementation: balancing that is however always subject to the scrutiny of this Court in the forms and manners typical of the use of legislative discretion."

[54] European law, in Art. 168 of the TFEU, establishes that "A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities", without providing, however, any guidelines for such definition.

dignity"[55], but it is not mentioned among the definitions of Legislative Decree 81/2008.

In the constitutional text, safety imposes a limit on the scope and extent of private economic initiative, as the latter is not an absolute right, but rather geared towards a social aim. The assumption whereby free enterprise cannot be pursued in such a way as to prejudice safety may be understood according to two perspectives: one where it is considered in relation to fellow citizens as a whole, the other with reference to the specific relationships through which an internal organisation of production is created. Therefore, we should look first of all at the respect "for the constitutional rights of others and the definition of legal positions attributable to individuals by norms of constitutional value in view of the fulfilment of the mandatory duties of economic, social and political solidarity"; on the other hand, for the sake of protecting the constitutional order, preventive and subsequent actions can be taken to defend the general public order, but so can measures of prevention and repression of factors disrupting the "peaceful enjoyment of rights and the performance of the duties assigned to workers"[56]. The conception of safety as "certainty of the freedom guaranteed to the individual"[57] is in fact different from the one that sees it as a "condition of prevention that insures against the risks threatening fundamental legal rights" such as health and work; the meaning adopted in this essay is clearly the latter.

According to the Treccani dictionary, safety is "the condition that makes one and makes one feel to be free of danger, or which provides the possibility of preventing, eliminating or rendering less severe harm, risks, difficulties, unpleasant circumstances, and the like". This definition, taken in a legal context, causes us to reflect on two interpretations of safety: one related to status, the other as a pre-condition of prevention; in an unsafe environment, prevention, too, is undermined. Safety means reducing risks to a minimum, though it cannot mean eliminating them, as this is impracticable. The risks can be selected and excluded one by one, the reason that makes us appreciate even more that a precise knowledge and description of them is fundamental[58].

3. The impact of European Union law.

European rules have undoubtedly contributed to a better conceptual definition of what constitutes prevention – and above all primary prevention – so much so that protection of the working environment probably represents one of the most important chapters in the history of European social law[59]; emphasis is laid on the function of prevention of the general norm "in which the compensatory element is to be considered wholly residual", while attention is focused "on the qualitative content of the safety obligation, whose purpose is to satisfy" workers' fundamental

---

[55] The second part of Art. 41 Const. evokes the features of the "continuous challenge" and the "humble function of labour law" in safeguarding and defining the limits of safety, liberty and human dignity when a person engages in an economic activity in society; see Balandi 2018, p. 1309.

[56] The quotations are drawn from BALDASSARRE (1971), *Iniziativa economica privata,* in *EDD*.

[57] The connection between freedom and safety is a feature of the liberal State, cf. LOI (2000), *La sicurezza: diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro,* Torino: Giappichelli, p. 25 for a broad discussion of a philosophical character aimed at interpreting safety from a plurality of viewpoints: reference may be made, by way of example, to the area of fundamental rights, social safety and occupational stability.

[58] BALANDI, BUOSO (2019), *From safety to wellbeing, which paths to follow?,* Paper presented at the LLRN international conference in Valparaiso (Chile), 23-25 June 2019, manuscript.

[59] CARUSO (1997), *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro,* in *DLRI*.

rights[60].

The promotion and improvement of the working environment to protect workers' safety and health (see Article 118 A of the Treaty, which, as is well known, enabled the adoption of acts by a qualified majority, now Art. 153(2)(b) of the TFEU) represented a priority area of harmonisation: a technique for aligning national legal systems through the use of hard law instruments. The previously mentioned framework Directive 89/391/EEC lays down guidelines for prevention, whereby it is possible to identify the objective of "improving" the legislative systems of the Member States. This particular – and not necessarily foreseeable – focus on prevention can be seen in the initial recitals of the directive, which imply an "obligation" to adopt and improve preventive measures "without delay" to "ensure a higher degree of protection" (see recital n. 10); such measures are implemented above all through action carried out at an "intra-company and industrial relations level", where the collective element predominates[61]. The directive is divided into two sections, dedicated, respectively, to the obligations of employers and workers: both are important, though the first one constitutes the "fundamental core of European rules"[62].

Though the term "prevention" receives a definition in Article 3, it is Article 6 – concerning the general principles of prevention – that goes into the actual heart of the prevention policy and we are also enlightened as to what kind of prevention is at issue. The nine points set forth in paragraph 2 of Article 6 constitute the general principles of prevention, namely: "avoiding risks", "evaluating the risks which cannot be avoided", "combating the risks at source", "adapting the work to the individual", "adapting to technical progress", "replacing the dangerous by the non-dangerous or the less dangerous", "developing a coherent overall prevention policy", "giving collective protective measures priority over individual protective measures" and "giving appropriate instructions to the workers".

A combined reading of these points will erase any doubts as to what option of prevention we are talking about: it is the model of primary prevention which, just to highlight a few of the policy guidelines, seeks to combat risks at the source, is aimed at avoiding risks and evaluating those that cannot be avoided. Thus, what is called for is not just prevention of any type whatsoever, left unspecified, but rather primary prevention which, precisely, is founded on adapting work to human beings and puts the individual and his or her rights at the forefront; in other words, we have gone from an objective conception to a subjective one based on the relationship among workers, the environment and risk factors.

In the text of the directive, therefore, prevention is qualifiable as primary, general, planned and integrated into the conception of work situations[63].

The evaluation of risks, among the general obligations of employers, takes on a central role, not only because it is qualified with reference to risks that cannot be avoided – without taking away from the "higher" objective of eliminating them – but also because said evaluation is an integral

---

[60] ALBI (2003), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona,* in *LD,* p. 677.

[61] NATULLO (2011), *Sicurezza del lavoro,* in *EDD,* p. 1076.

[62] ROCCELLA, TREU (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione europea,* Padova: Cedam, p. 374.

[63] MAGGI (2011), *Introduzione,* in *Decreto lgs. 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?,* edited by B. Maggi, G. Rulli, Bologna: Tao digital library, p. 2.

part of the organisation of the workplace; it remains and acts as a *trait d'union* with reference to prevention activity and working and production methods.

4. Safety obligation or prevention obligation?

I thus mean to arrive at the central theme of these reflections: in relation to the right to health, there has been broad debate around the substance of what has been defined as a "safety obligation", "prevention obligation" or "protection obligation" – as per Article 2087 of the Italian Civil Code[64]. Over time, this provision has taken on not only a general guarantee function but also one of "opening, integration and closure" of labour law in this area[65]. As has been written, Article 2087 is endowed with a "double spirit", which has also previously been pointed out in relation to models: i.e., it is "a provision that is sufficiently elastic to lend force, from a contractual perspective, to rules of a public law nature, without being devoid, for this reason, of its own autonomous prescriptive effectiveness"[66].

According to legal scholars, it has come to be considered "inherent" to the functional structure of the employment relationship as "part of the contractual *synallagma*"[67] and has qualified "the fulfilment of fundamental obligations"; in other words "the insecurity of working conditions, which affect the individual, translates into a defect in the contractual scheme". There thus appears to be an "osmosis" of the subjective element to the objective one. The three keywords distinguishing Article 2087, "particularity of the work", "experience" and "technology", are intended as a basis for defining the scope and contents of the employer's obligations, according to an integrated perspective; it almost goes without saying that the internal parameter of the particularity of the work is associated with the external parameters of experience and technology.

In Balandi's theorisation it is possible to derive the subject matter of the "safety obligation" as per Article 2087 of the Civil Code, taking into account the relationship between the "apparently" opposing interests driving the parties to the employment contract, in the framework of reference of the "applied technology"; in order to define this obligation, in other words, absolute and relative parameters need to be considered: the technology applied and the economic cost tied to the maximum technologically feasible safety and maximum reasonably practicable safety. An apparent contrast, therefore, due to the fact of there being contiguous systems that can coexist. Balandi further clarifies that Article 2087 has a very significant "capacity of systematic conformation" which, however, cannot be bent "to production needs", meaning that the maximum technologically feasible safety is prevalent.

---

[64] See the essay by BALANDI (1994), *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza,* in *DLRI,* p. 79, who discusses the "content of the safety obligation"; GHERA (1979), *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato,* in *DLRI,* p. 332 uses "safety or prevention obligation" without distinguishing between the two; GRANDI (1999), *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro,* in *ADL*, p. 333 defines it as an "obligation to protect".

[65] NATULLO (2011), *Sicurezza del lavoro,* in *EDD,* p. 1080.

[66] FRANCO (1995), *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro,* Milan: Franco Angeli, p. 88; cf. DE SIMONE (1993), *Malattia professionale e infortuni sul lavoro,* in *Digesto*. 1993, p. 6, who references Persico 1982, p. 492, according to whom Art. 2087 of the Civil Code is "a provision in which the general interest is linked to the particular, giving rise to notions of "super-protected" subjective rights.

[67] AIELLO (2015), *Il danno alla salute della persona del lavoratore. Il danno cosiddetto differenziale tra responsabilità civile e tutela previdenziale,* in *Il danno nel diritto del lavoro,* edited by A. Allamprese, Roma: Ediesse, p. 158, in the context of a broad reflection on the prejudice to the health or personal injury of workers. The "contractual" formulation of the obligation concerned leads to recognition of the right to raise an objection of non-fulfilment under Art. 1460 C.C.

In the light of this fundamental contribution to research, a few other elements must be added: if absolute safety, like the elimination of risk, is impossible to achieve, the limit of acceptability which, among other things, may bring about a convergence between the (possibly) different positions of the parties to the relationship, can be identified precisely in the action of prevention, especially when a collective relevance is attributable to it.

There are two aspects I intend to dwell on further: the possible transcending of the conflict between the interests of the parties to the employment contract and the systemic, as it were, interpretation of Article 2087 of the Civil Code.

Now, the action of prevention corresponds to an interest shared by workers and employers: the entire working community benefits from the elimination or reduction of risk. The consideration of economic costs – also in the light of EU law, according to which increases in the level of protection cannot depend merely on cost considerations – loses weight for the purpose of rebalancing the system in the field of prevention[68]. If there is an effort towards the elimination of risk, this means that the same will have to be governed, regulated with every possible means. Indeed, it is a matter of evaluating "possibility" or, to borrow the expression used by an authoritative scholar, we could say that safety – and, readapting it, prevention – is "the art of the possible"[69].

The function that Article 2087 performs may be well understood, still, if its contents are read as a "movable frontier", given that external standards are destined to change over time, not only from a technological viewpoint, but also in consideration of experience as far as safety is concerned.

Given that, as mentioned, criteria of realism prevent us from actually being able to talk about "eliminating" environmental risk, the contribution of the cited article and its contents have been essential for the design of a system of prevention, which has moreover largely benefited from European harmonisation enabling it to take a precise shape; according to some, the framework directive, among other things, "rediscovered" the "original" lofty values lying at the heart of Article 2087, so much so that a "close correspondence" between the two sources would very soon become clear[70].

Article 2087 of the Civil Code is the architrave of the system, since said article establishes an obligation whose contents remain open, or more precisely an obligation tied to means and not results. It refers, in fact, to measures that are "necessary" to protect the physical integrity and moral personality of workers, measures that are not left up to chance but are rather closely tied to the particularity of the work, experience and technology[71]. In other words, Article 2087 has positive contents: it is not a simple burden or negative obligation, but rather implies a constant intervention into the complex of organised production. It is worth noting the profound continuity that may also be found in Legislative Decrees 626/1994 and 81/2008.

If the framework directive and its subsequent implementation in our legal system are clearly

---

[68] BALANDI (1994), *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza,* in *DLRI,* p. 84.

[69] MONTUSCHI (1995), *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile,* in *LD,* p. 413. The author qualifies safety as the art of the possible, given that "maximum effort to eliminate risk is demanded, but reducing it to a minimum is sufficient."

[70] DE SIMONE (1993), *Malattia professionale e infortuni sul lavoro,* in *Digesto*, p. 4.

[71] The criterion of diligence set forth in Art. 1176 C.C. is a parameter for defining the preventive precautions as per Art. 2087 C.C., cf. DELOGU (2017), *Salute e sicurezza sul lavoro,* in *Digesto,* online version.

focused on primary prevention, systematically interpreting Article 2087 of the Civil Code means highlighting the features that make it fit perfectly into the framework of anticipatory protection; reinforcing this *trait d'union* could lead to change of name of what the majority of legal scholars have defined as a "safety obligation" into "prevention obligation": the whole organisation of work is centred on the elimination of risks and reduction of risks that are impossible to eliminate.

This interpretation is supported by the definition of prevention in Article 2(n) of Legislative Decree 81/2008; indeed, from Article 2087 it borrows the parameters that qualify the scope of the employer's measures, namely "the particularity of the work, experience and technology".

The inclusion of part of Article 2087 in the definition of prevention cannot remain devoid of meaning. Rather, it means recognising its strong emphasis on prevention and this is true even if case law has sometimes highlighted its secondary, compensatory element, focusing attention on the right to compensation for damage in view of the failure to adopt the necessary measures, rather than on the employer's obligation to adopt such measures. We can say, therefore, that Article 2087 of the Civil Code really has the merit of being ahead of its time[72].

[72] MONTUSCHI (1987), *Ambiente di lavoro,* in *Digesto IV Comm.,* I, online version. It is also noted, however, that the "seed" of prevention contained in Art. 2087 C.C. has in many circumstances encountered "an arid terrain, still unprepared, not only legally, but also culturally, to enable it to germinate and to render it effective and operative".

L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore e la corte di cassazione: brevi riflessioni critiche*

Luigi de Angelis

1. L'indirizzo tradizionale ed il suo superamento da parte della l. n. 142/2001. 30
2. L' intervento della l. n. 30/2003 ed il collegamento unidirezionale. 32
3. L' introduzione del c.d. tribunale delle imprese ed i suoi riflessi processuali in materia. 34
4. I rimedi sostanziali e la sentenza n. 27436/2017: rilievi critici. 35

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 409/2020

1. L'indirizzo tradizionale ed il suo superamento da parte della l. n. 142/2001.

Non capita spesso ad un giurista di vedere realizzata in una legge dello Stato l'idea chiave dei suoi studi. È quanto é accaduto con la l. n. 142/2001, che, al termine di un accidentato *iter* parlamentare, ha fatto propria la scelta di fondo della c.d. Commissione Zamagni nominata dal Governo Prodi e della quale faceva parte il consulente del ministro del lavoro dell'epoca Tiziano Treu, Marco Biagi[73], la cui opera é stata appunto all'origine della l. n. 142 cit.[74]; legge la quale, é utile notarlo, riguarda tutte le cooperative di lavoro, non solo quelle di produzione e lavoro[75].

Tale legge superava l' indirizzo tradizionale suggellato dall' approdo giurisprudenziale per il quale "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 trovano fondamento nel contratto di società e solo in esso, dovendosi escludere la sussistenza non solo di un rapporto di lavoro subordinato ma anche di cosiddetta parasubordinazione (art. 409 c.p.c.), anche questa implicando un rapporto tra due centri di interessi distinti, con la conseguenza… che le controversie insorte tra società e socio non rientrano nella competenza del pretore in funzione di giudice del lavoro salvo che si deduca l' esistenza non pretestuosa di rapporto di lavoro subordinato"[76]. Un indirizzo, quello dell' unicità del rapporto (associativo)[77], che non era stato intaccato dal pur rilevante *revirement* delle sezioni unite di quasi un decennio successivo che equiparava le controversie di lavoro cooperativo, ai fini della competenza del pretore, alle controversie di cui all' art. 409 n. 3 ma solo in considerazione della progressiva estensione ad esso di istituti e discipline propri del lavoro subordinato, ma che lasciava

---

[73] Cfr. L. NOGLER, *Note introduttive*, in AA.VV., *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, a cura di L. Nogler, M. Tremolada, C. Zoli, *NLCC*, 2002, 340 ss., ed *ivi* informazioni sul laborioso *iter* della riforma e, in particolare, sulle notevoli modifiche al progetto originario ad opera del Senato; al riguardo cfr. altresì, più dettagliatamente, M. DE LUCA, *Il socio lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001, n. 142)*, *FI*, 2001, V, 233; D. VEDANI, *Le cooperative di lavoro*, II ed., Ipsoa, Milano, 2007, 103 ss. Sui lavori preparatori cfr. anche M. IENGO, *Soci di cooperative: il rapporto di lavoro nel disegno di legge governativo*, *LG*, 1999, 905 ss. Della citata commissione facevano parte, oltre a Biagi, il presidente Stefano Zamagni, Guido Bonfante, Carlo Borzaga, Adriano Di Pietro e Ruggero Paladini (cfr. L. NOGLER, *Note introduttive*, cit., 340, nota 1).

[74] Cfr., ad es., C. CESTER, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa: una controriforma?*, in AA. VV., *Le cooperative ed il socio lavoratore La nuova disciplina*, a cura di L. Montuschi e P. Tullini, Giappichelli, Torino, 2004, 2.

[75] Cfr. M. MISCIONE, *La nozione universale di lavoratore*, AA. VV., *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, a cura di D. Garofalo e M. Miscione, Ipsoa, Milano, 2002, 30.

[76] Cass. s.u. 28 dicembre 1989, n, 5813, *GC*, 1990, I, 1537, con nota di F. FERRONI, *Accertamento ed interpretazione delle prestazioni di lavoro, nelle società cooperative*.

[77] Riferimenti in G. MELIADO', *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore nell'era del Jobs Act*, *RIDL*, 2018, I, 570, nota n. 9; S. LAFORGIA, *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Giuffré, Milano, 2009, 60 ss., note 18 (dottrina) e 19 (giurisprudenza); in particolare, per la posizione tradizionale cfr. A. VALLEBONA, *Il lavoro in cooperativa*, *RIDL*, 1991, I, 291 ss. Ricostruzione del dibattito *ante legem* n. 142 in L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Giuffré, Milano, 2005, 46 ss., ed *ivi* esaurienti riferimenti in nota. Per rilievi fortemente critici sull'opzione obbligatoriamente dualistica del legislatore del 2001 anche dal punto di vista della legittimità costituzionale cfr. A. VALLEBONA, *L'incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa*, in *MGL*, 2001, 813; conf., circa i dubbi di costituzionalità, D. GAROFALO, *La natura del collegamento tra i due rapporti,* in AA. VV., *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, cit., 41; *contra*, A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in AA. VV., *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, a cura di L. Montuschi e P. Tullini, Giappichelli, Torino, 2002, 19 ss.; M. DE LUCA, *Il socio lavoratore*, cit., 235 ss.; M. BARBIERI, *Il lavoro nelle cooperative*, in AA. VV., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 2004, 358 ss., e ID., *Cinque anni dopo: il rapporto di lavoro del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza*, in AA. VV., *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. 30/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 2006, 531 ss.

ferma la unitarietà del centro d' interessi in una logica associativa[78].

La l. n. 142/2001 veniva dunque a superare l'idea dell'unicità del rapporto di lavoro cooperativo a favore di un'idea dualistica (rapporto associativo e rapporto di lavoro)[79]. Per la risoluzione delle inevitabili tensioni[80], se non contraddizioni, tra i rapporti stessi la cui disciplina presenta rilevanti tratti di diversità e in particolare é, per quel che attiene al rapporto di lavoro, in buonissima parte inderogabile, la l. n. 142 si affidò ad una disciplina *ad hoc* piuttosto limitata, che toccava anche la materia che qui interessa.

Secondo la l. 142, cit., appunto, "Il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore e distinto rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali. Dall'instaurazione dei predetti rapporti associativi e di lavoro in qualsiasi forma derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla presente legge, nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte".

Ulteriore e distinto, quindi; un dato testuale, questo, che rappresenta con nettezza, direi plasticamente, la duplicità dei rapporti ed il loro viaggiare su binari diversi e, coerentemente, con una propria regolamentazione salvi alcuni profili di specificità (la disciplina *ad hoc* cui facevo cenno in precedenza): "separato, diviso, non unito o fuso o confuso insieme con altro o con altri", si legge in un classico vocabolario della nostra lingua nel descrivere il significato del secondo aggettivo. E coerentemente, quanto al profilo processuale, l'art. 5, comma 2, 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, sul piano sostanziale, secondo l'art. 2, comma 1, "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". Quest' ultimo inciso da un lato confermava la distinzione, dicendoci che il rapporto di lavoro aveva appunto la sua propria regolamentazione e sopravviveva alla fine

---

[78] Cass. s.u. 30 ottobre 1998, n. 10906, *FI*, 2000, I, 912, con nota di G. RICCI, *Tendenze giurisprudenziali in materia di lavoro nelle cooperative: qualificazione del rapporto, competenza giurisdizionale, trattamento retributivo, diritti sindacali*, e, s.m., *FI*, 2002, I, 1198, con nota di F. DE SANTIS, *Prime riflessioni sui criteri di ripartizione della competenza nelle controversie tra soci e cooperative alla luce della l. n. 142 del 2001*.

[79] Per essere più precisi, secondo Biagi quello cooperativo é un rapporto speciale ma risultante dalla combinazione di due separati ed autonomi contratti (di società cooperativa e di lavoro subordinato): cfr., in particolare, M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1983, spec. 415.
Nella dottrina commercialistica cfr. soprattutto, per il superamento della dottrina tradizionale, F. GALGANO, *Mutualità e scambio nelle società cooperative*, *Rass.DC*, 1985, 1051 ss.

[80] Cfr. G. MELIADO', *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore*, cit., 573.

del rapporto associativo; dall' altro – ecco un profilo di specificità - valorizzava il fatto che la prestazione oggetto di esso è la stessa di quella che realizza il fine del primo facendo per questo richiamare il concetto di collegamento negoziale, strutturale e funzionale[81]; un collegamento che, "a differenza di quanto rilevato da alcune riflessioni della dottrina civilistica, nel caso di specie…. non trova il suo fondamento in una esplicazione libera dell'autonomia negoziale...ma é a sua volta conformato dalla L. n. 142 del 2001...Pertanto, il collegamento non trova la sua giustificazione in una determinazione delle parti, ma in una indicazione prescrittiva"[82].

Un impianto coerente, dunque, come tale apprezzabile anche in quanto consentiva di poter utilizzare in sede interpretativa il canone della coerenza sistematica interna[83] senza le forzature che si hanno quando lo si adopera in presenza di scelte legislative maggiormente compromissorie[84].

2. L' intervento della l. n. 30/2003 ed il collegamento unidirezionale.

Su ciò é intervenuta la l. 14 febbraio 2003, n. 30 che ha soppresso l'aggettivo "distinto" e disposto che "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" (art. 1, comma 1, lett. d).

Sia la soppressione dell' aggettivo che l' estinzione automatica del rapporto di lavoro per effetto del venir meno di quello associativo[85] (nonché la nuova regola processuale su cui v. *infra*) esprimono con chiarezza l' opzione legislativa di dare prevalenza al secondo rispetto al primo pur lasciando ferma la duplicità di essi[86]: il collegamento negoziale – lo hanno riconosciuto le sezioni unite della corte di cassazione[87] – ha i tratti della unidirezionalità[88] che qualcuno ravvisava già

---

[81] Cfr., ampiamente, S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Cedam, Padova, 2006, 82 ss.

[82] Così E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale e recesso intimato al socio-lavoratore*, *LG,* 2007, 445.

[83] Sulle cui varie accezioni cfr., ad es., P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile Metodi d' interpretazione e tecniche* argomentative, Giuffré, Milano, 1999, 600 ss.

[84] In proposito mi permetto di rinviare a L. de ANGELIS, *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore tra diritto e processo*, in *LG*, 2002, 605, anche in Atti del seminario *Regolamenti e statuti delle cooperative dopo la legge n. 142/2001* (Forlì 26 ottobre 2001), Elabora, s.l. e s.d., 22.

[85] Una "fattispecie estintiva tipica ad hoc", come l'ha definita S. LAFORGIA, *La cooperazione e il socio-lavoratore*, cit., 115, ripresa da S. D'ASCOLA, *Quando la forma è sostanza… La Cassazione alza la voce sul licenziamento del socio lavoratore di cooperativa,* nota a Cass. 1 aprile 2016, n. 6373, *Labor*, 2016, 135.

[86] Cfr., tra i molti, ZOLI, *Le modifiche alla riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa,* in AA. VV., *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M.T. Carinci, Ipsoa, Milano, 2003, 286; *contra*, L. TARTAGLIONE, *Le modifiche alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *GL*, 2003, n. 10, 70, 77.

[87] Cass. s.u. 20 novembre 2017, n. 27436, *FI*, 2018, I, 3677, con nota di DALFINO, *In tema di rimedi e tutele processuali del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, e *Labor*, 2018, 331, con nota di M. FALSONE, *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: le sezioni unite fanno discutere ma non dirimono i contrasti*.

[88] Cfr.D. GAROFALO, *La natura del collegamento*, cit., 39; con riguardo al d.d.l. n. 848-B poi divenuto l. 14 febbraio 2003, n. 30, ID., *Gli emendamenti alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa contenuti nel d.d.l. 848 B*, in *LG*, 2003, 6; G. DONDI, *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la c.d. legge Biagi*, *ADL*, 2004, 61 ss.; ma per tale terminologia v. già M. PALLINI, *La "specialità" del rapporto di lavoro del socio di cooperativa, RIDL*, 2002, I, 371 ss., spec. 375. V., inoltre, le dichiarazioni di voto degli onorevoli Campa e Maninetti nella assemblea della camera dei deputati del 30 ottobre 2002; diversamente E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale*, cit., 446 ss.

prima della riforma del 2003[89]. Si è infatti intervenuti eliminando il preesistente aggettivo dal significato assai preciso e si è subordinata l'esistenza del rapporto di lavoro a quello associativo (e non viceversa), e, v. sempre *infra*, si è coerentemente privilegiato il rito di allora delle controversie societarie.

Il mutamento é pertanto profondo, e non si é trattato di semplici puntualizzazioni interpretative del precedente regime e ritocchi che si limitassero ad accentuare i tratti di specificità della disciplina del lavoro nelle cooperative[90]. Di ciò a mio avviso le sezioni unite e parte della dottrina non hanno tratto le dovute conseguenze sia sul piano sostanziale che su quello processuale.

Quanto a quest' ultimo aspetto che riguarda la regola sulla competenza[91], il collegamento dell'art. 1, comma 1, lett. d) cit. con l'art. 1 l. n. 142/2001 orienta verso la competenza del giudice ordinario, posto che il primo fa riferimento alla *prestazione mutualistica* ed il secondo, il quale individua l'ambito di applicazione della legge stessa, precisa che il rapporto *mutualistico* ha per oggetto la *prestazione di attività lavorative* da parte del socio. E non mi pare che il fatto che l'art. 1 utilizzi la nozione di prestazione di attività lavorative quali oggetto del *rapporto* mutualistico anziché quella di prestazione mutualistica superi la soglia della mera variante compilatoria assumendo il valore, attribuitogli invece da qualche autore[92], di escludere la competenza del giudice ordinario a favore di quella del giudice del lavoro. Questo tanto più se si considera che la competenza del giudice ordinario è assolutamente coerente con la scelta del collegamento unidirezionale di cui si è prima detto.

Muovendosi ancora nella linea della coerenza 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 é stata presa in considerazione da Cass. ord. 18 gennaio 2005, n. 850[93], 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,

---

[89] Cfr. L. IMBERTI, *Il socio lavoratore di cooperativa*, Giuffré, Milano, 2012, 143 ss., e *ivi* ulteriori riferimenti alla nota n. 162.

[90] Cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Spunti in tema di lavoro cooperativo dopo la l. 14 febbraio 2003 n. 30*, *FI*, 2003, V, 154 ss.

[91] All'interno del tribunale non vi è questione di rito ma di ripartizione interna all'ufficio degli affari. Il riferimento nell'art. 1, comma 1, lett. d), cit. alla competenza è però corretto in quanto esclude la cognizione delle controversie in materia da parte del giudice di pace.

[92] Cfr., ad es., V. MAIO, *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, *VTDL*, 2017, 322 ss.

[93] *FI*, 2006, I, 872, con nota di richiami.

n. 24692[94], che, interpretato l'art. 9 cit. nel senso datosi in questo scritto, 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[95] 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).

3. L' introduzione del c.d. tribunale delle imprese ed i suoi riflessi processuali in materia.

La scelta normativa per la prevalenza del rapporto societario ha trovato ancora netta conferma nel d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo dello stesso anno, per il quale "Le sezioni specializzate sono competenti per le cause relative all' estinzione dei rapporti societari e per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con le prime".

Nonostante che il testo della disposizione sia univocamente *onnicomprensivo* nell' attribuire al c.d. tribunale delle imprese[96] 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., più volte la corte di cassazione 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[97]. Ciò sulla base dell'argomento, cui prima si é già fatto cenno, per cui il principio della forza di attrazione del rito del lavoro, di cui all'art. 40, comma 3, c.p.c., costituisce regola cui deve riconoscersi carattere generale e preminente, per gli interessi di rilevanza costituzionale che la norma processuale è preordinata a garantire[98].

Siffatto argomento 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[99]. Che però qui non sussistono posto che la regola processuale è anzi coerente espressione della più volte ricordata opzione legislativa della preferenza accordata al rapporto associativo su quello di lavoro. E siffatta opzione potrebbe forse essere ritenuta inopportuna specie con

---

[94] *RIDL*, 2011, II, 1206, con nota di M. VINCIERI, *Sulla dibattuta questione dell'applicabilità del rito ordinario alle controversie tra soci lavoratori e cooperative*.

[95] Corte cost. 28 marzo 2008, n. 71, *FI*, 2008, I, 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.*

[96] Che giudica con rito ordinario e a composizione collegiale e che è operativo dal 21 settembre 2012.

[97] Cass. 21 novembre 2014, n. 24917, *LG*, 2015, 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, *MFI*, 2017, 437, e altre; conf., da ult., P. POZZAGLIA, *Questioni sostanziali e processuali in tema di esclusione del socio di cooperativa*, *MGL*, 2019, 352.

[98] *Contra*, V. MAIO, *Di alcuni profili processuali*, cit., 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*, *RIDL*, 2015, II, 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, Il Foro italiano-La Tribuna, Roma-Piacenza, in corso di pubblicazione, § 5, i.

[99] Tra le tante Corte cost. ord. 28 dicembre 2006, n. 460, *RIDL*, 2007, II, 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, *NGL*, 1992, 342.

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 di recente dalle sezioni unite che hanno ritenuto di ravvisare anche uno spunto di conforto in Corte cost. 14 dicembre 2004, n. 386[100], per cui quella del c.d. tribunale delle imprese è vera e propria competenza[101].

4. I rimedi sostanziali e la sentenza n. 27436/2017: rilievi critici.

Sul piano del diritto sostanziale, analoga sottovalutazione del collegamento unidirezionale tra i due rapporti la si ravvisa nella sentenza delle sezioni unite 20 novembre 2017, n. 27436[102], che, investite per contrasto nella giurisprudenza della cassazione e per massima importanza della questione per coinvolgere questioni di principio, hanno affermato che ove per le medesime ragioni afferenti al rapporto lavorativo del socio di cooperativa 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.

Eppure il collegamento unidirezionale è ben presente e riconosciuto nella pronuncia, ed anzi è l'argomento fondamentale per criticare, avendo esse capovolto la relazione di dipendenza, le pronunzie Cass. 23 gennaio 2015, n. 1259[103], 11 agosto 2014, n. 17868[104]; 6 agosto 2012, n. 14143[105] per le quali qualora l'esclusione di un socio lavoratore di cooperativa si fondi esclusivamente sul licenziamento del medesimo, non si configura l'ipotesi propria dell'art. 5, comma 2, l. n. 142/2001 che prevede l'automatica caducazione del rapporto di lavoro alla cessazione del rapporto associativo, sicché, in caso di declaratoria di illegittimità del licenziamento che ha costituito motivo determinante l'esclusione, anche quest'ultima risulta illegittima, con la conseguenza dell'applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970 invece esclusa quando il rapporto di lavoro cessi al venir meno di quello associativo; ciò perché rileva, in tema di rimedi e tutele processuali del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato, la ragione dell' espulsione. Siffatto argomentare – hanno sostenuto le sezioni unite – altera l'equilibrio del peso dei due rapporti intaccato da l. n. 30/2003 con l'eliminazione dell'aggettivo "distinto" e con l'introduzione delle norme per le quali il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio e le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario.

---

[100] *FI*, 2005, I, 657, con nota di G. CASABURI, *Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale: la corte costituzionale risolve il "caso" Cagliari*.

[101] Cass. s.u. 23 luglio 2019, n. 19882, in corso di pubblicazione in *FI*, con nota di N. VICINO; Cass. ord. 30 gennaio 2019, n. 2723, *FI*, 2019, I, 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.

[102] *FI*, 2018, I, 3677, con nota di D. DALFINO, *In tema di rimedi e tutele processuali del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*.

[103] *RGL*, 2015, II, 254 (s.m.), con nota critica di S. LAFORGIA, *Esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: variazioni sul tema*.

[104] *RFI*, 2014, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 113.

[105] *RFI*, 2012, voce *Cooperativa*, n. 30.

Ma, sempre secondo le sezioni unite, pur nella modifica introdotta dalla l. n. 30/2003, nel testo è rimasto che al rapporto associativo si aggiunga un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo, ulteriore[106]. Il che è rilevante anche nella fase estintiva del rapporto di lavoro come invece trascurato dall' orientamento per cui "al cospetto di condotte che ledano nel contempo il rapporto associativo e quello di lavoro, sarebbe unico il procedimento volto all'estinzione di entrambi; di modo che, adottata la delibera di esclusione, risulterebbe ultroneo un distinto atto di recesso datoriale dal rapporto di lavoro (Cass. 13 maggio 2016, n. 9916; 12 febbraio 2015, n. 2802; 5 luglio 2011, n. 14741). Orientamento del quale rappresenta logico corollario quello… secondo il quale l'omessa impugnazione della delibera di esclusione preclude l'esame dell'impugnazione del licenziamento. Alla duplicità di rapporti può corrispondere la duplicità degli atti estintivi, in quanto ciascun atto colpisce, e quindi lede, un autonomo bene della vita, sia pure per le medesime ragioni: la delibera di esclusione lo *status socii*, il licenziamento, il rapporto di lavoro".

Sennonché tale ragionamento sottovaluta, si è detto, quanto in sentenza le sezioni unite pure hanno riconosciuto, il collegamento unidirezionale, e cioè la prevalenza del rapporto associativo sull' altro, ben tenuto presente, invece, da Cass. 26 febbraio 2016, n. 3836[107]. Quest' ultima, sottolineato appunto il differente peso che si assegna al rapporto societario e a quello di lavoro dalla legge, ha ritenuto che se la delibera di esclusione non è stata impugnata, l' impugnativa del licenziamento è inammissibile per difetto interesse, la legge avendo voluto legare i due rapporti con un nesso genetico e funzionale di interdipendenza per il quale il contratto di società costituisce un presupposto ineliminabile per la valida sussistenza del rapporto di lavoro subordinato del socio lavoratore: con il venir meno del primo viene dunque a cadere anche il secondo.

Si potrebbe però dire che qui - vale a dire nella logica delle sezioni unite - non é in gioco la sopravvivenza del rapporto di lavoro ma l'illiceità della sua ormai definitiva caducazione. Sennonché, tale illiceità avrebbe la sua fonte, sempre secondo Cass. 27436 cit., nell' efficacia della delibera d' esclusione ormai ferma per mancanza d' impugnazione della stessa. Il che porta alla conseguenza, evidenziata criticamente da più commentatori, di riconoscere la risarcibilità ad un danno che poteva essere evitato dal danneggiato, con palese contrasto con l' art. 1227 c.c.[108] Si potrebbe ancora dire che l' unidirezionalità del collegamento rileva sul piano della cessazione del rapporto di lavoro e che l' illiceità del danno deriverebbe dalla violazione delle regole sulla causale del licenziamento che devono essere conosciute, pur nella predetta cessazione automatica per effetto della fine del rapporto associativo, in ragione dell'*ulteriorità* del primo, e ciò potrebbe giustificare il richiamo all' art. 8 l. n. 604/1966[109] fatto dalle sezioni unite e non alla tutela

---

[106] Tra i molti, da ult., 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*, cit., § 2, ed *ivi*, alla nota 16, ulteriori richiami.

[107] *RFI*, 2016, voce ult. cit., n. 30.

[108] Cfr. R. RIVERSO, *Il socio lavoratore di cooperativa ed il ritorno all'antico delle sezioni unite n. 27436/2017*, *LG*, 2018, 30; S. LAFORGIA, *L'ambiguo* acquis *delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle vicende estintive del socio lavoratore di cooperativa*, *VTDL*, 2018, 1275; S. SARDARO, *Le sezioni unite su esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: epilogo di una lunga saga?*, nota a Cass. 20 novembre 2017, n. 27436, *RIDL*, 2018, II, 330, nota 20.

[109] Le sezioni unite non prendono posizione, posto che la domanda riguardava l'applicazione dell'art. 8 l. n. 604, circa l'esclusione delle tutele non restitutorie dell'art. 18 più volte riformato ove sussistano i relativi requisiti: in proposito cfr. G. MELIADO', *L'esclusione e il licenziamento*, cit., 583 ss.; M. FALSONE, *L'esclusione e il licenziamento del socio*, cit., *Labor*, 2018, 338 ss., ed *ivi* riferimenti alle note nn. 17 e 18.

risarcitoria di diritto comune[110] che pure sarebbe più congeniale. Questo, però, urta contro la legittimità della (ripetesi, *medesima*) causale ormai definitiva per l'omessa impugnazione della delibera.

Quanto detto non vale se l'esclusione societaria (sempre per ipotesi definitiva) sia stata disposta per causale differente da quelle considerate dalla disciplina dei licenziamenti, come può essere[111]. In tal caso non si tratta di riconoscere tutela risarcitoria ad un illecito assecondato dal comportamento del socio lavoratore, ma di assicurare a quest' ultimo la tutela propria dei licenziamenti illegittimi (ferma la cessazione del rapporto). E a maggior ragione quest' ultima tutela va assicurata nel caso in cui non vi sia stata esclusione ma soltanto licenziamento[112], come la legge consente sempre in ragione dell'ulteriorità del rapporto di lavoro: si sottolinea che quest' ultimo viene meno con la cessazione del rapporto societario ma non é vero il contrario[113], e che pertanto, persistendo il rapporto societario, il licenziamento illegittimo é assistito dall' art. 18 l. n. 300 cit.[114] (ove ne ricorrano i requisiti).

Va da sé che dovrebbe esserci domanda *ad hoc* la quale, per non presentare ragioni di connessione con causa relativa all' esclusione del socio, sarebbe sottratta alla cognizione del tribunale delle imprese per essere soggetta a quella del giudice del lavoro ovvero, ove si ritenga rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 9 cit., del tribunale ordinario.

---

[110] Che per S. BUOSO, *Le Sezioni unite su esclusione-licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: spiragli di luce su un tema dibattuto?*, *GComm.*, 2018, 668 ss., potrebbe essere altra opzione considerata dalle sezioni unite.

[111] In proposito cfr. M. VINCIERI, *Esclusione e licenziamento: quali tutele per il socio lavoratore di cooperativa?*, nota a Cass., 5 luglio 2011, n. 14741, *RIDL*, 2012, II, 868.

[112] Cfr., da ult., D. DALFINO, *Rimedi e tutele*, cit., § 3, 5.2.

[113] Cfr. G. GAUDIO, *Esclusione del socio lavoratore dipendente di cooperativa: lo ''stato dell'art È'*, *GI*, 2015, 1463.

[114] Cfr. D. DALFINO, *Rimedi e tutele*, cit., § 5, ii.

Totalizzazione e libera prestazione di servizi*

Giovanna Pistore

1. Premessa. 39
2. Regolamento base e regolamento di applicazione: principi generali. 40
3. Lo svolgimento in via esclusiva di un'attività nei Paesi dell'Unione. 41
4. Lo svolgimento contemporaneo di attività in Stati membri diversi. 45
5. Brevi considerazioni finali. 49

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 151/2020

1. Premessa.

Parlare di come venga garantita la posizione contributiva dei professionisti nel diritto dell'Unione comporta, sul piano teorico, la considerazione congiunta di una pluralità di interessi, distinti, connessi e per certi aspetti confliggenti.

Il primo è l'interesse alle prestazioni previdenziali, che nelle Carte fondamentali assume una valenza autonoma quale diritto soggettivo del cittadino comunitario[115] intessuto nel sistema costituzionale europeo. Tale interesse nasce però come "figlio" di un'altra finalità, di natura prettamente economica, cioè la creazione del mercato unico in cui è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (art. 26 TFUE)[116] e quindi la possibilità di esercitare la professione senza limiti determinati dalla nazionalità. In questo quadro e nell'intersezione con la disciplina interna si inserisce l'interesse degli enti previdenziali alla solidarietà endocategoriale e alla sostenibilità finanziaria. Aspetti, questi, che nel nostro ordinamento assumono valenza rafforzata per le Casse privatizzate, data la loro matrice "corporativa" cui fa da contrappunto un sistema di autofinanziamento vincolato a garantire la sostenibilità finanziaria a lungo termine[117].

L'interprete quindi si trova a dover far dialogare una molteplicità di istanze, riverberatesi in complesso assetto normativo che, pur complementare, parla a volte lingue differenti: la disciplina della professione e le norme previdenziali.

---

[115] Si veda l'art. 34 della Carta di Nizza, e in particolare il par. 2 per cui «ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». V. anche l'art. 9 TFUE, per cui «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Le ricostruzioni sul rapporto tra diritti sociali e libertà economiche nel tessuto normativo comunitario sono moltissime; si segnalano S. Gambino, *I diritti fondamentali in Europa*, in *Civitas*, n. 1/2013, p. 55 ss.; P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali*, *in I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, *Federalismi.it*, n. 4/2018, p. 3 ss.; D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, ESI, 2013, p. 67 ss.

[116] Tant'è che il Regolamento n. 883/2004/CE sottolinea espressamente come le norme di coordinamento debbano garantire «alle persone che si spostano all'interno della Comunità, nonché ai loro aventi diritto e ai superstiti, il mantenimento dei diritti e dei vantaggi acquisiti o in corso d'acquisizione». E infatti, come rileva S. GIUBBONI, *Libera circolazione delle persone e solidarietà europea*, in *LD*, n. 4/2006, 611 ss. e in particolare p. 616, «quantomeno nell'originaria impostazione accolta dai Trattati istitutivi, la libertà di circolazione è incondizionatamente riconosciuta a tutti i lavoratori subordinati (ed autonomi) in quanto agenti economici, attori del processo produttivo e d'integrazione mercantile europea. In questo senso, le regole in materia di libera circolazione (…) perseguono un classico modello di cittadinanza mercantile transnazionale, nel quale il lavoratore subordinato, non diversamente dal titolare del diritto di stabilimento o della libertà di prestazione dei servizi, è giuridicamente costruito come (…) *market citizen*».

[117] Ricordiamo che gli enti privatizzati sono tenuti a garantire la sostenibilità finanziaria per un arco temporale di cinquant'anni, ai sensi dell'art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011. Sull'autonomia finanziaria di recente si è espressa anche Corte cost. 11 gennaio 2017, n. 7. Osserva sul punto G. Canavesi, *L'incerto destino della privatizzazione della previdenza dei liberi professionisti tra «paure» del legislatore e autofinanziamento*, in Id. (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla Riforma Fornero*, Giappichelli, 2017, p. 6 ss. e in particolare p. 9 ss.: «l'autofinanziamento, infatti, costituisce *ab origine* un modo d'essere della *dimensione di categoria* della tutela apprestata. Dimensione che permane, nonostante il superamento, a seguito delle riforme legislative degli anni '80, dell'originario tratto mutualistico della tutela, in favore di quello solidaristico o, secondo altro orientamento, dell'ibridazione tra i due. E difatti non di solidarietà *tout court* si parla, bensì sempre *endocategoriale*. In ogni caso, la solidarietà così declinata, sganciando la contribuzione dalla (singola) prestazione, s'intreccia inscindibilmente con il momento del finanziamento, perché comporta di principio maggiori oneri per le Casse». V. anche M. Cinelli, *Libertà dal bisogno, solidarietà e autonomia nella previdenza dei professionisti*, in *RIDL*, 1989, I, p. 110 ss.

Sotto il primo profilo, la circolazione dei servizi è stata disciplinata dalla direttiva 2005/36/CE (modificata dalla direttiva 2013/55/UE), relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e dalla direttiva 2006/123/CE, riguardo ai servizi nel mercato interno. In Italia tali direttive sono state attuate rispettivamente dal d. lgs. n. 206/2007, che contiene alcune limitate notazioni di ordine previdenziale, e dal d. lgs. n. 59/2010, integrato dal d. lgs. n. 147/2012[118].

Per quanto concerne la sicurezza sociale, la creazione del mercato unico si è tradotta nella costruzione di un sistema di coordinamento tra i sistemi nazionali, dapprima con l'adozione del Regolamento n. 1408/71/CE, sostituito poi dal Regolamento n. 883/2004 (d'ora in poi, anche *Regolamento base*), e dal Regolamento n. 987/2009/CE (d'ora in poi, anche *Regolamento di applicazione*), che ne ha stabilito le modalità applicative[119]. A tali norme si affiancano, nell'ordinamento italiano, gli Statuti e i Regolamenti degli enti previdenziali privatizzati.

Ed è proprio in questo ordito che si muoverà l'analisi che segue, unendo all'esame di aspetti pratici la loro riconduzione all'interno dei principi generali del sistema.

2. Regolamento base e regolamento di applicazione: principi generali.

Si è detto, in premessa, come il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale trovi la propria ragione nella necessità di garantire la libera circolazione all'interno del mercato unico. Specificamente, l'attività del professionista in altri Stati membri trova disciplina nelle norme relative alla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), se esercitata su base stabile e continuativa oppure, se si tratta di una attività svolta temporaneamente, in quelle relative alla libera prestazione di servizi (art. 56 e 57, par. 2, lett. d) TFUE). Entrambe le libertà importano l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio alle condizioni stabilite dal paese ospitante per i propri cittadini (art. 49, par. 2 TFUE per lo stabilimento; art. 57, par. 3 TFUE per i servizi), con il connesso divieto, per gli Stati membri, di stabilire delle restrizioni.

Queste disposizioni di principio ispirano l'architettura di fondo del Regolamento n. 883/2004/CE, per cui il coordinamento poggia su un sistema di mutuo riconoscimento dei periodi contributivi tra gli Stati membri secondo il metodo della totalizzazione. Nello specifico, le istituzioni previdenziali, al fine del diritto alle prestazioni, sono tenute a tenere conto dei periodi di assicurazione, di occupazione, di attività lavorativa autonoma o di residenza maturati sotto la legislazione di ogni Stato comunitario, come se si trattasse di periodi maturati internamente (art. 6, Reg. n. 883/2004/CE). Analogamente a quanto previsto dalla disciplina italiana, è preclusa la possibilità di fruire di varie prestazioni di uguale natura relative ad uno stesso periodo di assicurazione

---

[118] Per una disamina in materia, L. Guidi, E. A. Rossi, *Profili problematici del riconoscimento delle qualifiche professionali nell'Unione europea*, in *Cultura giuridica e diritto vivente,* n. *3/*2016, fasc. 3, p. 14 ss.; F. Capotorti, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali tra liberalizzazione e trasparenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* n. 1/2015, p. 79 ss.; E. Ambrosini, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1/2014, p. 47 ss.

[119] Sul punto, v. M. Cicciù, A. Costa, *Regolamento n. 883/2004 Ce di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale: disposizioni applicative e questioni interpretative*, in *RDSS,* n. 1/2011*,* p. 171 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento Ce n. 883/2004*, in *RDSS*, n. 3/2010, p. 537 ss.; con riferimento al sistema previgente, si vedano tra i molti P. Pozzaglia, *La mobilità dei professionisti nell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RDSS*, n. 2/2002, p. 311 ss.; L. Foglia, *Previdenza sociale dei lavoratori migranti e totalizzazione dei periodi contributivi*, in *RDSS*, n. 1/2002, p. 223 ss.

obbligatoria (art. 10, Reg. n. 883/2004/CE)[120].

Il mutuo riconoscimento presuppone la parità di trattamento, per cui le persone ricomprese nell'applicazione del Regolamento godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato (art. 4). Il principio assume pertanto una duplice valenza, di cui terremo conto nell'analisi che segue. La parità di trattamento ha innanzitutto una portata acquisitiva: gli Stati membri, e segnatamente gli enti previdenziali, non possono discriminare tra i propri cittadini e quelli comunitari nell'accesso alle prestazioni. D'altro canto, parità implica anche la soggezione agli oneri previsti nel paese ospitante: il cittadino comunitario non può approfittare del proprio *status* per sottrarsi alle norme interne che disciplinano l'esercizio della professione svolta.

All'indicazione dei principi generali segue la concreta definizione della legislazione applicabile. La regola di base, prevista dall'art. 11, par. 1, del Reg. 883/2004/CE, prevede la territorialità degli obblighi assicurativi, secondo diversi criteri che tengono conto del modo in cui l'attività viene esercitata all'interno dell'Unione. La prima ipotesi è quella in cui la professione sia svolta esclusivamente, ma in successione, all'interno di singoli e diversi Stati membri, ipotesi a sua volta esplicitata in due casi: a1) l'esercizio in modo stabile (art. 11, par. 3); a2) l'esercizio in modo temporaneo (art. 12). Il secondo caso concerne invece b) l'esercizio contemporaneo della medesima attività in più paesi, e nello specifico b1) il concorso tra esercizio in forma subordinata e autonoma (art. 13, par. 3) e b2) il contemporaneo esercizio in autonomia (art. 13, par. 2).

3. Lo svolgimento in via esclusiva di un'attività nei Paesi dell'Unione.

Cominciamo col caso per cui, nel corso del tempo, il professionista si sposti in diversi Stati membri svolgendovi la propria attività in via esclusiva. Il Regolamento di base prevede sul punto due opzioni, a seconda che l'esercizio sia svolto in modo stabile o temporaneo.

Nella prima ipotesi, trova applicazione la legge del luogo ove è svolta l'attività (*lex loci laboris*) (art. 11, par. 3, lett. a). Questo vale non solo per il lavoratore attivo, ma anche per chi riceva un'indennità economica collegata all'esercizio di un'attività autonoma (ad esempio l'indennità di maternità), con esclusione però delle pensioni di invalidità, di vecchiaia o di reversibilità, delle rendite per infortunio sul lavoro e malattie professionali e delle prestazioni in denaro per malattia che contemplino cure di durata illimitata. Tali casi, quindi, saranno soggetti alla normativa del Paese erogante (art. 11, par. 2). Chi riceve un'indennità di disoccupazione in base alla legislazione dello Stato membro di residenza è soggetto invece a tale legislazione. L'applicazione della legge dello Stato membro di residenza opera peraltro, quale regola residuale, in tutte le ipotesi non contemplate espressamente dal Regolamento (art. 11, par. 3, lett. e).

Diversamente, nel caso in cui un professionista eserciti temporaneamente la propria attività in uno Stato diverso da quello in cui è stabilito, l'art. 12, par. 2, del Regolamento base dispone che continui ad applicarsi la legislazione del primo Stato, purché la durata prevedibile di tale attività non superi i ventiquattro mesi. Il professionista potrà avvalersi di questo regime a condizione di aver già svolto la propria attività per un certo tempo prima della data di trasferimento e di continuare a soddisfare nel paese di provenienza i requisiti richiesti per l'esercizio della sua attività, al

[120] Sulla disciplina interna, si rinvia a G. Giglio, *Ricongiunzione e totalizzazione dei contributi previdenziali*, in G. Canavesi (a cura di), *op. cit.*

fine di poterla riprendere al suo ritorno (art. 14, par. 3, Reg. n. 987/2009/CE).

Quindi, finché si permane nel limite dei ventiquattro mesi, la situazione del professionista è qualificata non come stabilimento ma come libera prestazione di servizi e di conseguenza non muta la legislazione applicabile dal punto di vista previdenziale.

La norma – probabilmente pensata soprattutto avendo come riferimento il distacco transnazionale di lavoratori – genera alcuni problemi applicativi. Basta permanere nel limite dei ventiquattro mesi per restare soggetti al regime della prestazione di servizi, e quindi essere esenti dagli obblighi previdenziali nel paese in cui si esercita temporaneamente? Oppure tale limite può essere superato, nel caso in cui l'attività del professionista ecceda la saltuarietà? Si tratta di una questione che va oltre i meri aspetti procedurali ed individuali: non dimentichiamoci infatti del terzo interesse menzionato in premessa, cioè quello degli enti previdenziali alla riscossione dei contributi, nell'ottica di una solidarietà intercategoriale che scaturisce dalla partecipazione alla vita del paese in cui viene esercitata l'attività economica. «Indisponibilità ed inderogabilità che connotano la materia previdenziale inducono ad escludere che il soggetto interessato alla tutela previdenziale possa operare una scelta della legislazione di sicurezza sociale dello Stato in cui desidera sia attuata la sua protezione sociale o possa optare di conformarsi o meno alle prescrizioni dell'ente previdenziale deputato a presidiare le regole di sicurezza sociale e, in genere, delle istituzioni di sicurezza sociale dei singoli Stati membri dell'Unione»[121].

La domanda acquista vigore se si tiene conto, in aggiunta, dell'art. 14, par. 6 del Regolamento di applicazione, il quale definisce l'abitualità della professione come lo svolgimento «contemporaneamente o a fasi alterne» di un'attività. Tant'è che successivamente la medesima disposizione, per distinguere le due ipotesi (art. 14, par. 7), dice che è sì «determinante la durata dell'attività svolta in uno o più Stati membri diversi» e specificamente il «carattere permanente o piuttosto (…) puntuale e temporaneo», ma non richiama in alcun modo l'arco temporale previsto dal Regolamento di base limitandosi in modo sibillino a stabilire che a tal fine venga «effettuata una valutazione globale di tutti i fatti pertinenti».

E qui ci si scontra con un problema presupposto, dibattuto e tuttora di difficile definizione nel diritto comunitario. Infatti, benché libera prestazione di servizi e diritto di stabilimento costituiscano i cardini del mercato unico, tali concetti restano nozioni dal carattere indeterminato e spesso di difficile distinzione. La stessa Corte di Giustizia, al riguardo, ha rilevato che «nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in termini astratti, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizi non può più essere considerata prestazione di servizi, di modo che la nozione di «servizio» ai sensi del Trattato può comprendere servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino di più anni[122]», pur in presenza di una sede permanente[123].

---

[121] Cass. civ. sez. lav. 19 marzo 2018, n. 6776.

[122] CGUE 10 maggio 2012, cause riunite da C-357/10 a C-359/10, *Duomo Gpa Srl e altri contro Comune di Baranzate e Comune di Venegono Inferiore*.

[123] Così la storica sentenza CGCE 30 novembre 1995, causa C- 55/94, *Gebhard*. Affronta il tema S. Tortini, *I labili confini fra la prestazione di servizi ed altri principi comunitari*, in *Lav. giur.*, n. 2/2013, p. 149 ss.: nello specifico, «con il termine temporaneità non si indica semplicemente un lasso temporale ristretto, quantizzabile in via interpretativa, poiché la qualificazione di detto requisito abbisogna

Analogamente, sul piano della disciplina interna, il d. lgs. n. 206/2007 in materia di libera prestazione di servizi prevede che il professionista straniero, in caso di prestazione temporanea, sia iscritto ad apposita sezione dell'Albo restando esente da obblighi assicurativi e contributivi (art. 10, c. 4 e art. 13, c. 4, d. lgs. n. 206/2007)[124], senza fornire però alcuna indicazione per individuare il carattere temporaneo della prestazione, presupposto dell'esenzione dal regime previdenziale interno.

In proposito, l'art. 9, c. 3 del decreto rimette la valutazione della temporaneità, *caso per caso*, alle autorità competenti al riconoscimento delle qualifiche professionali[125], tenuto conto anche della natura della prestazione, della durata, frequenza, periodicità e continuità. Sembra, tuttavia, che si tratti di una valutazione a priori, dato che il successivo comma 3-*bis* prevede la possibilità di un controllo in corso d'opera, ma solo per quanto concerne le attività stagionali.

Nonostante la *littera legis*, è da ritenersi che comunque una verifica sull'attività svolta dal professionista non sia del tutto esclusa. Infatti, anche nel caso di prestazione di servizi temporanea, l'art. 9, c. 4, del d. lgs. n. 206/2007 sottopone il professionista alle previsioni interne che disciplinano l'esercizio della professione nonché alle regole disciplinari applicabili a coloro che, sul territorio italiano, esercitano la professione corrispondente. Tra queste rientrano anche le disposizioni previdenziali, cui si affiancano in determinati casi le norme deontiche che prevedono in capo al professionista l'obbligo di provvedere agli adempimenti contributivi[126].

Ne discende che se l'attività del professionista straniero eccede il limite entro il quale l'ente previdenziale individua la temporaneità della prestazione, sia ravvisabile un autonomo potere della Cassa di deliberare l'iscrizione. Deve infatti ritenersi che il professionista sia obbligato alle comunicazioni reddituali inerenti al fatturato prodotto in Italia in virtù della mera appartenenza all'albo, dato che la *ratio* di tale obbligo consiste nell'identificazione dei soggetti passivi del rapporto giuridico contributivo e nell'eventuale individuazione della base imponibile per il calcolo del contributo e del parametro di riferimento reddituale per il calcolo della pensione[127].

Ciò detto, occorre capire quali siano i parametri di temporaneità[128] per i professionisti iscritti alle

---

di una valutazione più articolata. Al fine di comprovarne la sussistenza, infatti, risulta indispensabile verificare che la partecipazione dell'interessato alla vita economica del paese ospitante non risulti né continuativa né stabile e che, in linea più generale, le attività da lui svolte non siano particolarmente frequenti o assidue. Ciò non esclude che egli possa disporre, in quel territorio, di una sede, purché essa si riveli strettamente indispensabile per l'espletamento delle sue attività».

[124] In particolare, il professionista deve presentare ai Ministeri competenti alla vigilanza, almeno trenta giorni prima l'inizio dell'attività, una dichiarazione contenente informazioni sulla prestazione di servizi che intende svolgere nonché sulla copertura per la responsabilità professionale (art. 10, c. 1, d. lgs. n. 206/2007). Dello svolgimento della prestazione dovrà essere informato, prima dell'esecuzione o, in caso di urgenza, immediatamente dopo, anche l'ente previdenziale, benché – precisa la norma - tale comunicazione, non comporti alcun obbligo di iscrizione o contribuzione (art. 10, c. 4, d. lgs. n. 206/2007). Aspetto, questo, ribadito dal successivo art. 13, per cui l'autorità competente deve trasmette la dichiarazione di inizio attività anche all'ordine o al collegio professionale, che provvede ad una iscrizione automatica in un'apposita sezione, senza che l'iscrizione all'ordine comporti anche quella all'ente previdenziale (art. 13).

[125] Per quanto concerne le professioni ordinistiche, questa valutazione è rimessa, ai sensi dell'art 5, lett. c), ai Ministeri titolari della relativa vigilanza.

[126] Così ad esempio l'art. 16 del Codice deontologico forense e l'art. 11 del Codice deontologico degli architetti.

[127] Con riferimento agli obblighi di comunicazione previsti per gli avvocati *ex* art. 17, l. n. 576/1980, Cass. SS. UU. 7 giugno 2012, n. 9184, che supera il precedente Cass. 25 novembre 2009, n. 24784. V. anche Cass. 19 marzo 2018, n. 6776.

[128] Del medesimo avviso, in altro contesto, v. anche D. Losi, *op. cit.*, 90.

Casse privatizzate. Non sembra che possa essere mutuato il limite dei 5000 euro previsto per l'occasionalità del lavoro autonomo ai fini dell'iscrizione alla Gestione separata, per due ordini di ragioni. Sul piano fattuale, e pretermesse le osservazioni sugli attuali scenari di crisi, anche un'attività saltuaria potrebbe eccedere questo limite reddituale: pur assenza delle norme attuative dell'art. 19-*quaterdecies*, d.l. n. 148/2017, sull'equo compenso, l'art. 2233 c.c. parametra il corrispettivo all'importanza dell'opera e al decoro della professione. Ma a priori, e dirimente, è la considerazione dell'autonomo potere regolamentare delle Casse, strettamente funzionale alla necessità sopra menzionata di garantire la sostenibilità finanziaria a lungo termine[129]. Quindi, spetta agli enti privatizzati determinare i presupposti per definire l'esercizio continuativo dell'attività.

Tuttavia, l'esame delle fonti che disciplinano questi enti non sempre fornisce dei criteri utili. Innanzitutto, per alcune Casse il fatto che la professione sia esercitata in modo continuativo o meno è irrilevante, dato che sono tenuti all'iscrizione tutti coloro che semplicemente svolgano una determinata attività[130]. Così non può essere per il professionista straniero che presti in modo temporaneo il proprio servizio, tenuto conto peraltro dell'esclusione degli obblighi previdenziali prevista dal d. lgs. n. 206/2007. Nei casi, invece, in cui gli obblighi assicurativi siano subordinati alla continuità professionale[131], a volte questa continuità viene ancorata alla mera apertura di una partita IVA, congiuntamente all'iscrizione all'Albo e all'assenza di altra forma assicurativa[132]: si tratta però di indici che non dicono molto circa l'effettivo carattere temporaneo della prestazione e che non consentono per se stessi di reprimere ipotesi di abuso. Il professionista straniero, infatti, resterà comunque incardinato nel proprio ente di previdenza, mantenendo probabilmente la partita IVA straniera; sarà sì iscritto all'Albo italiano, ma nella sezione speciale, come previsto dall'art. 13, c. 1, d. lgs. n. 206/07.

Altri enti previdenziali, invece, individuano l'esercizio continuativo determinando anche un limite reddituale o relativo al numero di affari, consentendo quindi una chiara quantificazione di ciò che eccede la temporaneità della professione. Questa, ad avviso di chi scrive, sembra l'unica via percorribile. Così ad esempio è disposto (per l'iscrizione all'Albo e indirettamente) per la Cassa forense dal d.m. 25 febbraio 2016, n. 47, tramite il riferimento all'aver trattato almeno cinque affari per ciascun anno (art. 2, c. 2, lett. c)) unitamente alle soglie reddituali stabilite dal Comitato dei delegati. Così pure il Regolamento della Cassa dei commercialisti, ai sensi del quale «per ogni anno la continuità è riconosciuta in presenza di un volume di affari IVA almeno pari a quello di riferimento del contributo minimo integrativo relativo allo stesso anno[133]» (art. 5, Regolamento

---

[129] V. *ex multis* Cass. 21 marzo 2019, n. 8020. E infatti «il principio di autonomia riconosciuto alle Casse professionali dal D.Lgs. 509 del 1994, realizza, nel rispetto della natura pluralista dell'intero sistema previdenziale, il diverso scopo di rispettare le istanze del gruppo professionale nella gestione dell'assicurazione obbligatoria, all'interno dello spazio assegnato loro dalla legge (l. n. 335 del 1995, art. 3, comma 12), senza il concorso finanziario da parte dello Stato», così Cass. 12 dicembre 2018, n. 32167.

[130] Così, ad esempio, l'ENPACL – Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza per i Consulenti del Lavoro e, da poco (2017), la Cassa Italiana Previdenza ed Assistenza Geometri, nella quale «sono obbligatoriamente iscritti alla Cassa i geometri e geometri laureati iscritti all'Albo professionale dei Geometri che esercitano, anche senza carattere di continuità ed esclusività, la libera professione» (art. 5 Statuto). Per una disamina sul punto, v. D. Losi, *La costituzione del rapporto previdenziale*, in G. Canavesi (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla Riforma Fornero*, Giappichelli, 2017, 69 ss. e in particolare 89 ss.

[131] Ad esempio la Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, l'INARCASSA – Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti, la CNPADC – Cassa nazionale di Previdenza ed Assistenza Dottori Commercialisti, la Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza a favore dei Ragionieri e Periti Commerciali.

[132] Così ad esempio lo Statuto INARCASSA, art. 7.

[133] Qui, però, si apre il connesso problema del volume d'affari ai fini IVA: v. *infra*, par. 4.

CNPADC). In questo caso è possibile affermare che, superati tali limiti, il professionista straniero sia soggetto agli obblighi assicurativi e contributivi in Italia.

In assenza di simili criteri, si è visto che il vaglio di temporaneità è rimesso al Ministero vigilante, anche se sono evidenti le ripercussioni relative alla certezza del diritto, che rendono di fatto la norma inapplicabile.

4. Lo svolgimento contemporaneo di attività in Stati membri diversi.

Nel Regolamento n. 883/2004/CE, ulteriori eccezioni al principio della *lex loci laboris* sono previste nel caso di concorso tra attività svolte stabilmente e allo stesso tempo in Stati membri diversi. Ricorrono, in particolare, due ipotesi.

Il primo caso è quello del contemporaneo esercizio di un'attività subordinata e di un'attività lavorativa autonoma, per cui è prevista l'applicazione della legge del luogo in cui viene esercitata l'attività subordinata. Sembra però che nell'ordinamento italiano la norma non sia destinata a tutte le professioni regolamentate, per un problema lavoristico presupposto. Una professione, in particolare, può essere svolta esclusivamente in regime di autonomia: è il caso degli avvocati, per i quali l'art. 18 della l. n. 247/2012 sancisce il divieto di svolgere la professione in forma subordinata (salvo le eccezioni espresse nel successivo art. 19)[134]. Preme però evidenziare come in altri paesi la subordinazione dell'avvocato sia ammessa. Ad esempio, in Spagna l'art. 27.4 del Real Decreto n. 658/2001 (*Estatuto General de la Abogacía Española*) prevede la figura dell'*abogado por cuenta ajena* sottoposto al regime lavoristico, con contratto di lavoro formalizzato per iscritto e soggetto, in linea di massima, al regime generale di sicurezza sociale[135]. Nell'ordinamento francese, invece, è prevista la figura dell'*avocat salarié*, affiliato alla *Caisse Nationale des Barreaux Français* per la pensione di vecchiaia e al sistema generale dei dipendenti per tutti i rischi diversi (malattia-maternità, invalidità, disoccupazione, infortuni sul lavoro). Stando alle norme italiane sull'avvocatura, non è quindi possibile il contemporaneo esercizio dell'attività in forma subordinata all'estero. Ciò significa che dal punto di vista previdenziale l'avvocato stabilito in Italia vedrà preclusa la possibilità di lavorare contemporaneamente all'estero come dipendente, e quindi resterà incardinato nella Cassa forense, pena altrimenti la cancellazione dall'Albo. Al contrario, l'avvocato stabilito all'estero potrà iscriversi all'albo italiano, in forza della direttiva 98/5/CE[136], ma dovrà esercitare anche nell'altro Stato comunitario in forma autonoma. Istintivamente, viene da

---

[134] Anche se, alla luce del modo in cui concretamente viene esercitata la professione, sono state avanzate alcune proposte di legge volte ad abolire l'incompatibilità tra professione forense e rapporto di lavoro subordinato: di recente, il DDL C. 428 del 4 luglio 2018, recante una *Modifica all'articolo 19 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato*.

[135] Si veda F. J. Fernández Orrico, *Régimen jurídico de seguridad social aplicable a la relación laboral especial de los abogados*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 2007, vol. I, n. 2, in particolare il par. 3. Sulla figura dell'*abogado por cuenta ajena* e i problemi di inquadramento in relazione ai tradizionali canoni di autonomia, N. P. García Piñeiro, *Del abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales*, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* n. 83/2009, p. 151 ss.

[136] La direttiva, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, dispone che «l'autorità competente dello Stato membro ospitante procede all'iscrizione dell'avvocato su presentazione del documento attestante l'iscrizione di questi presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine» (art. 3, c. 2).

chiedersi se le norme italiane integrino una restrizione alla libertà di stabilimento vietata dall'art. 49, par. 1, TFUE. Il Consiglio Nazionale Forense[137], interpellato sul punto, ha ritenuto che non assuma rilievo il luogo di svolgimento dell'attività incompatibile e pertanto rientri nell'ipotesi di incompatibilità pure l'attività di lavoro subordinato in altro Stato dell'Unione Europea, ancorché in quest'ultimo il rapporto di lavoro subordinato sia ammesso per la professione forense. Sulla stessa scia la Corte di giustizia che richiamando l'art. 6, c. 1, della direttiva 98/5/CE, per cui vengono fatte salve le regole professionali e deontologiche interne[138], ha ritenuto che le norme sulle incompatibilità professionali non siano illegittime qualora siano finalizzate a prevenire un conflitto d'interesse e non eccedano quanto necessario a conseguire tale obiettivo[139]. Qualche dubbio però permane sul fatto che l'esercizio della professione come dipendente, in un altro Stato membro, possa pregiudicare effettivamente l'indipendenza di un avvocato.

Tornando alle norme di conflitto previdenziali, l'altra ipotesi prevista dal Regolamento (art. 13, par. 2) è quella di contemporaneo esercizio di un'attività autonoma in distinti paesi membri dell'Unione. Al riguardo vengono individuati due criteri alternativi. La persona che eserciti abitualmente un'attività lavorativa[140] in due o più Stati membri sarà soggetta, in linea di principio, alla legislazione dello Stato di residenza, se vi svolge una parte sostanziale, anche se non principale, delle sue attività (art. 13, par. 2, lett. *a)*), altrimenti alla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro di interessi delle sue attività (art. 13, par. 2, lett. *b)*). In entrambe le fattispecie, per stabilire la legislazione applicabile le istituzioni interessate tengono conto della situazione proiettata nei successivi dodici mesi civili (art. 14, par. 10, Reg. n. 987/2009).

La parte sostanziale dell'attività (art. 13, par. 2, lett. *a)*) viene individuata considerando «il fatturato, l'orario di lavoro, il numero di servizi prestati e/o il reddito», tenuto conto che nel quadro di una valutazione globale, deve sussistere una quota non inferiore al 25 % di detti criteri (così il Regolamento n. 987/2009, art. 14, par. 8).

Il centro di interessi (art. 13, par. 2, lett. *b)*) deve invece essere determinato «prendendo in considerazione tutti gli elementi che compongono le (…) attività professionali, in particolare il luogo in cui si trova la sede fissa e permanente delle attività dell'interessato, il carattere abituale o la durata delle attività esercitate, il numero di servizi prestati e la volontà dell'interessato quale risulta da tutte le circostanze» (art. 14, par. 9, Reg. n. 987/2009).

I criteri, apparentemente lineari, sollevano alcune questioni applicative.

Cominciamo con la nozione di «parte sostanziale» dell'attività. Al riguardo, ricondurre il sindacato degli enti previdenziali (e del giudice) al criterio quantitativo del 25% appare riduttivo come,

---

[137] CNF Parere del 24 settembre 2014, n. 63.

[138] In particolare, dispone la norma che «indipendentemente dalle regole professionali e deontologiche cui è soggetto nel proprio Stato membro di origine, l'avvocato che esercita con il proprio titolo professionale d'origine è soggetto alle stesse regole professionali e deontologiche cui sono soggetti gli avvocati che esercitano col corrispondente titolo professionale dello Stato membro ospitante per tutte le attività che esercita sul territorio di detto Stato».

[139] CGUE 7 maggio 2019, causa C-431/17, *Monachos Eirinaios*; 2 dicembre 2010, causa C-225/09, *Jacubowska*. Per un commento, v. E. Bergamini, *La Corte di giustizia e le incompatibilità all'esercizio della professione di avvocato: l'abito non fa il monaco… e la toga non fa l'avvocato*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2/2019.

[140] Si richiama quanto già detto *supra*, par. 3; nello specifico l'art. 14, par. 6, del Regolamento di applicazione specifica che, quale esercizio abituale, si intende l'esercizio «contemporaneamente o a fasi alterne, [di] una o più attività lavorative autonome distinte, a prescindere dalla loro natura, in due o più Stati membri».

d'altro canto, non tutti gli indici menzionati sembrano applicabili.

Il riferimento all'orario, innanzitutto, è scarsamente calzante per il lavoro autonomo, che per definizione si colloca al di fuori di una rilevazione sulla quantità della prestazione.

Circa il fatturato, invece, è evidente come sia difficile per l'ente previdenziale avere accesso ai dati inerenti ai ricavi complessivi prodotti dal professionista, e quindi poter esercitare eventualmente la propria facoltà impositiva.

Il reddito complessivo, anche estero, deve essere dichiarato solo dal professionista residente (art. 3, d.P.R. n. 917/86) e non da quello residente all'estero, il quale eventualmente pagherà le imposte solo su quanto prodotto in Italia. Esaminando alcune Convenzioni contro le doppie imposizioni e nello specifico quelle concluse con Germania, Francia e Spagna, tutte e tre contengono un identico articolo 14 in materia di professioni indipendenti, del medesimo tenore, per cui «i redditi che un residente di uno Stato contraente ritrae dall'esercizio di una libera professione o da altre attività indipendenti di carattere analogo sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale residente non disponga abitualmente, nell'altro Stato contraente, di una base fissa per l'esercizio delle sue attività. Se egli dispone di tale base, i redditi sono imponibili nell'altro Stato ma unicamente nella misura in cui sono imputabili a detta base fissa[141]». Dato che è possibile conoscere solo il reddito prodotto in Italia, è evidente la difficoltà di verificare la soglia comunitaria del 25% testé menzionata.

Segue un ulteriore problema, cioè quello di stabilire la territorialità della prestazione offerta dal professionista. La disciplina fiscale infatti disegna una diversa nozione di territorialità a seconda del tipo di committente cui l'attività è rivolta. L'art. 7-*ter* del d.P.R. n. 633/72, in tema di imposta sul valore aggiunto, considera effettuate nel territorio dello Stato le prestazioni rese a soggetti passivi ivi stabiliti, mentre se tali prestazioni sono verso committenti non soggetti passivi si considerano svolte nel paese del prestatore, con conseguente tassazione. Facendo un esempio pratico, se l'avvocato straniero offre una consulenza ad un professionista italiano, tale consulenza verrà considerata come svolta in Italia, mentre se lo stesso avvocato difende in giudizio un privato, la prestazione viene considerata come svolta nel paese di residenza del difensore. Data la coincidenza tra criteri fiscali e previdenziali (i Regolamenti degli enti privatizzati fanno sempre riferimento al reddito imponibile[142]), nel computo dell'ipotetico 25% occorrerà tenere conto anche di questo aspetto.

Per quanto riguarda l'altro criterio di collegamento menzionato dal Regolamento, cioè il «centro di interessi», mancando un riferimento alla disciplina interna (nello specifico, rileverebbe la determinazione della residenza fiscale ai sensi dell'art. 2, c. 2, TUIR), è da ritenersi che la nozione sia soggetta «ad un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi»,

---

[141] A ciò l'art. 25, c. 2, del d.P.R. n. 600/73 aggiunge che se i compensi per lavoro autonomo sono corrisposti a soggetti non residenti, il sostituto d'imposta debba operare una ritenuta del 30%.

[142] V. L. Carbone, *La contribuzione*, in G. Canavesi (a cura di), *op. cit.*; v. anche M. Cicciù, A. Volkova, *Casse professionali: iscrizione, contribuzione e reddito imponibile*, in *Lav. prev. oggi,* n. 10/2010, p. 1019 ss. Cfr., per la Gestione separata, la circolare INPS 21 dicembre 2004, n. 164.

indipendentemente dalle normative nazionali[143]. In particolare, applicando la giurisprudenza comunitaria sviluppatasi sulla nozione di «centro degli interessi principali», nell'ambito delle procedure di insolvenza (art. 3, Reg. n. 1346/2000), il luogo della sede statutaria è uno dei vari indici utili, superabile però ove l'esame della situazione concreta porti a diversa conclusione e indichi altro luogo in cui il soggetto eserciti «in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi»[144].

In definitiva, il professionista con sedi in più Stati membri dell'Unione sarà iscritto agli albi professionali di ciascun paese in cui svolge l'attività, ma dovrà assolvere agli obblighi assicurativi e contributivi solo in un unico Stato membro, a seconda del luogo ove l'attività assuma valenza pregnante.

Questa conclusione non vale però in assoluto. Nel gioco di incastri tra normativa comunitaria e italiana, deve ritenersi infatti che l'esenzione non operi per il versamento dei contributi integrativi i quali, trovando la propria fonte unicamente nell'iscrizione all'Albo e nelle utilità connesse, sono ugualmente dovuti.

Alla luce dei Trattati, viene quindi da chiedersi se il pagamento di questi contributi, relativi ai redditi prodotti in Italia, possa considerarsi un'illegittima restrizione alla libertà di stabilimento con violazione dell'art. 49, par. 2, TFUE. Ora, una simile violazione è riscontrabile quando ricorra una «forma di discriminazione fondata sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione indiretta basata su criteri diversi ma tali da portare di fatto allo stesso risultato» (Considerando 65, Direttiva 2006/123/CE), a meno che tali criteri siano giustificati da motivi imperativi di interesse generale, quali, ad esempio, il perseguimento di obiettivi di politica sociale (Considerando 69, Direttiva 2006/123/CE)[145]. Quindi, per verificarne la sussistenza, è necessario svolgere un duplice sindacato, vagliando l'eventuale discriminatorietà della misura e la sussistenza di cause di giustificazione.

Sul primo punto, è bene ricordare che è obbligato al versamento della contribuzione integrativa qualsiasi professionista, benché non sia in possesso dei requisiti per l'iscrizione alla Cassa di categoria. Secondo giurisprudenza costante, il contributo integrativo è un contributo "sterile" dal punto di vista delle prestazioni, che però consente all'ente privatizzato di disporre di un'ulteriore

---

[143] V. CGUE 15 dicembre 2011, causa C-191/10, *Rastelli Davide e C.*; 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC*; 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*: «è incompatibile con il diritto dell'Unione il fatto che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere in merito alla causa a seguito di una statuizione vincolante di un'istanza superiore in materia di giurisdizione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, dalle valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione».

[144] CGUE VII Sez., 24 maggio 2016, causa C-353/15, *Leonmobili Srl.* È da dire, peraltro, che la giurisprudenza interna va comunque in questa direzione anche con riferimento alle norme domestiche: cfr. Cass. civ. sez. trib. 20 dicembre 2018, n. 32992 la quale, richiamando altri precedenti (Cass. 18 novembre 2011 n. 24246; Cass. 15 giugno 2010 n. 14434), ha ritenuto che «il centro degli interessi vitali del soggetto va individuato dando prevalenza al luogo in cui la gestione di detti interessi viene esercitata abitualmente in modo riconoscibile dai terzi. Le relazioni affettive e familiari (…) non hanno una rilevanza prioritaria ai fini probatori della residenza fiscale, venendo in rilievo solo unitamente ad altri probanti criteri - idoneamente presi in considerazione nel caso in esame che univocamente attestino il luogo col quale il soggetto ha il più stretto collegamento»

[145] La direttiva, in realtà, non fa altro che richiamare i criteri stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria. V. CGCE 30 novembre 1995, causa C- 55/94, *Gebhard*, la quale a sua volta si riferisce a CGCE 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*.

fonte di entrate con cui sopperire alle prestazioni cui è tenuto[146], nell'ottica di una solidarietà endocategoriale[147].

Non sussiste quindi alcuna discriminazione, ricordando peraltro proprio l'art. 4 del Regolamento di base, per cui la parità di trattamento risiede sia nei diritti che negli obblighi previdenziali.

Ma quand'anche si ipotizzasse un carattere ostativo della misura, ad avviso di chi scrive proprio la solidarietà endocategoriale costituirebbe una causa di giustificazione, in quanto motivo di interesse generale contemplato dagli artt. 2 e 38 Cost.[148]

Peraltro, per il professionista straniero tale obbligo contributivo può essere ascritto anche ad un principio di solidarietà previdenziale comunitaria, pacificamente sotteso alla costruzione della libera circolazione nell'ambito del mercato comune. Non è questa la sede per soffermarsi su un tema così denso di implicazioni, ma basti dire che il valore della solidarietà, richiamato dall'art. 2 TUE tra i fondamenti dell'Unione[149] e indicato dal successivo art. 3 TUE tra gli scopi dell'azione comunitaria, intitola il Capo IV della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ove è ricompreso anche l'art. 34 in tema di sicurezza sociale[150]. «In questo senso, l'affermazione di un principio di libertà di circolazione delle persone – anche quando sia limitata ai lavoratori, o comunque ai soggetti economicamente attivi, che come tali partecipano ai processi di mercato – richiede sempre una qualche misura di condivisione delle forme e dei meccanismi di solidarietà in cui si sostanziano i sistemi di *welfare state* nazionali» secondo un esercizio di «solidarietà tra estranei» [151] anche nel campo delle professioni.

5. Brevi considerazioni finali.

L'esame delle problematiche inerenti alla libera circolazione dei professionisti dal punto di vista previdenziale ha rivelato un sistema normativo apparentemente lineare, che sottende in realtà molteplici questioni tuttora aperte.

L'asetticità delle norme di conflitto si scontra, infatti, sia con il dettaglio della disciplina interna,

---

[146] Cass. 11 febbraio 2019, n. 3913.

[147] Per l'analisi della solidarietà, anche in una prospettiva europea, si rinvia a M. Avogaro, S. Buoso, G. Cavallini, S. D'Ascola, G. Pistore, L. Taschini, *Solidarietà inter e intra generazionale*, in G. Canavesi, E. Ales (a cura di), *La vecchiaia nella tutela pensionistica*, Giappichelli, 2019, p. 94 ss. e alla bibliografia ivi richiamata.

[148] Sul punto la Corte costituzionale si è pronunciata a più riprese, soprattutto con riferimento alla Cassa forense: v. ad esempio le sentenze 20 aprile 1977, n. 62; 4 maggio 1984, n. 132 e la nota decisione del 4 maggio 1984, n. 133 secondo la quale, sulla scorta della giurisprudenza precedente, «sarebbe incongruo ricondurre al tipo mutualistico, anziché al tipo solidaristico, la previdenza forense, così come le altre previdenze concernenti professioni intellettuali, per ciò che esse sono organizzate sulla base del riferimento a date categorie professionali e alle rispettive attività tipiche, e secondo criteri di accentuata autonomia strutturale e finanziaria sia reciproca che rispetto all'assicurazione generale obbligatoria e alle previdenze dell'impiego pubblico. (…) Si tratta di scelte le quali sono compatibili con l'idea di solidarietà e anzi ne rappresentano una specificazione giustificata dal pluralismo che informa il nostro ordinamento: pluralismo che ammette solidarietà operanti nell'ambito di collettività minori».

[149] Cfr. anche CGCE 7 luglio 1988, causa C-143/87, *Stanton c. Inasti.*

[150] Il Preambolo alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ribadisce che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà». La collocazione del valore della solidarietà nel sistema comunitario è stata approfondita da A. J. Menédez, *La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, in *Diritto e questioni pubbliche*, p. 95 ss. V. anche S. Giubboni, *op. cit.*

[151] S. Giubboni, *op. cit.*

anche relativa a diversi settori del diritto, sia con i principi e i valori endemici ai singoli sistemi e in particolare, nell'ordinamento italiano, la particolare morfologia delle Casse privatizzate.

Nel caso dei professionisti peraltro è recente ed embrionale la presa di coscienza, dal punto di vista della sicurezza sociale, del fatto che questi soggetti sono persone e non mere entità economiche operanti sul mercato[152]. Questo si è tradotto, nel corso del tempo, in una disattenzione verso i profili previdenziali, anche a livello comunitario, cui preme porre rimedio.

La situazione legislativa si ripercuote in modo pesante sulla posizione del singolo, disorientato a fronte di una normativa aperta all'incertezza del sindacato operato dai singoli enti e, in ultima istanza, dal giudice. Nel contributo si è cercato di fornire alcune soluzioni sul campo dell'interpretazione, ben consapevoli tuttavia della necessità di un'attenta revisione del quadro normativo di riferimento.

---

[152] Sia permesso rinviare per quanto concerne i professionisti non ordinistici a G. Pistore, *Professioni non organizzate in ordini e collegi: quale "Statuto previdenziale"?*, in *DRI*, n. 4/2019.

Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i *riders* autonomi*

Adalberto Perulli

1. La subordinazione e i suoi interpreti, tra tendenza espansiva del diritto del lavoro e superamento della rigida dicotomia. 52

2. Prove di "superamento" della subordinazione: le nuove collaborazioni organizzate dal committente (art. 2, d.lgs. n. 81/2015). 56

3. Collaborazioni etero-organizzate e tutela dei *riders* autonomi: quale coordinamento? 62

4. La tendenza espansiva del diritto del lavoro. 65

5. Neo-polarizzazione tra subordinazione e autonomia o ri-modulazione delle tutele? 68

5.1. L'ipotesi della neo-polarizzazione. 68

5.2. L'ipotesi della ri-modulazione delle tutele. 70

5.2.2. La contrattazione collettiva come vettore di modulazione delle tutele: l'esempio dell'art. 2, co.2, del d. lgs. 81/2017 e i suoi profili critici. 71

6. Legislazioni a confronto: la dipendenza economica come criterio di espansione delle tutele. 76

7. Oltre la subordinazione: i profili interpretativi. 78

7.1. La prestazione prevalentemente personale. 78

7.2. Il potere di organizzazione: svincolato dal riferimento ai tempi e al luogo. 84

8. I lavoratori autonomi etero-organizzati dalla piattaforma digitale. 88

9. Le nuove tutele per il lavoro (non etero-organizzato) tramite piattaforma digitale: subordinazione o autonomia? 93

10. Le tutele minime per i *riders*. 95

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 410/2020

1. La subordinazione e i suoi interpreti, tra tendenza espansiva del diritto del lavoro e superamento della rigida dicotomia.

"Oltre la subordinazione" è un tema che allude ad una tendenza di lunga durata del diritto del lavoro, che probabilmente segna il destino stesso di questa materia nella società post-industriale, o neo-moderna. A cosa ci si vuole riferire? Evidentemente ad una rivisitazione dello schema rigidamente binario su cui il diritto del lavoro è stato costruito nel corso del Novecento e che oggi appare sempre più bisognoso di un aggiornamento, o addirittura di un suo superamento. Se l'*aggiornamento* mantiene inalterata la rigida alternativa tipologica tra subordinazione e autonomia, e indaga soprattutto le tecniche interpretative o legislative volte ad adeguare il concetto di subordinazione per adattarlo ai mutamenti della realtà sociale, la seconda e più radicale prospettiva, quella del *superamento*, mette in discussione il paradigma consolidato per indirizzare il diritto del lavoro verso un sistema policentrico, in cui subordinazione e autonomia cessano di essere concetti radicalmente alternativi, mentre il lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni" (art. 35 Cost.) diventa l'oggetto delle tutele.

So bene che questa affermazione è problematica, e che una parte cospicua della dottrina preferisce, ancor oggi, ribadire i consueti assunti secondo i quali tra lavoro subordinato e lavoro autonomo esiste una diversità strutturale insuperabile, che rispecchia assetti di interessi tra le parti non solo diversi ma addirittura contrapposti. Credo, tuttavia, che sia ormai evidente come il diritto del lavoro sia sempre più artificialmente il diritto della (sola) subordinazione di novecentesca memoria, e che il lavoro subordinato e il lavoro autonomo, per una serie di fattori sia oggettivi sia soggettivi, siano categorie destinate non solo a dialogare ma anche a riannodare gli antichi legami che un tempo, nei sistemi di *civil law*, tenevano insieme forme diverse di attività resa a favore di altri (secondo lo schema originario del mandato) nella categoria unificante della *locatio-conductio operis*, così come nei sistemi di *common law* il diritto del lavoro delle origini - la legge del rapporto tra *Master and Servant* - veniva collegato allo *status* delle persone, e non al tipo di contratto in cui l'attività veniva dedotta, e per questo riguardava anche lavoratori autonomi a giornata, artigiani, apprendisti (che non erano affatto lavoratori subordinati come li intendiamo oggi)[153].

Il "superamento" della subordinazione come categoria esclusiva del diritto del lavoro viene quindi da lontano, e anche nella fase industriale, che maggiormente ha contrapposto le categorie del lavoro per rispondere alle esigenze della gerarchia, imponendo l'egemonia del lavoro salariato nella struttura della materia, il diritto del lavoro ha continuato a tessere il filo rosso che lega i due universi asseritamente separati ed oppositivi. Quando alla fine degli anni '50 del secolo scorso il legislatore italiano ha introdotto la categoria delle prestazioni d'opera coordinate e continuative, ripresa in seguito dall'art. 409 n. 3 c.p.c. sia pure con rilievo esclusivamente processualistico, ha di fatto tenuta aperta una prospettiva espansiva del diritto del lavoro che guardava oltre il recinto della sua fattispecie fondativa[154]. Quando nel 2015 è stata coniata la norma sulla prestazione di lavoro organizzata dal committente (art. 2, co1, d. lgs. n. 81), il legislatore non ha affatto prodotto

---

[153] Cfr. su questi temi il fondamentale contributo di B. Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. Hepple (ed), The making of Labour Law in Europe, Mansell Publishing Limited, London and New York, 1986, p. 31 ss.; ma v. anche, nella stesso senso, S. Deakin, *The Contract of Employment: A Study in Legal Evolution*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 203; nonché, per ulteriori spunti, A. Perulli, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in LD, 2017, p. 251 ss.

[154] Lo ricorda, da ultimo, E. Ales, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del "nuovo" lavoro autonomo. Un primo commento*, in MGL, 4, 2019.

una norma "apparente", né ha inteso ribadire inutilmente un concetto già presente nell'ordinamento, e cioè che il rapporto di lavoro subordinato è etero-organizzato dal creditore della prestazione, ma ha voluto *estendere* la disciplina del lavoro subordinato a fattispecie che ricadevano nell'area grigia tra subordinazione e autonomia, le quali, in mancanza di quella nuova categoria, avrebbero potuto gravitare nell'alveo del lavoro autonomo e rimane, quindi, prive di adeguate tutele. Il caso dei *riders di Foodora* dibattuto nelle aule del Tribunale e della Corte d'appello di Torino, sino alla sentenza della Corte di Cassazione n. 1663/2020, esemplifica bene questa tendenza espansiva del diritto del lavoro tramite categorie impropriamente definite "intermedie" o "terze", le quali, peraltro, non sono una prerogativa italiana: basti pensare al caso del Regno Unito ove da molti anni esiste una categoria "intermedia", quella dei *Workers*, vale a dire lavoratori non subordinati che fruiscono di alcune tutele di base in materia di compenso minimo, disciplina delle ferie e dei riposi, orario di lavoro, divieto di discriminazione, malattia , maternità, congedi parentali; ovvero al caso francese, dove un intera parte del *Code du Travail* (il Titolo VII) è dedicata a figure di lavoro autonomo che vengono assimilate, quanto a tutele, alla disciplina del *contrat du travail*[155].

In che termini può avvenire (o sta di fatto già avvenendo) questo aggiornamento, o questo "superamento" di un diritto del lavoro esclusivamente incardinato sulla categoria della subordinazione? E come si ridefinisce lo scenario tipologico su cui siamo soliti esercitare la nostra attività ricostruttiva e interpretativa?

La regolazione del lavoro, basata sulla nozione di subordinazione, è attraversata da inedite tensioni prodotte dai profondi mutamenti dei sistemi economici e sociali, e chiede ormai di essere riarticolata per rispondere ai bisogni di protezione sociale espressi dal mondo del lavoro. Se il secolo breve è stato il regno della subordinazione, simboleggiata dalla fabbrica fordista e dal relativo compromesso sociale, il nuovo millennio si è aperto all'insegna del superamento di quel paradigma con una lunga ed incerta transizione che oggi incrocia la rivoluzione digitale, latrice di un ambivalente messaggio di liberazione del lavoro dalle costrizioni del vecchio ordine, ma anche di neo-assoggettamento dell'uomo che lavora alle tecniche di produzione[156]. Le piattaforme digitali, icona del nuovo capitalismo, liberano energie e capacità di intraprendere inediti percorsi lavorativi, come ha scritto Giuseppe Bronzini[157], ma al contempo riproducono meccanismi di dipendenza e di precarietà. Da *Uber* a *Foodora* la giurisprudenza in tutti i sistemi giuridici si interroga se si tratti di lavoro subordinato, e quindi tutelato, o di lavoro autonomo, escluso dalle protezioni del diritto del lavoro. A fronte di questo dilemma, in Europa come negli Stati Uniti, sono all'opera vettori che spingono per un aggiornamento in chiave espansiva della nozione di subordinazione. In questo caso andare "oltre la subordinazione" significa riscriverne la morfologia normativa per riaffermare il dominio del diritto del lavoro sui territori di frontiera, sempre più estesi e sconosciuti, sottraendoli al mercato non regolato.

Il principale vettore di questa riarticolazione delle categorie e, conseguentemente, delle tutele giuslavoristiche è la giurisprudenza, che adotta una postura *Purposive*, vale a dire teleologica, per adeguare interpretativamente la fattispecie di subordinazione ai nuovi dati della realtà sociale.

---

[155] Si tratta dei lavoratori a domicilio, dei lavoratori che esercitano attività di servizio alla persona, o ancora dei gerenti non salariati, a cui si applica una parte cospicua del diritto del lavoro.

[156] Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Lavoro e tecnica ai tempi di Uber*, in RGL, 2, 2017.

[157] Cfr. G. Bronzini, *Il punto sul futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della Share-Economy*, in RIDL, 2016, I, p.75.

Rivisitando in via interpretativa i tradizionali indici basati sull'assoggettamento del prestatore al potere direttivo (che rappresenta non solo in Italia il principale elemento caratterizzante la subordinazione, e che coincide sostanzialmente con il *control test* della *common law*) le Corti tendono a relativizzarne la portata a favore di indici basati sulla dipendenza economica, come l'*economic reality* test, o sull'integrazione del lavoratore nella struttura organizzativa del datore, come l'*integration test*, o il francese *service organisé,* che propone una visione "organizzativa" della subordinazione svincolata dall'esercizio del potere direttivo[158]. La punta più avanzata di questa tendenza al superamento del criterio tradizionale basato su direzione e controllo sembra attuato dalla giurisprudenza californiana, che ha elaborato un ABC test in cui la subordinazione, presunta ogniqualvolta una prestazione di lavoro sia resa a favore di altri, viene esclusa solo se il committente oltre a provare il mancato esercizio delle prerogative datoriali di direzione e controllo, dimostra che la prestazione lavorativa è estranea alla normale attività dell'impresa e il lavoratore opera concretamente sul mercato, con una propria organizzazione, a favore di altri committenti[159].

---

[158] Tale criterio ha trovato tuttavia una battuta d'arresto con la celebre decisione *Société Générale* (Cass. Soc. 13 novembre 1996) che ha riaffermato la centralità del potere direttivo (anche solo in modalità programmatica: cfr. la sentenza *Société Humanitaire*, Cass. Soc. 15 ottobre 1998), degradando il *service organisé* a mero indice fra i tanti.

[159] ABC test - Corte Suprema della California. Nel caso *Berwick v. Uber* (*Labor Commission of State of California*, 4 giugno 2015), le autorità amministrative californiane hanno qualificato gli autisti della piattaforma Uber come *employees*. In altri casi, ad esempio in Douglas O'Connor v. Uber dell' 11 marzo 2015, le autorità giudicanti hanno fatto ricorso ai parametri di giudizio elaborati dalla Corte Suprema della California nel caso Borello (S.G. Borello & Sons, INC. v. Department of Industrial Relations, 23 marzo 1989).Il *Borello employment test* ha una struttura bifasica che si articola in due momenti: nel primo, qualora il ricorrente provi di aver fornito dei servizi a un datore si conclude con una presunzione di subordinazione; il secondo prevede che sia il datore a provare eventualmente che non sussisteva un rapporto di tipo subordinato. Il *Borello test* è un test multifattoriale poiché prende in considerazione tutti gli elementi fattuali rilevanti alla qualificazione del rapporto. Rappresenta "una sorta di ibridazione"[159] dei due tradizionali modelli usati dalle corti statunitensi, rappresentando la fusione di *right to control test* da un lato e *economic reality test* dall'altro. Il *Borello test* si basa principalmente sulla verifica della presenza del controllo datoriale, al quale si aggiungono indici sussidiari per stabilire se sussista o meno un rapporto di tipo subordinato[159]. Tra questi indici (secondary indicia), che devono essere combinati tra loro, si annoverano: il rischio; l'impiego di aiutanti e gli investimenti materiali e immateriali; la necessità di specifiche competenze; la durata del rapporto; la valutazione della prestazione come parte integrante dell'attività esercitata dal datore[159].Gli indici del *Borello test* mostrerebbero, invero, la loro incapacità di rispondere alla qualificazione dei rapporti di lavoro attuali e un tanto è stato sottolineato dalle stesse autorità californiane che trovandosi a decidere di un altro caso, *Patrick Cotter v. Lyft* del marzo 2015[159], hanno escluso un legame di subordinazione tra gli autisti e la Lyft alla luce di indici che si sarebbero potuti adattare e annoverare tanto in un rapporto di tipo autonomo tanto in uno di carattere subordinato. Tanto che, successivamente, la Corte Suprema della California, nella sentenza *Dynamax Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles County* del 30 aprile 2018, ha deciso di abbandonare gli indici del *Borello test*, in favore del cd. *ABC test*, secondo il quale il datore, al fine di provare che un rapporto di lavoro ricade nell'alveo dell'autonomia dovrà: a- dimostrare che non esercita potere direttivo o di controllo sul lavoratore; b- provare che l'attività lavorativa non rientra tra quelle ordinarie del committente, cioè tra il suo core business; c- provare che il prestatore di lavoro autonomo svolge abitualmente altre attività (di natura commerciale o professionale) similari a quelle svolte in favore del committente. Secondo la spiegazione fornita dalla stessa Suprema Corte della California[159], per soddisfare la parte A del test, il committente deve stabilire che il prestatore non è soggetto al suo controllo né alla sua direzione, tenendo comunque conto della natura della prestazione. Quanto alla parte B del test, il committente deve provare che il prestatore svolge un'attività che non rientra in quella tipica della committente, poiché nel caso in cui il prestatore fornisca la stessa prestazione che fornisce un dipendente della committente, allora sarà considerato lavoratore subordinato. Nel caso *Dynamex* la Corte ha elencato anche esempi concreti: si rimane nell'alveo dell'autonomia qualora, ad esempio, un negozio al dettaglio si serva della prestazione di un idraulico per aggiustare il bagno, ma non se un produttore di abbigliamento si serva dell'attività di una sarta a domicilio che cuce abiti con prodotti forniti dalla stessa azienda committente. Per rispondere al quesito C, il committente deve provare che il prestatore è abitualmente e contestualmente - e non solo potenzialmente - impegnato in altre attività, indipendenti, della medesima natura. Pertanto se l'attività di un prestatore è concentrata nei confronti di un solo committente, la parte C del test non può dirsi soddisfatta. Sia il *Borello test* che *ABC test* partono dal presupposto che il lavoratore sia legato da un rapporto di tipo subordinato e che sia il committente/datore a dover provare che invece si tratti di un lavoratore autonomo.

Attraverso la giurisprudenza il diritto del lavoro sta quindi ridisegnando i propri confini in una prospettiva universalistica, in cui la subordinazione acquisisce le caratteristiche di un concetto "cumulativo", capace di attrarre fattispecie concrete a rischio di esclusione. Nello scenario comparato la giurisprudenza italiana appare, sotto questo profilo, tutto sommato, tre le più arretrate. Arroccata su un concetto di potere direttivo molto tradizionale e restrittivo, riesce tuttavia a catturare parzialmente il pluralismo della realtà sociale con la modesta nozione di "subordinazione attenuata"; ma non ha ancora compiuto il salto verso una nozione di subordinazione allargata, come sta accadendo in altri sistemi giuridici, come quello spagnolo, francese o – come si è visto - nello Stato della California.

Andare "oltre la subordinazione", tuttavia, non significa solo aggiornamento e riscrittura interpretativa della subordinazione tradizionale, ma il suo *superamento funzionale* attraverso la creazione per via legislativa di un sistema plurale e modulato di tutele del lavoro, a prescindere dalla qualificazione del rapporto nei termini della subordinazione classica. In questa prospettiva la subordinazione è sottoposta ad una duplice torsione: da un lato l'economia delle piattaforme (e più in generale la fabbrica 4.0) imprime al lavoro dipendente fisionomie che poco hanno a che vedere con il passato (si pensi allo *smart working* e alla possibilità di svincolarsi da rigidi obblighi di spazio e tempo nella prestazione); dall'altro lato la subordinazione tradizionale scopre di non essere più la figura egemone del sistema produttivo, ma di convivere con fasce sempre più ampie di lavoro non salariato, vale a dire quel lavoro autonomo di nuova generazione che bussa alla porta del diritto del lavoro per reclamare le tutele (non necessariamente tutte) tradizionalmente appannaggio dei soli lavoratori dipendenti. Si spiega così la recentissima legge sui diritti minimi per i *riders* autonomi, che prevede opportune garanzie specie in materia di compenso e di salute e sicurezza, e così dicasi per la legge n. 81/2017 che per la prima volta nella storia repubblicana ha affrontato il tema delle tutele del lavoro autonomo non imprenditoriale, purtroppo con una impostazione timida, generalista e assai poco efficace.

Molti lavori autonomi economicamente dipendenti e il mondo dei *free lancers* chiedono riconoscimento normativo e rappresentanza degli interessi. Manca tuttavia una legislazione che estenda in modo espresso le prerogative sindacali ai lavoratori autonomi, mentre la Corte di Giustizia europea ha ribadito, con un approccio molto discutibile, che la contrattazione collettiva a favore di prestatori indipendenti confligge con il diritto della concorrenza. Il che dimostra come non manchino gli ostacoli per andare "oltre la subordinazione", e che il diritto del lavoro, per assecondare questa tendenza, o per compiere questo suo destino, deve superare o relativizzare la rigida dicotomia tra subordinazione e autonomia e prendere atto che la tutela del lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni" è un programma di politica del diritto che ancora attende di

---

Nel *Borello test*, tuttavia, nessun singolo indice è in grado di qualificare il rapporto, ma tutti sono potenzialmente e allo stesso modo rilevanti rispetto al caso specifico e alla natura della prestazione. *ABC test*, invece, è strutturato per rendere prevedibile e semplificare l'operazione di qualificazione del rapporto poiché se il committente/datore non è in grado di dimostrare anche una delle tre parti di cui si compone il test, allora il prestatore sarà considerato lavoratore dipendente. Recentemente, nel settembre 2019, il Governatore dello Stato della California ha approvato l'Assembly Bill (AB)5, una legge che affronta l'"employment status" dei lavoratori laddove dal committente siano considerati *independent contractor* e non *employee*. L'AB 5 si serve proprio dell'ABC test per qualificare il rapporto che lega prestatore a committente, ai fini dell'applicazione del Codice del Lavoro, del Codice dell'assicurazione di disoccupazione e delle disposizioni sui salari della Commissione sul welfare industriale (Industrial Welfare Commission). L'AB 5 è entrato in vigore il primo gennaio 2020, anche se con delle differenze in base alle materie e al campo di applicazione (alcune parti saranno effettive dal primo luglio 2020). È interessante considerare che il lavoratore potrebbe essere considerato subordinato dalla legge californiana, ma non ai sensi di quella federale, giacché diversi sono i test utilizzati per la qualificazione (a livello federale si usa il Federal Fair Labor Standards Act - FLSA).

essere compiutamente realizzato, per far sì che l'antica idea di *animal laborans* venga sostituita con la filosofia dell'*homo faber*, il lavoratore di domani, pienamente integrato nei sui diritti di cittadinanza economica e sociale.

2. Prove di "superamento" della subordinazione: le nuove collaborazioni organizzate dal committente (art. 2, d.lgs. n. 81/2015).

La descritta tendenza ad andare "oltre la subordinazione" ha trovato nel nostro sistema una evidente conferma con l'entrata in vigore dell'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015 (d'ora in poi art. 2, co. 1). Tale norma ha suscitato un acceso dibattito dottrinale sulla categoria del lavoro "etero-organizzato", dissimulando chiare scelte di politica del diritto circa il campo di applicazione delle tutele del diritto del lavoro[160]. Chi ha nega la sostanziale rilevanza della norma, affermandone addirittura la mera "apparenza"[161], così come coloro che, con qualche eccesso di realismo empirico, ne sanciscono la sostanziale sovrapposizione con la fattispecie di subordinazione[162], ritengono opportuno limitare il travaso di tutele verso territori estranei al diritto del lavoro tradizionale, valorizzando piuttosto le collaborazioni coordinate e continuative come categoria idonea a collettare le nuove forme di lavoro, tra le quali spiccano, anche per la risonanza mediatica del fenomeno, i *riders* delle piattaforme digitali. Viceversa, coloro i quali, mobilitando anche gli strumenti della dogmatica giuridica, si sforzano di fornire un'interpretazione differenziale dell'art. 2, co.1, rispetto alla fattispecie di subordinazione, non coltivano il piacere salottiero di una sterile astrazione concettuale[163] ma, al contrario, assicurano alla norma un ambito di operatività ulteriore rispetto a quello già presidiato dalla subordinazione standard, per rispondere alla necessità di fornite tutela "alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si stanno sviluppando"[164].

Alla prima prova giurisprudenziale, l'ambito di operatività dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 è stato ben delineato dalla Corte d'Appello di Torino, con una sentenza che ha posto le premesse per una corretta impostazione dei profili teorico-ricostruttivi sollevati dall'interpretazione della norma nel

---

[160] Cfr. M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni cordinate*, in ADL, 6/205, p. 1257, secondo il quale le questioni teoriche e sistematiche affrontate dalla dottrina avrebbero tralasciato le problematiche applicative della norma; in realtà proprio la necessaria ricostruzione dei profili dogmatici relativi alla differenziazione (o meno) dell'art. 2, co.1, rispetto alla fattispecie di subordinazione comporta rilevantissimi profili pratici e applicativi.

[161] P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in ADL, 2015, p. 13.

[162] Cfr. R. De Luca Tamajo, *La sentenza della Corte d'Appello di Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in Lav. Dir. Europa, 1/2019, che parla di "impalpabile confine" tra art. 2, co.1 e art. 2094 c.c.

[163] Cfr. P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in Lav. dir. Europa, 1/2019, la quale riferisce di un "florilegio di letture interpretative, talora piuttosto astratte", e afferma che la sentenza della Corte d'Appello torinese "non si abbandona affatto alla dogmatica accademica né a concettualizzazioni tipologiche"; l'A. sembra però sottostimare l'apporto della Corte sui profili squisitamente concettuali specie laddove distingue (concettualmente, appunto) il potere gerarchico-disciplinare e direttivo tipico dell'art. 2094 c.c., il potere di etero-organizzazione ex art. 2, co.1, e la collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. in cui le modalità del coordinamento sono definite consensualmente e quindi non v'è alcuna prerogativa unilaterale. La sentenza quindi, lungi dal trascurare il lavoro ricostruttivo e sistematico, parte proprio da un'esigenza di chiarificazione concettuale (e dogmatica) per giungere alle conclusioni secondo cui l'art. 2, co., è norma dal contenuto precettivo, distinta dall'art. 2094 c.c., applicabile a rapporti di lavoro autonomo.

[164] Sono le parole della Corte d'Appello di Torino nella sentenza 4 febbraio 2019, n. 26, che ha deciso il caso *Foodora*; vedila in Labor, 2019, p. 313 ss, qui p. 317, e per il commento A. Perulli, *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig Economy?*, ivi, p. 320 ss.

suo raccordo sistematico con le categorie della subordinazione e dell'autonomia, e con le loro interne declinazioni aprendo un nuovo fronte regolativo per il *platform work* nonchè, più in generale, per le prestazioni di lavoro autonomo organizzate dal committente [165]. La parte più interessante della sentenza del Collegio torinese riguarda il riconoscimento ai *riders* dello status di collaboratori etero-organizzati dal committente, ai sensi dell'art. 2, co.1, da cui discende l'applicazione della disciplina dei rapporti lavoro subordinato. Il punto sviluppato dalla Corte è tecnicamente notevole, non tanto perché smentisce le conclusioni un po' frettolose circa la non applicabilità dell'art. 2 in materia di lavoro tramite piattaforme digitali, quanto perché, a monte, fornisce una razionale e condivisibile ricostruzione teorica della norma, rendendola di fatto operativa anche (ma non solo) nello specifico contesto tecnologico. Sconfessando la tesi della norma "apparente", meramente confermativa della tradizionale concezione della subordinazione come assoggettamento del lavoratore al potere direttivo-organizzativo del datore di lavoro, la Corte afferma che ogni norma di legge deve avere un contenuto precettivo, onde l'interprete, per fornire un significato a questo enunciato legislativo, è chiamato a distinguere subordinazione (art. 2094 c.c.), etero-organizzazione (art. 2) e prestazione d'opera coordinata e continuativa (art. 409 n. 3 c.p.c.), identificando i relativi tratti tipici (o sovra-tipici), giungendo alla conclusione che la norma in esame esprime un nuovo concetto normativo (l'*etero-organizzazione*) irriducibile a quello della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., e una precisa *ratio legis*, volta ad ampliare (e non a restringere, come erroneamente ritenuto dal Tribunale) l'ambito delle tutele, per far fronte all'evoluzione del mercato del lavoro e agli effetti su di esso prodotti da un pervasivo impiego delle nuove tecnologie digitali. Inoltre, secondo la Corte l'art. 2, co.1, è applicabile al caso di specie perché, contrariamente a quanto aveva ritenuto il giudice di primo grado, il riferimento all'etero-organizzazione "*anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*" non deve essere riguardato come requisito di esercizio di un potere direttivo specifico e puntuale in relazione all'orario e al luogo di lavoro, bensì come espressione di una prerogativa organizzativa diversa dal potere direttivo, che si sostanzia nella predisposizione unilaterale di una "turnistica" e delle zone di partenza dei *riders* da parte della committente. Di conseguenza, la Corte d'Appello accoglie la tesi che ravvisa nell'art. 2, co.1, una norma di estensione delle tutele a figure che gravitano nell'area grigia tra subordinazione ed autonomia, affatto riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. nella misura in cui l'etero-organizzazione non coincide con l'etero-direzione. Esiste quindi, come già sostenuto da chi scrive[166], un "sottile confine" tra il dettato dell'art. 2, co1., e il disposto dell'art. 2094 c.c., consistente in ciò che "mentre nella subordinazione tipica l'oggettivazione della forza-lavoro consente al creditore di esercitare un potere di costante intervento sulle modalità organizzative intrinseche del comportamento dovuto, incidendo sull'oggetto dell'obbligazione e sull'iter strumentale che meglio consente di fatto di conseguire il risultato utile per il creditore, nella prestazione "organizzata dal committente" il raggio d'azione dell'autorità è del tutto impersonale, non si sostanzia in ordini o direttive, ma riguarda le modalità organizzative estrinseche della prestazione e della sua esecuzione"[167]. Il compito dell'interprete consiste dunque nel delineare i due diversi campi di applicazione, distinguendo etero-direzione ed etero-organizzazione, sussistente quando l'attività viene effettivamente integrata funzionalmente nell'organizzazione

---

[165] Cfr. F. Martelloni, *La Corte d'appello di Torino tira la volata ai* riders di Foodora, in Questione Giustizia, 17 aprile 2019.

[166] Cfr. A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 299 ss.

[167] A. Perulli, op. ult. cit., p. 303 s.

produttiva del committente "in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa (l'organizzazione) e si pone come qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., poiché qui è il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore". Correttamente la Corte afferma che mentre la subordinazione richiede l'esercizio di un potere direttivo, gerarchico, e disciplinare, il lavoro etero-organizzato postula l'integrazione funzionale del prestatore nell'organizzazione produttiva, onde il committente non si limita a coordinare l'attività ma impone le modalità organizzative con cui la prestazione si attua (nel caso di specie stabilendo i turni, le zone di partenza, gli indirizzi di consegna e i tempi di consegna dei fattorini). Vale dunque rilevare come la Corte d'Appello abbia ben compreso che l'"organizzazione" della prestazione da parte del committente, cui si riferisce l'art. 2, co.1, è un elemento tipologicamente estraneo alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., i cui tratti vengono connotati da altri elementi normativi di per sé necessari e sufficienti per la produzione dell'effetto giuridico: *in primis* l'assoggettamento del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro[168].

Il potere direttivo, nelle sue molteplici accezioni dottrinali, è il dispositivo giuridico che connota la fattispecie di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, i "*requisiti determinanti ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato sono ravvisabili nell'assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro - potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini (e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo) -, oltre che nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa e nello stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro"*[169]**.** In tal prospettiva, ai fini dell'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato, è necessario ravvisare una direzione del lavoro e un controllo datoriale molto specifico e dettagliato, che presupponga la sottoposizione del lavoratore a stringenti e puntuali ordini e ad una stretta vigilanza nell'esecuzione della prestazione. Questo orientamento è stato fedelmente seguito da Corte Cost. n. 76/2015, secondo la quale "*il potere direttivo, pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indice generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in controllo costanti, in un'ingerenza idonea a svilire l'autonomia del lavoratore*". Il potere direttivo non solo consente l'organizzazione della prestazione nel contesto produttivo, ma, più radicalmente, la *determinazione dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa*, di volta in volta modulabile in ragione delle esigenze gestionali dell'impresa. Questa valenza del potere direttivo è alla base della teoria giuseconomica dell'impresa di matrice neo-istituzionale, secondo la quale i contratti di lavoro subordinato non solo prevedono "zone di accettazione" entro le quali gli ordini vengono eseguiti senza resistenza, ma consentono di evitare la continua rinegoziazione dei termini del contratto in funzione di un processo decisionale sequenziale ed adattabile[170]. Il potere direttivo, che viene talvolta denominato direttivo-*organizzativo*,

---

[168] Sia consentito l'invio a A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992.

[169] Cass. 10 febbraio 2016 n. 2653.

[170] Cfr. O. E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Angeli, Milano, 1987, p.p. 156 ss. e 384 ss.

non deve confondersi con le prerogative di "etero-organizzazione" contemplate dall'art. 2, co.1, del d.lgs. n. 81/2015. La distinzione tra assoggettamento ad etero-direzione e assoggettamento ad etero-organizzazione è stata di recente imposta dal legislatore proprio con l'art. 2, co.1, onde non può accettarsi una indistinta sovrapposizione tra i due termini, ovvero una loro equivalenza funzionale, o peggio una "surrogazione" dell'etero-organizzazione all'etero-direzione quale nuovo requisito-cardine per qualificare un rapporto come subordinato[171]. Piuttosto è vero, invece, il contrario, e cioè che la giurisprudenza, nelle fattispecie in cui impiega l'indice dell'etero-organizzazione, proprio al fine di salvaguardare il valore determinante del potere direttivo quale criterio di qualificazione del rapporto, si limita a rilevare la possibile non manifestazione di quest'ultimo (*id est* la sua mancata estrinsecazione sul piano dell'essere fenomenologico), non già la sua radicale ed ontologica assenza sul piano del dover essere normativo. Come dire che non può essere condivisa la tesi per cui in tali fattispecie l'impiego di indici sussidiari – ed in particolare quello dell'etero-organizzazione - esprime una loro elevazione ad elementi costitutivi della fattispecie astratta di subordinazione. L'impiego di tali indici si spiega nella logica della pragmatica ed empirica ricerca, da parte dei giudici, di fattori indizianti gravi, precisi e concordanti da cui presumersi l'esistenza del potere direttivo[172], ovvero, ancor meglio, si può affermare che tali indici giocano quali fattori di "disvelamento mediato" della subordinazione-eterodirezione[173], onde, lungi dal negare rilievo al criterio del potere direttivo, il loro utilizzo ne conferma la qualità di indice legale-tipico prioritario ed assorbente.

L'art. 2, co.1, quindi, non descrive una fattispecie caratterizzata dalla soggezione in senso tecnico al *potere direttivo* del committente, riferendosi, invece, ad una più generica e meno pervasiva facoltà di organizzare la prestazione del lavoratore anche (ma non necessariamente) in ragione del tempo e del luogo, rendendola di fatto compatibile con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dal committente (ciò che la Corte d'Appello torinese descrive con il concetto di "integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente"). Le esigenze organizzative, condensate nel substrato materiale della prestazione, retroagiscono sulla sfera debitoria *senza tuttavia incidere sull'oggetto dell'obbligazione*, di talchè la prestazione "organizzata dal committente" è sì conformata in relazione alle modalità di accesso e di fruizione dei mezzi preposti alla produzione (anche in ragione della dimensione collettiva dell'impresa), ma non è assoggettata all'altrui sfera di comando in relazione ai cambiamenti dello stato del mondo come invece accade in virtù della situazione di soggezione tipica della subordinazione. Ogniqualvolta la prestazione venga inserita all'interno di un "dispositivo organizzativo" capace di "formattare", anche sotto il profilo spazio-temporale la prestazione, a prescindere dall'esercizio in concreto dei poteri direttivi e di conformazione della prestazione, puntuali ed assidui, tipici del datore di lavoro giusta lo schema dell'art. 2094 c.c., si realizza una situazione di etero-organizzazione: si pensi all'inserimento continuativo e stabile del prestatore all'interno dei locali del committente con rispetto di vincoli spazio-temporali, all'esecuzione della prestazione entro determinate fasce orarie imposte dal committente, all'impiego di mezzi e beni strumentali del committente che incidono sulle "modalità di esecuzione" della prestazione, alla necessità per il prestatore di seguire

---

[171] In senso critico, con particolare riferimento alla figura del dirigente, M. Biasi, *Brevi riflessioni sulla categoria dirigenziale all'indomani del Jobs Act*, Dir. Rel. ind. 2016, p. 760 ss.

[172] C. Pisani, *Tripartizione del potere direttivo e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in Mass. Giur. Lav. 2011, 3, p. 114 ss.

[173] C. Santoro, *Eterorganizzazione e attività lavorative tipologicamente subordinate*, in Lav. giur., 2015, p. 817

istruzioni vincolanti dettate anche tramite procedure sequenziali e algoritmi, ecc.

La Corte d'Appello di Torino, dopo aver distinto l'eterodirezione dall'etero-organizzazione, si perita di distinguere quest'ultima dal "coordinamento" di cui all'art. 409 n. 3, c.p.c., non aderendo alla prospettazione dottrinale che, in una logica ricostruttiva del tutto speculare a quella che identifica la etero-organizzazione con la subordinazione, sostiene la sussunzione dell'etero-organizzazione nell'ambito del coordinamento[174]. La diversa ipotesi ricostruttiva seguita dalla Corte, già avanzata in dottrina[175], è la seguente: il "sottile distinguo" tra l'art. 2 e l'art. 409 n. 3 c.p.c. è ravvisabile nei caratteri legali-tipici del coordinamento, i quali, diversamente da quanto accade per l'etero-organizzazione, sono definiti di comune accordo dalle parti, senza alcun elemento di unilateralità, ciò che modifica qualitativamente (nella loro natura giuridica) i due istituti in esame. Invero, affermare il contrario, e cioè che l'organizzazione delle collaborazioni *ex* art. 2, co.1, coincide con il coordinamento dell'art. 409, n. 3, c.p.c., rende indistinte due fattispecie che, invece, hanno effetti e trattamenti alternativi fra loro; né vale sostenere che le prestazioni etero-organizzate si materializzano quando nell'accordo sulle modalità del coordinamento previsto nel novellato art. 409, n. 3, c.p.c., le parti concordemente attribuiscono al committente un potere di etero-organizzazione.

Questo *modus procedendi* non appare coerente con l'interpretazione letterale della legge nella misura in cui l'art. 2,co.1, impiega il termine "organizzazione", mentre nell'art. 409, n. 3, c.p.c., compare il termine "coordinamento"; né sembra rispettoso dell'interpretazione teleologica dal momento che la *ratio legis* dell'art. 15, l.n. 81/2017, consiste nel rendere il coordinamento delle collaborazioni un fatto consensuale, e non nel consentire che quel medesimo potere unilaterale venga consensualmente riattribuito al committente *sub specie* di "potere di organizzazione" in un'altra fattispecie (quella dell'art.2). In questo nuovo quadro concettuale si apre quindi uno spazio per identificare una prestazione etero-organizzata, non etero-diretta (nel senso di direttive puntuali e continue ex art. 2094 come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria), né coordinata (nel senso che il collaboratore segue delle modalità di coordinamento definite consensualmente) ma assoggettata ad una etero-organizzazione, anche spazio-temporale; tale etero-organizzazione si distingue dal coordinamento perchè quest'ultimo ha cessato di essere una prerogativa unilaterale, diventando null'altro che una modalità consensuale di programmazione della prestazione in aderenza a quanto previsto in generale per il lavoro autonomo dall'art. 2224 c.c.

Infine, la Corte si riferisce all'art. 2 come ad un "*terzo genere*" che si colloca tra subordinazione e collaborazione coordinata e continuativa. Il riferimento, descrittivo più che normativo, non deve tuttavia trare in inganno: le collaborazioni organizzate dal committente rientrano nel genere "lavoro autonomo", tant'è che la Corte, accogliendo anche sotto questo profilo la tesi avanzata da una parte della dottrina[176], afferma che l'applicazione dell'art. 2 non comporta la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato e che la collaborazione autonoma mantiene la propria natura. Il lavoratore etero-organizzato rimane quindi autonomo, ma "per ogni altro aspetto" la disciplina

---

[174] Tesi sostenuta in particolare da U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, p. 41 ss, e ripresa da C. Spinelli, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini tra autonomia e subordinazione*, nota a T. Torino 7.5.2018, in Riv. Giur. Lav., 2018, p. 371 ss.

[175] Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c.*, in Luigi Fiorillo e Adalberto Perulli, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 141 ss.

[176] A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente, cit.*

sarà quella del rapporto di lavoro subordinato. Questa soluzione interpretativa supera la diversa prospettazione, pure avanzata in dottrina, secondo cui l'art. 2 co.1, determinerebbe una riqualificazione della fattispecie concreta nei termini della subordinazione.

Piuttosto, sembra aprirsi uno spazio per discutere se l'effettiva volontà del legislatore è quella di estendere *tutte* le norme del rapporto di lavoro alla fattispecie di cui all'art. 2, o solo una parte, quella compatibile con la natura autonoma del rapporto. A fronte di un disposto generico, che si riferisce all'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, si può in effetti discutere su alcuni problemi derivanti dall'estensione dell'intero edificio delle norme di disciplina del rapporto di lavoro subordinato, con particolare riferimento a quelle relative ai poteri gerarchico-direttivi: si pensi, ad esempio, all'applicabilità a tali rapporti, caratterizzati da etero-organizzazione ma non da etero-direzione, del dovere di obbedienza *ex* art. 2104 c.c., ovvero della norma in materia *ius variandi* (art. 2013 c.c.). Si tratta di dispositivi che, in linea di massima, non dovrebbero trovare applicazione con riguardo a rapporti in cui non viene dedotta in obbligazione una prestazione di *facere* eterodiretta secondo le disposizioni e gli ordini impartiti dal datore di lavoro, bensì una prestazione di lavoro etero-organizzata, la cui natura rimane autonoma[177]. Non è affatto chiaro, inoltre, se anche la disciplina previdenziale/assistenziale ed amministrativa relativa al rapporto di lavoro subordinato venga ricompresa nell'estensione, ovvero, trattandosi di rapporti aventi natura autonoma, permanga vigente, sotto questi profili non strettamente attinenti alla "disciplina del rapporto" il diverso regime previdenziale/assistenziale del lavoro parasubordinato[178]. Stante il tenore assai vago del disposto, sul punto sarà opportuno un chiarimento da parte dello stesso legislatore attraverso una norma di interpretazione autentica, ovvero un'indicazione da parte degli istituti pensionistici ed ispettivi, o ancora, in ultima istanza, la verifica giurisprudenziale. Su questo specifico punto, peraltro, la recente pronuncia della Corte di Cassazione n. 1663/2020 relativa al caso *Foodora* lascia aperto un pertugio interpretativo per applicazioni differenziate, affermando – invero un po' contraddittoriamente - da un lato che il legislatore ha inteso assicurare al lavoratore "la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato" (punto 27) e che la norma "non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile" (punto 40), dall'altro che "non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ." (punto 41).

È presto per giungere a conclusioni in un senso o nell'altro. Tuttavia, come abbiamo sostenuto anche in questo scritto, l'applicazione integrale della disciplina del rapporto di lavoro subordinato non è ragionevolmente prospettabile con riferimento ai poteri del datore di lavoro, che il diritto del lavoro da un lato limita ma dall'altro legittima, onde sarebbe incongruo che al prestatore etero-organizzato venisse applicata la disciplina dello *ius variandi*, così come intesa nell'ambito della subordinazione. Ma il limite della incompatibilità ontologica non dovrebbe riguardare la materia del licenziamento, posto che una disciplina del recesso è sicuramente compatibile con i

---

[177] In senso analogo U. Carabelli, op. cit., p. 56 s. Sotto questo profilo, quindi, il legislatore avrebbe dovuto essere più preciso e selettivo, distinguendo all'interno della disciplina complessiva le materie non estensibili, come fecero a suo tempo Massimo D'Antona e Nanni Alleva nelle proposte sul lavoro *sans phrase:* cfr. P. Alleva, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, prima proposta di legge*, e M. D'Antona, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, seconda proposta di legge*, in G. Ghezzi, a cura di, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996, rispettivamente pp. 187 ss e 195 ss.

[178] Dubbi sull'applicabilità della tutela previdenziale ai collaboratori etero-organizzati sono sollevati da M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, cit., p. 1256 ss.

contratti di lavoro autonomo, come dimostra, ad esempio, la norma in tema di revoca del mandato oneroso (benchè, in questo caso, la giusta causa operi non come fatto legittimante il recesso ma come elemento che esonera il recedente dall'obbligo risarcitorio: art. 1725 c.c.).

3. Collaborazioni etero-organizzate e tutela dei *riders* autonomi: quale coordinamento?

La neo-tendenza espansiva del diritto del lavoro ha segnato un ulteriore passo in avanti con la legge n. 128 del 2019, che ha modificato i connotati della fattispecie di cui all'art. 2, co.1, del d. lgs. n. 81/2015, dettando, al contempo, una disciplina minima di tutela per i *riders* autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui mediante l'impiego di piattaforme anche digitali.

La novella sembra *prima facie* ispirata da una duplice *ratio*, cui conseguono due distinti campi normativi, riferibili, rispettivamente, all'area delle modifiche apportate all'art. 2, co1. (disciplina delle collaborazioni "etero-organizzate" dal committente), e alla nuova disciplina di cui al Capo V-bis intitolato "*Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali*": mentre il primo campo normativo, giusta quanto dispone l'art. 2, co. 1, riguarda l'estensione della disciplina del lavoro subordinato oltre i confini della subordinazione, per il secondo vengono apprestate *ad hoc* alcune garanzie di base sul presupposto che, qualora non trovi applicazione l'art. 2, co.1, ai lavoratori autonomi delle piattaforme sia comunque garantita una rete minima di sicurezza costituita da un nucleo di diritti sociali fondamentali (dai diritti di informazione ad una remunerazione equa, dai divieti di discriminazione alla tutela della salute e sicurezza, v. *infra*, par. 10). La novella, quindi, da una parte ridisegna *in generale* la tipizzazione delle collaborazioni etero-organizzate, con l'evidente scopo di *ampliare il campo di applicazione della fattispecie* e di renderla più agevolmente distinguibile rispetto a quella contermine del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.); dall'altra parte appresta *in particolare* nuove tutele per quelle prestazioni di lavoro autonomo rese da *riders* che operano senza alcun vincolo di subordinazione *ex* art. 2094 c.c., ovvero ai quali non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 2, co1. Tale disciplina particolare dovrebbe, quindi, ragionevolmente, trovare applicazione nei confronti di quei prestatori autonomi riconducibili nell'alveo delle prestazioni d'opera coordinate e continuative *ex* art. 409 , n. 3, c.p.c., ovvero delle prestazioni d'opera "pure" *ex* art. 2222 c.c., dotando questo specifico segmento del lavoro autonomo di un nucleo minimo, ma comunque significativo, di tutele che sinora non erano mai state garantite al lavoro autonomo, almeno *in questa misura* (si pensi, ad esempio, all'estensione dell'intera disciplina di cui al Testo Unico sulla sicurezza del lavoro).

Se questa fosse la trama normativa della legge, si tratterebbe di un intervento di indubbio rilievo sistemico, che contribuisce a razionalizzare lo scenario regolativo del lavoro autonomo secondo una logica di ampliamento del campo di applicazione delle tutele riservate ai collaboratori etero-organizzati *ex* art 2, co.1 (i quali, come ora vedremo, per effetto della duplice innovazione apportata dalla riforma costituiscono una platea sicuramente più ampia rispetto al passato), e di garanzia minima per quei lavoratori autonomi che "*svolgono la loro attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali*" (art. 47-bis, co1.).

Tuttavia, questa ragionevole aspettativa normativa è resa problematica dalla lettera della stessa legge, la quale, nel Capo V-bis, al comma secondo dell'art. 47-bis, definisce la peculiare tecnologia impiegata dai *riders* statuendo che "si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzate dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento,

sono strumentali alle attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione". Ora, se la piattaforma *determina le modalità di esecuzione della prestazione*, l'attività lavorativa dovrebbe essere ricondotta nel primo dei descritti ambiti normativi, vale a dire l'art. 2, co.1, che da un lato definisce nei medesimi termini la collaborazione etero-organizzata ("*rapporti di collaborazione prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente*") e, dall'altro dispone l'applicazione delle relativa disciplina "*anche qualora* le *modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*", come recita il nuovo periodo introdotto dall'art. 1, l. n. 128/2019. Si potrebbe opporre a tale conclusione che solo i rapporti di lavoro etero-organizzati dalla piattaforma aventi il connotato temporale della *continuità* potrebbero aspirare alle tutele maggiori di cui all'art. 2, co.1, onde, in mancanza di tale requisito (prestazione occasionale, saltuaria, o comunque non continuativa) il *rider* avrebbe diritto ai livelli minimi di tutela previsti dal Capo V-bis.

Questo argomento si scontra però, a sua volta, con un ostacolo di natura sistematica, consistente in ciò che "i lavoratori autonomi" le cui modalità di esecuzione della prestazione sono definite dalla piattaforma (art. 47-bis commi 1 e 2) e in ipotesi destinatari dei livelli minimi di tutela, non possono essere altrimenti qualificati che nei termini di prestatori d'opera *ex* art. 2222 c.c., la quale rappresenta la sola tipologia generale di riferimento in cui collocare una prestazione autonoma non continuativa (che non sia ovviamente riconducibile ad altre fattispecie tipiche contenute nel Libro IV del codice civile). Ma una simile qualificazione dei lavoratori autonomi indicati dall'art. 47-bis co.1 è giuridicamente "impossibile" perché lo schema tipico del contratto d'opera non ammette prestazioni le cui modalità esecutive siano organizzate unilateralmente dal committente (cfr. art. 2224 c.c.), né prevede che il compenso dovuto al prestatore d'opera sia altrettanto unilateralmente fissato dall'altra parte (cfr. art. 2225 c.c.).

La conseguenza di questi inequivoci incroci definitori non può che essere l'applicazione dell'*intero statuto protettivo* del lavoro subordinato, e non delle sole *tutele minime* di cui al Capo V-bis, ai *riders* che forniscono una prestazione etero-determinata quanto a modalità esecutive da parte della piattaforma, con carattere di continuità. Viceversa, sempre ai sensi e per gli effetti del medesimo quadro regolativo, le tutele minime di cui al Capo V-bis non dovrebbero applicarsi né ai *riders* le cui prestazioni presentino i tratti delle collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 409 n. 3, c.p.c., né, quelli del contratto d'opera *ex* art. 2222 c.c. (categoria cui si deve ricondurre una prestazione occasionale o saltuaria di lavoro autonomo), posto che *sia* la fattispecie generale di lavoro autonomo (art. 2222 c.c.), sia la sub-fattispecie definita dalla norma processuale (art. 409, n. 3, cp.c.) sono *strutturalmente incompatibili* con la prescritta determinazione unilaterale delle modalità di esecuzione della prestazione da parte della piattaforma. Il contratto d'opera *ex* art. 2222 c.c. prevede una prestazione avente ad oggetto un'opera o un servizio reso non solo senza vincolo di subordinazione, ma pure senza alcun altro tipo di condizionamento relativo alle modalità di esecuzione della prestazione che non sia quello delle regole dell'arte o del programma negoziale convenuto fra le parti (art. 2224 c.c.). La collaborazione coordinata e continuativa, dal suo canto, non contempla affatto un'attività etero-determinata nelle sue modalità di esecuzione, ma, casomai una prestazione d'opera etero-coordinata nei profili estrinseci dell'attività resa dal collaboratore: tuttavia, la modifica introdotta dall'art. 14 della legge n. 81/2017 ha definitivamente espunto qualsiasi connotato unilaterale alla prerogativa in esame, stabilendo che il coordinamento è stabilito di comune accordo tra le parti: ciò che rende ancor più chiaramente

incompatibile la struttura normativa dell'art. 409, n. 3, c.p.c., con la determinazione unilaterale delle modalità di esecuzione della prestazione.

Se non si vuole quindi giocare con le parole del diritto, si dovrebbe quindi concludere che il campo di applicazione del Capo V-bis è un piccolo rompicapo normativo, o, meglio, un labirinto senza uscita: *inapplicabile* ai *riders* le cui prestazioni continuative sono etero-organizzate dalla piattaforma in punto di modalità esecutive, per i quali troverà applicazione ai sensi dell'art. 2, co.1, l'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato; *inapplicabile* alle prestazioni continuative e coordinate, né ad altre prestazioni di lavoro autonomo occasionale o saltuario per ragioni di incompatibilità logica e tipologica, non potendosi concepire, al di fuori della peculiare fattispecie dell'art. 2. co.1, lavoratori autonomi etero-organizzati.

Una via d'uscita alternativa a tale ginepraio consiste nel ritenere che con il Capo V-bis il legislatore abbia creato una *nuova e specifica categoria* di lavoratori autonomi, caratterizzati in senso oggettivo dal tipo di prestazione resa (l'attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore) e dalla peculiare natura del committente (la piattaforma digitale). Questa nuova categoria senz'altro atipica o meglio *speciale* di lavoro autonomo presenta alcune macroscopiche deviazioni dal tipo generale del lavoro autonomo: si tratta infatti di un prestatore autonomo che non ha alcuna autonomia sia nella determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, sia nella definizione del compenso. Questo *monstrum* giuridico, pur essendo espressamente qualificato dal legislatore come "lavoro autonomo" si porrebbe quindi in antitesi con le caratteristiche tipologiche dell'art. 2222 c.c., potendosi addirittura sollevare un profilo di *indisponibilità del tipo* (nella misura in cui il legislatore qualifica come *autonomo* un rapporto che non ne presenta i connotati tipici di base, sottraendolo alle tutele del lavoro subordinato ex art. 2, co.1) e/o di *irrazionalità della norma ai sensi dell'art. 3 Cost*. (il legislatore differenziando in modo irragionevole la disciplina di un *rider* con prestazione continuativa, qualificabile quindi come collaborazione etero-organizzata *ex* art. 2.co1, da una prestazione che presenta le medesime caratteristiche di etero-organizzazione ma non è continuativa[179]).

Approfondiremo più avanti la delicata questione, fornendo una soluzione sistematica che, se non si vuole fornire interpretazioni manipolative dei testi normativi in esame e rispettare i vincoli di sistema, consiste nel ritenere il Capo V-bis applicabile alle prestazioni determinate dalla piattaforma cui non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 2, co.1 in virtù dell'intervento derogatorio della contrattazione collettiva ai sensi di quanto prevede l'art. 2, co.2. Questa soluzione ha una sua logica, rispettosa del testo della legge e delle compatibilità sistematiche sopra discusse, ma, probabilmente, non della *ratio legis*, che vorrebbe garantire i livelli minimi di tutela a tutti i prestatori autonomi non occasionali che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui. Per ottenere questo auspicabile effetto generale, tuttavia, il legislatore dovrebbe prendere atto dei problemi qualificatori innescati dalla *definizione* di piattaforma e

---

[179] La continuità o meno della prestazione non può certo essere un criterio ragionevole per differenziare in modo così radicale i trattamenti. Il dato della continuità è comunque molto relativo, e non consente di escludere, in sua assenza, la presenza di un vincolo di subordinazione, sia se riferito alla *prestazione*: anche il lavoro subordinato non presuppone necessariamente una continuità giornaliera della prestazione lavorativa, potendo le parti concordare modalità di lavoro *a chiamata*, o a *part-time* verticale (cfr. Cass.3 ottobre 2017, n. 23056); sia se riferito al rapporto: anche un rapporto di lavoro subordinato a brevissimo termine può essere definito come rapporto di lavoro non continuativo (non soddisfacendo un interesse durevole del datore di lavoro). Ne consegue che il *rider* occasionale ben potrebbe, sulla base della etero-organizzazione della prestazione, chiedere la qualificazione del rapporto come subordinato, e guadagnare in tal modo delle tutele ben maggiori rispetto a quelle che gli riserva il Capo V-bis.

modificare l'art. 47-bis co.2, al per renderla compatibile con i tratti tipologici del contratto d'opera (art. 2222 c.c.). In questa prospettiva dovrebbe essere espunto il riferimento alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione da parte della piattaforma: di tale definizione, peraltro, non v'è alcun bisogno, essendo sufficiente a fini di qualificazione della fattispecie e applicazione delle relative tutele, la definizione soggettiva di lavoratore autonomo di cui art. 47 bis co.1. In alternativa, se proprio si ritiene di dover mantenere ferma una formula definitoria, il legislatore potrebbe modificarne il testo riferendosi a programmi e procedure informatiche utilizzate dal committente strumentali alle attività di consegna dei beni *secondo le istruzioni formulate dalla piattaforma*: di tal guisa i *riders* autonomi occasionali, che come tali dovrebbero auto-determinarsi nelle modalità di esecuzione della prestazione, seguono le "*istruzioni*" della piattaforma, secondo un modello storicamente già invalso in alcune *locationes operis* (mandato, trasporto, agenzia). Una tale formulazione consentirebbe anche di estendere il Capo V bis alle prestazioni, qualificabili come collaborazioni coordinate e continuative (art. 409 n. 3, c.p.c), rese da *riders* non etero-organizzati *ex* art. 2, co.1, che, in ipotesi, abbiano *concordato con il committente* (come richiede la norma) e tramite la piattaforma, le modalità del coordinamento della prestazione.

Non si può escludere, tuttavia, che il legislatore abbia scientemente inteso escludere dal campo di applicazione delle tutele minime proprio i collaboratori autonomi diversi da quelli etero-organizzati dal committente *ex* art. 2, co.1, e riservare il Capo V-bis alle sole collaborazioni etero-organizzate diversamente disciplinate dalla contrattazione collettiva ex art. 2, co.2; il potrebbe anche avere una sua logica, considerato che sembra assai improbabile, nell'attuale realtà produttiva ed organizzativa delle piattaforme digitali, immaginare la prestazione di un *rider* che, invece di essere unilateralmente determinata dalla piattaforma nelle sue modalità esecutive, onori i canoni tipologici dell'art. 409 n. 3, c.p.c., vale a dire si svolga secondo "*modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti*" nel pieno rispetto di un'attività lavorativa che il collaboratore "*organizza autonomamente*" (art. 409, n. 3, c.p.c.). È quindi possibile che la soluzione del rompicapo sia quella qui prospettata (e più a fondo argomentata *infra*, par.), e che il legislatore abbia inteso soprattutto indirizzare decisamente verso il campo di applicazione dell'art. 2, co.1, le prestazioni dei *riders* autonomi (con prestazione continuativa); tale conclusione è supportata sia dall'aggiunta del nuovo periodo che imperativamente applica l'art. 2, co.1, "anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforma", sia dall'incipit dell'art. 47-bis co.1, che, nell'introdurre il Capo V-bis con il suo apparato di tutele minime, esordisce con un "*fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, co1*", a rimarcare la volontà del legislatore, che guarda alla qualificazione del *rider* autonomo continuativo come collaboratore etero-organizzato dalla piattaforma e, per questo, meritevole di fruire delle tutele del rapporto di lavoro subordinato.

4. La tendenza espansiva del diritto del lavoro.

La direzione di marcia della legge n. 128 del 2019, nel suo complesso, può essere utilmente collocata entro la storica "tendenza espansiva" del diritto del lavoro, volta a correggere quegli eccessi di miopia di una disciplina che, talvolta, finisce per attribuire tutele a chi non ne è sempre meritevole (i "portoghesi" del diritto del lavoro), lasciando in disparte i lavoratori effettivamente bisognosi di specifica protezione. Questa tendenza espansiva si manifesta oggi in una prospettiva che, con maggiore determinazione rispetto al passato, ha cessato di riguardare alla fattispecie di subordinazione come forma esclusiva ed egemonica di rapporto di lavoro personale a favore di

altri, tale per cui la disparità di potere negoziale impone un intervento eteronomo di riequilibrio delle condizioni dello scambio. Da tempo la dottrina, non solo italiana, ha sollevato il velo sull'insufficienza del criterio di subordinazione quale principale selettore delle tutele del diritto del lavoro, evidenziando la necessità di un più attenta verifica di congruenza tra la fattispecie legale-tipica e le esigenze sociali di protezione, alla luce di profonde trasformazioni del mercato del lavoro e dell'emergere di nuove forme di assoggettamento del lavoro a poteri e/o prerogative altrui che suggeriscono di ridefinire, con un dosaggio di universalismo e selettività, il campo di applicazione delle tutele[180]. Tale nuovo impulso espansivo si colloca, peraltro, nell'alveo di una più complessa crisi del diritto del lavoro di fronte alle esigenze di protezione sociale che nascono di continuo nel mondo vitale e chiedono riconoscimento normativo. Nella fase in cui il lavoro si trova in rapporto con le condizioni di produzione nasce il bisogno di tutela: un bisogno che non è più semplicemente contenibile entro il recinto tipologico dell'art. 2094 c.c., mentre diventa sempre più diffusa l'idea che il diritto del lavoro partecipi a quella "crisi della fattispecie" la cui funzione regolativa viene svolta dal legislatore, o dalla giurisprudenza, mediante dispositivi normativi/interpretativi che irrompono sulla scena per far valere principi (e valori) del diritto del lavoro[181] a prescindere dal ricorrere della fattispecie[182].

Il problema riguarda tutti i sistemi giuridici, generalmente impegnati in una ridefinizione e/o aggiornamento dei criteri selettivi per l'applicazione delle tutele giuslavoristiche. L'OIL, nella sua Raccomandazione n. 198/2006, suggeriva agli Stati di collegare le tutele del rapporto di lavoro a situazioni di "dipendenza" oltre che di "subordinazione", mentre nel più recente Rapporto sul futuro del lavoro, promuove la ricerca di soluzioni volte ad ampliarne il campo di applicazione definendo una "Garanzia universale del lavoro" *indipendentemente dalle forme contrattuali in cui la prestazione viene dedotta* ("*regardless of their contractual arrangement or employment status*")[183]. La "relativizzazione" del pensiero tipologico, ovvero del sistema di protezione del lavoro centrato esclusivamente sulla tecnica della fattispecie, non poteva trovare una migliore sintesi; le tutele vanno garantite là dove cresce il bisogno sociale, a prescindere dalle forme negoziali tipiche nelle quali l'obbligazione di lavoro viene dedotta. Il tempo in cui voci autorevoli, come quella di Luigi Mengoni, si levavano per riaffermare la netta distinzione tra tipi negoziali oppostivi in ragione di altrettanto nettamente divaricati assetti di interessi sembra superata, nei fatti, da un processo di moltiplicazione di forme giuridiche del lavoro in una affannosa rincorsa della

---

[180] Per tutti A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.

[181] Sulla ripresa di riflessione in materia di valori del diritto del lavoro, sia consentito il rinvio a A. Perulli, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neo-moderno*, in RGL, I, 2019, 689 ss.; una versione ampliata di tale scritto si trova ora in *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Caruso, del Punta e Treu, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 63 ss.; v. da ultimo anche l'ampio studio di V. Speziale*, Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in Costituzionalismo.it, 3, 2019.

[182] Cfr. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in Riv. Dir. Proc., 2014, 1, 36.

[183] ILO, *Work for a brighter future*, 2019, p. 38 s., ove si legge che il rapporto di lavoro subordinato rimane il centro di gravità delle tutele del lavoro ma, allo stesso tempo, tutti i lavoratori, senza riguardo al tipo di contratto io al loro status lavorativo, devono ugualmente fruire di protezioni adeguate al fine di assicurare condizioni lavorative umane per tutti. Tali condizioni sono riferite a: orario di lavoro, equa retribuzione, protezione in caso di malattia, infortunio, protezione del lavoro minorile, dei giovani e delle donne, parità di trattamento, libertà di associazione e di contrattazione collettiva.

norma verso la mutevole realtà sociale, in cui, più che la fattispecie, è la *disciplina* a porsi al centro della scena regolativa[184].

La rivoluzione digitale in corso, dispiegando il suo pervasivo portato innovativo circa i mezzi e le modalità di prestare l'attività lavorativa secondo schemi capaci di sommare i vantaggi della gerarchia con quelli del mercato, ha ulteriormente enfatizzato l'insufficienza dei criteri di qualificazione tradizionali, sempre meno adatti a fornire risposte certe e razionali alle profonde trasformazioni del sistema economico-produttivo. Le piattaforme digitali, grazie ad un inedito dosaggio di flessibilità organizzativa, pieno controllo del processo produttivo e riduzione dei costi transattivi, hanno riproposto con maggiore clamore il problema della tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35 Cost.), e quindi anche in quelle forme di autonomia imperfetta, o – come si usava dire con formula oggi desueta – di parasubordinazione, caratterizzate dalla la presenza di prerogative creditorie incidenti sulle modalità di esecuzione della prestazione. Tali prerogative del committente, pur diverse rispetto a quelle tipiche del datore di lavoro nel lavoro subordinato in senso stretto (esercizio del potere direttivo in senso tecnico), condizionano la sfera di autonomia del prestatore in modo tale da giustificare l'intervento riequilibratore del diritto del lavoro. Ovviamente, in una prospettiva valutativa piuttosto che interpretativa, si potrà discutere sulla razionalità, assiologica e strumentale, di questa specifica tendenza espansiva del diritto del lavoro, che allarga lo spettro delle tutele a tutte le prestazioni autonome personali (o anche, come vedremo, *prevalentemente* personali: v. *infra*) caratterizzate dall'etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione da parte del committente[185]. Ma tale piano del discorso valutativo, che si colloca su un livello diverso rispetto a quello critico-ricostruttivo, sarà comunque influenzato dalla capacità del sistema di coniugare questa neo-tendenza espansiva del diritto del lavoro in senso universalistico con congegni rispondenti a logiche selettive, al fine di ridefinire il sistema delle tutele anche in una prospettiva modulare e per soglie di tutela. Si pensi, con particolare riferimento al contenuto della disciplina estesa ex art. 2, co1., sia alla possibilità di escludere l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione almeno in quei casi in cui essa sia "ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono

---

[184] Nella recente sentenza della Corte di Cassazione 1663/20 sul caso *Foodora*, si afferma significativamente, con riferimento all'art. 2, co1., che "non ha decisivo senso interrogarsi se tali forme di collaborazione…siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, *disegnando una norma di disciplina*" (c.m.).

[185] In una prospettiva volta ad applicare il diritto del lavoro a tutte le relazioni personali di lavoro, senza riferimento alla subordinazione o dipendenza, con la sola esclusione che la persona sia un genuino imprenditore ("*unless that person is genuinely operating a business on her or his own account*"), v. il report *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*, secritto da N. Countouris e V. De Stefano, ETUC, Brussels, 2019. La formula proposta appare (volutamente, ritengo) un po'vaga, per non "irrigidire" la tensione universalistica che anima la proposta; tuttavia, in termini operativi, non si riesce a comprende quali siano le norme di tutela che si dovrebbero applicare ai rapporti di lavoro autonomo, né a quali categorie di lavoratori autonomi si dovrebbe rivolgere lo statuto protettivo. Gli autori fanno un generico riferimento ad una situazione di "debolezza sul mercato del lavoro": ma questo non è certo un criterio giuridicamente affidabile per selezionare le figure sociali di riferimento meritevoli di tutela giuslavoristica. Infatti, la debolezza sul mercato del lavoro è un dato socio-economico (traducibile in termini giuridici come "debolezza contrattuale") riscontrabile anche nelle relazioni contrattuali con soggetti genuinamente autonomi o addirittura imprenditoriali: si pensi ad un lavoratore autonomo/micro-imprenditore personale che destina la propria opera o servizio a favore di un'impresa di più grandi dimensioni, in qualità di fornitore o sub-fornitore. Peraltro, quando la "debolezza economica" si traduce in "dipendenza economica" possono derivarne abusi, disciplinati, sul piano interno, dalla legge n. 192/1998 sulla subfornitura nelle attività produttive, e, più recentemente, dalla l. n. 81/2017 in materia di tutele del lavoro autonomo non imprenditoriale.

comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c."[186], sia alla facoltà derogatoria attribuita all'autonomia collettiva dall'art. 2, co. 2 (su cui v. infra),

Invero, le due modifiche dell'art. 2, co.1, relative alla natura prevalentemente personale della prestazione e alla dimensione genericamente etero-organizzata della prestazione (non più necessariamente "anche" in relazione ai tempi ed al luogo dell'attività), su cui ci soffermeremo *funditus* più avanti, determinano un effetto di attrazione verso le tutele tipiche del rapporto di lavoro subordinato di una parte consistente del lavoro parasubordinato, mentre un'altra porzione di rapporti gravitanti nella zona grigia rifluiscono nello schema delle collaborazioni coordinate e continuative (art. 409 n. 3, c.p.c.) o del lavoro autonomo puro (art. 2222 c.c.), cui si applicano tutele sicuramente meno intense ed estese.

L'effetto complessivo è quello di una geografia normativa del lavoro autonomo con *gradienti differenziati di protezione*, posto che, mentre ai collaboratori autonomi etero-organizzati si applicano le tutele del lavoro subordinato standard, i prestatori autonomi delle piattaforme possono ora aspirare ad alcune tutele *ad hoc*, non previste da nessun'altra fattispecie concreta di lavoro autonomo, onde il sistema delle *locationes operis*, già di per se strutturalmente declinato al plurale, accentua i connotati di un "multiverso normativo" differenziato quanto a livelli, modelli regolativi e tecniche di tutela.

5. Neo-polarizzazione tra subordinazione e autonomia o ri-modulazione delle tutele?

Di fronte a queste innovazioni, l'interprete è chiamato non solo ad un'opera di esegesi del testo, ma anche - e soprattutto - di ricostruzione critica volta a fornire una rappresentazione il più possibile sistematica e coerente di questo composito multiverso normativo, sempre meno corrispondente al paradigma oppositivo tra *facere* autonomo e fattispecie di subordinazione. Se dovessi sinteticamente offrire al lettore una griglia interpretativa di questi sommovimenti categoriali e disciplinari, prospetterei due distinti scenari: l'uno di *neo-polarizzazione* delle categorie e delle relative tutele, sia pure con una maggiore attenzione a queste ultime rispetto alle prime, l'altro caratterizzato una più accentuata frammentazione delle tipologie contrattuali e conseguente *modulazione* degli statuti protettivi.

5.1. L'ipotesi della neo-polarizzazione.

Lo schema di neo-polarizzazione fornisce una lettura ancora una volta dicotomica tra subordinazione e autonomia come grandi sistemi di riferimento categoriale del diritto del lavoro. Si tratta, a ben vedere, di uno schema binario il quale, già ormai sganciato dalle rigidità del tipo contrattuale e affrancato dal classico metodo sussuntivo di qualificazione, supera anche il più flessibile metodo tipologico (che rimane pur sempre centrato sulla nozione di subordinazione) per approdare ad una nuova polarizzazione, assai meno centrata sulle fattispecie astratte di subordinazione e autonomia e più sensibile alle esigenze di tutela del lavoro nella sua declinazione pluralistica, come suggerito dall'approccio di tipo rimediale[187]. L'area della parasubordinazione rappresentata dalle collaborazioni autonome etero-organizzate di cui all'art. 2, co.1, si colloca nel primo polo, quello della *disciplina* della subordinazione (non della *fattispecie di subordinazione*). Come dire

[186] Cass. 1663/2020, che sembra, seppur *obiter*, ammettere l'applicazione di un principio di "compatibilità" tra la disciplina estesa e la "natura" autonoma del rapporto.
[187] Cfr. T. Treu, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 136/2017

che una componente di lavoro autonomo (parasubordinato), dopo aver attraversato lunghe traversie normative (dalle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'originario art. 409 n. 3, c.p.c. al lavoro a progetto, sino ai c.d. rapporti a "partita iva") è finalmente approdata ad un porto sicuro, quello dello statuto regolativo del diritto del lavoro con tutele piene. Ciò è avvenuto sulla base di un duplice presupposto: l'uno antifraudolento, la cui *ratio* consiste nell'evitare l'abuso di "schermi contrattuali" finalizzati ad eludere l'applicazione delle tutele, l'altro "rimediale"[188], nell'ottica di rispondere alle sfide che il mercato del lavoro postindustriale, sempre più attraversato da forme originali, e spesso precarie, di attività lavorative, pone al diritto del lavoro: presentando connotati atipici o devianti o comunque differenziali rispetto al tipo prevalente del lavoro "alle dipendenze e sotto la direzione", tali forme di lavoro sono tipologicamente qualificabili come autonome, ma esprimono, nondimeno, bisogni di tutela sociale non distinguibili, nella sostanza, da quelli riscontrabili nel mondo del lavoro subordinato standard. Il legislatore non ha realizzato un *formale* progetto di pan-subordinazione, *id est* una riforma della fattispecie di subordinazione mediante la riformulazione del paradigma tipico dell'assoggettamento ad etero-direzione in senso allargato ed includente[189], né ha aggiunto alla fattispecie base una sua variazione tipologica basata sull'etero-organizzazione invece che sull'etero-direzione; il sistema ha invece allentato i vincoli tipologici che presiedono alla dinamica fattispecie-effetti grazie all'identificazione di un'area di lavoro parasubordinato (oggi "etero-organizzato") che, senza la norma dell'art. 2, rischierebbe di essere qualificato come lavoro autonomo *tout-court* e quindi (per la rigida correlazione fattispecie-effetti) sprovvisto di adeguate tutele. La legislazione del lavoro si è mossa quindi in senso espansivo, verso una prospettiva di sostanziale ampliamento del campo di applicazione delle discipline del tipo generale senza necessità di riscrittura tipologica delle categorie classiche del lavoro subordinato. Tuttavia, in questo scenario bipolare, è necessario rimarcare che l'effetto di espansione delle tutele del rapporto di lavoro subordinato verso i territori esterni alla fattispecie di subordinazione può essere temperato, e quindi opportunamente modulato selettivamente, in ragione dell'intervento dell'autonomia collettiva, abilitata dall'art. 2, co. 2, ad escludere dall'applicazione del co.1 le collaborazioni cui accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale abbiano fornito una diversa regolamentazione. È come se il legislatore, consapevole dell'importante effetto attrattivo esercitato dal "magnete" di cui all'art. 2, comma 1, abbia inteso depotenziare (sino ad annullarlo del tutto) il meccanismo di espansione e universalizzazione delle tutele proprie del rapporto di lavoro subordinato, affidando alla contrattazione collettiva il compito di interpretare le esigenze di protezione sociale in quei settori. La contrattazione collettiva ha di conseguenza il compito di disapplicare l'effetto di cui al comma 1, vuoi rimodulando selettivamente le tutele eteronome che rappresentano il dato "istituzionalizzato dell'ordinamento della subordinazione"[190], vuoi individuando nuove e specifiche discipline di trattamento economico e normativo, calibrate su contenuti, congegni e tecniche regolative anche diverse da quelle del diritto del lavoro tradizionale (v. infra).

Seguendo lo scenario di una neo-polarizzazione delle discipline, nell'altro centro di attrazione normativa vanno collocate le collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 409 n. 3, c.p.c., la

---

[188] Cass. n. 1663/2020.

[189] Come proposto, ad esempio, in un ddl circolato all'inizio dell'esperienza di governo 5 Stelle-Lega.

[190] R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile*, p.55.

cui dimensione "autoritativa", rappresentata dalla prerogativa del *coordinamento* in capo al committente, è stata declassata a semplice modalità di coordinamento stabilita di comune accordo, e quindi a mero elemento consensuale del programma negoziale secondo quanto prevede in generale l'art. 2224 c.c. in tema di condizioni contrattuali di esecuzione dell'opera: un coordinamento sprovvisto dunque di ogni possibile elemento unilateralmente imposto dal committente. Ne consegue che questo segmento di lavoro parasubordinato, sin dalle origini ricondotto entro la categoria generale del lavoro autonomo ma connotato da un dato tipologico di difficile razionalizzazione dogmatica (il coordinamento, appunto) gravita ora assai più decisamente, ed assai più congruamente, nell'area disciplinare del lavoro autonomo, assistito da uno specifico (e modesto) apparato di tutele assai diverso in termini quantitativi e qualitativi rispetto al sistema protettivo del diritto del lavoro. La razionalità assiologica di questa polarizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative verso il sistema del lavoro autonomo, diversamente da quanto accade per le collaborazioni autonome etero-organizzate, si spiega in ragione del diverso assetto degli interessi delle parti nonché della diversa condizione in cui versano i prestatori nei rispettivi segmenti del lavoro parasubordinato: una condizione di assoggettamento ad un potere di organizzazione delle modalità estrinseche della prestazione in un caso, una condizione di piena autonomia organizzativa, pur nell'ambito di una programmazione negoziale delle modalità di adempimento dell'obbligazione, nell'altro caso. Le norme di matrice civilistica poste a tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale di cui alla legge n. 81/2017, l'art. 409, n. 3, c.p.c., le altre prerogative sociali spettanti al collaboratore coordinato e continuativo (dalla Dis-coll alle tutele in caso maternità, malattia e infortunio) definiscono quindi uno *statuto minimo di garanzia per i lavoratori autonomi* i quali – secondo la valutazione compiuta dal legislatore - esprimono bisogni di tutela sociale inferiori e/o diversi rispetto a quelli del collaboratore etero-organizzato di cui all'art. 2, co.1. In definitiva, secondo questo scenario polarizzante, la grande dicotomia subordinazione/autonomia è stata *scomposta tipologicamente* per essere *ricomposta disciplinarmente*, secondo il seguente schema riassuntivo:

(lavoro subordinato standard *ex* art 2094 c.c.; lavoro autonomo etero-organizzato ex art. 2, co.1 = *disciplina* del rapporto di lavoro subordinato);

(collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 409 n. 3 c.p.c.; lavoro autonomo tramite piattaforma di cui al Capo V-bis; lavoro autonomo puro ex art. 2222 c.c. = tutele generali del lavoro autonomo *ex* l. n. 81/2017 + tutele specifiche per ciascuna forma particolare di prestazione autonoma).

5.2. L'ipotesi della ri-modulazione delle tutele.

La seconda ipotesi ricostruttiva parte da un diverso presupposto concettuale e giunge a differenti conclusioni sul piano logico-sistematico. Invece che prospettare la descritta neo-polarizzazione tra le due grandi categorie del lavoro subordinato ed autonomo, si può tematizzare la crisi *metodologica* e di razionalità strumentale di questo paradigma classico e la sua ormai progredita trasformazione in un insieme *modulare e graduato di tutele* del lavoro (il lavoro "*sans phrase*", per riprendere una formula dottrinale degli anni '90) che si collegano ai bisogni di protezione sociali espressi dalle inedite figure sociali del lavoro 4.0, prescindendo sempre più dalla rigida struttura binaria su cui il diritto del lavoro è stato edificato (ma che, al contempo, lo stesso diritto del lavoro, con la sua tendenza espansiva, ha sempre dimostrato non essere un dogma assoluto).

Il concetto chiave di questo scenario è "selettività" delle tutele, vale a dire un modello regolativo

ispirato ad una logica differenziante che può avere ad oggetto sia i destinatari delle tutele (per cui l'estensione dei diritti avviene a favore certi gruppi di lavoratori e non di altri: ad esempio i lavoratori autonomi delle piattaforme e non tutti i lavoratori autonomi; i lavoratori autonomi coordinati e continuativi e non tutti i prestatori d'opera; ecc.), sia il livello e l'intensità delle tutele (garantendosi così i soggetti maggiormente vulnerabili con tutele massime, come nel caso dell'art. 2, co.1, e modulando tutele parziali per coloro che necessitano la protezione di alcune situazioni giuridiche e non un intero edificio normativo, come accade ad esempio in ragione della differenziazione tra lavoro autonomo e attività d'impresa compiuta dalla legge n. 81/2017). In questa prospettiva, che dispiega una razionalità regolativa adattiva rispetto alla crescente complessità del lavoro nella sua realtà economica e sociale, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato resta appannaggio della fattispecie tipica di cui all'art. 2094 c.c. ma viene selettivamente estesa, *in tutto o in parte*, anche a forme di lavoro non subordinato, sul presupposto che l'esigenza di protezione sociale si articola attorno a fattispecie differenziate dal punto di vista strettamente tipologico (inteso il tipo nella sua globalità) ma accomunate da taluni elementi transtipici (la personalità o prevalente personalità della prestazione, la continuità, l'assoggettamento a prerogative che limitano, con diversa intensità e gradazione, l'autonomia della prestazione, la dipendenza economica ecc.) che colgono in modo pluralistico i bisogni sociali da soddisfare. In tal modo le tutele possono addensarsi secondo "soglie" soggettivamente e/o disciplinarmente diversificate, talvolta legate a fattispecie sovra-tipiche (come nel caso dell'art. 2, co.1, o dell'art. 409, n. 3, c.p.c.), altre volte inerenti a fattispecie specifiche definite in ragione di elementi decisamente estrinseci del rapporto, e attinenti direttamente al mutato contesto economico-organizzativo (come nel caso del lavoro autonomo tramite piattaforme), con intensità protettive diverse a seconda, appunto, dei bisogni di tutele sociale che vengono espressi dalle nuove soggettività del lavoro. Se questa ipotesi ricostruttiva risultasse confermata, piuttosto che verso una nuova grande neo-polarizzazione del mondo del lavoro, il sistema italiano si collocherebbe, con maggiore consapevolezza rispetto al passato, in una logica di progressivo superamento della grande dicotomia. Questo oltrepassamento del confine categoriale si è attuato con un mix legislativo di *universalismo-assimilativo* (art. 2, co.1) e di *espansionismo-selettivo* delle tutele secondo diversi gradienti (art. 2, co. 2, art. 409 n.3, c.p.c., lavoro autonomo tramite piattaforma) che rilancia, nel suo complesso, l'aspirazione universalistica del diritto del lavoro unitamente alla garanzia di selettività sociale dell'intervento protettivo. Infatti, se la logica di regolazione è selettiva, l'effetto sistemico complessivo non è quello – talvolta lamentato in dottrina – di una riduzione delle tutele e/o dei soggetti destinatari delle stesse, ma, al contrario un'espansione modulare del diritto del lavoro verso una quota addizionale di lavoratori: la selettività opera infatti come meccanismo intelligente e mirato di universalismo delle tutele[191].

5.2.2. La contrattazione collettiva come vettore di modulazione delle tutele: l'esempio dell'art. 2, co.2, del d. lgs. 81/2017 e i suoi profili critici.

Se si vuole coltivare lo schema della selezione delle tutele, è importante rimarcare il possibile sganciamento della fattispecie del lavoro etero-organizzato dall'effetto omologante di cui all'art, 2, co.1, grazie ad un vettore cui la stessa norma, nella sua complessa *ratio*, fa espresso rinvio, spostando la risposta riequilibratrice *ab externo* e incentrandola sulla fonte collettiva, più dinamica ed adattiva rispetto alla legge. Fino ad oggi questo percorso è stato attivato in particolari

[191] Cfr. G. Davidov, p. 16

contesti (come del resto richiede la norma, che si riferisce espressamente a "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore", ad esempio quello dei *call center*), onde l'attribuzione all'autonomia collettiva della facoltà di regolare diversamente le fattispecie concrete di lavoro etero-organizzato non sembra aver dato, almeno sinora, frutti generalizzabili (ma è lo stesso art. 2, co.1, a non avere avuto, di fatto, applicazione concreta, a parte il noto caso giudiziario dei *riders* di Foodora). È quindi possibile, ma non scontato, anche alla luce della novella, che la fattispecie definita dal legislatore nel 2015 rappresenti un potenziale fattore di aggregazione normativa per le nuove figure sociali operanti nei segmenti "grigi" e meno tutelati del mercato del lavoro (piattaforme, *crowdworking*), smentendo tesi circa la non impiegabilità dell'art. 2, co.1, in materia di lavoro tramite piattaforme digitali[192]. Se questa prospettiva venisse perseguita anche dagli attori sociali, l'art. 2, co.2, potrebbe rappresentare l'occasione - in quanto *norma promozionale* della contrattazione collettiva in materia di disciplina delle collaborazioni etero-organizzate - per svolgere un ruolo regolativo originale, traghettando le nuove e sottoprotette forme di lavoro verso inediti orizzonti di tutela riguardanti il loro trattamento economico e normativo. In questo modo l'art. 2, *nel suo complesso*, costituirebbe un'innovazione evolutiva davvero intelligente del diritto del lavoro inteso come *sistema normativo pluralistico e differenziato*, idoneo a rilanciare la funzione regolativa tipica dell'autonomia collettiva e la sua capacità di ricerca "sul campo" di possibili percorsi di tutela del lavoro, contribuendo a decostruire il "pluralismo polarizzato dalla vocazione egemonica del prototipo"[193] ed accompagnando la logica di differenziazione disciplinare dei rapporti di lavoro nell'area del lavoro autonomo contermine alla subordinazione classica[194].

Vale tuttavia rilevare come il meccanismo sancito dall'art. 2, co.2, nel prevedere una contrattazione collettiva avente ad oggetto il trattamento economico e normativo di lavoratori non subordinati, non sia esente da profili problematici, non tanto sotto il profilo del diritto interno[195],

---

[192] Cfr. ad es. F. Capponi, *La regolazione delle collaborazioni etero-organizzate tra legge e contratto: il caso delle piattaforme di food delivery*, in Dir. rel. ind., 2018, p. 1258; in senso diverso, reputa "plausibile" l'effetto estensivo del tipo standard in tutte le situazioni in cui il lavoro organizzato dalla piattaforma si attui offline e il committente ne gestisca l'esecuzione con modalità stringenti, P. Tullini, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. Perulli, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Kluwer-Cedam, 2018. Da parte mia, pur ritenendo di escludere un impiego "automatico" della nozione di prestazione etero-organizzata dal committente nell'ambito del *platform work*, e guardando con favore anche a soluzioni legislative *ad hoc*, sul modello francese, o a più radicali ripensamenti in senso modulare (per soglie di tutela) del sistema giuslavoristico, ho sin da subito individuato nell'art. 2 una norma volta ad allargare i confini delle tutele in tutte le situazioni in cui, pur mancando il requisito della subordinazione, si realizzino condizioni di eteroorganizzazione.

[193] G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1985, p.58.

[194] Condivisibile la posizione di F. Scarpelli, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in P. Curzio, a cura di, *Diritto del lavoro contemporaneo*, Cacucci editore, Bari, 2019, p. 28, parla di "operazioni selettive della disciplina lavoristica" grazie ad una delle più significative "ingegnerie di sistema del settore lavoristico".

[195] Ciò, sia detto, sul piano della prassi (specie con riferimento alla contrattazione collettiva a favore dei collaboratori a progetto) benchè, sul piano strettamente giuridico-formale - e diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti (Spagna, Germania ad esempio) - non sia stata ancora promulgata una norma che dichiari espressamente il diritto di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi (neppure nella legge che per la prima volta ha inteso definire le tutele di base per tutte le prestazioni di lavoro non imprenditoriale, l. n. 81/2017, che platealmente ha ignorato i profili collettivi della materia); sotto questo profilo non convince quindi l'analisi di chi afferma che un intervento normativo in materia "assumerebbe al più valore simbolico, in quanto meramente ricognitivo di un diritto del quale, stando alla presente ricostruzione, i collaborati autonomi godrebbero già" (così M. Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 358/2018, p. 23, nell'ambito di un'analisi ricostruttiva tesa a dimostrare come, in ambito nazionale, si sia consolidata l'estensione della libertà sindacale oltre la subordinazione e che, sul fronte del potenziale conflitto con il diritto europeo

quanto per il probabile contrasto con il diritto europeo della concorrenza. Come è noto, infatti, secondo la giurisprudenza *Albany*, l'immunità concessa all'autonomia negoziale collettiva (ossia al "dialogo sociale" tra le parti) rispetto all'applicazione dell'art. 101 TFUE in ragione degli obiettivi di politica sociale perseguiti dagli accordi collettivi, sussiste solo a condizione che a) il contratto collettivo contribuisca direttamente al miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro dei lavoratori, nonché b) riguardi prestatori subordinati e non lavoratori autonomi, i quali sono qualificati come "imprese" nel senso dell'art. 101, par. 1, TFUE "dal momento che offrono i loro servizi dietro corrispettivo in un determinato mercato e esercitano la loro attività come operatori economici indipendenti rispetto ai loro committenti"[196]. L'orientamento della CGE sul punto è chiarissima nel delegittimare la contrattazione collettiva avente ad oggetto il trattamento economico e normativo di lavoratori autonomi, sia perché - a detta della Corte - non sussiste nessuna norma che, alla stregua del diritto unieuropeo (artt. 153 e 155 TFUE, nonché 1 e 4 dell'accordo sulla politica sociale) "incoraggi i prestatori autonomi a instaurare un simile dialogo con i datori di lavoro presso i quali forniscono prestazioni di servizi in forza di un contratto d'opera e, dunque, a stipulare accordi collettivi con detti datori di lavoro al fine di migliorare le proprie condizioni di occupazione e di lavoro"[197]; sia perché l'associazione sindacale in rappresentanza di lavoratori autonomi non agisce come "parte sociale" ma, in realtà, opera come associazione di imprese[198].

L'unica possibilità per evitare il conflitto con il diritto della concorrenza consiste nel verificare se i lavoratori in nome e per conto dei quali il sindacato ha trattato non siano dei "falsi autonomi", vale a dire prestatori la cui indipendenza è solo fittizia e nasconde un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato (in quanto sottoposti al *potere direttivo* del datore di lavoro). A prescindere dalla stranezza di attribuire al concetto di "falso autonomo" uno status normativo che, invece, non sussiste - essendo il riferimento al falso autonomo in realtà espressione del disvalore attribuito ad operazioni di fraudolenta dissimulazione del rapporto di lavoro subordinato, cui consegue necessariamente un'attività di correzione della congruenza tra realtà materiale e realtà giuridica che prende il nome di *riqualificazione* del rapporto -, la posizione della CGE è netta nell'affermare che solo i lavoratori subordinati in senso stretto possono godere dei frutti dell'autonomia collettiva senza scontrarsi con il diritto *antitrust*. I tentativi generosi di parte della dottrina di edulcorare l'orientamento rigoroso, ma molto chiaro, della CGE, sostenendo che la sentenza in esame consentirebbe di estendere l'eccezione *antitrust* anche al di fuori dell'area classica della subordinazione[199], ovvero che la pronuncia in esame valorizzerebbe l'elemento dell'etero-organizzazione piuttosto che quello dell'eterodirezione quale criterio decisivo ai fini della qualificazione (salvo

---

antitrust, anche la contrattazione collettiva degli autonomi ricadrebbe nell'eccezione stabilita dalla giurisprudenza *Albany*: ma v. *infra* nel testo).

[196] CGE 4 dicembre 2014 C:2013:413 *FNV Kunsten Informatie en Media*, Punto 28

[197] punto 29; adde CGE 12 settembre 2000 Pavlov e a., C:2000:428 punto 69

[198] punto 28

[199] Cfr. Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 358/2018, p. 19, nonché p. 10, ove si afferma che nella pronuncia *FNV Kunsten* la chiusura alla contrattazione collettiva degli autonomi sarebbe "apparente". In realtà nessun passaggio logico-giuridico del ragionamento della Corte sembra consentire una simile conclusione: per godere dell'immunità dalla disciplina antitrust il lavoratore deve essere un "falso autonomo", cioè un lavoratore subordinato a tutti gli effetti (vedi in particolare punti da 33 a 36, e il punto 37 ove si afferma espressamente che spetta al giudice del rinvio valutare se, al di là della natura giuridica del loro contratto d'opera, i lavoratori in questione "non si trovino in un rapporto di subordinazione con l'orchestra").

poi affermare "l'evanescenza" dell'etero-organizzazione)[200], non rispecchiano il *dictum* (e l'intenzione) della Corte. Al contrario, i giudici di Lussemburgo, al fine di distinguere un lavoratore subordinato da un lavoratore autonomo ai fini del diritto dell'Unione, non si discostano affatto dalla consueta caratterizzazione del lavoratore subordinato come "persona che fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e *sotto la direzione di quest'ultima*, prestazioni contropartita dalle quali riceva una retribuzione"[201], in una condizione in cui tale persona "agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro"[202], mentre un soggetto può essere qualificato come lavoratore subordinato "se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro"[203]. In sostanza, la Corte non fa altro che riaffermare un principio assolutamente pacifico in tutti i sistemi giuridici, non solo europei, vale a dire la prevalenza della "realtà" sulla finzione in materia di qualificazione del rapporto di lavoro, affidando al giudice del rinvio la valutazione "se, al di là della natura giuridica del loro contratto d'opera", tali lavoratori "non si trovino in un rapporto di subordinazione" definito secondo i criteri sopra precisati (punti da 33 a 36 della sentenza[204]. L'inequivoco orientamento della Corte trova, peraltro, conferma nell'Opinione espressa dall'Avvocato Generale Wahl, il quale descrive i falsi autonomi nel modo seguente: "*employees who are disguised as self-employed in order to avoid the application of some specific legislation (for exemple, labour or fiscal regulation) which is considered unfavorable by the employer";* è evidente che tale definizione non mira a introdurre una nuova categoria di lavoratori (i "falsi autonomi"), o ad ampliare il campo di applicazione dell'esenzione *Albany* oltre i confini del lavoro subordinato, bensì a registrare l'esistenza di situazioni, peraltro ben note nell'esperienza italiana, di abuso della categoria del lavoro autonomo da parte di datori di lavoro che impiegano di fatto al loro servizio lavoratori subordinati[205].

Quindi, lungi da aprire nuove prospettive di estensione della nozione di subordinazione oltre i rigidi confini della fattispecie così come definita tradizionalmente dalla giurisprudenza, la Corte preclude con questa sentenza una visione evoluzionistica volta ad estendere l'eccezione *Albany* ai lavoratori indipendenti. La verità, quindi, è che, allo stato attuale, il conflitto tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza esiste e, come riconosce la dottrina internazionale, "deve essere risolto per consentire ai *freelance* di fruire dei diritti di libertà di associazione e di rappresentanza collettiva".[206]

La questione relativa all'attribuzione ai rappresentanti dei lavoratori genuinamente autonomi -

---

[200] P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in RIDL, 2015, II, p. 576 s. In realtà la sentenza della CGE richiama pedissequamente, ai punti 34, 35 e 36 l'assoggettamento ad etero-direzione quale indice discretivo, mentre non v'è alcun accenno all'etero-organizzazione come criterio di qualificazione dei rapporti di lavoro.

[201] CG C-413/13, punto 34

[202] punto 36

[203] punto 35.

[204] Punto 37

[205] Cfr. E. Verhulp, *The Notion of "Employee" in EU-Law and National Laws"*, Working Paper presentato alla Conferenza annuale dell'European Centre of Expertise (ECE), Francoforte, 17 aprile 2017.

[206] P. Charhon, D. Murphy, *The Future of Work in the Media, Arts & Entertainement Sector: Meeting the Challenge of Atipical Working*, Euro FIA, EFJ, FIM and UNI MEI, Brussels, 2016.

come sono, specie alla luce della novella, i collaboratori eteroorganizzati di cui all'art. 2.co1. - della piena libertà di esercitare il diritto di contrattazione collettiva, dovrà essere quindi risolta dallo stesso diritto unieuropeo e dalla sua giurisprudenza, vuoi sulla base di una revisione profonda dei presupposti teorici di identificazione automatica tra lavoro autonomo e impresa (che non si limiti all'ovvia eccezione per i "falsi autonomi"), sia sulla valorizzazione della contrattazione collettiva come diritto fondamentale sancito dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dell'art. 6.2 della carta Sociale Europea e dall'art. 11 della CEDU[207]. Le basi giuridiche per una simile revisione certo non mancano, e possono essere oggi rafforzate anche grazie al Pilastro Europeo dei Diritti Sociali, che garantisce i diritti fondamentali per i lavoratori autonomi e per gli altri "lavoratori atipici"; su queste fondamenta l'UE deve quindi modificare la propria legislazione *antitrust* (o la Corte cambiare registro interpretativo) per rimuovere una irragionevole barriera alla promozione e allo sviluppo dell'azione collettiva dei lavoratori autonomi, come chiedono peraltro con molta determinazione i Sindacati europei e le stesse Organizzazioni sindacali dei lavoratori dei paesi membri[208]. Non mancano, del resto, nelle legislazioni degli stati membri esempi di emendamenti della normativa *antitrust* volti a sancire il principio secondo cui la contrattazione collettiva riferita a "rilevanti categorie di lavoratori autonomi" non ricade sotto la scure del diritto della concorrenza[209], specie se si tratta di *lavoratori autonomi economicamente dipendenti*[210], come nel caso dei prestatori d'opera irlandesi il cui reddito derivi da non più di due committenti, ovvero dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti (TRADE) spagnoli, abilitati dallo Statuto del lavoro autonomo a stipulare accordi collettivi di interesse professionale (*acuerdos de interés professional*), o ancora dei lavoratori autonomi parasubordinati tedeschi, le *arbeitnehmerähnliche Personen* a cui la legge estende i benefici del *Tarifvertragsgesetz*.

Ciò detto, il problema del potenziale conflitto tra contrattazione collettiva dei collaboratori autonomi etero-organizzati di cui all'art. 2, co.1 e il diritto europeo della concorrenza potrebbe non limitarsi alla circostanza sin qui esaminata, vale a dire la natura autonoma dei prestatori interessati. Anche ammesso che per questa particolare categoria di prestatori etero-organizzati valga l'immunità dalla legislazione *antitrust*, al pari di quanto accade per i lavoratori subordinati, è discutibile che la contrattazione collettiva avente ad oggetto il trattamento economico e normativo di questi collaboratori superi lo sbarramento funzionale posto dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, consistente nel requisito che la contrattazione collettiva persegua la

---

[207] In tal senso, giustamente, N. Countouris e V. De Stefano, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Brussels, 2019, p. 52 s.

[208] Cfr. L. Fulton, *Trade Unions Protecting Self-Employed Workers*, ETUC, Brussels, 2018, p. 84 s.

[209] Il riferimento è al *Competition (Amendement) Act* irlandese del 2017.

[210] Un'apertura, in questo senso, può essere rintracciata nelle parole dell'Avvocato Generale nella menzionata decisione C-413/13, secondo cui i *self-employed persons who are economically dependent on a sole (or main) customer* si trovano in condizioni abbastanza simili (*rather similar*) a quelle tipicamente esistenti tra un lavoratore subordinato e un datore di lavoro (para. 52). Tuttavia, la posizione dell'Avvocato Generale è doppiamente sbagliata, perché a) accomuna i lavoratori in condizioni di dipendenza economica con i falsi lavoratori autonomi (mentre le due situazioni non sono affatto coincidenti); b) considera entrambe queste categorie come forme dissimulate di lavoro subordinato, cui si applica l'eccezione *Albany*. In realtà, mentre il falso lavoratore autonomo è lavoro subordinato mascherato, il lavoro economicamente dipendente non è affatto espressione del lavoro subordinato, ma di lavoro autonomo (economicamente dipendente) o imprenditoriale. Per quanto qui rileva, comunque, la decisione in esame non consente di applicare l'eccezione *Albany* ai contratti collettivi di lavoratori che non rivestano le caratteristiche della subordinazione standard.

ricerca di misure *volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro*[211]. Invero, è assai difficile sostenere che la contrattazione collettiva di cui all'art. 2, co.2, sia volta, nella sua funzione delegata dal legislatore, ad attuare un *miglioramento delle condizioni di lavoro dei collaboratori etero-organizzati*: non si tratta infatti di una contrattazione incrementale delle condizioni di lavoro, ma, al contrario, derogatoria ed ablativa della disciplina del rapporto di lavoro subordinato. L'accordo sindacale *ex* art. 2, co.2, sortisce infatti l'effetto di sottrarre al lavoratore etero-organizzato la fruizione dello statuto protettivo standard che gli spetterebbe *ex lege* in mancanza di intervento dell'autonomia collettiva[212]; tanto è vero che, come si è giustamente osservato, la contrattazione prevista dall'art. 2, co.2, che pure consentirebbe *in thesi* importanti operazioni di selezione/modulazione delle tutele, sembra porsi in "una logica soprattutto difensiva degli assetti di compatibilità economica e occupazionale di alcuni settori"[213]. Con la conseguenza, insomma, che la contrattazione collettiva *de qua*, se messa a confronto con il diritto europeo della concorrenza, rischia di incorrere in una duplice infrazione, sia per la natura genuinamente autonoma dei prestatori, sia per la peculiare funzione (non migliorativa, ma addirittura ablativa o comunque derogatoria *in peius* delle condizioni di lavoro) svolta dall'autonomia collettiva in siffatto, e del tutto peculiare, schema regolativo.

6. Legislazioni a confronto: la dipendenza economica come criterio di espansione delle tutele.

Come si è visto nel precedente paragrafo, il legislatore interno si è mosso su linee evolutive che possono essere ricondotte sia alla tradizione rivisitata (neo-polarizzazione) ovvero ad un cambiamento del paradigma storico di regolazione (selezione/modulazione delle tutele). In entrambi gli scenari prospettati, comunque, la riforma (e i suoi riflessi sistematici) presenta elementi critici non solo, come vedremo, di natura interpretativa, ma anche di razionalità sociale. Forse il modello della neo-polarizzazione riflette più fedelmente il quadro sistematico così come progressivamente ridefinito dal legislatore, con uno sbilanciamento verso l'universalizzazione delle tutele a discapito delle esigenze di selettività: l'espansione della disciplina giuslavoristica realizzata dall'art. 2, co.1, prevale in effetti sulla logica dell'estensione selettiva delle tutele, pur presente sul fronte del lavoro autonomo più prossimo all'autonomia "pura" (art. 409 n. 3, cp.c.). L'art. 2, co.1, sembra realizzare, almeno potenzialmente, un formidabile meccanismo di vera e propria assimilazione *tout-court* del lavoratore etero-organizzato alla figura social-tipica del lavoro subordinato, con un effetto di generalizzazione delle tutele che prescinde da ogni esigenza di selettività, *salvo non venga attivato il percorso derogatorio previsto dal comma 2*: in tal caso, infatti, l'universalizzazione realizzata dal comma 1 si spezza in tanti possibili statuti *ad hoc* regolati dal principio di autonomia regolativa collettiva, onde la tendenza espansiva universalizzante si converte in una tendenza espansiva selettiva/modulare.

---

[211] CGE 21 settembre 1999 *Albany International BV, C:1999:430,* punto 59; CGE 11 settembre 2007 *International Transport Workers' Federetion*, C:2005:483, punto 49, CGE 9 luglio 2009 3F/Commissione, C:2007:319, punto 50.

[212] Parla di un "potere derogatorio" conferito dalla legge alla contrattazione collettiva A. Zoppoli, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 296/2016, p. 27 ss., nell'ambito di un ragionamento fortemente critico che tende a dimostrare comunque la violazione del principio di indisponibilità del tipo in ragione della connotazione sociale delle collaborazioni eteroorganizzate e della loro riconduzione ai fini normativi nell'alveo della subordinazione.

[213] Cfr. F. Scarpelli, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in P. Curzio, a cura di, *Diritto del lavoro contemporaneo*, Cacucci editore, Bari, 2019, p. 28; ma v. anche R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-282/2015, p. 14, che parla di una "promozione morbida di passaggi convenzionali (…) con l'evidente esigenza di garantire la salvaguardia delle imprese e, quindi, della occupazione".

Con la modificazione dei profili tipologici della norma, la fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato, affiancandosi alla fattispecie tipica della subordinazione, crea un ampio sistema di tutela uniforme del lavoro, tra i più estesi tra quelli europei. L'universalizzazione delle tutele attraverso la tecnica dell'assimilazione ha certamente dei pregi, ma presenta anche dei difetti. La logica selettiva, presente soprattutto in quegli ordinamenti che estendono solo alcune tutele a favore di lavoratori non subordinati bisognosi di protezione sociale fornisce una risposta più appagante alle molteplici esigenze regolative di un mercato del lavoro complesso e diversificato *sia* sotto il profilo dei referenti social-tipici del lavoro *sia* in relazione all'assetto complessivo degli interessi nelle diverse situazioni di debolezza economica e nelle diverse situazioni di soggezione e inferiorità (economica, sociale, giuridico-contrattuale) in cui versano le diverse figure di lavoratori a fronte del creditore della prestazione (datore di lavoro o committente che sia).

Peraltro, i sistemi che non si affidano ad assimilazioni generalizzanti, adottando tecniche di estensione modulare delle tutele in ragione di differenziati assetti di interessi, valorizzano criteri selettivi basati sul concetto empirico e misurabile della "dipendenza economica" piuttosto che su indici qualificatori, riferibili a modalità prestatorie e/o a prerogative in senso lato organizzative del committente, ulteriori e distinte da quelle dell'eterodirezione tradizionale, di guisa che l'emergenza di bisogni sociali di protezione del lavoro vengono identificati attraverso indicatori reddituali misurabili, senza complicare e segmentare eccessivamente lo scacchiere tipologico di riferimento (come invece è accaduto nel nostro sistema). In Germania lavoratori "simil-dipendenti", oltre ad essere caratterizzati dall'assunzione volontaria del rischio d'impresa, non sono *persönlich abhängig*, né *weisungsgebunden*, cioè non si identificano per la dipendenza personale né per l'assoggettamento alle direttive del datore di lavoro (ed al suo potere disciplinare), bensì per il carattere della "dipendenza economica", il cui criterio legale di accertamento si incentra sul lavoro "*svolto prevalentemente per una persona*" (par.12a *TVG*); in sostanza, è lavoratore economicamente dipendente chi ricava, in media, almeno la metà del proprio reddito complessivo da un unico committente. La *ratio* che informa la scelta legislativa appare evidente: il bisogno di *protezione sociale* e, di conseguenza, la spinta estensiva di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato, è condizionato al fatto che il lavoratore tragga dal proprio lavoro la fonte fondamentale del suo mantenimento, ossia che il lavoro prestato prevalentemente per l'unico committente costituisca la sua "base dell'esistenza" ("*Existenzgrundlage"*). Criteri analoghi sono in uso nel sistema francese, ove assume rilievo preminente al fine di misurare il grado di dipendenza economica la quantità di reddito percepito in base al contratto. In mancanza di soglie fissate *ex lege*, la cifra di affari realizzata viene rimessa all'apprezzamento del giudice: "*dés lors que l'essentiel de ses revenus professionnels proviendrà du meme cocontractant, il y aura lieu de considerer qu'il se trouve en situation de dépendance économique*"[214]. Una situazione, questa, implicitamente assunta dal legislatore come ricorrente qualora sussistano le condizioni di esclusività o quasi esclusività che caratterizza il rapporto del prestatore-gerente con "*une seule entreprise industrielle ou commerciale*" capace di imporre al prestatore condizioni e prezzo di vendita. Anche in Spagna lo "Statuto del lavoro autonomo" (l. 11 luglio 2007, n. 20 e l. 10 ottobre 2011, n. 36) offre al *TRADE* alcune tutele specifiche in base alla dipendenza economica del lavoratore autonomo[215]. Questi ed altri sistemi (come quello canadese) hanno quindi realizzato un'espansione selettiva delle

[214] G. J. Virassamy, *op. cit*.

[215] Cfr. J. Cruz-Villalon, op. cit., p. 294.

tutele - in Francia anche un'assimilazione quasi totale al lavoro subordinato per talune specifiche figure professionali - affidandosi a criteri di dipendenza economica piuttosto che ad indici tipologici differenziali rispetto a quelli tipici della subordinazione.

Il legislatore italiano, viceversa, non ha mai inteso valorizzare il criterio selettivo della dipendenza economica, utilizzando invece nel *continuum* di tipizzazioni alternative a quelle basiche dei selettori qualitativi differenzianti rispetto ai dati tipologici classici (*id est* dipendenza ed assoggettamento ed eterodirezione per la fattispecie di subordinazione, assenza di subordinazione per il lavoro autonomo) la cui giuridificazione ha complicato non poco l'opera di decodificazione delle norme (e dei "pezzi" di norme) rispetto ai dati della realtà sociale. I concetti di "organizzazione" e di "coordinamento", che si innestano sulla base di un'identica nozione di attività prestatoria continuativa e prevalentemente personale, sono collegati a fattispecie molto diverse sul piano della disciplina applicabile e dovrebbero descrivere, quindi, assetti di interesse altrettanto diversificati e rispecchianti la complessità del lavoro e dei rapporti sociali di produzione nelle moderne organizzazioni produttive. Questa funzione definitoria impone un profondo impegno di speculazione concettuale, che non sempre la dottrina è disposta a svolgere, preferendo soluzioni più sbrigative, routinarie e semplificatrici (come quella che tende ad identificare l'etero-direzione con l'etero-organizzazione, o continua ad attribuire al coordinamento una pregnanza potestativa *ex latere creditoris* che invece è ormai esclusa dall'art. 409, n. 3, c.p.c.). Il rischio che si corre, è di rendere il sistema talmente complicato e contraddittorio da far desistere gli operatori del diritto dal comprenderne appieno le sfumature concettuali, mentre la stessa giurisprudenza fatica a dipanare il groviglio normativo e a tradurne la relativa grammatica in termini applicativi, al fine di collocare le neo-categorie giuridiche entro coordinate comprensibili, affidabili ed operative.

7. Oltre la subordinazione: i profili interpretativi.

Su queste linee di lettura critico-ricostruttiva si deve ora sviluppare un discorso più squisitamente interpretativo, che sia in grado di affrontare una serie di snodi problematici, di notevole spessore anche dogmatico, posti dalla più recente legislazione in materia di collaborazioni etero-organizzate e di tutela dei *riders* autonomi.

7.1. La prestazione prevalentemente personale.

La prima questione riguarda il portato dell'art. 1 della legge n. 128 del 2019 giusta il quale, al primo periodo dell'art. 2, co.1, la parola "esclusivamente" è sostituita con "prevalentemente". L'intervento del legislatore, apparentemente marginale, è invece assai significativo per la sua portata sistematica, specie con riferimento alla nota *querelle* dottrinale che oppone coloro i quali sostengono (con diverse sfumature e argomentazioni) che l'art. 2, co.1, insista sulla nozione legale di subordinazione (rivestendo natura di norma confermativa, o secondo alcuni additiva, della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.) e quanti invece ritengono che la nozione di collaborazione organizzata dal committente non interferisca direttamente o indirettamente con la fattispecie del lavoro subordinato, ma introduca nel sistema una nuova e diversa categoria di collaborazioni gravitanti nella soglia tra subordinazione e autonomia, ricondotte *per l'effetto* nell'area della subordinazione, senza che ne venga disposta una conversione automatica, ovvero che operi una

presunzione (relativa od assoluta) di subordinazione[216].

L'aver modificato l'inciso "esclusivamente" con "prevalentemente" conferma la bontà di quest'ultima ipotesi ricostruttiva, smentendo sia le tesi che riconducono i tratti della collaborazione etero-organizzata a quelli tipici della subordinazione, sia l'opinione della norma "apparente", sia il pensiero di chi, senza prendere posizione sulla natura del rapporto, nega comunque si tratti di un sottotipo del lavoro autonomo, facendo genericamente riferimento ad una categoria aperta di rapporti cui si applica la disciplina del lavoro subordinato[217]. Poiché non è concepibile che il lavoro subordinato (qualunque siano gli indici rivelatori della subordinazione) possa essere "prevalentemente personale", non v'è dubbio che la novella introduca un dato tipologico del tutto incompatibile con la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c[218].

Una diversa postura interpretativa si porrebbe decisamente al di fuori del diritto positivo così come da ogni ragionevole perimetro di teoria generale del contratto di lavoro subordinato[219]. Né appare convincente forzare l'interpretazione della nuova formulazione facendole dire quel che letteralmente non dice, al fine di renderla compatibile con l'asserita natura subordinata delle collaborazioni etero-organizzate, o comunque congruente con la collocazione di quelle prestazioni nell'alveo della disciplina del lavoro subordinato: ad esempio riferendo la prevalente personalità alla possibilità di sostituzione del lavoratore, come nello schema del *job sharing*, ovvero, secondo una prospettazione un po' ermetica, riconducendo la prevalenza ad una dimensione "collettiva" della prestazione di lavoratori chiamati ad agire come "gruppo" e non individualmente[220].

La prevalente personalità della prestazione non riguarda affatto una facoltà del lavoratore di condividere con altri (o con un gruppo) il contratto di lavoro e il suo adempimento, bensì il rapporto tra la prestazione e i mezzi impiegati per eseguirla; e non v'è alcun dubbio che nel lavoro subordinato la prestazione è esclusivamente personale, mai prevalentemente personale. Basterà

---

[216] Cfr. A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 279 ss.

[217] In tal senso G. Santoro-Passarelli, Cfr. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, in WP "Massimo D'Antona". IT 278-2015.

[218] La diversa pozione espressa da P. Tosi, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel "decreto crisi"*, in corso di pubblicazione, secondo cui la sostituzione sarebbe "evanescente ai fini della soluzione delle questioni di qualificazione", non è fondata su un argomento normativo; ed infatti tale affermazione viene dall'A. giustificata con un dato meramente fattuale ("i giudici si trovano sempre dinnanzi a casi di collaborazioni esclusivamente personali"), di per sé inconferente ai fini della ricostruzione sistematica della norma. In sostanza, la dottrina che ha interpretato l'art. 2, co.1, come una "norma apparente", continua nella medesima prospettiva, attribuendo alla novella un carattere altrettanto "apparente" (*idem*, secondo Tosi, per l'eliminazione del riferimento all'etero-organizzazione "anche con riferimento ai dei tempi e del luogo", che sarebbe comunque da considerarsi incluso nel disposto, nonostante il legislatore l'abbia soppresso). Diversa la (sofferta) posizione di C. Pisani, *Le nuove collaborazioni etero-organizzate*, p. 18, il quale ammette che il legislatore ha introdotto "un elemento estraneo alla disciplina del lavoro subordinato", nell'ambito però di una posizione non lineare, in cui l'A. dapprima cerca di riferire la prevalenza "al tempo di lavoro che il collaboratore dedica allo svolgimento della prestazione", per affermare subito dopo che l'unico significato da attribuire alla norma "è quello di consentire l'applicazione dell'art. 2, comma 1, e quindi l'intera disciplina del lavoro subordinato, anche quando il collaboratore si avvalga di sostituti o di altri collaboratori", ammettendo, in conclusione che "l'elemento della prestazione non esclusivamente personale finisce così per rappresentare un tratto che sicuramente differenzia le collaborazioni eterorganizzate rispetto alla fattispecie dell'art. 2094 cod. civ.".

[219] Cfr. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 14, secondo il quale, con riferimento alle collaborazioni etero-organizzate, "l'esistenza di un'organizzazione, sia pur modesta, di beni e di strumenti di lavoro da parte del lavoratore (uso del proprio computer e del cellulare o del proprio mezzo di trasporto per svolgere la prestazione di lavoro)" avrebbe sottratto il rapporto di collaborazione alla disciplina del lavoro subordinato, confermando in tal modo l'incompatibilità concettuale tra prestazione prevalentemente personale e disciplina della subordinazione.

[220] In questo senso E. Ales, op. cit.

ricordare, sul punto, che nel diritto internazionale del lavoro la natura personale della prestazione è un elemento tipico della subordinazione, onde l'OIL raccomanda agli Stati membri di includere tra gli indicatori specifici "il fatto che il lavoro sia svolto personalmente dal prestatore"[221]. La nozione unieuropea di lavoro subordinato, così come elaborata dalla CGE, si riferisce alle prestazioni fornite da "*una persona*"[222], essendo eminentemente funzionale ai fini della sfera applicativa dell'art. 45 TFUE il carattere "reale ed effettivo" della prestazione *personalmente resa*[223]. Ai sensi dell'art. 2094 c.c. è prestatore di lavoro subordinato colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il *proprio* lavoro alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro, mentre la stessa natura *esclusivamente personale* del vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo risulta incompatibile con una prestazione prevalentemente personale[224]. È noto che, invece, la prevalente personalità della prestazione è tipologicamente prevista sia dalla fattispecie generale del lavoro autonomo (art. 2222 c.c., ove l'opera/servizio è resa con lavoro *prevalentemente proprio*) sia dalla sub-fattispecie di lavoro autonomo (parasubordinato) ricavabile dalla norma processuale (art. 409, n.3, c.p.c. ove il carattere *prevalentemente personale* della prestazione innova selettivamente il modello precedentemente delineato dall'art. 2 della legge n. 74/1959), distinguendosi in tal modo anche dal modello previsto con la figura del piccolo imprenditore, connotato da un'attività professionale organizzata *prevalentemente* con il lavoro proprio *e dei componenti della famiglia* (art. 2083 c.c.)[225].

In linea di principio è corretto osservare come la prevalente personalità della prestazione vada intesa con riferimento al "processo auto-organizzatorio dell'attività resa dal lavoratore autonomo"[226], esprimendosi non solo in termini meramente quantitativi (come prevalenza rispetto al capitale investito o all'apporto di eventuali collaboratori) ma anche sotto il profilo qualitativo, di esclusività e continuità dell'attività prestata in maniera stabile a favore del committente. Se è vero che il "prevalentemente" a cui fa riferimento l'art. 2222 c.c. (non esclude ma) ricomprende nel suo alveo anche il lavoro "esclusivamente" proprio, non è ovviamente vero l'inverso con riferimento alla definizione del lavoro subordinato *ex* art. 2094 c.c. Nella fattispecie di subordinazione non v'è alcuno spazio per un adempimento che non sia *strettamente ed esclusivamente personale*, diversamente da quanto accade nel contratto di lavoro autonomo, sia esso manuale o intellettuale: con riferimento a quest'ultima fattispecie è utile rammentare che ai sensi dell'art. 2232 c.c. l'attività solutoria può estendersi dalla propria azione personale sino alla *direzione dell'altrui attività* "se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione", in un contesto in cui l'infungibilità dell'apporto assicurato dal

---

[221] R198 Employment Relationship Reccomandation, 2006, art. 13 a).

[222] C. Giust. 3.7.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*.

[223] Cfr. S. Giubboni, *Lavoro subordinato. Diritto dell'Unione europea*, in Treccani. Diritto *on line*, 2018.

[224] Il vincolo personalistico rileva, come è noto, anche sotto l'essenziale profilo della libertà e della personalità del lavoratore: cfr. per tutti M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, p. 28, da cui la tematica dei limiti al potere direttivo dell'imprenditore.

[225] Una diversa posizione esprime O. Razzolini, secondo la quale non sussiste alcuna differenza tra il lavoratore autonomo prevalentemente personale e il piccolo imprenditore: cfr. *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della legge n. 81/2017*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 24

[226] Cfr. P. Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in Trattato dir. priv. diretto da P. Rescigno, 15, Impresa e Lavoro, I, 2, Torino, 1986, p. 1421

prestatore ammette il concorso dell'attività di terzi. In sostanza, nell'ambito definitorio del lavoro subordinato la prevalente personalità della prestazione costituisce un elemento incompatibile con il tipo legale, mentre nell'ambito delle *locationes operis* la prevalente personalità costituisce un *naturalia negotii* della fattispecie. Se ne deve dedurre, in conclusione, che il prestatore di lavoro etero-organizzato dal committente di cui all'art. 2 è sicuramente (ed esclusivamente) *un lavoratore autonomo*, secondo un'opinione che aveva già trovato conferma, ante novella, anche da parte della più autorevole manualistica civilistica[227]. Coerentemente con la natura autonoma del contratto, il prestatore potrà svolgere la propria attività avvalendosi non solo di apporti strumentali "inespressivi" e quindi senz'altro compatibili con il lavoro autonomo "esclusivamente personale" (ad es. uno *smartphone* o un *computer*) ma anche servendosi di mezzi superiori a tale soglia minima, senza tuttavia sconfinare nell'apporto tipicamente imprenditoriale (piccolo o grande che sia) caratterizzato dalla presenza di una vera e propria organizzazione di mezzi, e/o persone, e/o capitali che attenta alla prevalenza personale della prestazione, come accade quando si integrano in modo non occasionale apporti lavoratori altrui o beni strumentali che sopravanzano l'attività del *conductor operis.* Per fare alcuni esempi relativi a fattispecie di lavoro autonomo continuativo riconducibili allo schema di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. (ormai coincidente *in parte qua* con l'art. 2), si fuoriesce dalla situazione di prevalente personalità della prestazione laddove l'attività sia svolta in forma societaria[228], ovvero quando l'agente (persona fisica) organizzi la propria attività con criteri imprenditoriali, tali, per indici rivelatori inequivoci (personale dipendente, strutture e capitali impiegati) da ritenere che egli si limiti ad organizzare e dirigere i suoi collaboratori, non realizzandosi una collaborazione meramente ausiliaria dell'attività altrui bensì un'autentica gestione di un'impresa propria[229].

A questo punto, tuttavia, sorge spontanea la questione della razionalità intrinseca del disposto così novellato, sotto il profilo di compatibilità della prevalente personalità della prestazione con il requisito chiave della fattispecie rappresentato dall'etero-organizzazione delle modalità esecutive della prestazione. Ed invero, se ciò che caratterizza l'art. 2 co.1, distinguendolo sia dall'art. 2094 c.c. sia dall'art. 409 n. 3 c.p.c., è l'organizzazione dell'esecuzione della prestazione di lavoro da parte del committente, come si giustifica l'*etero-organizzazione* di una prestazione che viene resa in forma prevalentemente personale, vale a dire con l'ausilio di elementi (mezzi, capitali o persone) ulteriori rispetto al puro e semplice *facere* personale del prestatore e coinvolgenti fattori organizzativi che, come abbiamo visto, sono in linea di principio caratteristici dell'*auto-organizzazione* del lavoratore autonomo? Non si realizza in questo modo un cortocircuito concettuale che rende l'etero-organizzazione delle modalità esecutive della prestazione logicamente incompatibile con una prestazione prevalentemente personale e quindi auto-organizzata, nella misura in cui il prestatore impiega in autonomia i mezzi che si affiancano, integrandola, alla sua personale prestazione? In sostanza il legislatore, nel modificare un elemento della fattispecie al fine di rimarcarne i tratti distintivi dalla subordinazione, potrebbe aver sottovalutato gli effetti sistemici "contro-intuitivi" in termini di qualificazione dello schema negoziale tipico (o sovra-tipico) delineato dall'art. 2, co.1, con una contraddizione tra natura autonoma della prestazione prevalentemente personale (che richiede auto-organizzazione dei mezzi impiegati) ed etero-

---

[227] Cfr. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, 24 edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 1020 s.

[228] Cass. n. 9547/2001, in Foro It., 2002, I, 466

[229] Cass. n. 709/1998.

organizzazione della modalità esecutiva della prestazione (che invece nega proprio quell'auto-organizzazione).

Una via di uscita da questo possibile corto circuito concettuale richiede una precisazione teorica relativa al diverso raccordo esistente sul piano logico-giuridico tra la nozione di etero-organizzazione e la natura (anche) prevalentemente personale della prestazione rispetto alla situazione consistente nell'esercizio del potere direttivo/conformativo di una prestazione (solo) esclusivamente personale.

Sappiamo che nel lavoro subordinato la prestazione è conformata in virtù dell'esercizio del potere direttivo, e tale conformazione della prestazione non può che riguardare un'attività esclusivamente personale, mentre con la collaborazione di cui all'art. 2, co. 1, l'esecuzione della prestazione non è assoggettata al potere direttivo, ma viene condizionata *ad externo* secondo schemi organizzativi unilateralmente imposti dal committente, come accade, del resto, anche in altre fattispecie di lavoro autonomo, senza che ciò implichi una situazione di subordinazione in senso tecnico: si pensi, ad esempio, all'agente che deve operare in conformità alla istruzioni impartite dalla mandante, secondo schemi operativi che condizionano la sua attività prestatoria, da cui l'"illusorio miraggio" della sua indipendenza e autonomia giuridica[230]. Con ciò, non si intendono necessariamente sovrapporre le prerogative di "istruzione" del committente nelle *locationes operis*, laddove espressamente previste (art. 1711 c.c., art. 1746 c.c., art. 1739 c.c.), con l'etero-organizzazione dell'art 2, co.1, poiché, ragionando in questi termini[231], si finirebbe per ricondurre alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato (*ex* art. 2, co1., che è una norma *sovratipica*) non solo le collaborazioni etero-organizzate dal committente, ma qualunque altro rapporto di lavoro autonomo caratterizzato dall'esercizio di prerogative unilaterali del creditore, che non si spingono sino ad annullare l'auto-organizzazione dei mezzi da parte del prestatore. Ma ciò non sarebbe corretto, stante la diversità di situazioni giuridiche soggettive in cui versa un lavoratore autonomo soggetto ad "istruzioni" del committente rispetto al collaboratore etero-organizzato. Riprendendo il caso dell'art. 1746 c.c., benchè il rapporto di agenzia sia compatibile con la soggezione dell'attività lavorativa a direttive ed istruzioni, nonchè a controlli amministrativi e tecnici in relazione alla natura dell'attività ed all'interesse dello stesso preponente, gli interpreti ribadiscono l'essenzialità dell'autonomia nell'organizzazione dei mezzi e l'assunzione del rischio quali elementi discriminanti il contratto di agenzia dal contratto di lavoro subordinato, onde si esclude che le istruzioni possano incidere sull'autonomia organizzativa dell'agente. Di conseguenza l'obbligo di visitare quotidianamente la clientela e di riferire al preponente, e l'uso di elenchi non vincolante di potenziali clienti da questo forniti sono ritenuti elementi tali da non alterare la natura del rapporto di agenzia[232], mentre si tende a negare la reale configurabilità della fattispecie laddove venga imposta dal preponente una lista giornaliera di clienti da visitare, programmando in tal modo direttamente o indirettamente gli itinerari da seguire, ovvero venga imposto il rispetto di un determinato orario di lavoro in ingresso e di rientro nell'azienda del preponente, con

---

[230] G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, p. 13 ss.

[231] E una tesi espressa da M. Marazza, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT – 315-2016

[232] Cfr. G. Belligoli, Articolo 5, in L. Perina, G. M. Belligoli, *Il rapporto di agenzia*, in *Il nuovo diritto del lavoro* diretto da Luigi Fiorillo e Adalberto Perulli, Giappichelli, Torino, 2015, p. 85.

rendicontazione quotidiana del fatturato e delle viste effettuate, essendo queste modalità esecutive della prestazione "sostanzialmente sovrapponibili a quelle del lavoro subordinato"[233].

La questione della compatibilità fra la prevalente personalità della prestazione e l'etero-organizzazione va quindi risolta diversamente rispetto al caso del prestatore autonomo tipicamente assoggettato ad "istruzioni": mentre in quel caso l'autonomia organizzativa del prestatore deve comunque essere pienamente preservata nonostante l'ingerenza del committente tramite istruzioni, onde è naturalmente consentita l'auto-organizzazione dei mezzi, nella collaborazione etero-organizzata la più stringente espressione della prerogativa unilaterale del committente, che si spinge sino all'intervento *ab externo* sulle modalità esecutive estrinseche della prestazione, non interessa i mezzi eventualmente impiegati dal prestatore. Si deve quindi riconoscere che nel caso dell'art. 2, co.1, nonostante le modalità esecutive della prestazione risultino "organizzate" dal committente, i fattori impiegati (espressione dell'autonomia organizzativa propria del lavoratore autonomo) rimangono nella sfera di disponibilità del collaboratore, concorrendo a realizzare il programma negoziale prefissato. Se, ad esempio, il collaboratore etero-organizzato dispone autonomamente di mezzi materiali per l'esecuzione dell'attività (la bicicletta di un *rider*, o il *software* di un consulente informatico), questi mezzi non vengono "organizzati" dal committente: la scelta dei mezzi per realizzare lo scopo prefissato rimane appannaggio del prestatore, il quale dovrà ovviamente impiegare strumenti idonei e compatibili con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dall'organizzazione. Il committente organizza le modalità di esecuzione della prestazione, ma questa organizzazione attiene a profili estrinseci della prestazione, connessi all'impiego della prestazione all'interno di un ciclo produttivo, come accade quando l'esecuzione della prestazione deve avvenire necessariamente entro determinate fasce orarie determinate dal committente secondo le proprie compatibilità aziendali, o nel caso in cui la prestazione sia orientata da "mezzi" (anche informatici: si pensi ad una "applicazione" o ad un "algoritmo") predisposti unilateralmente dal creditore e idonei ad incidere sulla modalità anche spaziali di esecuzione della prestazione, come nel caso in cui il prestatore debba necessariamente recarsi a svolgere l'attività nei luoghi indicati dal committente. Diversamente, ritenere che, qualora la prestazione sia prevalentemente personale, anche i mezzi impiegati dal lavoratore siano organizzati dal committente, presupporrebbe un'eccessiva dilatazione del concetto di etero-organizzazione, peraltro incompatibile, come abbiamo visto, con la natura autonoma del rapporto di cui all'art.2, co1. L'etero-organizzazione deve quindi essere correttamente intesa come una forma di condizionamento organizzativo unilaterale del committente circa le modalità esecutive estrinseche della prestazione, che non annulla la libertà del lavoratore di auto-organizzare i mezzi eventualmente impiegati, scegliendo quelli che ritiene più adeguati per rendere una prestazione di lavoro predeterminata dalle parti e non modificabile unilateralmente in corso di rapporto (il tipo di bicicletta, o di motocicletta, per il *rider*, o il programma di *software* da impiegare per rendere la prestazione nel caso di un consulente informatico, o il materiale didattico per un insegnante di lingua, ecc.), ma pur sempre compatibile con il substrato materiale della produzione (gli orari di apertura di una sede, le fasce orarie di esecuzione dell'attività, il luogo o i luoghi in cui la prestazione viene resa, ecc.).

---

[233] Cfr. G. Perina, Articolo 1, in L. Perina, G. M. Belligoli, op. cit., p. 29, il quale ricorda che l'art. 1, co. 3 dell'AEC esplicitamente esclude la sussistenza dell'obbligo di rispettare un preciso orario di lavoro e dell'obbligo di rispettare itinerari predeterminati.

7.2. Il potere di organizzazione: svincolato dal riferimento ai tempi e al luogo.

L'altra questione di natura interpretativa si apre grazie alla soppressione delle parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro" riferite alla organizzazione, da parte del committente, delle modalità esecutive dell'attività. Di conseguenza, nella nuova formulazione dell'art. 2, co.1, non v'è più alcuna particolare specificazione tipologica relativamente all'organizzazione delle modalità esecutive della prestazione in senso spaziale-temporale. Anche con riferimento a tele innovazione vale rilevare come la formulazione adottata confermi la tesi che sosteneva una portata *ampliativa* (e non meramente confermativa, o addirittura restrittiva) del campo di applicazione delle tutele giuslavoristiche, attraverso una tecnica di assimilazione di figure lavorative autonome al prototipo del lavoro subordinato[234]. Sopprimendo il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro si elimina in radice quel possibile fraintendimento che aveva condotto una parte della dottrina a ritenere che le prestazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, co.1, ritagliassero un ambito applicativo della disciplina del lavoro subordinato addirittura *più ristretto* rispetto a quello della fattispecie di subordinazione, fornendo in tal modo una ricostruzione paradossale della norma, contraria alla propria *ratio legis*. In quella prospettiva, e partendo dal presupposto che il potere di organizzazione del committente *ex* art. 2, co.1, avesse il medesimo oggetto del potere direttivo, cioè le modalità di esecuzione della prestazione, è stata sostenuta la tesi della "maggiore intensità ed incisività del potere di organizzazione" del committente in quanto riferito espressamente al tempo e al luogo dell'attività, mentre un tale riferimento non sarebbe contemplato dalla lettera dell'art. 2094 c.c., che riguarda esclusivamente il lavoro svolto "alle dipendenze" e "sotto la direzione"[235]. Una conseguenza applicativa di tale assunto era stata tratta, in particolare, dal Tribunale di Torino nel caso *Foodora*, laddove si opinava che il requisito oggi soppresso avrebbe richiesto che il lavoratore "*sia pur sempre sottoposto al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro e non è sufficiente che tale potere si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro perché deve al contrario riguardare anche i tempi e il luogo di lavoro*", giungendo così alla conclusione che il campo di applicazione dell'art. 2 fosse meno esteso di quello dell'art. 2094 c.c. L'errore di questa postura interpretativa risiede, a monte, nella pretesa identificazione tra l'etero-organizzazione dell'art. 2, co.1, e l'etero-direzione dell'art. 2094 c.c., laddove i due concetti, debitamente distinti, consentono di interpretare l'ormai abrogato riferimento dell'art. 2, co.1, ("*anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*") non già come esercizio del potere direttivo in materia di orario di lavoro e di luogo di lavoro, bensì come prerogativa di organizzazione (*eventualmente*, ma non necessariamente, *anche*) spazio-temporale della prestazione: una prerogativa organizzativa che non attiene, come nel caso della fattispecie di subordinazione, a stringenti vincoli di orario di lavoro e di luogo, riguardando piuttosto la definizione di ambiti temporali e spaziali (anche virtuali) entro cui effettuare la prestazione in ragione delle necessità organizzative del committente[236]. Infatti, avendo correttamente distinto tra eterodirezione ed eteroorganizzazione, la Corte d'Appello di Torino superava agevolmente il falso ostacolo evocato per sostenere l'inapplicabilità dell'art. 2, co. 1, al caso *Foodora*, vale a dire l'esercizio di un potere

---

[234] Secondo un metodo storicamente sperimentato nel sistema francese, benchè su scala notevolmente ridotta (perché riferita a specifiche e limitate professionalità, con particolare riferimento al settore della distribuzione commerciale).

[235] G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP Massimo D'Antona.IT – 327/2017, p. 6.

[236] In tal senso anche U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018, p. 54.

organizzativo delle modalità di esecuzione della prestazione necessariamente riferito "*ai tempi e al luogo di lavoro*". In questa prospettiva il *rider* che deve rispettare le fasce orarie indicate dalla piattaforma, e che si deve recare in un luogo indicato dalla piattaforma per una consegna entro un certo tempo, è organizzato "anche" con riferimento al luogo e al tempo della prestazione: non nel senso che è assoggettato al potere direttivo datoriale in materia di orario di lavoro e di luogo di lavoro, quanto perché risulta integrato funzionalmente nell'organizzazione produttiva del committente, deve rispettare la "turnistica" stabilita e i luoghi di partenza comunicati tramite *app*, effettuando le consegne presso gli indirizzi di volta in volta indicati. La predeterminazione dei tempi di consegna, aspetto certamente relativo alle "modalità di esecuzione della prestazione" ma che non assoggetta il prestatore al potere direttivo in materia di orario di lavoro nel senso proprio e tipico del lavoro subordinato, completa il quadro dell'etero-organizzazione della prestazione, consentendo alla Corte d'Appello di ritenere che "indubbiamente le modalità di esecuzione erano organizzate dalla committente quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro".

Alla tesi qui contrastata si poteva comunque opporre anche un altro argomento, che portato alle sue logiche conseguenze avrebbe svelato l'errore di impostazione seguito dal Tribunale di Torino (e dalla dottrina che l'aveva ispirata). Infatti, il potere direttivo, oltre ad essere una prerogativa di conformazione di un contratto per sua natura incompleto, e quindi di scelta delle mansioni contrattuali nell'evoluzione delle esigenze aziendale, è una prerogativa che consente al datore di lavoro di dettare anche "le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro" di cui all'art. 2104, co. 2, c.c., norma, questa, che "non fa che precisare cosa debba intendersi per prestazione di lavoro alle dipendenze e sotto la direzione altrui, e cioè chiarire meglio come debba essere adempiuta l'obbligazione di lavoro" subordinato"[237]. Ora, posto che l'esecuzione e la disciplina del lavoro hanno "naturalmente" ad oggetto il tempo, il luogo e i metodi di lavoro,[238] non è in alcun modo possibile sostenere l'esistenza di una distinzione tra il potere direttivo e il potere di organizzazione basata sulla circostanza che solo quest'ultimo abbia necessariamente ad oggetto *anche* i tempi e il luogo della prestazione, mentre per il potere direttivo tale riferimento alla determinazione dei tempi e del luogo sarebbe solo eventuale. È vero esattamente il contrario: se dal combinato disposto degli artt. 2094 c.c. e 2104, co. 2, c.c. risulta inequivocabilmente che il potere direttivo, connotante la subordinazione, riguarda la scelta delle mansioni esigibili nonchè i modi, i tempi e i luoghi della prestazione, il riferimento all'organizzazione *anche spazio-temporale* fatta propria dal previgente art. 2 co.1, in quanto attinente ad una fattispecie *diversa* da quella dell'art. 2094 c.c, andava necessariamente interpretato in modo non coincidente rispetto a quanto espresso dall'art. 2104 c.c. con riferimento al lavoro subordinato. Al contrario, le diverse interpretazioni che pretendevano di restringere il campo di applicazione dell'art. 2, co.1, identificavano concettualmente potere direttivo ed etero-organizzazione sul piano qualitativo, per poi distinguerli sul piano *quantitativo* in ragione della formulazione della norma (*anche* con riferimento…).

La postura ricostruttiva corretta, rispettosa del dettato normativo e della sua *ratio*, doveva quindi condurre l'interprete su un diverso sentiero interpretativo, volto ad identificare le differenze

---

[237] Persiani, p. 207

[238] Persiani, p. 200

qualitative del potere di organizzazione di cui all'art. 2 rispetto al potere direttivo del datore di lavoro di cui agli artt. 2094 c.c. e 2104 c.c.[239] Solo questa via, basata sul necessario distinguo tra fattispecie di subordinazione e prestazione etero-organizzata dal committente, consente di rispettare al contempo la lettera e la *ratio* della legge: la lettera, perché l'art. 2, co.1, si fonda sul concetto di organizzazione della modalità esecutiva della prestazione e non su quello di "dipendenza" e di "direzione" *ex* art. 2094 c.c.; la *ratio*, perché il disposto non poteva avere il senso di restringere il campo di applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato (realizzando, quindi, un intervento legislativo totalmente privo di costrutto pratico), bensì di ampliare la sfera delle tutele estendendola a favore di prestatori collocati nella zona contermine alla subordinazione, ma comunque al di fuori del suo perimetro tradizionalmente delimitato dalla presenza dell'elemento tipologico forte del potere direttivo o, in alternativa, dalla sussistenza di indici sussidiari sufficientemente precisi e concordanti.

Ne consegue che, sempre con riferimento all'originaria versione dell'art. 2, co.1, *il potere di etero-organizzazione del committente poteva prescindere dalla determinazione spazio-temporale*: in questo senso andava infatti correttamente interpretato l'*anche*, come particella che indica una possibilità, un'eventualità, non una necessità; e ciò perché - diversamente dal potere direttivo – l'etero-organizzazione non è un potere di conformazione della prestazione, nè attiene all'obbligo di lavorare in condizione di subordinazione (cfr. art. 2014 c.c.).

Questa interpretazione ha oggi l'autorevole avvallo della Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che "se è vero che la congiunzione "anche" potrebbe alludere alla necessità che l'etero-organizzazione coinvolga i tempi e modi della prestazione, non ritiene tuttavia la Corte che dalla presenza nel testo di tale congiunzione si debba far discendere tale inevitabile conseguenza". Come dire che il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo "una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola "anche" che assume valore esemplificativo"[240]. Il potere di organizzazione del committente di cui all'art. 2, co.1, risulta *esterno alla sfera dell'oggetto dell'obbligazione*, che è predefinita *ex ante* e non identificata di volta in volta per il tramite del potere direttivo. Come dire che il potere di etero-organizzazione di cui all'art. 2, co.1, non è un potere di conformazione/scelta del comportamento dovuto, nè un potere di determinazione del modo, del tempo e del luogo dell'esecuzione della prestazione ex art. 2104, co. 2, c.c.: è un potere qualitativamente diverso per contenuto e per funzione. La prestazione è sì condizionata nella sua esecuzione, ma non per effetto dell'esercizio del potere direttivo, bensì in ragione del contesto organizzativo unilateralmente gestito dal committente ed entro il quale la prestazione è destinata ad essere funzionalmente integrata: una prestazione etero-organizzata, come ha ben messo in evidenza la Corte d'appello di Torino, esprime infatti un nesso funzionale con l'organizzazione del committente, conformemente a quanto la giurisprudenza affermava (prima dell'introduzione del lavoro a progetto, e prima della fondamentale rivisitazione dell'art. 409 , n. 3 c.p.c. ad opera dell'art. 15, l. n. 81/207) con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative,

---

[239] Cfr. M. Marazza, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 315/2016, sul presupposto, peraltro, di una sostanziale identificazione tra potere di organizzazione ex art. 2, co1., potere di coordinamento ex art. 409 n. 3 c.p.c. e potere di istruzione del committente nelle *locationes operis, tutti comunque distinti qualitativamente dal potere direttivo del datore di lavoro.*

[240] Cass. n. 1663/2020.

di cui, in sostanza, oggi, con l'eliminazione del potere unilaterale di coordinamento, il lavoro etero-organizzato dal committente ha *funzionalmente* preso il posto.

Anche una tale conclusione ha trovato l'avvallo della Cassazione, la quale ha ricondotto l'etero-organizzazione "ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente" onde "le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa"[241]. A consimili conclusioni era difatti giunta, nel caso dei *riders* di Foodora, la Corte d'Appello, che diversamente dal Tribunale ha seguito un percorso interpretativo svincolato dall'erroneo presupposto secondo cui il potere di organizzazione *ex* art. 2 ed il potere direttivo *ex* art. 2094 c.c. pur avendo il medesimo oggetto (le modalità di esecuzione della prestazione), si distinguono in ragione della (necessaria) determinazione del tempo e del luogo in capo al primo e non al secondo, rilevando invece le diversità strutturali e funzionali che rivestono queste due diverse prerogative soggettive (rispettivamente del committente e del datore di lavoro). La novella non fa quindi che confermare *ex post* il percorso ricostruttivo intrapreso da una parte della dottrina, facendo venir meno un elemento definitorio (il riferimento ai tempi e al luogo) che, di fatto, se non correttamente inteso, poteva vanificare lo scopo della legge. Ora è chiaro che la fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato (circa le modalità di esecuzione della prestazione) si differenzia dalla fattispecie del lavoro subordinato (soggezione al potere di scelta della prestazione nonché alle disposizioni impartite dal datore di lavoro per la disciplina e l'esecuzione del lavoro), sia per la diversa funzione del potere (che non risponde ad esigenze di conformazione della prestazione) sia in ragione della non necessaria presenza, quale elemento tipizzante la fattispecie di cui all'art. 2, co.1, di una determinazione da parte del committente dei tempi e del luogo della prestazione. Residua solo, per integrare gli estremi del lavoro etero-organizzato, un condizionamento unilaterale delle modalità prestatorie, in funzione del rispetto di criteri organizzativi propri della struttura produttiva del committente , che potranno riguardare la dimensione esecutiva relativa al "come" attuare la prestazione, la dimensione temporale in cui la prestazione si colloca, la dimensione spaziale di svolgimento dell'attività: aspetti dell'organizzazione delle modalità prestatorie che non possono più venire intese come necessariamente compresenti.

La c.d. tendenza espansiva del diritto del lavoro non poteva trovare un viatico più favorevole. C'è da chiedersi, piuttosto, se questa disposizione non produca un'eccessiva dilatazione della funzione protettiva del diritto del lavoro, che risulta ormai il diritto non solo del lavoro subordinato ma anche del lavoro autonomo etero-organizzato, senza che tale estensione delle tutele avvenga nell'ambito di più generale ripensamento del mix universalismo/selettività delle tutele in ragione delle diverse soggettività e contesti in cui il lavoro viene prestato. Si tratta comunque, come già detto, di un diverso piano del discorso, su cui ciascun interprete potrà esprimere il proprio personale parere, senza però forzare un dato normativo (l'art. 2, co.1) che, grazie alla novella, appare ormai sufficientemente definito tanto nei suoi aspetti dogmatici quanto in quelli pratico-applicativi.

Resta sullo sfondo dell'analisi, quindi, la possibilità o meno di attivare un'interpretazione adeguatrice dell'art. 2, co.1, che, seguendo una razionalità selettiva, riesca ad identificare le disposizioni incompatibili con la natura del rapporto autonomo del collaboratore etero-organizzato. La

[241] Cass. n. 1663/2020.

Cassazione, su questo punto, sembra da un lato chiudere la porta ad ogni possibile attivismo interpretativo, affermando che "la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata ex post alla variabile interpretazione dei singoli giudici", ma, dall'altro, lascia aperto un pertugio di difficile accesso, statuendo che "non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c.". Questo richiamo all'incompatibilità ontologica apre di fatto una pista di ricerca molto rilevante per i profili applicativi, dalla quale dipenderà in larga misura la possibilità di trovare un bilanciamento tra universalismo e selettività delle tutele nell'ambito delle collaborazioni etero-organizzate.

8. I lavoratori autonomi etero-organizzati dalla piattaforma digitale.

Un terzo profilo interpretativo appare sulla scena in ragione della volontà del legislatore di aggiungere, nel corpo dell'art. 2, co1, un ulteriore periodo, secondo cui "*le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*". Di conseguenza, i lavoratori autonomi le cui prestazioni sono organizzate dalla piattaforma vengono assimilati *quoad effectum* alla disciplina del lavoro subordinato al pari di un qualsiasi altro prestatore di lavoro etero-organizzato.

La norma richiama espressamente le disposizioni *di cui al presente comma*, vale a dire il primo comma dell'art. 2, mentre nulla dice in merito alle disposizioni del secondo comma. Si potrebbe quindi sostenere che la novella, nel precisare che le modalità di esecuzione della prestazione possono essere organizzate anche da una piattaforma, consenta di estende la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai *platform workers* senza alcuna possibilità di escludere l'applicazione delle tutele in ragione delle deroghe o eccezioni indicate dall'art. 2, co. 2.[242].

Nonostante il legislatore non abbia espressamente richiamato l'art. 2 co. 2, non v'è alcuna ragione di ordine logico-sistematico per ritenere che i lavoratori delle piattaforme siano automaticamente sottratti al sistema di deroghe contemplate in generale dalla norma, almeno con riferimento alla parte del disposto che riguarda l'intervento dell'autonomia collettiva (lett. a). Ragionare diversamente equivarrebbe, da un lato, a legittimare un sistema "premiale" per una specifica

[242] Come è noto, il legislatore prevede una serie di esclusioni elencate nell'art. 2, co.2, a mente del quale la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore; b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali"; c) alle "attività prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni"; d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, come individuati e disciplinati dall'art. 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. La disapplicazione delle tutele del rapporto di lavoro subordinato è in questo caso possibile, senza violazione del principio di indisponibilità del tipo, perché i rapporti contemplati dall'art. 2 co.1 non sono di natura subordinata, ed è quindi del tutto legittimo che nell'alveo di quei rapporti ne vengano selezionati dal legislatore alcuni che, per ragioni legate alla natura dell'attività esercitata, o per una scelta regolativa dell'autonomia collettiva, esprimono un diverso bisogno di protezione, tale da escludere l'estensione *in toto* della disciplina del diritto del lavoro. Ciò, si badi, non significa che, qualora detti rapporti assumano di fatto i tratti tipologici di cui art. 2094 c.c. non possano essere riqualificati nel senso della subordinazione; la mancata applicazione delle norme sul lavoro subordinato attiene solo ed esclusivamente alla categoria dei rapporti esclusi che presentano le caratteristiche previste dall'art. 2, co.1, di guisa che nel caso in cui siano ravvisabili gli elementi di subordinazione essi potranno essere oggetto di riqualificazione in sede giudiziale, come accade, in ragione del principio di tassatività del tipo contrattuale del lavoro subordinato, per qualunque prestazione di *facere*.

categoria di prestatori, creando le premesse per una irragionevole disparità di trattamento tra prestatori etero-organizzati, e, dall'altro, a sottrarre all'autonomia collettiva la possibilità di intervenire escludendo dal campo di applicazione dell'art. 2, co.1, prestazioni etero-organizzate sul presupposto della particolare esigenza organizzativa-produttiva del settore.

Chiarito questo non secondario aspetto interpretativo, vale osservare come la precisazione introdotta con il nuovo periodo del comma 1 potrebbe essere considerata del tutto superflua, non sussistendo alcun motivo per ritenere esclusa la funzione organizzativa delle modalità di esecuzione della prestazione da parte di una piattaforma digitale nella sua funzione di strumento tecnologico impiegato dal *committente*. Essendo del tutto indifferente il mezzo tecnico con cui si attua l'etero-organizzazione, qualunque dispositivo in grado di realizzare l'effetto previsto dall'art. 2, co.1, è idoneo a integrare gli estremi della fattispecie.

In realtà, la disposizione in esame va letta alla luce di quanto prevede l'art. 47-bis, co.2, che fornisce una specifica definizione normativa di piattaforma digitale identificandola nei "*programmi e le procedure informatiche utilizzate dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alla attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione*". La norma è stata interpretata come "unicamente volta a superare l'eventuale autoqualificazione della piattaforma in termini di mera intermediazione tra domanda e offerta di servizi", senza interferire sul profilo qualificatorio del rapporto di lavoro[243]. Questa tesi non può essere accolta, per evidenti motivi logico-giuridici. Anzitutto non si vede come possa *non* rilevare ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro una norma definitoria che stabilisce le prerogative del committente, il quale, grazie alla piattaforma, determina le modalità di esecuzione della prestazione, di cui fissa anche il compenso: sarebbe come dire che la norma secondo cui l'imprenditore esercita il potere direttivo nei confronti del lavoratore, non sia rilevante ai fini della qualificazione del relativo rapporto. È evidente, quindi, che la norma definitoria della piattaforma rileva ai fini della qualificazione nella misura in cui introduce un elemento tipologico del tutto coincidente con quello previsto dall'art. 2, co.1, *id est* la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, e questo dato normativo condiziona in modo significativo la qualificazione del rapporto di lavoro sottostante. In secondo luogo non si comprende quale possa essere l'utilità e la funzione di una norma "unicamente volta a superare l'autoqualificazione della piattaforma in termini di mera intermediazione tra domanda ed offerta di servizi".

Se la piattaforma è un mero intermediario, o un datore di lavoro, o un committente, è una *quaestio facti* che dipende dall'atteggiarsi del comportamento assunto dall'attore economico sul mercato del lavoro e nei suoi rapporti contrattuali con i prestatori che impiega, questione che viene evidentemente rimessa alla valutazione del giudice. Se la piattaforma esercita un potere direttivo in senso stretto, il committente assumerà la qualità di datore di lavoro; se invece si limita ad organizzare le modalità di esecuzione della prestazione fissando il prezzo del compenso sarà da considerarsi un committente (art. 2, co1 e art. 47-bis co.2), e così dicasi se concorda con il prestatore il coordinamento della prestazione (art. 409 n. 3 c.p.c). La definizione contenuta nell'art. 47-bis serve quindi a scolpire in astratto e sul piano soggettivo le funzioni della piattaforma (organizzare/determinare le modalità della prestazione e fissare il compenso del prestatore) a fronte

[243] Tosi, op. cit., p. 3

dei quali, sul piano dei rapporti di lavoro, troverà applicazione *come minimo* la disciplina di tutela del Capo V-bis, se non lo statuto normativo del lavoro subordinato. La norma non può certo aver come scopo quello di "superare l'autoqualificazione della piattaforma", posto che una norma definitoria non tende a superare alcunchè, ma serve appunto a delimitare i confini di una fattispecie; di conseguenza la piattaforma potrà anche "autoqualificarsi" in termini di mero intermediario, salvo assoggettarsi alla verifica di congruenza tra auto-qualificazione e dato di realtà, in ragione degli schemi normativi vigenti: né più nè meno di quanto accade relativamente alla corrispondenza del *nomen iuris* di un contratto alle condizioni effettuali di esecuzione del rapporto.

Giova peraltro rilevare come la tesi della piattaforma quale mero intermediatore sul mercato sia stata ampiamente smentita, a tutte le latitudini, dalla giurisprudenza lavoristica, e non solo. Da quando il modello della produzione di servizi tramite piattaforma si è imposto come uno dei nuovi ed emergenti mercati del lavoro su scala planetaria, la discussione dottrinale, unitamente alle decisioni della giurisprudenza (anche sovranazionale) non lasciano alcuno spazio alle tesi che identificano nella piattaforma un mero intermediario, spostando invece l'attenzione sulla sua funzione tipicamente imprenditoriale e produttiva e, quindi di utilizzatore del lavoro altrui (come datore di lavoro o come committente). La giurisprudenza, italiana, nel caso *Foodora* ha già applicato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato al lavoro etero-organizzato tramite piattaforma in virtù dell'art. 2, co. 1, così come è avvenuto nel Regno Unito grazie alla figura intermedia del *worker*, mentre in altri sistemi, dalla Francia all'Australia, dagli USA alla Spagna, la piattaforma è stata riconosciuta un datore di lavoro e i *riders* sono stati qualificati come lavoratori dipendenti dalla piattaforma. La stessa Corte di Giustizia, nel caso Uber, ha affermato che la piattaforma "esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione" degli autisti, esercitando altresì un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di questi ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione".

È pur vero, tuttavia, che esistono piattaforme di pura intermediazione, le quali non fissano il prezzo del servizio e si limitano a gestire in modo del tutto neutro l'incontro tra domanda e offerta di servizi[244]: in tal caso non vi sarà alcuna possibilità di individuare nella piattaforma la figura tipica del datore di lavoro, né quella del committente che organizza/determina le modalità esecutive della prestazione fissandone il compenso, senza necessità alcuna di "superare l'autoqualificazione della piattaforma"[245].

---

[244] Secondo questo modello la piattaforma non eroga servizi dall'alto verso il basso ma agisce da "abilitatrice" tecnologica, mettendo direttamente in contatto chi cerca con chi offre e diventando in tal modo un veicolo di reputazione, fiducia, appartenenza. La piattaforma, in questa prospettiva, può offrire servizi di valore aggiunto disegnando l'ambiente in cui avvengono le interazioni, senza però influenzare gli attori che sono abilitati. Inoltre gli *asset* che generano valore per le piattaforme (i beni e le competenze) appartengono alle persone e non alla piattaforma, come avviene invece nell'impresa tradizionale; gli stessi attori sono interscambiabili, proponendosi in alcuni casi come "chi offre" e in altri come "chi cerca": cfr. M. Mainieri, V. Bucci, *Sharing Economy: la mappatura delle piattaforme italiane 2014.*

[245] Appare evidente come, secondo questo modello operativo, la piattaforma non svolga alcuna delle funzioni tipiche del datore di lavoro, neppure quella di fissazione del prezzo della prestazione, mentre l'utente-operatore non può essere inquadrabile né come lavoratore subordinato, né come collaboratore eteroorganizzato, difettando sia l'elemento del controllo/direzione del lavoro sia l'organizzazione delle modalità esecutive della prestazione. Come dire che, secondo questo modello, è ben possibile rendere un servizio (come lavoratore autonomo) attraverso una piattaforma, senza necessità di stabilire un rapporto di lavoro in capo ad un datore di lavoro o ad un committente, e con la possibilità per il prestatore di operare contemporaneamente mdiante più piattaforme, a favore di una moltitudine di utenti-fruitori.

Normalmente, tuttavia, l'attività di intermediazione della piattaforma non è affatto neutra, ma viene esercitata attraverso la fissazione di condizioni generali di vendita per il cliente, e la predisposizione di un contratto di prestazione di servizi tra il sito e il prestatore, nel quale viene prevista una clausola con la quale il prestatore delega il sito ad incassare il pagamento del cliente e a versargli una somma al netto del prelevamento di una commissione. Benchè in tal caso tal caso l'attribuzione alla piattaforma digitale della figura di formale datore di lavoro sembra negata, prevalendo lo schema dell'appalto in capo ai gestori di siti internet, sul presupposto che "le attività di intermediazione risultano, in linea generale, finalizzate non alla conclusione di contratti di lavoro ma alla mera stipulazione di contratti di natura commerciale, tra i quali la compravendita ex art. 1470 c.c. o l'appalto ex art. 1655 c.c."[246], ai sensi dell'art. 2, co1, in combinato disposto con l'art. 47 bis co.2, ai lavoratori autonomi della piattaforma che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui potrà essere garantita la tutela tipica del rapporto di lavoro subordinato qualora s un'attività venga etero-organizzata da parte della piattaforma, ovvero, quantomeno, saranno garantiti i "livelli minimi di tutela" previsti dal nuovo Capo V-bis introdotto dalla legge 128/2019.

Lungi dal non avere rilievo ai fini qualificatori, la norma definitoria della piattaforma, indicando come elementi tipici della nozione la definizione del compenso e la determinazione delle condizioni di esecuzione della prestazione, contribuisce quindi alla qualificazione dei *riders* etero-organizzati come lavoratori meritevoli di vedersi attribuito lo statuto normativo del lavoro subordinato, a prescindere dalla qualifica della piattaforma quale formale datore di lavoro.

Piuttosto, la norma definitoria della piattaforma, nel suo raccordo con l'art. 2 co.1, pone un serio problema sistematico, che si traduce in una grave contraddizione sotto il profilo della razionalità intrinseca della norma in esame: invero, se ai sensi dell'art. 47-bisse le piattaforme digitali *determinano* le modalità di esecuzione della prestazione fissandone il compenso, il rapporto di lavoro dovrebbe automaticamente ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 2, co.1, con applicazione di tutte le tutele del rapporto di lavoro subordinato (non solo quelle minimi previste dal Capo V-bis). Addirittura, in tal caso, si potrebbe porre anche la questione di una qualificazione diretta come lavoro subordinato, visto che la piattaforma stabilisce anche il compenso: prerogativa, questa, non contemplata tra quelle spettanti al committente né dallo schema delle collaborazioni etero-organizzate, né da quello della *locatio operis* in generale, che affida la determinazione del corrispettivo a quanto "convenuto delle parti" e non a quanto fissato dal solo committente (art. 2225 c.c.). Non a caso, la migliore dottrina anche straniera, consapevole delle difficoltà di identificare *tout-court* nella piattaforma i tratti normativi di un tradizionale datore di lavoro, propone di adottare un approccio tipologico-funzionalistico, con l'obiettivo di selezionare tra le principali funzioni normalmente esercitate una o più prerogative unilaterali che consentano di attribuire *almeno parzialmente* alla piattaforma l'abito datoriale[247]. In tal prospettiva, quando la piattaforma determina il prezzo del servizio e quindi il compenso per il prestatore, considerato

---

[246] Interpello Ministero del Lavoro n. 12/2013 del 27 marzo 2013.

[247] In questo senso si muove la ricerca di J. Prassl, il quale, sulla base di una originale teoria funzionale (J. Prassl, *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, 2015), ritiene di identificare il datore nella entità, o combinazione di entità "playing a decisive role in the exericise of relational employing functions, and regulated or controlled as such in each particular domain of employment law"; cfr. J. Prassl, *Towards a Functional Concept of the Employer*, paper presentato a *The Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of labour law in Times of Atypical Employment and Digitalisation*, Frankfurt, April 2017.

che tale funzione rientra tra quelle tipiche del datore di lavoro, la piattaforma potrà essere considerata un datore di lavoro: non a tutti gli effetti, ma solo in relazione alla funzione di determinazione del compenso, con la conseguenza che, qualora il corrispettivo si ponga al di sotto del salario minimo, la piattaforma sarà responsabile della violazione. Del pari, la piattaforma potrà essere chiamata a rispondere quale datore di lavoro funzionale per la violazione della normativa antidiscriminatoria laddove, nella determinazione del costo del servizio, la piattaforma mantenga sistematicamente più basso il compenso della manodopera femminile rispetto a quella maschile[248].

Riassumendo: in presenza delle caratteristiche tipiche della piattaforma, vale a dire la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione e la fissazione del compenso, dovrebbe trovare applicazione l'art. 2, co.1, con estensione piena della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, *ciò che renderebbe, però, del tutto inutile l'aver stabilito selettivamente i previsti livelli minimi di tutela*. Tale difetto di coordinamento, probabilmente realizzato dal legislatore per un difetto di coordinamento nell'ambito del medesimo testo normativo (la legge n. 128/2019), può venire razionalizzato sulla base di due elementi di analisi. Il primo riguarda un elemento di differenziazione tra la fattispecie dell'art. 2, co.1, e quella dell'art. 47 bis consistente in ciò, che mentre il rapporto di lavoro etero-organizzato è continuativo, l'art. 47 bis non richiama questo elemento, onde, benchè tenue, un primo criterio distintivo tra le due fattispecie e relative discipline potrebbe essere rintracciato in questa distinzione tra prestazioni continuative e lavoro autonomo occasionale.

Il secondo elemento da prendere in considerazione riguarda il caso in cui le tutele previste dall'art. 2, co.1, vengano derogate dall'autonomia collettiva. In tal prospettiva, se è vero che l'enunciato definitorio di cui al novellato art. 2, co.1, relativo alla organizzazione delle condizioni di esecuzione della prestazione, e quello che connota le prerogative della piattaforma *ex* art. 47-bis co.2, attinente alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, sono del tutto identici, ed impediscono operazioni differenzianti di manipolazione del testo della legge, è pur vero che l'art. 2, co.2, consente alla contrattazione collettiva di applicare nuove e diverse garanzie, di matrice collettiva, per i prestatori etero-organizzati. Orbene, si può sostenere che con il Capo V-bis il legislatore abbia inteso definire una *disciplina minima*, intangibile dalla stessa autonomia collettiva nell'esercizio della sua funzione derogatoria *ex* artt. 2, co.2: una disciplina che, proprio in quanto *minima*, deve comunque essere imperativamente rispettata. In sostanza, il lavoratore autonomo della piattaforma, avrà diritto - se ricorrono le condizioni di etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione univocamente poste dagli artt. 2 co.1 e 47-bis, co.2 - alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ovvero, in caso di intervento dell'autonomia collettiva ai sensi dell'art. 2, co.2, alla diversa regolamentazione stabilita dalle parti sociali le quali non potranno tuttavia disattendere *la disciplina minima di fonte legislativa* contenuta nel Capo V-bis, che assume quindi carattere *inderogabile* (perché non è nella disponibilità dell'autonomia collettiva) e, al contempo, *residuale* (perché si applica solo qualora non trovi applicazione l'art. 2, co1). In questo modo si spiega la presenza, nell'enunciato definitorio della piattaforma, del requisito tipologico basilare della fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato, vale a dire la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione: come recita il comma 2

[248] Per un'ipotesi del genere cfr. https://www.bostonglobe.com/news/science/2013/08/08/the-pitfalls-crowdsourcing-online-ratings-vulnerable-bias/ .

dell'art. 47- bis, "*ai fini di cui al comma 1*" dell'art. 47-bis (cioè: ai fini dell'applicazione dei *livelli minimi di tutela* del Capo V-bis) si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure utilizzate dal committente che "determinano le modalità di esecuzione della prestazione" e ne fissano il compenso; ma tale applicazione dei livelli minimi di tutela è logicamente preceduta dalla verifica di applicabilità di ciò che è "*fatto salvo*" dall'art. 47-bis, co1, vale a dire "*quanto previsto dall'art. 2, co.1*": quindi è *fatta salva* l'applicazione della norma che estende al prestatore *l'intero statuto protettivo* del diritto del lavoro.

Se, e solo se, tale verifica di applicabilità dovesse dare esito negativo - non perché la prestazione non sia etero-organizzata, ma perché a) la prestazione non è continuativa, oppure b) è intervenuta la contrattazione collettiva disapplicando la disciplina del rapporto di lavoro subordinato o selezionando diversi gradienti di tutele - al *rider* sarà assicurato il nocciolo duro di diritti del Capo V-bis, cui andrà eventualmente a sommarsi la disciplina collettiva *ad hoc*.

L'interpretazione proposta appare l'unica rispettosa del testo. Tuttavia non ci si può nascondere l'insoddisfazione per un disposto (l'art. 47 bis co.2) che poteva essere del tutto omesso, lasciando imprecisata la nozione di piattaforma, e consentendo in tal modo di applicare le tutele minime a tutti i rapporti di lavoro autonomo che non abbiano le caratteristiche dell'etero-organizzazione di cui all'art. 2, co1., e, quindi, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuative e ai contratti d'opera, senza l'imbarazzo di dover considerare compatibili quei rapporti con una definizione di piattaforma del tutto inadatta allo scopo.

9. Le nuove tutele per il lavoro (non etero-organizzato) tramite piattaforma digitale: subordinazione o autonomia?

Il fenomeno delle piattaforme digitali, nelle molteplici forme in cui esso si struttura nell'ambito della *Gig Economy*, ha posto nuove sfide al diritto del lavoro sollecitando risposte regolative efficaci a fronte di sistemi centrati sulla visione gerarchica tradizionale del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'impresa, che mal si adattano a "catturare" le inedite figure del lavoro tramite piattaforma. Non a caso si moltiplicano le iniziative, a tutti i livelli delle fonti normative, per fornire ai *platform workers* tutele adeguate, nella consapevolezza che, anche al di là delle qualificazioni giuridiche formali, il problema sostanziale attiene alla tutela del lavoro nella specifica condizione in cui viene prestato.

Il Parlamento europeo nella risoluzione del 16 aprile 2019 sulla *Proposta di direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, fa espresso riferimento ai profondi cambiamenti dei mercati del lavoro causati della digitalizzazione e alla comparsa di nuove forme di lavoro che si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili a tali figure lavorative. Tuttavia, il testo approvato dal Parlamento europeo ripropone la classica bipartizione tra autonomia e subordinazione affermando espressamente che i lavoratori tramite piattaforma digitale (così come gli altri lavoratori "atipici" contemplati) potranno fruire delle tutele previste dalla direttiva a patto che rispettino i criteri stabiliti dalla giurisprudenza europea per determinare la condizione di lavoratore subordinato, mentre i prestatori effettivamente autonomi ne sono esclusi. Si è persa, così, a livello europeo, un'altra occasione per impostare diversamente il tema delle tutele del lavoro, sempre meno razionalmente governato da sistemi di tipo binario fondati su definizioni di subordinazione non più congruenti rispetto ai profondi cambiamenti nelle forme di organizzazione del lavoro e della produzione. Di conseguenza, in tutti i sistemi europei, ma non solo, la tendenza, in mancanza di

categorie intermedie, è di forzare le categorie esistenti per qualificare come subordinati i lavoratori delle piattaforme. Come dire che l'economia digitale, con il suo portato di precarizzazione del lavoro, sta producendo "anticorpi normativi" mediante l'impiego di varie tecniche, proposte dalla dottrina o impiegate dalla giurisprudenza, che, senza pretesa di esaustività, potremmo riassumere nei seguenti termini: a) l'impiego di test di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato orientati ad adattare, nelle peculiari condizioni del *crowdworking* e del lavoro *on demand*, la *ratio* protettiva alla situazione di vulnerabilità sociale del prestatore, come il *control test* e *l'economic reality test* anglosassone[249], o concezioni particolarmente "dilatate" della nozione di subordinazione come quella adottata dalla giurisprudenza francese nel caso *Take Eat Easy*[250]; b) l'operare di *presunzioni* di lavoro subordinato, come accade nello stato di California (ove è stato di recente giuridificato un ABC test molto "generoso", in grado di consentire una qualificazione assai allargata del rapporto di lavoro subordinato, e come si propone di generalizzare in via interpretativa sulla base di quanto previsto dalla Raccomandazione OIL n. 198/2006[251]; c) una generale riconduzione a subordinazione di ogni prestazione che possa dirsi "organizzata" dalla piattaforma[252]; d) una interpretazione *purposive* della nozione di subordinazione, in cui si sommano i criteri del deficit democratico e quello della dipendenza economica, benchè non riferibile a qualsiasi tipo di piattaforma[253].

In taluni di questi sistemi, peraltro, il legislatore è intervenuto direttamente per fornire un *set* di tutele minime ai lavoratori autonomi delle piattaforme, di fatto realizzando un sistema selettivo e mirato di protezione: in Francia la *Loi Travail*, recante "*nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif*", ha seguito questa direzione prevedendo regole applicabili ai "lavoratori autonomi che ricorrono per l'esercizio della loro attività professionale a una o più piattaforme di messa in relazione per via elettronica" onde, *qualora la piattaforma determini le caratteristiche della prestazione di servizi forniti o del bene venduto e fissi il suo prezzo*, vengono garantiti al prestatore una serie di diritti normalmente non riconosciuti ai lavoratori autonomi[254]. In altri sistemi, a fronte della difficoltà di ricondurre le figure lavorative in esame entro le coordinate della subordinazione standard, sono state mobilitate le c.d. "categorie intermedie", come nel caso dei già menzionati *workers* inglesi (categoria cui sono stati ricondotti gli autisti di Uber) e, in Italia, le collaborazioni coordinate continuative e il lavoro etero-organizzato[255], con ampio dibattito anche in merito alla loro impiegabilità nell'ambito del lavoro tramite piattaforme.

---

[249] T. Treu, op. cit., p.

[250] *Cour de Cassation*, *Chambre Sociale*, 28 novembre 2018, n. 1737, che dichiara l'esistenza di un potere di direzione e di controllo della esecuzione della prestazione in ragione della presenza nell'applicazione della piattaforma di un sistema di geolocalizzazione che permette di seguire in tempo reale la posizione dei corrieri e di contabilizzare il numero totale di chilometri percorsi.

[251] Cfr. V. Di Stefano, *The rise of the "just-in-time workforce: On demand work, crowdwork and labour protection in the "gig economy"*, ILO, 2016, p. 22

[252] Cfr. A. Lyon-Caen, *Plateforme*, in Rev. Dr. Trav. 2016, p. 301.

[253] G. Davidov, *Setting labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, in A. Perulli, a cura di, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer, 2018.

[254] Si tratta dell'assicurazione sociale in caso di infortuni e malattie professionali, di un diritto alla formazione professionale e alla certificazione delle competenze, ma anche di diritti collettivi come il diritto di organizzazione sindacale, una sorta di diritto sciopero inteso come peculiare strumento di tutela contro i comportamenti ritorsivi della piattaforma, ed infine dell'indennità di disoccupazione per i lavoratori che perdano le occasioni di operare sul mercato attraverso le piattaforme tecnologiche.

[255] Sia consentito anche per il dialogo critico instaurato con la dottrina e per i riferimenti bibliografici, il rinvio a A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 279 ss.; A. Perulli, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in Riv. Giur. Lav. 2016, I, p. 11 ss.

Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, il legislatore italiano, seguendo di fatto la prospettiva interpretativa aperta dalla sentenza della Corte d'Appello di Torino nel caso *Foodora*, ha espressamente sancito, con la novella dell'art. 2., co.1, l'applicabilità della norma anche ai lavoratori che impiegano piattaforme (anche) digitali, consentendo in tal modo di collocare con maggior agio i *platform workers* nel cono d'ombra delle tutele del rapporto di lavoro subordinato grazie al dispositivo di assimilazione, peraltro debitamente alleggerito dall'eliminazione del richiamo all'organizzazione "anche con riferimento al luogo e ai tempi di lavoro" che aveva, come si è visto, sollevato problemi interpretativi ostativi all'impiego della disposizione in esame nel settore in esame. Ma non è tutto: "fatto salvo" l'applicazione dell'art. 2, co1, a favore del lavoratore etero-organizzato dalla piattaforma, il legislatore ha inteso apprestare anche una tutela minima, residuale ed inderogabile, contenuta nel Capo V-bis dedicato alla *Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali* in cui (Art. 47-bis) si fissano i livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che, tramite piattaforma, effettuano consegne di beni per conto altrui in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore attraverso piattaforme anche digitali.

10. Le tutele minime per i *riders*.

Con il Capo V-bis sono state poste alcune norme minime di tutela a favore di lavoratori delle piattaforme volte a sanare le contraddizioni più acute di un settore in cui la qualificazione del rapporto nel senso dell'autonomia priva i *riders* di ogni tutela lavoristica di base; a tali norme si affiancano naturalmente quelle, di carattere generale, di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale previste dalla legge 81/2017, il cui contenuto, tuttavia, non pare nel suo complesso calibrato su questa particolare forma di prestazione lavorativa.

Va rilevato preliminarmente che la scelta del legislatore italiano si pone sulla scia di altre esperienze straniere, in particolare di quella francese che, con la legge 8 agosto 2016, ha segnato l'apparizione sulla scena giuridica di una nuova categoria di lavoratori nel codice del lavoro: i "lavoratori che impiegano una piattaforma di intermediazione per via elettronica". Tuttavia, se la legge francese appare assai timida, limitandosi ad affermare una "responsabilità sociale" della piattaforma (art. L. 7342-1 Code du T.) e a fissare alcuni diritti davvero minimi (spostando il baricentro della disciplina sul riconoscimento di diritti sindacali), la legge italiana appare maggiormente strutturata sul piano dei diritti individuali.

Secondo la nuova disposizione della legge italiana i contratti individuali di lavoro dei *riders* autonomi sono provati per iscritto (forma *ad probationem*) e i prestatori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei "loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza". È evidente che il legislatore intende qui fare riferimento alle informazioni previste dal d. lgs. n. 152/1997, in attuazione della Direttiva 91/533/CEE, nonché – giusta il riferimento alla "sicurezza" – agli obblighi informativi previsti dal T.U. in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. In caso di violazione di tali obblighi informativi il lavoratore ha diritto ad un'indennità risarcitoria di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno, determinata equitativamente con riguardo alla gravità e alla durata delle violazioni e al comportamento delle parti.

Per quanto riguarda l'entità del compenso e le sue forme, la legge rinvia ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale per definire criteri di determinazione del corrispettivo complessivo, che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente. Vale anzitutto premettere che una disciplina eteronoma del compenso appare senz'altro opportuna per

evitare fenomeni di concorrenza sleale e di dumping sociale da parte delle piattaforme, le quali, operando su mercati "paralleli" a quelli ordinari, mettono in concorrenza fra loro lavoratori subordinati e lavoratori autonomi, imponendo retribuzioni che si pongono al di sotto di standard sociali accettabili.

Tuttavia, come rilevato *supra* con riferimento alla previsione dell'art. 2, co.2, l'apertura verso la contrattazione collettiva nell'ambito di attività genuinamente autonome appare nel nostro sistema problematica, non solo per la mancanza di norme generali, o anche solo specificamente rivolte ad un determinato settore del lavoro autonomo, che espressamente riconoscano i diritti sindacali di organizzazione e contrattazione collettiva a favore dei lavoratori autonomi (ciò che non si spinge a fare neppure la legge in esame), ma anche per il potenziale conflitto con il diritto europeo della concorrenza (art. 101 TFUE) in ragione dell'interpretazione che riconduce i lavoratori autonomi "genuini" nell'ambito della nozione di impresa[256]. È noto che la normativa europea proibisce ogni accordo e pratica concertata che abbia ad oggetto la restrizione o distorsione della concorrenza, e gli accordi collettivi, in quanto accordi volti a limitare la concorrenza tra imprese e lavoratori, può contravvenire a tale divieto. Sebbene la Corte di Giustizia abbia più volte esentato la contrattazione collettiva volta al miglioramento delle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori subordinati dal campo di applicazione dell'art. 101 TFUE, tale immunità non riguarda i contratti collettivi aventi ad oggetto la disciplina dei rapporti di lavoro autonomo. Sarebbe necessario, per evitare che normative come quella in commento si pongano in contrasto con il diritto della concorrenza, che lo stesso diritto europeo intervenisse in materia autorizzando lo svolgimento della contrattazione collettiva per quei gruppi di lavoratori autonomi particolarmente vulnerabili, come nel caso dei *riders* indipendenti che operano tramite piattaforme digitali.

Sotto altro profilo, il rinvio legislativo ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale per definire criteri di determinazione del corrispettivo complessivo, che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente, pone questioni di ordine sindacale di non poco momento. Invero, la fiducia riposta dal legislatore nella capacità regolativa dell'autonomia collettiva in questa delicata materia accendo i riflettori sul difficile rapporto tra rappresentanza collettiva e relazioni industriali nell'ambito del lavoro autonomo tramite piattaforma. Come sempre accade quando si rinvia alla contrattazione collettiva per disciplinare profili di regolazione nell'ambito del lavoro indipendente, sorgono dubbi e perplessità circa l'effettività di una disciplina che presuppone l'attività di organizzazioni sindacali in grado di rappresentare efficacemente e genuinamente gli interessi di queste figure lavorative, e di rispondere effettivamente alle relative esigenze di tutela sociale. È noto che le "organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" cui il legislatore si riferisce nel disposto in esame sono quelle che operano in rappresentanza degli interessi del lavoro subordinato, mentre il lavoro autonomo è generalmente sprovvisto di forme di rappresentanza sindacale stabili e accreditate come genuine portatrici di interessi di questo settore. Nell'esperienza tedesca, grazie ad un disposto di legge (par. 12 *Tarifvertragsgesetz*-TVG), il diritto di stipulare contratti collettivi risulta applicabile anche a talune categorie di lavoratori autonomi (parasubordinati). La ragione storica di questa disposizione va ricercata nella crescita dei liberi collaboratori nell'ambito delle professioni legate

---

[256] *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, C:2014:2411. Richiama il problema di cui al testo E. Ales, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del „nuovo" lavoro autonomo. Un primo commento*, in corso di pubblicazione in MGL.

ai mass media (autori, redattori, produttori di film, tecnici radio-televisi e della programmazione, artisti ecc.). Attraverso questa disciplina una parte consistente dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti ha avuto la possibilità, attraverso l'adesione ad un'organizzazione sindacale, di negoziare le condizioni di lavoro mediante lo strumento del contratto collettivo, il quale, vale ricordare, è dotato in quel sistema di un'efficacia normativa ed inderogabile per quanto concerne le condizioni minime. Nella prassi, tuttavia, lo spazio di azione aperto dal § 12 *Tarifvertragsgesetz* si è dimostrato piuttosto ristretto. Contratti collettivi sono stati conclusi esclusivamente nel settore dei media, su misura del quale la legge era stata concepita e, in quest'ambito, soprattutto con le emittenti statali; nel settore privato le discipline collettive riguardano i soli giornalisti. Peraltro, non sono stati costituiti sindacati specializzati in queste categorie, né si è prodotto un effetto di trascinamento che superasse il settore dei media, di talchè può dirsi che il par. 12 TVA non si è dimostrato un modello di successo. Oggi, la stessa Germania offre spunti comparatistici di estremo interesse, proprio con riferimento al lavoro autonomo tramite piattaforme. Il sindacato tedesco *Ver.di* conta circa 30.000 lavoratori autonomi, e i maggiori sindacati storici, come *IG Metall*, hanno modificato il proprio statuto per consentire l'adesione da parte dei lavoratori autonomi. Anche dal lato datoriale l'esperienza tedesca insegna: la *Deutscher Crowdsourcing Verband*, formata da otto piattaforme, rappresenta la prima formale associazione sindacale fra piattaforme che ha elaborato un codice di condotta per impostare relazioni corrette ed eque con i *crowd workers*. Più in generale, le prime ricerche sulle relazioni industriali nel settore delle piattaforme conferma che i *riders* e i *drivers* sono più organizzati collettivamente di altre categorie di lavoratori delle piattaforme che prestano attività *on line*, perché condividono esigenze e bisogni, e si possono fisicamente incontrare, e quindi organizzare collettivamente, in ambiti territoriali definiti.

In mancanza di contratti collettivi i lavoratori non possono essere retribuiti a cottimo (vale a dire in base alle consegne effettuate) e deve essere loro garantito sia un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti, sia un'indennità integrativa non inferiore al 10 per cento per il lavoro notturno, festivo o reso in condizioni meteorologiche sfavorevoli. Tale divieto di cottimo deve ritenersi operante anche qualora il *riders* sia ricondotto alle tutele del rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 2, co.1, altrimenti determinandosi una irragionevole disparità di trattamento a svantaggio di coloro che, pur godendo delle più ampie tutele lavoristiche, potrebbero venire retribuiti a cottimo (forma di retribuzione non espressamente vietata nell'ambito del lavoro dipendente).

La legge prevede inoltre l'applicazione della disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma.

Il riferimento alle norme a tutela della libertà e dignità desta positivo stupore, nella misura in cui per la prima volta, a quanto consta, la disciplina di tutela della "dignità" viene espressamente riferita a lavoratori autonomi. Nel nostro ordinamento, come è noto, la disciplina di tutela della dignità del lavoratore si condensa essenzialmente nel Titolo primo della legge n. 300/1970. Pur applicando il filtro di compatibilità con la natura del rapporto, si potranno ritenere operanti anche nei confronti dei lavoratori autonomi delle piattaforme le norme sulla libertà di opinione (art. 1 St. lav.), sul divieto di indagini sulle opinioni (art. 8 St. lav.), sulla tutela della salute e dell'integratità fisica (art. 9 St. lav.), e, forse, anche quelle sui controlli a distanza (art. 4 St. lav.), con un notevole impatto sull'attitudine della piattaforma ad attuare un controllo continuo e pervasiva

dell'attività prestatoria del *rider*.

Quanto all'estensione del diritto antidiscriminatorio ai lavoratori autonomi, non può certo dirsi una novità: basti pensare ai divieti di discriminazione diretta e indiretta fondata sul sesso per quanto attiene alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia subordinato che autonomo sanciti dall'art. 14 della Direttiva 2006/54/CE, nonché ai divieti di discriminazione tra uomini e donne previsti specificamente per tutti i lavoratori autonomi dalla Direttiva 2010/41/UE. La legislazione in materia di parità tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro comprende tanto il lavoro subordinato quanto quello autonomo. Questa tendenza estensiva è stata formalizzata e consacrata dal diritto dell'Unione europea per quanto attiene all'accesso al lavoro, alla formazione, alle condizioni di lavoro, ai regimi professionali di sicurezza sociale[257]. È evidente che questa normativa deve trovare applicazione in tutte le fattispecie riconducibili al lavoro autonomo, compreso quello esercitato per il tramite di una piattaforma digitale. Si potrebbe quindi dedurne il carattere pleonastico del disposto, perché di fatto già largamente operante nell'ambito del lavoro autonomo. Tuttavia, il divieto di discriminazione assume qui una particolare pregnanza per la condizione di spiccata dipendenza (economica e sociale, se non giuridica) in cui i prestatori versano a fronte dell'impresa digitale, al punto che, secondo alcune prospettazioni dottrinali, tale principio dovrebbe assumere i tratti della parità di trattamento tra i lavoratori della piattaforma e gli altri dipendenti dell'impresa digitale, volto ad evitare che le prestazioni vengano "*crowdsourced*" (vale a dire esternalizzate alla platea dei *riders*) al solo fine di risparmiare sul costo del lavoro e, in generale, per evitare l'applicazione delle norme di diritto del lavoro[258]. In tal prospettiva, l'approccio paritario praticato dal legislatore europeo nel caso del lavoro interinale tramite agenzia potrebbe assurgere a modello anche per i lavoratori delle piattaforme, onde garantire per tutta la durata del rapporto "condizioni di base di lavoro e di occupazione almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero impiegati come lavoratori subordinati dalla stessa impresa per svolgere il medesimo lavoro" (art. 5 Direttiva 2008104/CE).

Non sembra questa, però, l'intenzione del legislatore, il quale, riferendosi espressamente a lavoratori autonomi delle piattaforme, non ha inteso richiamare il principio di parità di trattamento tra questi ultimi e i dipendenti dell'impresa digitale (altrimenti realizzandosi un'equiparazione di tutele tra rapporti aventi natura diversa), bensì il diverso imperativo di non discriminazione, da intendersi come ingiustificata differenza di trattamento dovuta a fattori individuati dalla legge (sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, politiche, sindacali, disabilità, età, orientamento sessuale, ecc.).

La valenza di questo principio nell'ambito del lavoro tramite piattaforma può essere utile non solo per contrastare prassi discriminatorie fondate su fattori di genere, sindacali, di razza, ecc., ma come generale imperativo di imparzialità nell'esercizio dei poteri privati esercitati dalla piattaforma nei confronti dei lavoratori autonomi, in particolare per quanto concerne le prerogative (previste dalla legge) di determinazione del compenso e delle condizioni organizzative in cui la prestazione viene resa; un principio operante, quindi, come generale garanzia nei confronti di prerogative esercitate dalla piattaforma in maniera arbitraria ed ingiustificata, a tutela, come

---

[257] Per questo non si comprende il sospetto, avanzato da Ales, op. ult. cit., secondo cui tale disciplina antidiscriminatoria sarebbe indice di una "falsa autonomia" dei *riders*.

[258] Cfr. in tal senso J. Prassl and M. Risak, *Working in the gig economy-flexibility without secyrity?*, in R. Singer, T. Bazzani (eds.), European Employment Policies: Current Challenges, BWV, Berlin, 2017, p, 92.

recita la norma, della libertà e dignità del prestatore d'opera.

Il legislatore interviene poi sul discusso tema dell'esclusione dalla piattaforma e sulle riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della chiamata da parte del rider, sancendo tali prassi come illegittime e, quindi, vietate. La norma è di capitale importanza, perché elimina uno dei principali strumenti alternativi al tradizionale sistema di *command and control* basato sulla triade dei poteri tipici del datore di lavoro (direttivo-di controllo-disciplinare), vale a dire un meccanismo *lato sensu* sanzionatorio con cui l'impresa-piattaforma attua la selezione dei lavoratori delle piattaforme, ne sancisce l'appartenenza o meno al proprio mercato interno del lavoro, e, unitamente a meccanismi di valutazione digitale della reputazione, esercita il proprio dominio sui *riders*. La piattaforma non potrà più, di conseguenza, sanzionare impropriamente il lavoratore che rifiuta la chiamata escludendolo dal proprio mercato interno, o semplicemente negandogli l'accesso ai livelli "premiali" con migliori condizioni di contratto, o ancora riducendo le occasioni di lavoro escludendo il lavoratore dagli "accessi prioritari" in ragione delle statistiche sui tassi di assenza, ponendo in essere retrocessioni, "disattivazioni" ecc. Del resto, tutti questi comportamenti in senso lato "direttivi", "valutativi" e "sanzionatori" esulano dalla dimensione autonoma del rapporto, riproducendo in guisa mascherata l'essenza delle normali prerogative datoriali[259]

La norma garantisce quindi l'effettività della principale garanzia di autonomia del prestatore: infatti, è la piena libertà di rispondere o meno all'offerta e di presentarsi al lavoro per rendere la prestazione (senza doversi giustificare e senza subire valutazioni e/o sanzioni da parte della piattaforma) a connotare il rapporto come autonomo per mancanza del requisito di obbligatorietà della prestazione.

La norma non sembra invece in grado di regolare il potere della piattaforma di registrare l'attività dei lavoratori, la rapidità delle consegne, il numero delle stesse, i giorni e le ore di lavoro ecc., tutti "dati" che vengono normalmente immagazzinati e gestiti dall'algoritmo.

La questione in esame è stata recentemente affrontata dalla Corte d'Appello di Torino, la quale, nel confermare sul punto la statuizione del Tribunale, ha decretato la natura non subordinata dei rapporti di lavoro dei *riders* di *Foodora* in ragione della non obbligatorietà della prestazione di lavoro e della correlativa mancanza di un obbligo di ricevere la prestazione, ove offerta, in capo al committente/datore di lavoro. Come è noto, la questione della riconducibilità a subordinazione di una fattispecie in cui il prestatore può, senza incorrere in sanzioni, svincolarsi dall'obbligo di assoggettamento al potere direttivo si era posta, molti anni or sono, con riferimento ai c.d. *pony express*, che già solcavano le strade cittadine consegnando pacchi a domicilio: questione risolta negativamente dalla Cassazione in quanto "la configurabilità dell'eterodirezione contrasta con l'assunto secondo cui la parte che deve rendere la prestazione può, a suo libito, interrompere il tramite attraverso il quale si estrinseca il potere direttivo dell'imprenditore"[260]. Analogamente la Corte d'Appello di Torino ha ritenuto che in mancanza del requisito della "obbligatorietà della prestazione" non sia corretto inquadrare il lavoro reso dai ciclo-fattorini nell'alveo della subordinazione: i *riders* sono infatti liberi di dare o meno la propria disponibilità per i vari turni (*slot*) offerti dall'azienda, decidendo quindi in autonomia *se* e *quando* lavorare. In realtà, nel caso

[259] Cfr.

[260] Cass. 10.7.1991, n. 7608; Cass. 25.1.1993, n. 811.

Foodora, i lavoratori potevano addirittura non adempiere la prestazione nei turni per i quali avevano già dato la loro disponibilità, revocando quest'ultima o semplicemente non presentandosi al lavoro (mediante le funzioni *swap* e *no show* dell'applicazione), senza incorrere per questo motivo in provvedimenti sanzionatori. Non è stato dato seguito, quindi, alla diversa impostazione offerta dalla Corte di Cassazione (n. 367/2018) in un giudizio relativo agli addetti al ricevimento delle giocate presso le agenzie ippiche e le sale scommesse, laddove il vincolo di subordinazione era stato ritenuto compatibile con la peculiare facoltà, concessa al prestatore, di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o meno al lavoro, in quanto tale profilo non riguarderebbe il contenuto del rapporto e il suo materiale svolgimento, trattandosi, invece, di un elemento esterno al rapporto, onde l'accettazione e la presentazione del lavoratore, pur incidendo sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata, non riguarda la forma ed il contenuto della prestazione (e quindi la natura del rapporto). In effetti, la postura ricostruttiva dell'obbligazione di lavoro prospettata dalla Suprema Corte nel caso delle agenzie ippiche non convince, nella misura in cui trascura inspiegabilmente la circostanza per cui non solo le concrete (materiali) modalità di svolgimento della prestazione rilevano ai fini della qualificazione del rapporto, ma rileva (massimamente) anche l'obbligazione di lavorare, la quale, a seguito dalla stipula del contratto di lavoro subordinato, rappresenta l'antecedente logico-giuridico per l'estrinsecazione del potere direttivo da parte del datore. Tant'è che, secondo una risalente tesi dottrinale, il contratto di lavoro subordinato prevederebbe una doppia coppia di posizioni giuridiche soggettive di credito-obbligo: l'una antecedente, "che fa capo al potere direttivo dell'imprenditore e al dovere di obbedienza del prestatore; l'altra susseguente che consta da un lato dell'obbligazione di lavoro e dall'altro non del potere direttivo, già esercitato quando la singola obbligazione di lavoro si costituisce, ma del credito di lavoro"[261]. Vale la pena di rammentare, poi, che il requisito evidenziato dalla Corte d'Appello torinese, vale a dire l'obbligatorietà della prestazione, è stato impiegato anche dal Tribunale di Milano nel caso della piattaforma *Foodihno* (*Glovo*)[262] e costituisce uno dei principali *test* della giurisprudenza anglosassone per identificare il rapporto di lavoro subordinato. Il c.d. *mutuality of obligation* riguarda infatti la reciproca promessa delle parti di mantenere in essere un rapporto di lavoro subordinato per un certo periodo di tempo; in questa prospettiva il contratto di lavoro è subordinato se sussiste una esplicita o implicita obbligazione in capo al prestatore ad eseguire con regolarità la prestazione richiesta[263]. L'incompatibilità tra subordinazione ed assenza di un obbligo di lavorare una volta stipulato il contratto di lavoro non sembrano quindi revocabili in dubbio[264]. Le tesi dottrinali che predicano un diverso approccio al problema qualificatorio, mobilitando vuoi la nozione di "subordinazione attenuata", vuoi quella della "doppia alienità" non sembrano centrare l'obiettivo, in quanto la rilevata assenza di un preciso obbligo di prestazione in capo al lavoratore impedisce l'esercizio del potere direttivo dell'imprenditore non solo nell'accezione più rigorosa e restrittiva (ordini e direttive specifiche), ma anche in quella più

---

[261] Cfr. G. Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Cedam, Padova, 1963, P. 59; F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1985, p. 194.

[262] La sentenza milanese ritiene che la libertà di decidere, di settimana in settimana, in quali giorni e in quali orari lavorare – ed anche di non lavorare affatto, non sia compatibile con lo stato di subordinazione: cfr. T. Milano, 10 settembre 2018.

[263] Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in G. Casale (ed.), *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, Hart Publishing-International Labour Office, Oxford-Geneva, 2011, p. 161.

[264] Considera "valido" l'argomento dell'autonomia delle parti di offrire/ricevere la prestazione al fine di negare la natura subordinata del rapporto E. Gramano, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in Labor, 2018, p. 609 ss.

lata che ammette la compatibilità della subordinazione con l'emanazione di direttive meramente programmatiche, escludendosi, finanche, la possibilità di ravvisare l'alienità del prestatore rispetto all'organizzazione e al risultato: ciò nella misura in cui, potendosi liberamente sottrarre all'obbligo lavorativo, il *rider* non risulta stabilmente inserito nell'organizzazione del committente e, di conseguenza, non può dirsi estraneo ad un risultato alla cui realizzazione, essendo libero di non rendere la prestazione, non risulta necessariamente partecipe.

Alla luce di queste considerazioni circa la configurazione di un obbligo prestatorio nell'ambito di un rapporto di natura subordinata, appare del tutto corretta l'impostazione del legislatore che ha inteso preservare il lavoratore autonomo da conseguenze sanzionatorie di qualunque genere conseguenti alla mancata accettazione della chiamata. Se il rapporto è genuinamente autonomo, infatti, deve ritenersi che l'assetto di interessi sia incentrato sulla libera scelta del lavoratore di effettuare o meno la singola prestazione, con l'unica conseguenza della mancata corresponsione del relativo compenso.

Oltre alla tutela dei dati personali in conformità alle disposizioni sovranazionali e interne, ai prestatori autonomi delle piattaforme viene estesa la copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, il cui premio è determinato in base al tasso di rischio corrispondente all'attività svolta. Il committente che utilizza la piattaforma anche digitale è infine tenuto nei confronti dei *platform workers* al rispetto delle norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Con questo intervento, in sostanza, sono state poste alcune norme minime di tutela a favore di lavoratori delle piattaforme volte a sanare le contraddizioni più acute di un settore in cui la qualificazione del rapporto nel senso dell'autonomia privava i *riders* di ogni tutela lavoristica di base; a tali norme si affiancano naturalmente quelle contrattuali collettive, ove esistenti, nonché la disciplina, di carattere generale, di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale previste dalla legge 81/2017.

Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui *riders* e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. Identità di tecnica tra l'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 e l'art. 409 n.3 c.p.c. 103

2. Funziona antielusiva dell'art. 2 comma 1. 104

3. Ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 anche ai lavoratori autonomi deboli. 104

4. Il coordinamento non è (più) un potere unilaterale ma è il risultato di un accordo tre le parti ai sensi dell'art. 15 della legge n. 81 del 2017. 105

5. Etero-organizzazione e coordinamento: differenze normative. 106

6. Ai sensi dell'art. 2 comma 2 solo la contrattazione collettiva può individuare una disciplina diversa da quella del lavoro subordinato e non l'interprete teorico e pratico. 106

7. I *riders* continuativi e non continuativi e diversa disciplina applicabile. 107

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 411/2020

1. Identità di tecnica tra l'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 e l'art. 409 n.3 c.p.c.

Nell'area del lavoro autonomo uno spazio non piccolo era occupato dal lavoro a progetto. Ormai la disciplina di questo tipo legale è stata abrogata dall'art. 52 del d.lgs. n.81 del 2015 che però ha lasciato in vita l'art. 409 n. 3. E lo stesso decreto ha introdotto l'art. 2 comma 1 che applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente.

La prima domanda che sorge spontanea è perché il legislatore ha abrogato la disciplina del lavoro a progetto. Perché nella pratica si era riscontrato un uso fraudolento del tipo nonostante la sanzione draconiana prevista dall'art. 69 del d.lgs. n. 276 che però non aveva avuto alcuna funzione deterrente perché nessuno mai si sarebbe sognato di scrivere un contratto a progetto senza indicare il progetto. D'altra parte scrivere un progetto era operazione abbastanza agevole perché il legislatore non aveva definito cosa dovesse intendersi per progetto. E quindi i progetti, ai quali nella prima formulazione si aggiungevano addirittura il programma o la fase, potevano in realtà consistere in un mansionario oppure indicare un risultato con la difficolta di individuare in concreto lo stesso soprattutto quando le obbligazioni erano di comportamento. A questo si aggiungeva la difficoltà non piccola di distinguere la coordinazione dalla subordinazione non tanto dal punto di vista concettuale quanto nel concreto svolgimento del rapporto tanto che ho definito, in tempo non sospetto, la coordinazione una formula insincera.

Come ho affermato più volte l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 non individua un tipo legale come il lavoro a progetto ma applica ai rapporti di collaborazione organizzati dal committente integralmente la disciplina del lavoro subordinato.

In realtà la tecnica cui ricorre l'art. 2 comma 1 è simile a quella dell'art. 409 n. 3 che non individuava una fattispecie ma una categoria di rapporti di vara origine e natura ai quali si applicava la disciplina del processo del lavoro. Ma è noto che le collaborazioni continuative e coordinate non sono rimaste una fattispecie processuale.

L'autonomia privata infatti ai sensi dell'art. 1322 comma 2 c.c. ha creato una nuova fattispecie non appartenente ad alcun tipo legale. Infatti dal 1973 al 2003 molto frequentemente le parti hanno concluso una serie di contratti di lavoro autonomo continuativo, molto simili al lavoro subordinato, ma molto più vantaggiosi per il committente, perché a questi rapporti in caso di recesso non si applicava la normativa sui licenziamenti ed erano dovuti contributi in misura assai inferiore a quelli previsti per il lavoro subordinato.

Questi rapporti il più delle volte erano di falso lavoro autonomo tanto che il legislatore del 2003 con il d.lgs. 276 ha introdotto il nuovo tipo legale del lavoro a progetto con lo scopo di attribuire al progetto una funzione selettiva che, tuttavia, il progetto non è riuscito a svolgere e conseguentemente non ha conseguito l'obbiettivo di eliminare i falsi lavori autonomi.

Questo spiega perché il nuovo legislatore del 2015, invece di ricondurre tutte collaborazioni continuative e coordinate in un tipo legale, come era il lavoro a progetto, ha preferito, da un lato, includere nell'area dell'art. 2 comma 1 i rapporti di collaborazione organizzati dal committente applicando ad essi la disciplina integrale del lavoro subordinato e, dall'altro lato, ha conservato in vita le collaborazioni continuative e coordinate prevalentemente personali *ex* art. 409 n. 3 c.p.c che sono sicuramente rapporti di lavoro autonomo.

È noto invece che sulla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro organizzati dal committente, cioè quelli dell'art. 2 comma 1 esiste una querelle infinita che non si placa e anzi si è aggravata dopo la modifica improvvida determinata dall'avverbio prevalentemente che ha sostituito l'esclusivamente.

A mio avviso secondo la formulazione originaria l'art. 2 comma 1 non solo non individuava un nuovo tipo legale perché il legislatore non aveva predisposto per questa nuova presunta fattispecie una disciplina apposita, come ha fatto nel caso del lavoro a progetto, o come ha fatto il codice civile con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato non inerenti all'esercizio dell'impresa (art. 2239 c.c) quando ha stabilito che la disciplina del lavoro subordinato si applica ai rapporti riconducibili all'art. 2 comma 1, in quanto compatibile. Ma nulla di tutto questo dice il legislatore.

2. Funziona antielusiva dell'art. 2 comma 1.

In realtà, a mio avviso il legislatore quando ha scritto l'art. 2 comma 1 ha attribuito a questa norma una funzione essenzialmente anti fraudolenta, memore dell'insuccesso della disciplina del lavoro a progetto, non a caso abrogata, per colpire quei rapporti che, proprio perché simili ma non uguali al lavoro subordinato in senso stretto, potevano assolvere, come il lavoro a progetto, ad una funzione fraudolenta.

Ed infatti a quanto consta non risultano nei formulari formule che si riferiscono a contratti che presentano le caratteristiche dell'art. 2 comma 1.

Fino a quando non è intervenuta la Corte di appello di Torino che invece ha inquadrato la fattispecie dei *riders* Foodora nell'art. 2 comma 1 qualificandola improvvidamente come *tertium genus*.

Nel frattempo prima della sentenza n. 1663 della Cassazione del 20 gennaio 2020 è intervenuta la modifica dell'art. 2 comma con il d.l. n119 che ha modificato l'art. 2 comma 1 sostituendo l'esclusivamente con il prevalentemente, eliminando l'inciso "anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro" e aggiungendo una seconda parte al primo comma "le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

3. Ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 anche ai lavoratori autonomi deboli.

Queste modifiche non sono di piccolo conto e certamente ampliano l'area dell'art. 2 comma 1 sicchè dopo queste modifiche si deve prendere atto che la norma fa riferimento anche a lavoratori sicuramente autonomi deboli e applica anche ad essi la disciplina integrale del lavoro subordinato.

E non a caso la Cassazione, che pure prende in considerazione il caso Foodora, sorto prima delle modifiche legislative, non esita ad affermare al par. 27 che la disciplina del lavoro subordinato si applica "anche a prestatori ritenuti in condizione di debolezza economica operanti in una zona grigia tra autonomia e subordinazione ma considerati meritevoli comunque di una tutela

omogenea"[265]. Se così è, si può dire la norma è forse applicabile a tutti quei lavoratori in condizione di subordinazione socioeconomica[266] e di sottoprotezione sociale.

Mi rendo conto che la categoria della subordinazione socioeconomica non ha molti adepti, ma in questo caso evita all'interprete il compito faticoso e comunque controverso di identificare i tratti che distinguono il cosiddetto potere organizzativo dal potere direttivo almeno fino a quando resta in vigore l'art. 2094 c.c.

È vero che nel 2012 una nozione di dipendenza economica fu accolta dal legislatore (art. 1 commi 23-26 legge n. 92 del 2012) con la norma che estendeva l'applicazione integrale del diritto del lavoro subordinato ai rapporti caratterizzati da una durata superiore alla soglia minima prestabilita, dalla monocommittenza e da un livello retributivo medio basso.

La verità è pero che questa norma ha avuto una modesta applicazione perché le fattispecie concrete non presentano sempre congiuntamente i tre requisiti. Secondo un autore[267], se fosse stata in vigore una norma del genere avrebbe potuto essere applicata ai pony express di trenta anni fa e ora ai rapporti di lavoro dei ciclofattorini[268].

4. Il coordinamento non è (più) un potere unilaterale ma è il risultato di un accordo tre le parti ai sensi dell'art. 15 della legge n. 81 del 2017.

Voglio esternare a questo proposito una preoccupazione e cioè che l'individuazione del potere organizzativo come potere unilaterale e autonomo del committente richiama alla mente la tesi del potere unilaterale di coordinamento nelle collaborazioni continuative e coordinate affermata da autorevoli dottrine già prima del d.lgs.276 del 2003[269] . Questa tesi a mio avviso ha favorito l'elusione della disciplina del lavoro subordinato.

Infatti, come la coordinazione non è sempre facilmente distinguibile dalla subordinazione, allo stesso modo il potere di coordinamento non è agevolmente distinguibile dal potere organizzativo.

È vero che la disciplina del lavoro a progetto contemplava il potere di coordinamento del committente ma, ormai piaccia o non piaccia, questa disciplina è stata abrogata e non esiste più il potere unilaterale di coordinamento del committente e non può essere fatto rivivere surrettiziamente con un nome diverso, e cioè potere organizzativo, i cui tratti identificativi non sono indicati dal legislatore, con la pretesa oltretutto di una parte della dottrina di individuare le parti della

---

[265] V. la recentissima Cass.24 gennaio 2020, n.01663. Secondo la quale con riferimento alle modifiche introdotte dal d.l. 101 del 2019 l'intento protettivo appare confermato dalla recente novella la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato , stabilendo la sufficienza, per l'applicabilità della norma, di prestazioni prevalentemente e non più esclusivamente personali , menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento dell'etero-organizzazione, eliminando le parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, così dimostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione (par. 27 della sentenza).

[266] Scognamiglio. Lezioni di diritto del lavoro, Bari, 1972

[267] Ichino, Subordinazione autonomia e protezione del lavoro nella Gig-Economy nota in Riv.it. dir. lav. 2018, II 294

[268] Trib. Torino 7 maggio 2018 in Riv.it.dir.lav. 2018, II, 283

[269] Per una compiuta definizione del potere di coordinamento del committente e per la individuazione del tertium genus poi accolto dal d.lgs. n. 276 del 2003 v. *De Luca Tamajo, Flammia, Persiani, La crisi della subordinazione della sua idoneità selettiva nei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione del tertium genus: il lavoro coordinto, in Quad. dir.lav.rel.ind, 1998, n. 21 p. 331 ss*

disciplina del lavoro subordinato applicabili ai rapporti di lavoro organizzati dal committente[270] alla stregua dell'interpretazione della Corte di Appello di Torino, correttamente respinta dalla sentenza n. 1663/2020 della Cassazione.

Proprio al fine di evitare l'evidente inconveniente di lasciare all'arbitrio del giudice questo arduo compito con il risultato che situazioni identiche potrebbero ricevere un trattamento diverso e viceversa, e prestarsi anche ad usi fraudolenti a seconda della diversa sensibilità del giudice.

Né si può sostenere, utilizzando un obiter dictum della Cassazione (par. 41) che fa riferimento a rapporti ontologicamente incompatibili con la disciplina del lavoro subordinato che il legislatore consenta l'applicazione parziale della disciplina del lavoro subordinato ai rapporti per definizione riconducibili all'art. 2 comma 1.

Non mi sembra che la sentenza consenta questa interpretazione quando afferma espressamente "che non ha senso interrogarsi se queste forme di collaborazione così connotate…. siano riconducibili nel campo della subordinazione o dell'autonomia perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha stabilito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato" par. 25. E ancora al par. 26 "quando l'etero-organizzazione accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione rende il collaboratore comparabile ad un lavoro dipendente, si impone una protezione equivalente e quindi il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato.

5. Etero-organizzazione e coordinamento: differenze normative.

Come ho appena detto è importante tracciare una frontiera tra i rapporti di lavoro riconducibili nell'area dell'art. 2 comma 1 che possono essere subordinati e anche autonomi deboli contraddistinti da una sorta di subordinazione socio-economica e ai quali si applica integralmente la disciplina del lavoro subordinato e i rapporti di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c dove il coordinamento per espressa disposizione dell'art. 15 della legge n. 81 del 2017 è determinato di comune accordo tra le parti e quindi non è per definizione un potere unilaterale del committente, e come già dal 1979 avevo sommessamente sostenuto[271].

6. Ai sensi dell'art. 2 comma 2 solo la contrattazione collettiva può individuare una disciplina diversa da quella del lavoro subordinato e non l'interprete teorico e pratico.

Se veramente si vuole individuare una disciplina diversa da quella del lavoro subordinato e da quella degli artt. 47 bis anche con riferimento ai ciclofattorini, questo compito non compete all'interprete teorico e pratico, ma ai sensi dell'art. 2 comma 2 alle parti sociali che devono siglare un contatto collettivo per gli addetti a coloro che lavorano tramite le piattaforme digitali, come è avvenuto per gli addetti ai call center.

Se non interviene la contrattazione collettiva resta ferma l'applicazione a questi soggetti della

---

[270] V. in questo senso Perulli, La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente, Note al d.lgs.n. 81/2015 e conferma la tesi in *Il diritto del lavoro oltre la subordinazione : le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi in WP CSDLE "Massimo D'antona" IT. 410/20 p. 16*

[271] G. Santoro-Passarelli, Il lavoro parasubordinato, Angeli, Milano, p.66.

disciplina integrale del lavoro subordinato o degli art. 42 bis e susseguenti del d.lgs. 81 prevista per i ciclofattorini.

7. I *riders* continuativi e non continuativi e diversa disciplina applicabile.

A questo proposito non si può fare a meno di parlare della recente vicenda dei *riders* [272], e cioè di coloro che portano il cibo a domicilio,

Di recente il contratto collettivo della logistica è applicato anche ai *riders* con il riconoscimento di tutte le coperture assicurative e previdenziali, comprese la sanità integrativa e la bilateralità. La retribuzione base è di 867 euro lordi mensili e l'orario di lavoro di 39 ore settimanali distribuite in 6 giorni.

Ma bisogna aver presente che i *riders* quasi mai si relazionano con un unico datore di lavoro ma con un'applicazione dedicata ad una o più piattaforme e nessuna di queste piattaforme applica ai *riders* la disciplina del contratto collettivo della logistica anche perché i rappresentanti delle piattaforme come quelli dei *riders* non erano presenti al tavolo della trattativa per la conclusione di quel contratto.

Nella maggior parte dei casi è vero che i *riders* sottoscrivono contratti di collaborazione dove sembra che essi si comportano come lavoratori autonomi perché formalmente sono liberi di accettare l'incarico ma nella sostanza una volta accettato l'incarico, la loro attività è regolata da un "algoritmo che esercita un controllo pervasivo sull'attività svolta dal singolo *riders* e penalizza quei prestatori che non si adeguano al modello ideale di produttore (che presuppone la sottoposizione a turni massacranti di lavoro), stila la classifica dei più meritevoli e traccia le prestazioni dei singoli e le confronta. E quindi la piattaforma tramite l'algoritmo controlla prestazione e sanziona i comportamenti non conformi a determinati standard"[273].

Si tratta quindi di un lavoro fortemente vincolato nonostante fino all'adempimento dell'incarico il *riders* sembra libero e autonomo.

Si potrebbe obbiettare che in questi casi si applica direttamente la disciplina del lavoro subordinato perché le modalità di esecuzione sono in realtà dirette da un algoritmo. A mio avviso è preferibile applicare l'art. 2 comma 1 seconda parte: in primo luogo perché questa disposizione prevede espressamente per i lavoratori che operano nelle piattaforme anche digitali l'applicazione dell'art. 2 comma 1.

E in secondo luogo perché quando il rider promuove una controversia diretta ad accertare la natura subordinata del rapporto controverso, il committente può opporre la mancata disponibilità del lavoratore negli intervalli tra una chiamata e l'altra con la conseguenza che verrebbe meno il vincolo della dipendenza giuridica.

Per evitare di incorrere in questa censura bisogna avere presente che il lavoro del rider può essere continuo ma anche discontinuo nel senso che nel primo caso il lavoratore risponde sempre alla

---

[272] *V. sulla vicenda dei riders v. già G. SANTORO-PASSARELLI, La funzione del diritto del lavoro. Riv.it.dir.lav. I,2018, p. 348-349.*

[273] *Mazzotta, L'inafferrabile eterodirezione: a proposito dei ciclofattorini e modelli contrattuali in Labor, 2020 incorso di pubblicazione*

chiamata e invece nel secondo caso non risponde sempre. Se il rapporto di lavoro del rider è continuo, esso è riconducibile all'art. 2 comma 1 o anche all'art. 2094 c.c.[274]

Va ricordata in proposito la sentenza n. 1663 del 2020 laddove sottolinea che nel rapporto dei *riders* si riscontra un regime di autonomia ben diverso, significativamente ridotto nella fase genetica dell'accordo per la rilevata facoltà del lavoratore di obbligarsi o meno alla prestazione ma non anche nella fase funzionale di esecuzione del rapporto , relativamente alle modalità della prestazione , determinate in modo sostanziale da una piattaforma multimediale e da un applicativo per smarthphone.

Ciò detto non si vuole negare che anche il rider, (ovviamente non quelli che hanno fatto ricorso contro la Foodora) possa e voglia godere di maggiore autonomia e quindi possa rifiutare un incarico o una serie di incarichi, ma non per questo ad esso devono essere negate determinate tutele nell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Infatti l'art. 47 bis del decreto n.101 del 2019 definisce i livelli minimi di tutela che sono applicati esclusivamente ai lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o di veicoli a motore… attraverso piattaforme anche digitali.

Ne consegue che tale disciplina non si applica alle piattaforme che svolgono una funzione di mera intermediazione, che esclude per definizione un rapporto di lavoro autonomo con la piattaforma.

Il comma 2 dell'art. 47 bis definisce le piattaforme digitali come "i processi e le procedure informatiche utilizzate dal committente, che indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali all'attività di consegna dei beni." Il legislatore precisa che la piattaforma digitale è tale se fissa il compenso dei fattorini e se determina le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa[275].

L'art. 47 quater comma 1 affida ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale la definizione dei criteri di determinazione del compenso. In difetto del contratto collettivo i fattorini non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate ma deve essere loro riconosciuto un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini. Pertanto in assenza del contratto collettivo una clausola del contratto individuale che stabilisca il pagamento a consegna sarebbe nulla ex art. 1418 c.c. per violazione dell'art.47 quater comma 2 e verrebbe sostituita di diritto ai sensi dell'art. 1339 c.c. dalla previsione del compenso minimo orario. E solo quando non si rinvengano contratti di settori affini il giudice può determinare il compenso secondo i parametri indicati dall'art. 2225 c.c.

L'art. 47 bis quinquies prevede l'estensione della disciplina antidiscriminatoria e quella posta a tutela della libertà e della dignità del lavoratore del lavoratore subordinato, ivi compreso l'accesso

---

[274] V. Mazzotta, op. cit. il quale afferma che secondo la tesi dell'autonomia, la verifica dei requisiti della subordinazione si ferma sulla soglia dell'adempimento del singolo servizio senza verificare le modalità di esecuzione della prestazione all'interno del singolo servizio

[275] L'art. 47 septies introduce opportunamente la copertura assicurativa Inail obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali. Il terzo comma dell'art. 47 septies fa gravare sul committente che utilizza la piattaforma anche digitale le responsabilità in materia di salute e sicurezza del lavoro sul lavoro previste dal d.lgs. n. 81 del 2008 a propria cura e spese. Infine il legislatore si premura di precisare che i dati personali dei lavoratori delle piattaforme digitali sono trattai in conformità alle disposizioni del regolamento del Parlamento Europeo 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE e del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196

alla piattaforma.

Inoltre la nuova normativa esclude che il ranking reputazionale possa essere il criterio che guida l'organizzazione dei turni, nel senso che nelle chiamate si deve garantire una rotazione e non preferire solo colui che è sempre stato a disposizione. E infatti l'art. 47 bis quinquies vieta al committente di escludere il fattorino dalla piattaforma e di ridurre le sue occasioni di lavoro se tali condotte siano ascrivibili alla mancata accettazione della proposta.

Si tratta, a questo punto, di stabilire se ai riders debba essere applicata solo la disciplina introdotta dall'art. 47 bis e ss, o la disciplina integrale del lavoro subordinato.

A mio avviso ai *riders* che provano di svolgere una prestazione continuativa consistente in una serie costante di adempimenti, e cioè provino di essere eteroorganizzati, dovrebbe applicarsi la disciplina generale del lavoro subordinato in forza dell'art. 2 comma 1 seconda parte che espressamente prevede l'applicazione di questa disposizione "anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

Mentre ai ciclofattorini che si comportano come lavoratori autonomi perchè non svolgono una prestazione di durata nel senso che non sono sempre a disposizione del committente, ma svolgono una serie di incarichi intervallati nel tempo si applica soltanto la disciplina dell'art. 47 bis e ss.

Infine va ricordato che la Cassazione, in assenza del controricorso e del ricorso incidentale dei ciclofattorini, ha confermato la sentenza della Corte d'appello di Torino[276].

Chiudo con questa domanda: quale sarebbe stato il responso della Suprema Corte se la difesa avesse presentato il controricorso? Non dò di proposito una risposta perché non voglio sostituirmi al giudice ma dalla motivazione si può desumere quale sarebbe stata la soluzione.

E tuttavia la soluzione adottata dalla Cassazione induce a ritenere che questa sentenza segna il primo tratto di un percorso che non si è ancora concluso.

[276] *Mi sembra conforme Perulli, il diritto del lavoro oltre la subordinazione cit. p. 61*

The reinterpretation of the principle of horizontal subsidiarity in European social law*

Massimiliano Delfino

1. The dimensions of the principle of subsidiarity. 111

2. The origin of social dialogue and the European collective agreement. 111

3. The role of the Commission and the Council in the European social dialogue. 114

4. The reasons for the Commission's refusal to submit a proposal for a directive. 117

5. ...Cancellation of horizontal subsidiarity? The "boundaries" of the Commission's motivation. 117

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 152/2020

1. The dimensions of the principle of subsidiarity.

The *Epsu* judgment of the European Union Tribunal issued at the end of 2019[277] provides an opportunity to check the extent of the principle of horizontal or "social" subsidiarity in the supranational legal order, expressly referred to for the first time in a Communication from the Commission carried out almost twenty years ago[278] and which joins the more traditional vertical subsidiarity referred to in Article 5.3 TEU. According to this provision, in fact, "in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level".

The principle of horizontal subsidiarity has its cornerstone, however, in the Treaty on the Functioning of the European Union and, specifically, in Articles 154 and 155 included in Title X on Social Policy. The reference is first to Article 154.2.3 and 4, which provides for the involvement of the European social partners in "making" Union law. In particular, the Commission, before submitting proposals in the field of social policy, shall consult the social partners (paragraph 2). If, after this consultation, the institution deems an action appropriate, it consults the social actors on the content of the envisaged proposal (paragraph 3). These actors transmit an opinion or a recommendation to the same European institution or can inform it of their intention to start the bargaining procedure pursuant to Article 155, which cannot last more than nine months unless extended. In summary, in the application of the principle of vertical subsidiarity, the Union intervenes, in all the subject matters of "shared competence" only if its action is more effective than at the national level. By implementing the principle of horizontal subsidiarity, the Union intervenes instead, in the matter of social policy, with a legislative act of its own issued through the "ordinary legislative procedure", only if this is more effective than European collective bargaining.

The present reason for questioning the principle of subsidiarity in the supranational order stems from the statement contained in the *Epsu* judgement, according to which "that principle is understood as having a 'vertical' dimension, in the sense that it governs the relationship between the European Union on the one hand and Member States on the other. By contrast, … *that principle does not have a horizontal dimension in EU law*, since it is not intended to govern the relationship between the European Union, on the one hand, and management and labour at EU level on the other"[279].

2. The origin of social dialogue and the European collective agreement.

The functioning of the principle of subsidiarity in the field of social policy, in its twofold dimension, passes through the identification of the role of the European collective agreement in the system

---

[277] Case T-310/18, 24 October 2019, *EPSU and Goudrian* v *European Commission*, EU:T:2019:757.

[278] See the Communication form the Commission of 26 June 2002, COM (2002) 341 final, according to which the consultation of social partners "is a practical application of the principle of social subsidiarity. It is for the social partners to make the first move to arrive at appropriate solutions coming within their area of responsibility; the Community institutions intervene, at the Commission's initiative, only where negotiations fail" (paragraph 1.1, page 8).

[279] *Epsu* judgement, paragraph 8. Italics added.

of the sources of Union law. It should be remembered that such an agreement, once concluded, can be implemented in two different ways, namely: either 1) "in accordance with the procedures and practices specific to management and labour and the Member States" (Article 155.2, first sentence); or 2) "in matters covered by Article 153" (in fact the whole social policy), "at the joint request of the signatory parties, by a Council decision on a proposal from the Commission" (in practice the directive is used) (Article 155.2, second sentence)[280].

Of course, the key point in the matter of subsidiarity is represented by the second path indicated because it is only through the implementation by a directive of the European collective agreement that the social partners have the possibility to "make" Union law on a par with Council and the European Parliament. The *Epsu* judgment deals precisely with this issue, wondering whether the European Commission has any discretion when proposing the implementation of the agreement.

The issue is complex and therefore it is necessary to start from the (few) established certainties in this regard.

As it is known, the Treaty provides for a negotiation between the European social partners that can have a dual origin. There is a "voluntary" negotiation regulated by Article 155.1 TFEU, according to which "should management and labour so desire, the dialogue between them at Union level may lead to contractual relations, including agreements"[281]. This type of negotiation is flanked by "induced" negotiation, to which reference was made previously regarding the duty incumbent on the Commission to consult the social partners before making proposals in the social field. For the purposes of the discussion that is being conducted here, the origin of the social dialogue is irrelevant since both in the case of induced negotiation and in that of voluntary negotiation the Commission's position does not change, in the sense that, in neither of the two circumstances, the European institution is aware of the content of the collective agreement. It is true that Article 154.2 refers to the consultation of the social partners on the content of the envisaged proposal, but it is also undeniable that paragraph 4 of the same provision allows the social partners to "block" the ordinary procedure of making EU law[282] at that precise moment or even at the time of the first consultation and, therefore, in both the cases, prior to the elaboration of any collective agreement. What has been said above allows proceeding, at least up to a certain point, with a single discussion on the role of the Commission in the implementation of the collective agreement concluded at the supranational level[283]. In the *Epsu* case, the European social

---

[280] The Council shall adopt such a directive by qualified majority or unanimity, depending on the subject matter. On these profiles see ALES, *The State, Industrial Relations and Freedom of Association: A History of Functional Embeddedness*, in PERULLI, TREU (eds.), *TheRoleofthe Stateand IndustrialRelations*, Wolters Kluwer, 2019, page 187 ff.. According to this author, European social dialogue is an example of corporatism, since "the jurisdiction in which the industrial relations is embedded entrusts Management and Labour with the authority of regulating working conditions through legislator-like prerogatives" (page 189).

[281] On the voluntary negotiation, see, in a pioneering perspective, GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, FrancoAngeli, 1993 and, in more recent times, PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, il Mulino, 2011, Chapter IV.

[282] L. ZOPPOLI (*Intervento alla Tavola rotonda sul caso Epsu*, 28 January 2020, RGL, 2020) highlights opportunely that the role of the Commission towards the social partners cannot be considered as merely launching a debate, as it is stated in the *Epsu* judgment (paragraph 134).

[283] On this profile, I agree with what is claimed by DORSSEMONT, LÖRCHER, SCMITT, *On the Duty to Implement European Framework Agreements: Lessons to be Learned from the Hairdressers Case*, *ILJ*, 2019, page 1 ff. According to these authors, "nothing in Article 155 TFEU

partners had signed a collective agreement aimed at extending to the public sector the protection provided to private workers concerning information and consultation. The same parties had asked the Commission to implement the agreement and the European institution had refused to submit a proposal for a directive on that matter.

On a closer inspection, however, as regards to the principle of subsidiarity, three hypotheses must be distinguished, one concerning voluntary negotiation and two as regards to the induced negotiation.

In the event of a voluntary negotiation, concluding with a collective agreement that, at the request of the social partners, shall be implemented, neither the Commission nor any other Union institution has been involved in applying the principle of vertical subsidiarity set out in Article 5.3 TEU (*first hypothesis*).

On the contrary, in the event of an induced negotiation, a distinction must be made, depending on when the social partners decide to inform the Commission of the intention to start the procedure referred to in Article 155. Indeed, such a decision can be taken immediately after the consultation of the social partners by the Commission "on the possible direction of Union action" (Article 154.2 TFEU), as happened in the *Epsu* case (*second hypothesis*), or subsequently when "the Commission considers Union action advisable" and it consults "management and labour on the content of the envisaged proposal" (Article 154.3 TFEU) (*third hypothesis*).

The hypothesis of the voluntary negotiation is like that of the negotiation induced after the first consultation of the Commission. Instead, if the decision of the social partners is communicated at the time of the second consultation, the situation is different. In the first two hypotheses previously mentioned, a collective agreement is concluded where the Commission is only actually involved in the phase following the stipulation. Therefore, the first act that the Commission carries out is to apply the principle of subsidiarity and in doing this it cannot be replaced by the social partners because Protocol no. 2 annexed to the Treaty on European Union provides that the respect for the principle of subsidiarity shall be ensured by "each institution" of the Union, an expression that cannot be referred to the European social partners. Furthermore, one should remember that, pursuant to Article 17.2, TEU, "Union legislative acts may only be adopted on the basis of a Commission proposal, except where the Treaties provide otherwise", an exception that does not seem to occur in the case of social dialogue, since Article 155.2 TFEU provides that European collective agreements can be implemented at the joint request of the signatory parties "by a Council decision" but precisely "on a proposal from the Commission". Therefore, in the first and second hypotheses, the European institution, custodian of the prerogative of submitting a proposal and guardian of the Treaties, can motivate its possible refusal in any way because that is a political act of exercising the principle of (vertical) subsidiarity.

In the third hypothesis, the issue changes. The Commission intervenes at the time of the second consultation and therefore has carried out an assessment on the appropriateness of the regulative intervention although not yet on its contents. In this circumstance, the European institution,

---

suggests that an obligation to propose a decision to the Council would only exist where the Commission has consulted the social partners" (page 33). This appears confirmed by the 2019 judgement of the EU Tribunal, which considers the fact that the social dialogue at the time was started by the Commission is not indicative of the application of the principle of subsidiarity. The EU judges declare that "on that occasion the Commission merely launched a debate without prejudging the form and content of any possible action to be undertaken" (*Epsu* judgement, paragraph 134).

again in application of the principle of subsidiarity, deemed it advisable to carry out a regulatory intervention by the Union, entrusting the social partners, upon their joint request, to define the content of this intervention through the conclusion of a collective agreement. If the social partners, after concluding the collective agreement, ask for its implementation by a directive, the Commission will have already expressed an appropriateness assessment and will only have the possibility of making an appreciation of the contents of this intervention, i.e. of the clauses of such an agreement. In this case, however, it will be necessary to provide a rationale for the possible refusal to submit a directive with legal and non-political reasons, whose "borders" will be analysed below.

3. The role of the Commission and the Council in the European social dialogue.

It is time to come to the state of the debate on the role of the Commission in the implementation of a European collective agreement by a directive. Here the best way to approach the problem is to wonder how the Commission proceeded by regulating that profile through a series of Communications[284], being conscious of the fact, however, that the European institution has never differentiated based on when the social partners intervene.

After this clarification has been made, it is without doubt that the Commission can exercise the control over the representativeness of the signatories parties to the collective agreement and on the legality of the clauses of the agreement itself with respect to the provisions of Union law[285]; the control of the second profile is considered necessary indeed, as it is not possible to pass a legislative act contrary to the primary sources of EU law. Therefore, under the suggested interpretation, in all the hypotheses that have been highlighted above, the Commission is required to carry out at least the legality test.

The problem arises with regard to the assessment of the appropriateness of the contents of the collective agreement[286], which the Commission has considered in recent years as a condition for the implementation by a directive, as underlined by the European Pillar of Social Rights, solemnly proclaimed on 17 November 2017 by the European Parliament, the Commission and the Council[287]. Point 8 of this document states that "the agreements concluded between the social

---

[284] Communications from the Commission: COM (93) 600 final; COM (96) 448 final; COM (98) 322 final; COM (2002) 341 final. See TRICART, *Legislative implementation of European social partners agreements: challenges and debates*, Working paper 2019.09, European Trade Union Institute.

[285] This profile was well highlighted more than twenty years ago by LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, 1999, pages 194-202.

[286] See v. LO FARO, *Funzioni e finzioni…*, according to whom the Commission certainly cannot be denied to express evaluations on the contents of a collective EU agreement intended to be implemented by a Council decision to be adopted on the basis of a proposal, but it does not seem possible that these discretionary assessments are presented as part of a legality check. This is a real "approval clause", whose consistency with the repeated intention of the Commission to guarantee the autonomy and independence of the social partners is at least doubtful (pages 205-206). See also LO FARO, *Articles 154, 155 TFEU*, in ALES, BELL, DEINERT, ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law*, Beck, Hart, Nomos, 2018, page 173.

[287] On the European Pillar of social rights, see, *ex multis*, ALES, *La dimensione "costituzionale" del modello sociale europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in CARINCI M.T. (ed.), *L'evoluzione della disciplina del licenziamento. Giappone ed Europa a confronto*, Milano, 2017, 159 ff.; ALES, *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A holistic approach to the EU social commitment*, *ELLJ*, 2017, vol. 8(2), 122 ff.; CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il* Jobs Act. *La* Flexicurity *italiana nell'ordinamento multilivello*, Torino, 2018, 73 ff.; HENDRICKX, *European Labour Law and the Millennium Shift: From Post to (Social) Pillar*, *BCLR*, 2018; RATTI, *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in

partners shall be implemented at the level of the Union and its Member States" not always but only "where appropriate", implying a margin of action of the Commission that goes beyond the control of legality and possibly of representativeness. And this is precisely the conclusion reached by the EU Tribunal, which ruled that "before using its power of initiative, [the Commission] determines … whether the initiative proposed is appropriate. Therefore, when it receives a request to implement at EU level an agreement concluded between management and labour, the Commission must not only verify the strict legality of the clauses of that agreement, but also assess whether implementation of the agreement at EU level is appropriate, including by having regard to political, economic and social considerations"[288]. However, to be honest these conclusions should have been differentiated according to when the social partners intervene in the legislative procedure.

With this clarification, the arguments used by the Court can be shared when referring to Article 17.3 TEU, according to which "in carrying out its responsibilities, the Commission shall be completely independent", even though a reference to paragraph 2 of the same provision, which has been recalled above, should have been appropriate, since that provision establishes that a Union legislative act may only be adopted on the basis of a Commission proposal. Furthermore, the discourse of the irrelevance of the Communications from the Commission issued between 1993 and 2002, where only a legality check of the agreement and a representativeness test of the contracting parties was envisaged, is persuasive. Indeed, European judges recall that such Communications "are devoid of any binding legal force. Consequently, … may not successfully be invoked to preclude the interpretation of a provision of the treaties that follows from its wording, context and the purpose of that provision"[289]. In summary, the provisions of non-binding secondary sources cannot be used to interpret primary provisions such as those of the Treaty referred to above. Of course, this statement by the EU Tribunal also applies to subsequent non-binding sources, where reference is made to the presence of a wider discretionary power of the Commission in submitting the proposal for a directive implementing a collective agreement, such as the European Pillar of Social Rights, which has been previously mentioned. It is true, however, that the wording of point 8 of the Pillar leaves room for the differentiated interpretation of the application of the role of the Commission based on the moment when the social partners intervene[290].

The reasoning of the Tribunal is also relevant when it refers to Article 13.1 TEU and declares that "the interpretation proposed by the applicants would alter the institutional balance to the detriment of the Commission in favour of management and labour even though they are not amongst the institutions exhaustively listed in"[291] that provision of the Treaty, analysis that is linked to what have been said above.

On the contrary, the explanations related to the general interest issue are controversial and

---

CHIAROMONTE, FERRARA (eds.), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, 2018, 7 ff.; under the perspective of digital work, see CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona".INT – 146/2018.

[288] *Epsu* judgement, paragraph 79.

[289] *Epsu* judgement, paragraph 102.

[290] Simply emphasizing that the implementation of the collective agreement by the Union can take place "where appropriate".

[291] *Epsu* judgement, paragraph 81.

overabundant. In this regard, the EU Tribunal refers to Article 17.1 TEU - according to which "the Commission shall promote the general interest of the Union and take appropriate initiatives to that end" - ruling that such a function "cannot, by default, be fulfilled by the management and labour signatories to the agreement alone. Management and labour, even where they are sufficiently representative and act jointly, represent only one part of multiple interests that must be considered in the development of the social policy of the European Union"[292]. The discourse on the interests that the social partners and political institutions can bear would be very long. Here it is enough to say that the assessment of the general interest is up to the Commission in the differentiated ways referred to above, but also and, I would say, particularly to the Council, called to intervene in the approval of the directive. In this regard, if, as it has been anticipated, the existence of a discretion of the Commission is still under discussion, there is no doubt that, once the proposal for a directive has been submitted, the Council can freely decide whether to approve it or not, respecting the majorities required by the Treaty, according to the subject matter of the collective agreement. This is one of the cornerstones of the *Epsu* judgment as the Council's discretion in this regard is contested by neither the Commission nor the (union) applicants[293]. Since the Parliament shall simply be informed in this case, the Council is the only EU institution that exercises the legislative power of the Union and cannot be bound by the determinations of the European social partners. The discretion of the Council is wide and any vote against the approval of the directive, being a wholly political-legislative act, does not require any motivation. Nevertheless, the continuation of this reasoning retains its usefulness, since, even within the ordinary legislative procedure, Parliament and Council may or may not approve a Commission proposal, but this does not prevent the interpreter from questioning the role played by the last-mentioned European institution.

Even in the light of what has been said so far, however, the opinion of those who found the existence of a constraint for the Commission to propose a directive implementing a collective agreement on Article 152 TFEU appears unconvincing[294]. In fact, this provision merely states that "the Union recognises and promotes the role of the social partners at its level" and facilitates "dialogue between the social partners, respecting their autonomy". Such a strict obligation on the European institution cannot derive even from the combined reading of this provision with Articles 154 and 155 TFEU[295].

---

[292] *Epsu* judgement, paragraph 80.

[293] As a matter of fact, "both the applicants and the Commission recognise that the Council has a discretion as to whether it is appropriate for it to adopt a decision implementing an agreement and that it may not be able to adopt such a decision in the absence of agreement by qualified majority or unanimity, depending on the case, within the Council" (*Epsu* judgement, paragraph 76).

[294] DORSSEMONT, LÖRCHER, SCMITT, *On the Duty to Implement …* . Those authors believe that "Article 152(1) TFEU obliges the Commission to try to bring about the translation of the regulations stemming from the exercise of collective autonomy into the realm of the EU legal order" (page 17). Later, the same authors state that "there is an obligation for the Commission to submit a proposal if a joint request was made by the signatory parties" (page 22).

[295] Scepticism about the potential of Article 152 TFEU is also expressed by NUNIN, *Pluralismo e* governance *istituzionale dei sindacati a livello europeo*, *DLM*, *Quaderno,* 2019, 6, pages 235-236.

4. The reasons for the Commission's refusal to submit a proposal for a directive.

Related to the question of whether the Commission may refuse to submit a proposal for a directive from the social partners is the issue of whether the Commission must provide its motivation for doing so. In situations encompassing the hypothesis where the social partners are involved at the time of the second consultation, provided by Article 154.3, it is not necessary to provide a motivation for the refusal to submit the proposal for a directive since the Commission has not yet applied the principle of subsidiarity in any way and therefore is entitled to broad political discretion.

However, according to the EU Tribunal in the case before it, the Commission has a duty to give a motivation for its refusal, based on Articles 225 and 241 TFEU[296]. Another primary rule referred to in this regard is Article 296.2 TFEU, according to which "legal acts shall state the reasons on which they are based and shall refer to any proposals, initiatives, recommendations, requests or opinions required by the Treaties". The Court reiterates that the Commission's refusal to submit a proposal for a directive is not limited solely to the reasons for the lack of representativeness of the signatory parties or the illegality of the clauses of the agreement. Other reasons are admissible if, in the Tribunal's opinion, they are not materially incorrect or irrelevant.

In the current case, the reasons given by the Commission are three:

1) "central government administrations were under the authority of the Member States' governments, … their structure, organisation and functioning were entirely the responsibility of the Member States";

2) "provisions ensuring a certain degree of information and consultation of civil servants and employees of those administrations already existed in many Member States";

3) "the significance of those administrations depended on the degree of centralisation or decentralisation of the Member States, so that, in the event of the implementation of the Agreement by a Council decision, the level of protection of civil servants and employees of public administrations would vary considerably across Member States"[297].

5. … Cancellation of horizontal subsidiarity? The "boundaries" of the Commission's motivation.

At this point one wonders whether the interpretation here suggested involves the cancellation of horizontal subsidiarity in favour of vertical subsidiarity only.

One should remember that in the *Epsu* case the collective agreement, whose implementation was requested, was the result of an induced negotiation, which started at the time of the first consultation of the social partners by the Commission when the European institution had not yet carried out an appropriateness assessment. In such a case (or in the analogous circumstance of a voluntary collective agreement), the consequence deriving from Articles 154 and 155 TFEU is that there is no need to provide a motivation for the refusal because the Commission has not yet applied the principle of subsidiarity by means of a political act. The same happens in the ordinary

---

[296] Those provisions "authorise the Parliament and the Council respectively to request the Commission to submit any appropriate proposal, while providing that the Commission may decide not to submit a proposal, subject to the condition that it gives reasons for its refusal" (*Epsu* judgement, paragraph 82).

[297] It is possible to read the three motivations in paragraph 9.

legislative procedure when the Commission is not required to state the reasons for not submitting a proposal for a directive on a specific subject matter, just like the national government is not obliged to give a motivation for the non-submission of a bill.

Things change in the event of a consultation of the social partners on the content of the regulatory intervention. In this case, the presence of the primary sources of Union law requires that the motivation cannot be based on appropriateness reasons. Therefore, it is useful to trace the "boundaries" of the Commission's motivation. Furthermore, the permanence or otherwise of the principle of horizontal subsidiarity in the EU legal order depends on the delimitation of these borders.

The analysis of the reasons given by the Commission in the *Epsu* case, therefore, retains its usefulness, although it should be referred to the third hypothesis of the proposed classification. As anticipated, the Commission argues that: 1) the organization and functioning of public administrations fall within the competence of the Member States; 2) many of the Member States have already statutory provisions protecting information and consultation of civil servants; 3) the level of protection of civil servants would have varied considerably among the Member States, due to the different degree of centralization or decentralization existing in the various national contexts.

The first and third reasons touch on some aspects of the legality check as the Commission excludes the possibility that the Union has competence in the matter of public administration and believes that a directive implementing the collective agreement would have produced a differentiated protection in the national legal orders.

The second reason, on the contrary, constitutes an assessment of appropriateness, perfectly admissible in this case but not in the event of a social dialogue started after the second consultation.

What has just been said must also consider the European framework agreement on the protection of occupational health and safety in the hairdressing sector, which was concluded in 2012[298] as a result of a voluntary negotiation. Even in this circumstance, the Commission refused to propose the implementation and, similarly to the agreement on the provisions of information and consultation rights to civil servants, could have motivated the refusal even on political reasons only. In this sense, the arguments put forward by the then President of the Commission must be interpreted. Jean-Claude Juncker founded the refusal on the fact that the agreement dealt with very marginal profiles, which were already regulated by the EU legislation, such as the 'generalist' directives concerning safety and health in the workplace[299].

In summary, on a closer inspection, the principle of horizontal subsidiarity is not weakened by the proposed interpretation. More precisely, in the cases of voluntary negotiation and of a negotiation induced at the time of the first consultation, the principle of horizontal subsidiarity gives way to that of vertical subsidiarity because the Commission has a duty to apply the latter principle, according to the articles of the Treaty on European Union that have been mentioned above and to Protocol no. 2. The suggested interpretation is that the Commission must monitor compliance

---

[298] That agreement was concluded on 26 April 2012 and, following the Commission's reluctance to implement it by directive after the joint request of the signatory parties, was amended on 23 June 2016.

[299] Juncker discussed this collective agreement during the meeting with the ETUC Executive Committee held on November 7, 2016 and stressed that the Union could not implement by a directive an agreement that contained a ban on hairdressers to wear high heels.

with such a principle. What is important is that in any case the European institution always carries out an assessment of appropriateness concerning the directive implementing a collective agreement, regardless of the choices made by the social partners.

Instead, if the negotiation is induced at the time of the second consultation, the Commission has already carried out a political assessment and has decided, by applying the vertical subsidiarity, that the Union should regulate a certain subject matter. In view of this intervention, the scope of the Commission's areas of action are reduced since the European institution cannot motivate its refusal to implement the collective agreement for political reasons, but only for legal reasons, the content of which is limited. In fact, a more careful reading of Articles 154 and 155 TFEU requires that, in this case, the motivation can only concern the legality of the clauses of the collective agreement and the representativeness of the signatory contracting parties. There is no further room for *manoeuvre* for the Commission. In this circumstance, the social partners must apply the principle of horizontal subsidiarity downstream of the implementation of vertical subsidiarity by the Commission. In such a case, the narrow boundaries of the motivation for the refusal lead to the enhancement of the role of the European social partners in making Union law and require to correct the above-mentioned declaration of the EU Tribunal, according to which the principle of subsidiarity "does not have a 'horizontal' dimension in Union law".

The judgement of the EU Tribunal has been appealed before the Court of Justice. Therefore, it is now a matter of waiting for what the higher Court will rule, being conscious of the fact that it is burdened with the onerous task of providing more precise and definitive indications on the complex issue of the relationship between horizontal and vertical subsidiarity.

Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona*

Alessandro Garilli

1. L'attualità dei valori fondativi del diritto del lavoro. 121

2. Il tracciato evolutivo della materia: la costante tensione tra diritti sociali e libertà economiche. 124

3. Il bilanciamento tra i principi costituzionali di solidarietà e di efficienza del mercato. Politica legislativa e controllo di razionalità del sistema normativo. 128

4. L'analisi economica applicata al diritto del lavoro. Il correttivo al costo certo per il licenziamento illegittimo secondo la Corte costituzionale e la posizione eterodossa del Comitato europeo dei diritti sociali. 129

5. Qualche notazione sul *revirement* neo liberista della giurisprudenza in materia di licenziamento economico. 135

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 412/2020

1. L'attualità dei valori fondativi del diritto del lavoro.

Da un ventennio (o poco più) parte della dottrina italiana, prima timidamente e con voci isolate, via via sempre più insistentemente, ha criticato lo statuto epistemologico del diritto del lavoro (da qui in poi DL), ritenendo che i suoi valori tradizionali, che ne giustificano una preponderante finalizzazione anti-mercato, non sono in grado di governare le profonde trasformazioni del sistema produttivo (e più in generale del contesto socio-economico) in conseguenza della globalizzazione e delle coeve rivoluzioni tecnologiche[300].

La critica più severa[301] prende le mosse da «un'identikit del tipico giuslavorista no-market» alla base della cui formazione, ispirata all'elaborazione giuslavorista weimeriana di Hugo Sinzhaimer e della scuola di Francoforte[302], è posta «un'eticità anti-individualistica e anti-utilitaristica e una correlata (anche se, sovente, implicita) antropologia della "diversità" del lavoratore subordinato». Si rimprovera a tale dottrina l'affermazione di una netta separazione tra le considerazioni di diritto, connotate dai valori, e quelle di economia, giudicate tendenzialmente estranee alla materia (il che ha portato talora a teorizzare l'autonomia del diritto del lavoro); una lettura del contratto di lavoro subordinato in termini di contrapposizione strutturale di interessi, sì da espungere dalla sua causa la collaborazione tra le parti; una concezione della retribuzione ancorata al tempo di lavoro, e il più possibile distante dal risultato; un vigoroso contrasto agli abusi dei poteri datoriali e in particolare di quello di licenziamento (con una netta predilezione, a livello rimediale, per la tutela ripristinatoria-reintegratoria); una protezione di marca paternalistica, costruita attorno al principio di inderogabilità; una latente freddezza nei confronti delle politiche attive, giudicate nella migliore delle ipotesi come palliativi; un'idea tendenzialmente conflittuale dell'azione collettiva, con una speculare svalutazione della filosofia partecipativa. Il lavorista tipo sarebbe fondamentalmente rimasto fermo alla concezione marxista del rapporto capitale – lavoro, che lo avrebbe condotto ad un'interpretazione dei diritti fondamentali della Costituzione secondo un sistema rigido di valori "superiori", e dichiarazioni di inferiorità nei confronti del diritto di libertà economica. Egli non avrebbe tenuto conto che, come affermato da Schmitt, «è compito del

---

[300] Ampio e variegato è il dibattito sviluppatosi in dottrina sulle ripercussioni che le trasformazioni (micro e macro) economiche e le politiche finanziarie dell'UE hanno prodotto sui fondamenti del diritto del lavoro e sulla regolazione legale dei suoi istituti: senza pretesa di completezza, tra le molte voci, cfr. B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. CARUSO e G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015; R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, 3; ID., *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, 37; ID., *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n 395/2019; ; L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *DLRI*, 2015, 337; M. PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento lavoristico della Repubblica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, 187; A. PERULLI *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un nuovo paradigma per il diritto del lavoro?,* in L. FIORILLO e A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 3; F. SCARPELLI, *La formazione del giurista del lavoro tra paternalismo delle tutele, autonomia delle parti sociali, politica del diritto*, in O. ROSSELLI (a cura di) *La dimensione sociale del fenomeno giuridico*, Esi, Napoli, 2007; V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro,* in M. P. IADICICCO e V. NUZZO (a cura di) *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, *QDLM*, 2016, 33; 7; G. SANTORO PASSARELLI, *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *DLM*, 2012, 425. Per un confronto tra i diversi punti di vista cfr. L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, 2016, 585 e R. DEL PUNTA e B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, ivi, 645. La prospettiva europea è centrata da SUPIOT, *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.

[301] È quella di R. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, cit., da cui sono tratti i brani successivi.

[302] Cfr. l'antologia degli scritti di E. FRAENKEL, O. KAHN FREUND, K. KORSCH, F. NEUMANN E H. SINZHEIMER, in G. ARRIGO e G. VARDARO (a cura di), *Laboratorio Weimr*, Edizioni Lavoro, Roma, 1982.

legislatore e delle leggi… stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori»[303].

Che ci sia ancora qualche esponente della materia legato a un DL sviluppatosi nel contesto organizzativo taylorista-fordista, e incapace di storicizzare i valori adattandoli ai mutamenti sociali ed economici, può essere vero. Tuttavia tale corrente di pensiero ha svolto un ruolo marginale nell'evoluzione del DL se non forse, e solo in parte, sul finire degli anni '60 e nei primi '70 del novecento, quando grazie a questa dottrina i diritti di libertà sono entrati nelle fabbriche[304]. Solo in parte perché quella stagione – dello statuto dei lavoratori e del processo del lavoro – si è piuttosto sviluppata attraverso l'apporto di altra dottrina che, partendo dall'elaborazione dell'autonomia sindacale libera da condizionamenti statuali, perviene alla necessità di una legislazione di sostegno all'attività dei sindacati rappresentativi[305].

Se poi la critica è rivolta, più in generale, al codice epistemologico del DL a me sembra quanto meno ingenerosa. In primo luogo perché trascura l'apporto del DL all'evoluzione politica e sociale del Paese: va a suo merito l'avere dato dignità alla persona che lavora con vincolo di dipendenza, considerandola cittadino *pleno iure* anche nei confronti del datore di lavoro. Almeno questo tributo lo si deve. Come affermato da Otto Kahn Freund, formatosi alla scuola di Sinzhaimer, ma che quegli insegnamenti filtrerà nell'esperienza di common low, «l'oggetto principale del diritto del lavoro è sempre stato, e mi azzardo a dire che sempre sarà, di costituire una forza di bilanciamento atta a compensare le disuguaglianze di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto d lavoro»[306]. Dunque il contratto individuale è la cellula del DL, ma di esso viene messa in rilievo la carica di illiberalità e di disuguaglianza che è compito del DL rimuovere o quantomeno attenuare. Si può discutere se la nozione formale di subordinazione sia ancora in grado di reggere l'impatto determinato dai nuovi lavori, dalla frammentazione della figura del datore di lavoro [307] e dalle più moderne forme di organizzazione del lavoro (quale quella c.d. a

---

[303] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori, Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, a cura di GURISATTI e con un saggio di VOLPI, Adelphi, Milano, 2008, 67.

[304] Il riferimento è alla dottrina di ispirazione marxista raccolta intorno alla *Rivista giuridica del lavoro* dalla metà degli anni cinquanta del '900, la cui linea di politica del diritto è efficacemente sintetizzata da G. F. MANCINI, *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Pol. dir.,* 1970, 190 e in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna 1976, 187, nonché alla corrente di magistratura che si esprimeva attraverso *Quale giustizia*. Tra i giudici emblematica era la posizione di CANOSA, *Storia di un pretore,* Einaudi, Einaudi, 1978.

[305] Sulle origini della linea promozionale, G. GIUGNI, G. F. MANCINI, *Per una cultura sindacale in Italia*, in *Il Mulino*, 1954, n. 27, 28 ss.; G. GIUGNI, *Introduzione* alla prima edizione italiana di S. PERLMAN, *A theory of the Labor Movement* con il titolo *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, La nuova Italia, Firenze, 1966, ripubblicato e arricchito di una presentazione dello stesso Giugni con il titolo *Per una teoria dell'azione sindacale*, Edizioni lavoro, Roma, 1980. Cfr. inoltre sulla formazione e le ideologie sottese allo Statuto dei lavoratori, le osservazioni critiche di G. TARELLO in *Appendice* alla seconda edizione di *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Edizioni di comunità, Milano, 1972, 145 ss; T. TREU, *Il sindacato fuori dalla Costituzione: riconoscimento e rappresentatività,* in *Jus,* 1975, 199 ss.; M. GRANDI, *Conflitto industriale e nuove politiche di tutela del lavoro*, in *DL*, 1984, I, 98 ss; M. RUSCIANO, *Conflitto industriale e modelli di politica del diritto,* in *PD,* 1984, 317 ss.

[306] O. KAHN FREUND, *Labour and the Law*, Stevens, London, II ed., 1977, 6.

[307] Il fenomeno riguarda sia le forme tradizionali (e discusse) di codatorialità – su cui vedi gli atti delle *giornate di studio dell'Aidlass, Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi",* svoltesi a Cassino il 18 e 19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 2018 – sia le prestazioni rese attraverso la piattaforma: si fa l'esempio del dovere di garantire la sicurezza del lavoro che può fare capo all'utilizzatore del servizio se questo è in grado di controllare la modalità e i luoghi di svolgimento della prestazione, come nel caso di servizi di pulizia dei locali del cliente. Sul tema cfr. da ultimo, A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, Bologa, 2019, 48 ss.

cervello[308]), e se quindi non occorra un'attività manutentiva della fattispecie, o sia necessario configurare a latere di quella "tradizionale" nuove nozioni, o ancora assumere la prospettiva rimediale per graduare le tutele in relazione agli interessi in gioco delle parti[309]. Ma resta comunque lo squilibrio contrattuale (di potere), più o meno intenso, più o meno corretto dall'introduzione di forme di partecipazione e di valorizzazione delle *capabilities*[310] che si vorrebbero inserire tra gli obblighi contrattuali enfatizzando l'elemento collaborativo (fino a considerarlo causa del contratto[311]). Del resto, siamo sicuri che le radicali trasformazioni del paradigma organizzativo siano un passo avanti verso l'emancipazione e l'autonomia dei lavoratori, e quindi verso la loro libertà individuale, o invece non preludano all'«ennesima forma di dominio, ancora più avido, spietato e diffuso», all'«invasione … dei pochi spazi rimasti di autonomia e di riservatezza»?[312] Va aggiunto che non tutto il lavoro è di qualità e non si può disconoscere che vecchie e nuove forme di sfruttamento siano presenti nel mercato[313]. Frammentazione e polarizzazione si riflettono nei diversi modelli contrattuali a cui si applicano regimi differenziati non sempre coerenti con il principio di eguaglianza, se intesa nel senso di cui all'art. 3, comma 2, Cost.[314] Entra qui in gioco il tema del lavoro flessibile e precario[315] (che incrocia il fenomeno sempre più diffuso dei *working*

---

[308] La metafora del cervello evoca un'organizzazione in grado di funzionare in maniera flessibile e creativa, favorendo nel contempo processi di apprendimento tra i lavoratori. Cfr. G. MORGAN, *Images. Le metafore dell'organizzazione*, V ed., Franco Angeli, Milano, 2015

[309] Sulla crisi della fattispecie cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1982; U. MATTEI, *I rimedi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 2001; S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo,* Giappichelli, Torino, 2012, 16. Per l'applicazione della teoria alla tutela dei nuovi lavori cfr. T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*., 2017, 3/4, 367 ss. e *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT,* n. 371/2018.

[310] L'"approccio delle capacità" – secondo il fulcro teorico elaborato da AMARTYA SEN (tra le tante opere, cfr. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2009, 240 ss.) e sviluppato da MARTHA CRAVEN NUSSBAUM (*Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il mulino, Bologna, 2014, 177 ss.) - per riprogettare il diritto del lavoro su basi di liberalismo sociale proiettato nelle politiche di formazione personalizzata, che coniughi le aspirazioni di vita del soggetto con il suo inserimento socio-professionale, è da qualche tempo in voga presso una parte dei giuslavoristi: B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability*", in *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Atti del XV congresso nazionale dell'Aidlass, Giuffrè, Milano, 2007; R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCLLIR*, vol. 32, 2016, 383; ID., *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, cit., p. 24 ss. SEN definisce "*capabilities" (*tradotto capacità o capacitazioni) l'insieme delle risorse relazionali di cui una persona dispone, congiunto con le sue capacità di fruirne e quindi di impiegarlo operativamente; nella letteratura viene spesso anche indicato con il concetto di *capitale sociale*, come sintesi degli aspetti materiali e immateriali della relazione tra persona e contesto.

[311] Già in questo senso E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1993, 50, che individua la collaborazione come causa del tipo negoziale del contratto di lavoro subordinato, ma dalla prospettiva dell'aspettativa del datore di lavoro creditore al risultato della prestazione e quale riflesso dell'organizzazione nell'obbligazione del lavoro.

[312] È l'interrogativo, ancora senza risposta, che solleva Z. BAUMAN, *L'arte della vita*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2009, 161.

[313] La composizione della forza lavoro digitale in cui sono presenti attività complesse che richiedono professionalità medie o elevate e prestazioni svolte offline da soggetti a bassa o nulla qualificazione (Gig Economy) è emblematica di come la segmentazione del lavoro sia una costante indipendente dalle trasformazioni produttive. Sull'impatto delle tecnologie digitali sull'organizzazione del lavoro e sulle discipline del diritto del lavoro, da ultimo, cfr. E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica,* Adapt, Bergamo, 2019.

[314] G. FONTANA, *Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 398/2019.

[315] Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2014, 186-187: «La precarietà è il tratto distintivo della condizione preliminare di tutto il resto: la qualità di vita, e in particolare quella derivante dal lavoro e dall'occupazione … I lavori sicuri in aziende sicure sembrano ormai un ricordo del passato; né esistono specializzazioni ed esperienze che, una volta acquisite, possano garantire un posto di lavoro certo e, soprattutto, duraturo. Nessuno può ragionevolmente pensare di essere al riparo … dalle capricciose ma irresistibili pressioni della "competizione", della "produttività" e dell'"efficienza". "Flessibilità" è la parola d'ordine del giorno». Sulle "molte facce della flessibilità", cfr. L. GALLINO, *Il costo umano della flessibilità*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2001 e *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2007, 122. Dai dati Istat risulta che a dicembre 2019 i precari ammontavano a 3.123.000. È affermazione condivisa che il sistema economico italiano crei soprattutto «lavoro povero, precario, più nei servizi a

poor[316]*),* su cui il legislatore si è da tempo esercitato nel tentativo (spesso maldestro) di coniugare esigenze delle imprese, incremento dell'occupazione e tutela dei lavoratori. Non solo: le nuove e più sottili forme di dipendenza (o in molti casi di sfruttamento), effetto delle innovazioni tecnologiche, richiedono l'adozione di sanzioni anti elusive nei confronti di datori di lavoro che si avvalgono dello schermo del contratto di lavoro autonomo; è avvertita cioè l'esigenza – fatta propria dal legislatore con l'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015 - di assicurare una protezione equivalente a quella prevista per il lavoro subordinato (o comunque una protezione adeguata) anche a soggetti in condizione di debolezza economica «operanti in una "zona grigia" tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea»[317]. In conclusione, cambiano i modelli e le tecniche, ma al fondo la funzione del DL resta sempre quella di predisporre una rete protettiva che corregga l'asimmetria contrattuale e tuteli i valori fondamentali dell'esistenza umana: la libertà, la dignità e l'uguaglianza[318]. Certo si sono aggiunte altre esigenze che il DL deve affrontare e risolvere: dalla tutela dei bisogni primari estesa a tutti i cittadini e agli immigrati regolari, alla rete di interventi nel settore della formazione che favoriscano lo sviluppo delle professionalità e la valorizzazione delle differenze, e via dicendo. Ma le nuove eterogenee esigenze non intaccano, ma anzi arricchiscono il nucleo fondativo dei valori originari del DL.

2. Il tracciato evolutivo della materia: la costante tensione tra diritti sociali e libertà economiche.

La marginalità della dottrina anti mercato appare evidente nelle trasformazioni del DL degli anni '80 e '90, ascrivibili a una revisione critica della materia in funzione dei mutamenti del sistema economico-produttivo determinati dalle innovazioni tecnologiche e dalla globalizzazione. Fondamentale nel tracciare l'indirizzo di politica del diritto è la relazione di Giugni al VII congresso nazionale dell'Aidlass del 1982[319]. Essa prende atto della fine della stagione del garantismo forte, il cui centro era il rapporto tra potere e libertà, riequilibrato attraverso l'introduzione di quello che enfaticamente fu chiamato il doppio contropotere, individuale e collettivo: il primo con le disposizioni a tutela della libertà e dignità dei lavoratori, a cui vengono conferiti diritti che operano come limite esterno alla libertà d'impresa; il secondo promuovendo l'attività sindacale nei luoghi di lavoro di soggetti dotati di rappresentatività e garantendone l'effettività di esercizio con uno specifico procedimento giudiziario di carattere sommario. Era il modello del conflitto industriale, in cui la tradizione socialista (o social riformista) si combinava con concezioni competitive e

---

basso valore aggiunto che nella manifattura innovativa, e quindi marginale in rapporto alla grande trasformazione digitale in atto… La nuova emigrazione è anche una fuga dal lavoro di bassa qualità»: R. MANIA, *Lavoro, le ricette fallite*, in *la Repubblica* di venerdì 31 gennaio 2020.

316 M. TUFO, *The Working Poor in the European Union,* in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 12, 2019.

317 Così Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in D&G, 2020, 27 gennaio, con nota di SICCARDI, che sembra applicare la prospettiva rimediale nell'interpretazione dell'art. 2 del d. lgs. 81/2015, qualificato «norma di disciplina» e non «nuova fattispecie». Ne consegue un'applicazione ampia dell'etero-organizzazione (anche con riferimento al testo anteriore alla novella di cui al d.l. 101/2019, conv. nella l. 128/2019): quando questa, «accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato» (punto 26 della motivazione).

318 In questo senso M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *RIDL*, 2019, 279 ss.

319 G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *DLRI*, 1982, 373 ss.

antagonistiche del pensiero liberale nell'ottica del pluralismo conflittuale[320]. Ad esso viene contrapposto e troverà applicazione nella prassi delle relazioni sindacali un nuovo paradigma caratterizzato per un verso dalla partecipazione degli attori sociali alle decisioni di carattere politico-economico (concertazione – neo corporativismo) e per l'altro dalla c.d. deregolazione contrattata, in cui la norma inderogabile pur restando quale tecnica generale di tutela, viene resa cedevole, consentendosi alla contrattazione di apportarvi deroghe anche peggiorative (o di integrarne o sostituirne il contenuto)[321]. Vengono messi in discussione il rigido apparato antifraudolento (ad es. contratto a termine) e garantismi inutili o sproporzionati rispetto al risultato conseguito, ma si ritiene necessario estendere la copertura agli strati sommersi o semisommersi e ai lavoratori che ne sono privi pur versando in condizioni di debolezza socio-economica. «La direttiva ideale … è di costruire un diritto del lavoro che sia partecipe dei valori della cultura industriale, che sia in grado cioè di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza». Questa è un principio regolativo per la composizione dei contrasti sociali che richiede un DL riformato in condizione di governare la società a struttura sempre più complessa, senza intaccarne il corredo di valori.

Il cambiamento delle politiche del lavoro, prospettato da Giugni e (in buona parte) attuato dal legislatore, fu condiviso dalla larga maggioranza della dottrina anche se non mancarono voci dissenzienti.

Il nuovo ciclo non sarà però facile da governare, e alle soglie degli anni 2000 il modello entra in crisi: sia per le altalenanti rotture dei rapporti tra i tre grandi sindacati, a cui era assegnato il ruolo di intermediazione, non sanabili in assenza di regole legali sulla rappresentanza e sull'efficacia del contratto collettivo[322], sia per il mutamento del quadro politico[323]. E prende corpo una nuova dottrina che intende farsi carico di valori alternativi rispetto a quelli che hanno concorso all'evoluzione della materia.

Il DL – si sostiene - non può assolvere più alla sola funzione di proteggere la persona del lavoratore dall'autorità del suo datore di lavoro, assegnando prevalentemente alle parti sociali la saldatura tra la tutela del lavoratore e l'efficienza organizzativa. Anche le esigenze del datore di lavoro, che è l'altro soggetto della relazione di lavoro, devono essere integrate nel discorso giuslavoristico, in quanto anch'egli è portatore di valori[324]. Il contratto non può essere rappresentato ricorrendo allo schema causale della subordinazione a cui si accompagna una tutela unidirezionale, giacché in esso confluiscono, secondo il principio di eguaglianza formale, gli interessi di entrambe le parti, o meglio entrano in gioco almeno due diritti fondamentali che devono tra loro essere integrati. Occorre dunque sottolineare l'elemento collaborativo che superi la subalternità del lavoratore e

---

320 H.A. CLEGG, A. FLANDERS, A. FOX, *La contesa industriale*. *Contrattazione, conflitto, potere nella scuola di Oxford,* Edizioni lavoro, Roma, 1981. La rielaborazione su basi liberal-sociali della teoria della lotta di classe di Marx nelle società industriali è di R. Dharendorf, *Classi e conflitto di classe nella società industriale,* Laterza, 1963; ID., *Il conflitto sociale nella modernità,* Laterza, Bari, 1989.

321 M. GRANDI, *Conflitto industriale e nuove politiche di tutela del lavoro*, in *DL*, 1984, I, 98 ss; M. RUSCIANO, *Conflitto industriale e modelli di politica del diritto,* in *PD,* 1984, 317 ss.; G. GIUGNI, *Concertazione sociale e sistema politico in Italia,* in *DLRI*, 1985, 53 ss.; ID., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano,* in *DLRI,* 1986, 317 ss.

322 Sulla crisi del sindacalismo storico come metafora della crisi del diritto del lavoro cfr. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 1997, 76; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, VI ed., Utet, Torino, 2013, 121; CELLA, *Il sindacato*, Laterza, Bari, 1999.

323 M. V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, VI ed., Giappichelli, Torino,2018, 84 ss.

324 M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2000, 15.

ne garantisca spazi di autonomia rispetto alla legge e alla contrattazione collettiva, quindi assumendo quale obiettivo di fondo la soggettivazione del lavoratore, da considerare come il più profondo tra i valori sottesi alla materia. In una prospettiva più ampia si assume che la cultura giuslavoristica dovrebbe rinunciare a rappresentare una visione del mondo alternativa ed emancipatoria in senso forte, e lavorare invece dentro il mercato assorbendone le istanze[325].

Sul piano delle proposte operative, l'ispirazione alle riforme legislative che verranno attuate dagli anni 2000 si rinviene in un documento (intitolato Libro bianco sul mercato del lavoro) presentato nell'ottobre 2001 dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in cui si delinea un significativo cambiamento delle tecniche regolatorie[326]. L'analisi prende le mosse dal contesto economico, e propone ricette concrete. Si afferma che la competitività internazionale, il basso tasso di occupazione e i mutamenti nell'organizzazione del lavoro spingono verso la valorizzazione delle capacità dell'individuo e la conseguente trasformazione del rapporto di lavoro[327]. Ciò induce a sperimentate nuove forme di regolazione, rendendo possibili assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d'un adeguato controllo sociale. L'asimmetria contrattuale non deve perciò comportare la vanificazione dell'autonomia individuale, che invece, se opportunamente assistita con l'intervento di organismi terzi, può esplicare effetti qualificatori del rapporto e derogatori-dispositivi dei diritti. Le tutele vanno rimodulate, riducendo quelle che confliggono con le esigenze di flessibilità organizzativa ma estendendone alcune minime anche fuori dal rapporto subordinato (i c.d. insiders)[328]. È dunque lo Statuto dei lavoratori che viene messo in discussione perché, a dire dei fautori della linea liberista sostenuta dai governi Berlusconi, eccessivamente garantista e per di più soltanto a tutela dei lavoratori della media-grande impresa[329]. Alle "norme leggere" di disciplina del rapporto di lavoro va accompagnato uno scudo protettivo nel mercato da attuarsi mediante politiche attive (formazione, servizi per l'impiego) rivolte a migliorare l'occupabilità, secondo il modello coniato in sede di UE della flessicurezza[330]. Vanno sostenute forme di welfare aziendale e ammortizzatori gestiti da enti bilaterali. Dal punto di vista della contrattazione collettiva l'esigenza di incrementare la produttività richiede maggiori margini di manovra a livello aziendale dove deve essere consentita la derogabilità in peggio delle clausole del contratto nazionale

---

325 R. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, cit., 17.

326 Cfr. A. GARILLI, *Il rapporto tra le fonti nel nuovo diritto del lavoro*, in *DML*, 2017, 407 ss. (qui 415 ss.).

327 Per un'analisi delle conseguenze sul DL della globalizzazione, dei cambiamenti dei sistemi produttivi e delle politiche economico-finanziarie dell'Unione Europea, cfr. V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro,* cit.

328 Evidente l'ispirazione del documento alle tesi di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato,* Mondadori, 1996.

329 Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *LD,* 2010, 27, che critica («non condivido l'idea di estendere diritti ad alcuni per ridurli ad altri») il documento e le coeve proposte di parte della dottrina (da Treu e Biagi a Boeri Garibaldi e a Ichino) di sostituire lo Statuto dei lavoratori con un corpo normativo che preveda, a seconda dell'intensità della dipendenza socio-economica, una tutela progressiva costruita per geometrie variabili. Di altro tenore – e cioè nel senso di mantenere inalterate le tutele statutarie per il lavoro subordinato, estendendo alle collaborazioni coordinate e continuative alcune norme di protezione e garanzia - sono le proposte (pur ideologicamente diverse) di "ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro" elaborate da P. ALLEVA e M. D'ANTONA nel quadro di una riforma complessiva del mercato del lavoro formulata dal gruppo di lavoro della Consulta giuridica della CGIL, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico,* Ediesse, Roma, 1998.

330 M. V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, in *Lav. dir.*, 2012, 441 ss.; B. CARUSO, C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *DLM*., 2007, 457 ss. M. RODRIGUEZ PINERO, B. FERRER, *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, in *RGL,* 2013, I, 521 ss.; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro,* in *DLRI,* 2013, 1 ss.; T. TREU *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *DLRI,* 2013, 597.

e finanche delle norme di legge. Tale progetto ha costituito il filo rosso che lega i più significativi provvedimenti legislativi emanati nel periodo recente e senza soluzione di continuità tra governi di centro-destra, tecnici e di centro-sinistra.

La dottrina che critica l'attaccamento ai valori fondativi della materia propone che anche il DL scelga una terza via – che in qualche modo si collega al noto manifesto per la rifondazione della socialdemocrazia di Antony Giddens, ispiratore della politica blayreina[331] - che rivendichi le ragioni di un nuovo equilibrio – la delineazione dei termini del quale, si dice, sarà l'impresa del futuro – tra l'eredità socialdemocratica e la cultura mercatista coltivata da vari filoni di pensiero, tra cui anche quello ordoliberale di cui si tessono le lodi[332]. Occorre pertanto confrontarsi con il nuovo indirizzo politico culturale fondato sulla conciliazione tra mercato (non in senso naturalistico, ma come ordina istituzionale) e giustizia sociale; un modello di economia sociale di mercato che ha trovato consacrazione nel TFUE, nel cui art. 151 in cui le misure a protezione e miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, per lo sviluppo dell'occupazione e la lotta all'emarginazione devono tenere conto della "necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione". Una prospettiva che, va ricordato, presenta un'ambiguità di fondo: in quanto espressione dell'ordoliberalismo tedesco - considerato da Michel Foucault come un modello biopolitico manipolatorio e perciò più pericoloso di quello liberale classico[333] - essa tende all'assoggettamento di tutta la vita sociale all'imperativo economico, e quindi è tale da non potersi considerare valido riferimento teorico del diritto del lavoro. E che non è stata in grado fin qui di dare risposte convincenti al malessere determinato dalla situazione socio-economica generale; anzi sono aumentate le disuguaglianze, e l'indignazione di massa è sfociata nel rifiuto di larghi strati sociali della democrazia rappresentativa e nell'adesione acritica a forme di populismo sovranista. Comunque, anche a voler ritenere che sia l'unica soluzione possibile in un'economia capitalistica[334], la terza via può essere attuata con strumenti d'intervento e tecniche regolative che incidono diversamente sul rapporto tra diritti sociali e libertà economiche. Ed è sulla sua trasposizione in norme giuridiche che il giurista deve confrontarsi, tenendo ferma la barra sui principi costituzionali e sul Modello Sociale Europeo indicato dalla Carta dei diritti fondamentali, nonché su diritti riconosciuti dalla Carta sociale europea (che entrano nel nostro ordinamento quali norme interposte).

---

331 A. GIDDENS, *La terza via. Manifesto per la rifondazione della socialdemocrazia*, con Prefazione di PRODI, il Saggiatore, Milano, 1999.

332 È il modello economico social liberale sviluppatosi in Germania negli anni '30 del '900 attorno alla figura di Walter Eucken, assumendo poi il nome di Scuola di Friburgo e la denominazione di ordoliberalismo dal titolo della rivista *Ordo*, fondata sempre da Eucken e il cui primo numero uscì nel 1948. Un liberalismo che vuole essere diverso da quello ottocentesco e che si propone di garantire la libertà di mercato, ma anche la giustizia sociale, nella convinzione che la realizzazione dell'individuo possa aversi solo se vengono garantite la libertà di impresa, di mercato e la proprietà privata. Cfr. W. RÖPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, il Mulino, Bologna, 2004; W. OSWALT, *Il liberalismo egualitario contro la concentrazione del potere economico: l'ordoliberalismo di Walter Eucken,* in *www.i-lex.it*, n. 21, maggio 2014.

333 M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005.

334 Il rapporto tra andamento dell'economia e tutele di chi lavora è sottolineato da M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, cit.

3. Il bilanciamento tra i principi costituzionali di solidarietà e di efficienza del mercato. Politica legislativa e controllo di razionalità del sistema normativo.

Credo si possa affermare che il fondamento su cui si regge l'economia sociale di mercato è il contemperamento tra i principi[335] di solidarietà, collegata al rispetto della dignità della persona, e di libertà d'impresa. La solidarietà, ha affermato Mengoni[336], «ha una dimensione collettiva, prende corpo e si definisce in connessione con lo sviluppo dell'economia di mercato, nell'ambito della quale oppone dialetticamente l'equità al principio di efficienza». È «un principio giuridico oggettivo che comanda a chi esercita un diritto di libertà di tenere conto anche del bene comune nel senso esplicato dall'art. 41 Cost.» E a cui la Carta dei diritti fondamentali dà specifico risalto nel suo titolo IV. La solidarietà è immanente alla giustizia e concorre a determinare il concetto di *aequa libertas*. Certamente, così come è da ritenere fallace la dottrina che anteponeva tutti i diritti sociali relativi al lavoro alla libertà di impresa, parimenti non si può concordare con chi afferma la piena parificazione di questa libertà a tutti i valori inerenti alla persona del lavoratore. Di questi vi è sicuramente un nocciolo duro intangibile – e quindi non soggetto a bilanciamento - che può ascriversi ai diritti fondamentali alla libertà e dignità personale (art. 41, co. 2), ai divieti di discriminazioni, alla tutela della salute, alla retribuzione sufficiente. Sicché il bilanciamento riguarda altri principi come il diritto al lavoro, inteso nel senso di tutela del posto di lavoro, o, per quanto riguarda l'azione sociale dello Stato, l'assistenza sociale[337].

Da ciò consegue che è compito del DL sottoporre a vaglio critico le scelte operate dal legislatore, sia per verificarne la conformità ai principi costituzionali, declinati in chiave multilivello, sia per ricercare la corretta interpretazione della norma vigente. E se con riguardo alle prime la elasticità dei principi attenua il vincolo costituito dal testo normativo e quello rappresentato dalla dogmatica giuridica in quanto si sviluppa, come detto, attraverso il bilanciamento di beni e interessi (e dei valori sottostanti dinamicamente considerati in ragione dei mutamenti dell'assetto dei rapporti economico-politici)[338]; nella seconda l'argomentazione pratica – vale a dire il controllo di razionalità sulle conseguenze delle scelte corrispondenti – va integrata in un processo circolare con la dogmatica, attraverso la quale le valutazioni normative vengono analizzate e ordinate secondo le loro connessioni logiche, cioè dal punto di vista della razionalità del sistema normativo,

---

335 Come è noto la distinzione tra valori (con carattere assiologico e teleologico) e principi (con connotazione deontica) è sottile e non comporta un'alterità assoluta tra le due entità (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPA, Laterza, Roma – Bari, 2013, 285 s.). È comunque ritenuto più utile, per le esigenze di garanzia della certezza del diritto, passare dal modello dei valori a quello dei principi (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, 170). Precisa G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, 2006, che, mentre i valori rappresentano beni finali, ponendosi come mete da raggiungere attraverso «attività teleologicamente orientate», i principi si presentano come beni iniziali, bisognosi di essere realizzati attraverso «attività conseguenzialmente determinate». Secondo E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano,1971, 205 ss. l'«eccedenza di contenuto deontologico» degli enunciati normativi di principio, senza metterne in discussione la portata normativa, consente loro di svolgere un ruolo essenziale nell'interpretazione e nell'integrazione del diritto, garantendo l'apertura del sistema normativo alle istanze etiche provenienti dalla società.

336 L. MENGONI, *I diritti sociali*, *ADL*, 1998, spec. 8 ss. e ivi riferimenti al pensiero di Habermass sul rapporto tra solidarietà e giustizia.

337 L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in Aidlass, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Venezia 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008, 56.

338 Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 115. Critico nei confronti della tecnica del bilanciamento inteso quale «metavalore» mediante il quale selezionare i valori è V. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, 175.

che non necessariamente coincide con le ragioni fatte valere da punti di vista extrasistematici, pur se fondate sull'opinione o di tutti o della grande maggioranza o dei sapienti[339].

Ma è proprio su queste tecniche interpretative che si condensa lo scontro in dottrina, giacché esse sono messe in discussione (o quanto meno sono corrette e ricondotte ad una dimensione unidirezionale) dall'applicazione nella legislazione del lavoro delle politiche neo-liberiste e monetariste[340], messe in campo per gestire la crisi economico-finanziaria (che ha causato un aumento vertiginoso del debito sovrano) e contenere la spesa pubblica attraverso interventi imposti dall'UE agli Stati (e all'Italia in particolare) consistenti non solo nel pareggio di bilancio e nel fiscal compact, ma anche (soprattutto) nella riduzione delle tutele dei lavoratori (licenziamenti, estensioni dei poteri datoriali di gestione, libertà di contrattazione a livello aziendale) quale strumento per favorire produttività e competitività delle imprese. Ciò perché al primato delle ragioni dell'economia si accompagna la valutazione e l'interpretazione della legge in termini di efficienza, cioè *pro business*[341]. Il tema è quello dell'applicazione al DL della teoria della *Law and Economics*, secondo la quale ogni regola va ricondotta al calcolo di utilità (e non di razionalità nel senso sopra considerato), in quanto fondamento e metro di misura della sua legittimità: da qui l'assioma del costo certo che le imprese dovrebbero sopportare per la rottura del contratto, applicazione monodirezionale della teoria dell'*efficient breach of contract*, che riduce il diritto a mero calcolo di interessi[342]. Nelle sue estreme conseguenze la riduzione del diritto a mero calcolo di utilità conduce a risultati aberranti, quali la negazione dei diritti sociali perché distruggono l'ordine di libertà garantito dai diritti civili (per il Nobel Hayek) o la giustificazione (in spregio dell'art. 5 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo) della tortura quando «le poste in gioco sono abbastanza elevate»[343].

4. L'analisi economica applicata al diritto del lavoro. Il correttivo al costo certo per il licenziamento illegittimo secondo la Corte costituzionale e la posizione eterodossa del Comitato europeo dei diritti sociali.

Questa teoria ha trovato convinti sostenitori presso una parte della dottrina lavoristica. Tra questa spiccano le tesi di Pietro Ichino, che, in estrema sintesi, sostiene che il concetto di efficienza del mercato individuato dalle analisi economiche, va riferito «a un obiettivo che incorpora» i valori costituzionali, primo tra tutti il diritto al lavoro, «nessuno dei quali potrebbe essere perseguito con successo in un mercato del lavoro inefficiente»[344]. Tra le tante applicazioni indicate

---

339 L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, 53 ss.

340 Per un'analisi comparata, anche se per lo più riferita al contesto nord-americano, cfr. B. E. KAUFMAN, *Il contributo al diritto del lavoro della analisi economica secondo l'approccio neoclassico e istituzionale*, in *DRI*, n. 2, 2009, 272 ss.

341 V. la critica di M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 2008, 68: «Bisogna avere il coraggio di affermare che la cultura economica che continua a delegittimare la legislazione del lavoro mira a indebolire il fondamento della Repubblica riposto nel lavoro, e ad alterare il carattere di economia sociale di mercato e di Stato sociale democratico pluriclasse».

342 R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, New York, 2007, 119 s. e la critica di A. Supiot, *Homo juridicus*, Bruno Mondadori, Milano, 16 e 134.

343 POSNER citato da SUPIOT, op. cit., 234.

344 Vero è che «l'efficienza del mercato del lavoro risponde anche ad un essenziale valore lavorista» (così R. Del Punta, B. Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta,* cit., 654); ma il nodo problematico sta nel fatto se a tale valore vada conferita autorità di primato rispetto agli altri posti a presidio della persona del lavoratore. Sul conflitto insanabile tra i principi dell'analisi economica del diritto e quello dello stato costituzionale di diritto si rinvia a A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015.

dall'Autore[345] merita di essere ricordata, perché sottoposta a controllo di razionalità giuridica dalla Corte costituzionale, la proposta di una riforma legislativa volta a negare il controllo giudiziario sulla legittimità del licenziamento economico, ed invece a lasciare libero il datore di lavoro di scegliere tra l'addossarsi il costo del licenziamento (legislativamente prestabilito), ovvero di mantenere la diseconomia conseguente alla continuazione del rapporto che genera inefficienza[346]. Modificata dal legislatore del Jobs Act (alla cui elaborazione lo studioso ha partecipato in veste di autorevole parlamentare del PD), la tesi, depurata dal meccanismo automatico, è posta alla base della riforma delle sanzioni per il licenziamento illegittimo introdotta con il d. Lgs. 23/2015, in cui l'entità dell'indennizzo a favore del lavoratore è predeterminato in misura fissa e crescente in relazione agli anni di servizio, senza alcuna discrezionalità valutativa da parte del giudice.

Ma la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale ha scardinato l'assioma del costo certo che le imprese dovrebbero sopportare per la rottura del contratto[347].

La sentenza anzitutto conferma la compatibilità di una tutela solo economica con il diritto al lavoro, che tuttavia la stessa Corte qualifica «fondamentale diritto di libertà della persona umana»; compatibilità che è difficile da accettare quando, come nel caso del licenziamento disciplinare ingiustificato, non sussista alcuna necessità di bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost., essendo qui in gioco non scelte relative alla produttività dell'impresa, ma la tutela della dignità della persona del lavoratore, lesa dall'attribuzione di una grave condotta rivelatasi inesistente. Ma l'opinione della Corte è sul punto granitica, senza alcuna distinzione tra i tipi di licenziamento: fin dagli anni 70 essa ha affermato che la tutela reintegratoria non ha copertura costituzionale, e neppure nelle fonti sovranazionali: in particolare l'art. 24 della Carta sociale europea afferma il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» (primo comma). Di guisa che l'art. 18 dello St. lav., pur essendo «indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore, non concreta l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi»[348], restando la scelta

---

[345] Vedile in P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in *LD*, 1998, 309 ss. ed inoltre dello stesso A., *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2001, I, 165 ss. e *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, in *ADL*, 2006, 454 ss.

[346] P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2003, 435 ss.

[347] Sulla sentenza vi è un ampio dibattito, con commenti adesivi e contrari in cui spesso prevale, com'è ovvio, la componente ideologica. Cfr., *ex aliis*, A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in M. TREMOLADA, A. TOPO (a cura di) *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa, Liber amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2019, 957; M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015. Ma crescono davvero le tutele dopo l'intervento della Corte?*, in *LD,* 2019, 2, 243 ss.; F. CARINCI, *All'indomani della Corte cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, 477; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, 3, 634; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *RIDL*, 2018, II, 1050; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema, ivi*, 1059.; G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015:one step forward two step back*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n 382/2018. A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la Corte cost. 194/2018,* in *DRI*, 2019, 228; A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 2019, 2, 219; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *DRI,* 2019, 1, p. 277.

[348] Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46.

sui mezzi di tutela affidata alla discrezionalità del legislatore[349] e sottoposta al necessario ragionevole contemperamento della pluralità di interessi costituzionali concorrenti. Al fondo della questione c'è sempre il tema del potere del datore di lavoro e dei suoi limiti: un potere che si manifesta in tutta la sua crudezza proprio quando si dà luogo al licenziamento. Per questo una parte della dottrina – quella più garantista[350] – ha espresso un giudizio negativo sulla legge che marginalizza la reintegrazione al licenziamento discriminatorio e a pochi altri casi, pur doverosamente ammettendo che la questione è di politica legislativa e non va posta sul piano della legittimità costituzionale.

Entrando nell'esame della censura di costituzionalità della sanzione monetaria, la Corte afferma che questa ha natura di rimedio risarcitorio, costituendo il licenziamento un atto illecito adottato in violazione dell'art. 1 della legge n. 604 del 1966[351]. Come tale, deve articolarsi nel rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, che sono violati quando la liquidazione legale è forfettizzata e standardizzata in quanto ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio. Il principio di eguaglianza è dalla legge disatteso a causa dell'«ingiustificata omologazione di situazioni diverse» in quanto l'indennità è «uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità a fronte di altri fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento». Quello di ragionevolezza giacché la sanzione è inidonea a costituire un «adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore» e un'«adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente». E l'operazione di conformazione della sanzione al danno subìto dal lavoratore non può che essere condotta dal giudice, al quale è assegnato il compito di graduare l'indennità nell'ambito della forbice tra minimo e massimo predeterminato dalla legge. Per evitare che l'ineludibile discrezionalità del giudice scada in arbitrio, la Corte aggancia la valutazione del danno ai criteri, che si aggiungono a quello dell'anzianità, «desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

La Corte sottolinea la non conformità del meccanismo sanzionatorio "secco", cioè ancorato al principio del costo certo, all'art. 24 della Carta sociale europea – le cui norme operano quale parametro interposto di legittimità costituzionalità della legge[352] - che afferma «il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» (primo comma, lettera b), e che nell'interpretazione del Comitato europeo dei diritti sociali

---

[349] Corte cost, 28 dicembre 1970, n. 194; 26 maggio 1976, n. 129; 16 dicembre 1980, n. 189.

[350] M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro, art. 18 Statuto dei Lavoratori*, Cedam, 1979, spec. Cap. 12; M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *I licenziamenti individuali*, *QDLRI*, n. 26, 2002.

[351] In questo senso C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI e M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2017, 1125.

[352] Cfr. il punto 14 del considerato in diritto in cui si afferma che la Corte ha già ritenuto la Carta sociale europea idonea «a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. e ha anche riconosciuto l'autorevolezza delle decisioni del Comitato, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali (sentenza n. 120 del 2018). A ben vedere, l'art. 24, che si ispira alla già citata Convenzione OIL n. 158 del 1982, specifica sul piano internazionale, in armonia con l'art. 35, terzo comma, Cost. e con riguardo al licenziamento ingiustificato, l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato da questa Corte sulla base del parametro costituzionale interno dell'art. 3 Cost. Si realizza, in tal modo, un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite (sentenza n. 317 del 2009, punto 7. del Considerato in diritto, secondo cui "[i]l risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo"».

comporta che la sanzione sia conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività[353]. Secondo una delle due decisioni del Comitato (citate dalla Corte), non risponde a questi requisiti l'apposizione di un tetto al risarcimento (che non consente la sua commisurazione alla perdita subita)[354]. Ma la Consulta non si spinge a tanto, individuando nell'art. 41 Cost. una sorta di controlimite alla rovescia e quindi affermando che il tetto «fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento … realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro». Anche la sanzione indennitaria, dunque, contrariamente a quanto ritenuto dal Comitato europeo dei diritti sociali, è sottoposta alla regola ermeneutica del bilanciamento; cosicché il risarcimento non è necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, in quanto deve «realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto (sentenze n. 235 del 2014, n. 303 del 2011, n. 482 del 2000, n. 132 del 1985)». Sicché il bilanciamento va condotto alla luce del principio di ragionevolezza, nel senso che la tutela economica deve «costituire un adeguato ristoro del danno prodotto … dal licenziamento», e «un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente», senza comprimere «l'interesse del lavoratore in misura eccessiva». Del resto, decidere diversamente avrebbe significato scardinare una regola da sempre presente nelle discipline della tutela di tipo risarcitorio, aprendo la strada a possibili, arbitrari eccessi giurisprudenziali. Non va peraltro dimenticato che la legge n. 96/2018 - a cui la Corte estende la declaratoria di incostituzionalità - ha aumentato la soglia minima e il tetto massimo del risarcimento (a sei e a trentasei mensilità), assicurando una copertura del danno subito piena fino a diciotto anni di servizio e che comunque la commisurazione all'anzianità può essere corretta dagli altri criteri, quali l'età e le condizioni del lavoratore. Resta da vedere se siano egualmente adeguati i plafond, assai più contenuti, previsti per le "piccole imprese" dall'art. 9 e per i vizi formali e procedurali dall'art. 4 del d. lgs. n. 23 del 2015.[355]

Ma questi argomenti (impliciti nella sentenza) non sono stati sufficienti a fare modificare il principio di diritto formulato dal Comitato che, con una recentissima decisione, ha esaminato il regime di tutela obbligatoria previsto dal d. lgs. n. 23 del 2015 e valutato il meccanismo di indennizzo, pur nella versione corretta dalla Consulta, non conforme alla Carta dei diritti sociali[356]. Nello specifico, ha ritenuto che, al di fuori dei residui casi in cui è prevista la reintegrazione (sia piena che attenuata) l'indennizzo per i licenziamenti illegittimi, individuali e collettivi[357], «non copre le perdite finanziarie effettivamente subite, dal momento che il suo importo è limitato» a un

---

[353] Cfr. le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali Finnish Society of Social Rights v. Finland Complaint No. 107/2014 e No. 106/2014, in *questionegiustizia.it* del 22 marzo 2017.

[354] Cfr. la sopracit. decisione del Comitato europeo dei diritti sociali No. 106/2014, la quale – con riferimento a una legge della Finlandia che aveva fissato il tetto di 24 mesi al risarcimento – ha ritenuto illegittimo «qualunque tetto nella misura della compensazione che precluda la valutazione di danni e renda non dissuasiva la sanzione», ostacolando l'effettiva valutazione del danno.

[355] Al primo caso trova applicazione la correzione operata dalla Corte, giacché la disposizione richiama espressamente l'art. 3, comma 1, dichiarato incostituzionale; non così il secondo, per cui Trib. Bari, ord. 18 aprile 2019, in *G.U.*, I, 4 dicembre 2019, ha rimesso la questione davanti alla Corte.

[356] European Committee of Social Rights, Decision on the merits, Adoption: 11 September 2019; Notification: 10 OCTOBER 2019; Publicity: 11 February 2020, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, Complaint No. 158/2017.

[357] Il Tribunale di Milano, ord. 5 agosto 2019, in *DRI*, 2019, 4, 1208, con nota di V. FERRANTE e in *RIDL*, 2019, II, 533, con nota di G. BURRAGATO, e la Corte di Appello di Napoli, ordd. 18 settembre 2019, in *Labor*, 27 dicembre 2019, con nota di M. TURRIN, hanno sollevato numerose questioni pregiudiziali, comunitarie e costituzionali (la Corte napoletana) relative alle tutele per i licenziamenti collettivi illegittimi, che su alcuni punti fanno leva sull'art. 24 della Carta sociale europea e sulle citate decisioni del Comitato dei diritti sociali (oltre che dell'art. 30 della Carta di Nizza, applicabile all'istituto in quanto direttamente regolato dall'UE con la direttiva 98/59/CE.

predeterminato numero di mensilità, che si riduce addirittura a sei (o a tre per vizi di forma e di procedura) nelle piccole imprese. L'importo, anche nella misura massima (di 24 o 36 mensilità), non permette «di ottenere una riparazione adeguata, proporzionale al pregiudizio subito e di carattere (natura) tale da dissuadere il ricorso ai licenziamenti illegali». Aggiunge il Comitato che il risarcimento per ulteriori danni o la sanzione della nullità, secondo le regole della responsabilità civile e dell'art. 1418 cc, è limitato a casi specifici e non frequenti, che attengono alle modalità del licenziamento (e non al suo solo essere illegittimo) e alle conseguenze di queste sull'integrità fisio-psichica, nonché sulla vita privata e di relazione del lavoratore, o ancora quando il recesso abbia carattere di rappresaglia. Infine la violazione dell'art. 24 della Carta viene estesa all'istituto dell'offerta di conciliazione secondo cui il datore di lavoro, a prescindere da ogni valutazione sulla giustificazione del licenziamento, con il pagamento immediato di una ridotta indennità non soggetta ad imposizione fiscale, induce il lavoratore a non proporre ricorso al giudice. Si tratta invero di uno strumento che incentiva la mercantilizzazione del lavoro e che viola il principio per cui qualsiasi licenziamento deve fondarsi su una valida ragione legata all'inadempimento o ad esigenze organizzative aziendali[358].

Il vero è che la sentenza della Corte costituzionale del 2018 ha indiscutibile carattere compromissorio[359]: l'esigenza di non turbare un assetto della tutela risarcitoria consolidato da lungo tempo e la scelta di non mettere in discussione la politica neo liberista, l'ha condotta ad applicare solo parzialmente il principio secondo cui l'indennità risarcitoria deve adempiere alla funzione di integrale compensazione del pregiudizio subito dal lavoratore e di effettiva dissuasione per il datore di lavoro ad effettuare licenziamenti illegittimi. I criteri di valutazione dell'adeguatezza della sanzione economica non sono perciò coerenti con i principi costituzionali filtrati dalla Carta sociale europea[360]. Vedremo se la Consulta tornerà sui propri passi. Quantomeno dovrà, se investita della questione, dichiarare l'incostituzionalità dell'offerta di conciliazione in quanto questa, lungi dal dissuadere, favorisce i licenziamenti illegittimi con la complicità dello Stato. Ma, a parte questo istituto, è forse possibile superare il (parziale) contrasto tra la Corte e il Comitato in via interpretativa dell'enunciato normativo di cui all'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015, attraverso l'applicazione del ricordato principio di razionalità-coerenza del sistema normativo.

A ben vedere, infatti, la violazione della Carta non consiste tanto nella predisposizione di tetti all'indennità – previsti nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati europei[361] – ma nel

---

[358] Cfr. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *RIDL*, 2015, 215; L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, cit., 604

[359] Che emerge anche dalla dichiarazione di non fondatezza della disparità di trattamento tra gli assunti in data anteriore e quelli alla data di entrata in vigore della legge e quindi della coesistenza *ratione temporis* dell'art. 18 St. lav. e del d. lgs. n. 23/2015; disparità che la Corte giustifica richiamando l'obiettivo indicato nella legge delega di incrementare l'occupazione (specie a tempo indeterminato), dando per scontato che la riduzione delle tutele nei casi di licenziamento illegittimo favorisca «le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro». Forse la Corte avrebbe dovuto indagare più a fondo su tale assioma e analizzare i dati statistici da cui l'equazione non sembra così certa come declamato dai promotori del Jobs Act. Cfr. G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit.

[360] *Contra*, per una valutazione complessivamente positiva, anche se non esente da rilievi critici, A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester*, cit. 970.

[361] Non a caso nel giudizio si è costituito il governo francese, difendendo la propria disciplina in materia di indennizzo –oggetto di reclamo pendente da parte della CGT-FO - assai simile a quella italiana in quanto prevede che l'entità della somma dovuta al lavoratore sia crescente con l'anzianità di servizio entro un montante minimo e massimo predeterminato, la cui misura è diversa a seconda di imprese con meno o più di undici dipendenti. Il sistema è stato modificato in tal senso con un'ordinanza del 2017 a seguito della

considerarla una forfettizzazione del danno per la perdita del posto di lavoro e delle retribuzioni che esclude la risarcibilità di danni ulteriori (patrimoniali e no) che trovino causa nel licenziamento in sé, ammettendosi soltanto la risarcibilità degli eventuali danni conseguenza delle modalità del comportamento datoriale[362]. Secondo la giurisprudenza infatti è autonomamente risarcibile solo il danno che deriva dal comportamento ingiurioso, persecutorio, vessatorio o da inottemperanza all'ordine di reintegrazione[363]. Di guisa che nella generalità dei casi i tetti sono invalicabili. È questa l'opinione della stessa Corte costituzionale espressa nella sentenza in commento e desunta dalla «volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo, in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico 'certo'». Argomento questo che non giustifica, ma anzi avvalora il contrasto con l'art. 24 della Carta dei diritti sociali, e che non preclude la possibilità di pervenire da parte dei giudici ad un'interpretazione coerente con la decisione del Comitato sulla base dell'elemento letterale della disposizione, che non definisce l'indennità onnicomprensiva (diversamente dall'art. 18, comma 5, St. lav.) e della sua doppia natura: afflittiva comminatoria, in funzione punitiva del datore di lavoro per avere esercitato il recesso in modo illegittimo, e risarcitoria (come riconosciuto dalla Corte costituzionale) che, come tale, deve conformarsi alla regola generale sulla responsabilità civile di integrale riparazione e di equivalenza del risarcimento al pregiudizio cagionato al danneggiato. Vero è che la regola non ha copertura costituzionale, ma la deroga deve tuttavia garantire l'adeguatezza del risarcimento[364], e così non è secondo i rilievi formulati dal Comitato. Pertanto, al lavoratore dovrebbe essere consentito di allegare e provare in giudizio di avere subito un maggior danno (anche se) direttamente ascrivibile al licenziamento.

Décision n° 2015-715 DC del 5 agosto 2015 del Conseil constitutionnel il quale aveva ritenuto contrario al principio di eguaglianza davanti alla legge il precedente meccanismo che aveva ancorato le variazioni dell'indennizzo, oltre che all'anzianità del lavoratore nell'impresa, al numero di dipendenti da questa occupati distinguendo tra imprese con meno di venti, da venti a duecentonovantanove, da trecento e oltre. Quest'ultimo criterio, secondo il Consiglio, a differenza dell'anzianità di servizio, non presenta alcun legame con il pregiudizio subito dal lavoratore. La correzione apportata attenua, ma non elimina il criterio dimensionale, rendendolo comunque più ragionevole in quanto separa la micro impresa dalle altre. Plaude alla sentenza del Conseil constitutionnel, la cui argomentazione è diametralmente opposta a quella della nostra Corte, P. ICHINO, *Licenziamenti: quando la consulta pecca di provincialismo,* in *www.pietroichino.it*

362 Cfr. in questo senso M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, Adapt e-Book series, n. 46/2015, 128; A. TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *RIDL*, 2003, 302. *Contra,* ritenendo che l'indennità include il solo risarcimento forfettizzato del danno patrimoniale M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 378/2018,19; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2019, II, 3.

363 . In giurisprudenza il principio è pacifico: Cass,19 novembre 2015, n. 23686, in *GD*, 2015, 49-50, 60; Cass.,17 dicembre 2007, n. 26561 in *D&L,* 2008, 1, 271*,* con nota di G. BULGARINI D'ELCI; Cass.,18 aprile 2013, n. 9073, in *GC Mass*., 2013 (che riconosce il danno alla professionalità causato dal ritardo nella reintegra); Trib. Roma, 22 aprile 2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 15 giugno 2015.

364 Il principio è richiamato dalla sentenza 194 del 2018, in cui si ricorda che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)» (sentenza n. 303 del 2011, punto 3.3.1. del Considerato in diritto)». Cfr. anche, sulla questione di costituzionalità dell'indennità per i casi di conversione del contratto a tempo determinato, Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *DRI*, 2011, 4, 1102, con nota di A. BOLLANI, *RIDL*, 2012, II, 252, con nota di L. ZAPPALÀ, *GC*, 2012, 1, 553, con nota di R. ROMEI.

5. Qualche notazione sul *revirement* neo liberista della giurisprudenza in materia di licenziamento economico.

Mantenendo la barra dell'analisi sul tema dei licenziamenti, che ben può assurgere a cartina di tornasole delle trasformazioni del DL, qualche osservazione meritano le attuali tendenze della giurisprudenza di legittimità sulla interpretazione della nozione di g.m.o., nonché su alcuni tratti della disciplina limitativa della reintegrazione prevista per tale fattispecie, per verificare (anche qui) fino a che punto e con quali tecniche i giudici abbiano assecondato le pulsioni neo-liberiste e corretto le incoerenze logico-giuridiche contenute nelle disposizioni normative[365].

Anzitutto, l'integrazione dell'analisi economica nel ragionamento giuridico spicca nelle più recenti interpretazioni della nozione generale che il legislatore del 1966 ha introdotto per giustificare il licenziamento economico individuale. Secondo l'orientamento della Cassazione, inaugurato nel 2016 con una decisione assunta previo concerto tra le due sezioni lavoro, la fattispecie legittimante il recesso va individuata non più soltanto «nell'andamento economico negativo dell'azienda», ma anche in ragioni organizzative «dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività», in quanto la tutela costituzionale del lavoro e della dignità dei lavoratori non può comprimere le libere scelte imprenditoriali di riorganizzazione dell'impresa, né frenare gli obiettivi di profitto, competitività, produttività, che anzi rappresentano essi stessi un bene per l'intera collettività[366]. Questa interpretazione – che enfatizza la lettera dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966 - attribuisce valore alla concorrenza che eleva a criterio di interpretazione della normativa, ponendosi sul solco della giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui le libertà economiche consentono limitazioni ai diritti fondamentali dei lavoratori e dei loro sindacati[367]. Il bilanciamento tra gli uni e gli altri si presenta dunque rovesciato rispetto a quello effettuato alla luce della tradizione costituzionale italiana. I limiti al potere datoriale sono esterni alla libertà di impresa e costituiti dalla effettività e non pretestuosità delle (insindacabili) ragioni addotte dall'imprenditore, dal nesso causale tra il riassetto organizzativo e la soppressione del posto di lavoro[368], nonché dall'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse (repechage); elemento quest'ultimo di antico conio giurisprudenziale che, inespresso a livello normativo, ma considerato costitutivo della fattispecie, trova giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, sempre legata ad esigenze organizzative, e che non può essere condizionata da finalità

---

365 In argomento cfr. M.T. CARINCI, *Licenziamento per g.m.o. e obbligo di repechage*, in *RGL*, 2018, I, 459; C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *RIDL*, 2017, I, 153; A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e "paradigma" del diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 85; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo "organizzativo": la fattispecie*, in *DRI*, 2017, 1, 61; P. TOSI, E. PUCCETTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: un equilibrio fragile*, in *ADL*, 2018, 3, 759. Sulle difficoltà di un'adeguata collocazione sistematica della disciplina introdotta dalla riforma dell'art. 18 St. lav., cfr. O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT,* n.159/2012, 5.

366 Cfr. Cass, 7 dicembre 2016, n. 25201, in *RGL*, 2017, II, 257, con nota di G. NATULLO, *La Cassazione delimita il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; e in *RCP*, 2017, 1228B, con nota di M. CORRIAS, *Licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e interessi dell'imprenditore tra «situazioni sfavorevoli», «risparmio dei costi» e «incremento dei profitti»*; Cass., 22 novembre 2018, n. 30259, in *D&G* 2018.

367 M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, 376

368 Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, in *GC Mass*., 2019.

espulsive legate alla persona del lavoratore. E i giudici hanno rafforzato l'obbligo estendendolo alle mansioni di livello inferiore rispetto a quello di appartenenza del lavoratore e ponendo a carico del datore di lavoro l'onere di allegazione e prova della impossibilità del "ripescaggio". Come dire che la concezione del licenziamento come *extrema ratio* si sposta dal sindacato sulle ragioni economiche alla persona del lavoratore[369]. Ma anche qui la tutela del prestatore cede di fronte alle esigenze dell'impresa quando l'adibizione ad altre mansioni, pur possibile, si presenti come «irragionevole», sia perché necessita di «rilevanti modifiche organizzative ovvero comportanti ampliamenti di organico o innovazioni strutturali», sia, con riferimento a mansioni inferiori, nel caso in cui la posizione libera in azienda richieda (e venga al riguardo fornita specifica prova) una formazione mirata a colmare le lacune professionali del lavoratore[370]. Aspetto quest'ultimo che deve ritenersi superato dall'attuale art. 2103: deve infatti ritenersi che l'obbligo di repechage vada equiparato all'ipotesi di *ius variandi in peius* disposto dal datore di lavoro a seguito di «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» in cui il mutamento delle mansioni deve essere «accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo» posto a carco del datore. Non sembra discutibile infatti che l'adibizione a mansioni inferiori, anche se nella disposizione è collegata all'esercizio del potere datoriale, persegue anche la finalità di tutelare il lavoratore evitandogli la perdita del posto, ed è perciò funzionalmente riconducibile al repechage[371].

Ridefinita la fattispecie alla luce dell'interesse dell'impresa ritenuto funzionale alla tutela dell'occupazione[372], i giudici intervengono altresì sull'ambito di applicazione della sanzione reintegratoria, cimentandosi sull'anodina frase contenuta nel comma 7 del novellato art. 18, secondo cui il giudice «può … applicare» la tutela reale «nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». Il correttivo alla monetizzazione del licenziamento illegittimo è stato, come noto, frutto di un compromesso tra le eterogenee forze politiche che componevano la maggioranza del governo "tecnico" in carica nel 2012.

---

[369] Cass., 20 ottobre 2017, n. 24882, in *GC Mass, 2018*: l'elemento «dell'impossibilità di reimpiego in altre posizioni di lavoro e/o con diverse mansioni … se pure normativamente inespresso nella formulazione testuale dell'art. 3 l. n. 604/1966, trova la sua giustificazione sia sul piano dei valori, nella prospettiva del licenziamento come *extrema* ratio all'interno di un ordinamento che tutela il lavoro già a livello costituzionale, limitando, per converso, l'iniziativa economica privata, ove il suo esercizio risulti in contrasto con la dignità umana (art. 41, comma 2°, Cost.); sia come riflesso logico del carattere effettivo e non pretestuoso che deve accompagnare la scelta tecnico-organizzativa del datore di lavoro, la quale, siccome univocamente diretta al conseguimento delle ragioni proprie dell'impresa, non può riconoscere il condizionamento di finalità espulsive diversamente legate alla persona del lavoratore. *Contra*, ritenendo non più invocabile il repechage dopo la riforma del 2015, M. PERSIANI, *Giustificato motivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico,* in *ADL,* 2017, 138.

[370] Cass., 3 dicembre 2019, n. 31520, in *MGC*, 2020, e n. 31521, in *D&G*, 4 dicembre 2019, con nota di D. SATTA MAZZONE; in entrambe le sentenze è però precisato che il principio è applicato con riferimento al vecchio testo dell'art. 2013 c.c.

[371] Sostengono che la novella all'art. 2103 c.c. abbia codificato il *repêchage* in mansioni inferiori F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P.CSDLE "Massimo D'Antona.* It., n. 257/15, 9; F. AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n.81/15*, in *DLM*, 2015, 511 *Contra,* C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 150. Per Trib. Roma, 24 luglio 2017, in *GC.com*, 15 gennaio 2018 la nuova disciplina non ha innovato l'interpretazione consolidata secondo cui l'onere di repechage in mansioni del livello immediatamente inferiore è escluso se il datore di lavoro dovesse sostenere i costi della formazione professionale necessari al reimpiego nelle posizioni disponibili.

[372] Ma è un'affermazione contestata nel rapporto OCSE, 2016, pag. 126 "La maggior parte degli studi empirici che analizzano gli effetti a medio-lungo termine delle riforme di flessibilizzazione del lavoro, suggeriscono che esse hanno un impatto nullo o limitato sui livelli di occupazione nel lungo periodo".

Un correttivo però (volutamente?) confuso, il cui intendimento era sembrato comunque quello di limitare ulteriormente l'area della reintegrazione rispetto a quanto previsto per il licenziamento disciplinare[373]. L'enunciato è sembrato tanto irragionevole da proporne un'interpretazione correttiva che facesse ritenere il può pleonastico, o da intendersi come deve; altrimenti la norma sarebbe stata incostituzionale per l'esorbitante discrezionalità rimessa al giudice[374]. Gli approdi della giurisprudenza sono ancora incerti, sia per l'esatto significato da attribuire alla parola manifesta[375], sia nell'ammettere margini di discrezionalità del giudice nell'applicazione del tipo di sanzione. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, un indirizzo della Cassazione, ritenuto il dato letterale ineludibile, integra la lacuna normativa (e cioè la mancata individuazione delle ipotesi in cui il giudice dispone la reintegrazione) applicando l'art.2058 c.c., secondo cui il risarcimento in forma specifica può essere negato quando sia eccessivamente oneroso per il debitore. Si afferma che «il ricorso ai principi generali del diritto civile permette di configurare un parametro di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale del giudice, consentendogli di valutare – per la scelta del regime sanzionatorio da applicare – se la tutela reintegratoria sia, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente incompatibile con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall'impresa. Una eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro può consentire, dunque, al giudice di optare – nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei due requisiti costitutivi del licenziamento – per la tutela indennitaria»[376]. È evidente l'adesione della Corte alla ricordata teoria dei costi di transazione,

---

[373] Netta ed univoca è stata la presa di posizione della giurisprudenza nell'estendere la tutela reintegratoria alle ipotesi in cui il fatto posto a fondamento del recesso sia insussistente non solo nella sua materialità (come espressamente previsto dal d.lgs. 23/2015 nell'inane tentativo di non consentire interpretazioni estensive), ma anche sotto il profilo giuridico. Cfr., per tutte, Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, in *RIDL*, 2019, II, 494, con nota di R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione. S*econdo la Corte «una lettura costituzionalmente orientata della norma» impone «che qualsivoglia giudizio di responsabilità, in qualunque campo del diritto punitivo venga espresso, richiede per il fatto materiale ascritto, dal punto di vista soggettivo, la riferibilità dello stesso all'agente e, da quello oggettivo, la riconducibilità del medesimo nell'ambito delle azioni giuridicamente apprezzabili come fonte di responsabilità».

[374] Ritengono obbligatoria la reintegra: T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexsecurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, (a cura di), NLCC, *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, 34; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, I, 785, secondo cui questa è la sola interpretazione conforme alla Costituzione; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., 70; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in *RIDL*, 2012, I, 558; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I 443. *Contra,* C. PISANI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento alla deriva del diritto liquido*, in *RIDL*, I, 2019, 353.

[375] Secondo un orientamento giurisprudenziale che sembra prevalere essa deve intendersi come «chiara, evidente e facilmente verificabile (sul piano probatorio) assenza dei presupposti di legittimità del recesso»: Cass., 25 giugno 2018, n. 16702, *MGC*, 2016. Ma nel processo ciò che rileva ai fini del giudizio è la certezza della prova e non delle difficoltà della sua acquisizione; in questo senso cfr. F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*., 2012, 529; M. PERSIANI, in A. VALLEBONA (a cura di), in *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, 67-68, per il quale «l'espressione "manifesta" (…) non ha, a ben vedere, alcun significato», posto che «le esigenze aziendali che giustificano il licenziamento o esistono, o no». È pertanto preferibile, per dare un senso alla frase, ritenere che, nell'interpretazione dei giudici, la "manifesta insussistenza" vada intesa nel senso che dall'istruttoria probatoria emerga «la chiara pretestuosità del recesso»: così Cass., 11 novembre 2019, n. 29105, in *GC Mass*, 2019.

[376] Cass., 2 maggio 2018, n. 10435, in *ADL*, 3, 2018, 769 con commento adesivo di TOSI, PUCCETTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo,* cit.; Cass., 3 febbraio 2020, n. 2366, in *rassegnadirittolavoro.it*, 7 febbraio 2020. *Contra*, Cass., 14 luglio 2017, n. 17528, in *GLav*, 2017, n. 36, 36.

Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, in *ADL*, 4, 2019, 840, con nota di A. QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post fornero: conferme e ripensamenti della giurisprudenza di cassazione*; si legge in motivazione: «l'espressione "può altresì applicare", che compare al principio della disposizione in esame, non assegna al giudice un margine ulteriore di discrezionalità (tra

sganciata da ogni considerazione sulla asimmetria dei soggetti coinvolti e quindi del diverso grado di sopportabilità del sacrificio causato, per l'uno dalla perdita del lavoro e per l'altro da una mera *difficultas* nel dare esecuzione al risarcimento in forma specifica ascrivibile alla condotta datoriale. Peraltro, il generico richiamo alle modifiche apportate alla struttura organizzativa dell'impresa non giustifica il rigetto della domanda di reintegrazione, che invece richiede la prova a carico del datore di lavoro di un costo «largamente sproporzionato rispetto all'entità economica del danno e al vantaggio concretamente apportato al danneggiato»[377]. Di conseguenza, il datore di lavoro dovrebbe sostenere sia la spesa per la riqualificazione del lavoratore, se necessaria in caso di suo ripescaggio, sia quella concernente gli opportuni adattamenti organizzativi sempre che l'una e l'altra siano ragionevoli, e quindi non eccessivamente onerosi, con riguardo alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa[378]. Resta il fatto che, pur così corretta, l'applicazione della regola indicata dall'art. 2058 c.c.si risolve o in un giudizio che si sovrappone a quello sull'ingiustificatezza del licenziamento per mancato assolvimento del repechage, o, coniugandosi con la lettura rigorosa (ma giuridicamente labile) dell'aggettivo manifesta, introduce un «criterio – la non eccessiva onerosità del rimedio ripristinatorio – normativamente non previsto» e per di più «basato sull'apprezzamento personale del singolo giudice»[379], e sottratto «al sindacato di legittimità, ove sorretto … da motivazione plausibile»[380]. Ciò che il legislatore voleva perseguire – certezza del regime sanzionatorio e del costo del recesso – viene così paradossalmente sacrificato – con una palese eterogenesi dei fini - sull'altare di interpretazioni che danno valenza prioritaria alla libertà di impresa rispetto ai principi di solidarietà, di dignità e di tutela del diritto al lavoro[381].

La tendenza regressiva del DL è stata descritta nei termini di un piano inclinato inevitabile a fronte dei vincoli concorrenziali globali[382]. Resta da vedere se la produttività si implementa con maggiore flessibilità del lavoro e con l'attribuzione di maggiori poteri al datore e conseguente riduzione delle tutele. In ogni caso, al lavorista resta il compito di condurre questa trasformazione salvaguardando i diritti fondamentali della persona del lavoratore con gli strumenti interpretativi che la scienza giuridica gli offre. Non è poco.

---

casi reputati meritevoli della più severa sanzione per la loro estrema gravità e casi che, pur rivelandosi compresi anch'essi nell'identico e comune ambito di eccezione, non siano considerati tali), posto che, ove il fatto sia caratterizzato dalla "manifesta insussistenza", è unica, e soltanto applicabile, la protezione del lavoratore rappresentata dalla disciplina di cui al comma 4».

[377] Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 189

[378] In questo senso, ma con riguardo all'obbligo di repechage in caso di sopravvenuta idoneità fisica al lavoro, e quindi ai sensi dell'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, Cass., 19 dicembre 2019, n. 34132, in *D&G.*, 20 dicembre.

[379] A. QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post fornero,* cit., 851.

[380] Cass., 3 febbraio 2020, n. 2366, cit.

[381] Trib. Ravenna, ord. 7 febbraio 2020, in *Labor*, n. 6/19, con breve nota di S. D'ASCOLA, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 18, comma 7, ritenendo che la disposizione, nella parte in cui attribuisce al giudice la facoltà e non l'obbligo di disporre la reintegrazione, violi gli artt. 3,41, 24 e 111 Cost.

[382] R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro. In ricordo di Giorgio Ghezzi,* 2016, Cedam, 19.

Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*

Gaetano Natullo

1. Le "interferenze" tra salute dei cittadini e salute dei lavoratori. 140
2. Il "Covid-diritto" tra legge e contratti. 140
3. Il quadro normativo su salute e sicurezza. 142
4. Rischio Covid-19 e misure di prevenzione tra ambiente (esterno) ed ambiente di lavoro. 144
5. Sulle "fonti" di produzione del "Covid-diritto". 146
6. Classificazione e valutazione del rischio Sars-CoV-2. 147
7. La sorveglianza sanitaria. 149
8. Competenze per la vigilanza e regime sanzionatorio. 150
9. "Oltre" l'emergenza: insegnamenti per il futuro. 151

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 413/2020

1. Le "interferenze" tra salute dei cittadini e salute dei lavoratori.

Inevitabilmente, le gravi problematiche igienico-sanitarie della epidemia causate dal virus Sars-CoV-2 si sono riprodotte anche negli ambienti di lavoro, per l'esigenza di evitare, o quantomeno ridurre al minimo, il rischio di contagio anche in quei luoghi. Proprio la congiunzione "anche" costituisce il tratto che caratterizza la vicenda e le sue problematiche, nella prospettiva in questa sede esaminata.

Ed invero, l'assoluta novità della vicenda è determinata proprio dalla "promiscuità" del nuovo rischio, dall'incrocio quasi inestricabile, in questo caso, tra effetti, e relativi rimedi, del rischio "Covid-19" sulla generalità della popolazione ed effetti, e rimedi, nei luoghi di lavoro.

In quest'ottica, in ragione del rischio principale determinato dal contagio del virus per via aerea, in linea di massima la "misura" generale di prevenzione, come purtroppo a tutti noi noto, è costituita dal c.d. "distanziamento sociale" e, laddove e qualora tale distanziamento non sia possibile, l'adozione di misure igienico-sanitarie volte a prevenire o ridurre al minimo il rischio di contagio.

Ciò, sia all'esterno che all'interno dei luoghi di lavoro. La novità, specificità e promiscuità del rischio ha determinato l'adozione di provvedimenti, e relative misure, allo stesso tempo di carattere generale, per tutta la popolazione e tutti gli ambienti, e specifico, per i lavoratori e nei luoghi di lavoro, sollevando problemi interpretativi ed applicativi non sempre di agevole soluzione[383].

Quanto sopra serve ad illuminare lo sfondo sul quale si svolgerà la mia analisi, che di conseguenza prenderà in esame regole e problematiche nuove, cercando di inquadrarle nel più ampio quadro normativo ed applicativo posto a presidio della salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

2. Il "Covid-diritto" tra legge e contratti.

Ritengo opportuno, in primo luogo, partire da una sintetica esposizione, evidentemente con riferimento al contesto tematico che qui ci occupa, del quadro delle regole, di fonte essenzialmente governativa ed emanate in via d'urgenza, cui si aggiungono le integrazioni apportate dalle parti sociali.

Premesso che ci si limita a riportare le sole e principali disposizioni riferite a tutto il territorio nazionale, e senza considerare la parte di esse specificamente relativa alla sospensione delle attività (che pure indirettamente costituisce una misura di prevenzione), nell'ambito dell'affannosa normativa d'urgenza di fonte governativa, ai nostri fini le principali disposizioni si rinvengono nei Dpcm 4 marzo, 8 marzo e, soprattutto, 11 marzo 2020 (art. 1) e 22 marzo (ai nostri fini in particolare art. 1 co.3) nonché nei Dd.ll. 17 marzo n. 18, c.d. "Cura Italia" (limitatamente all'art. 16) e 25 marzo n. 19.

---

[383] Sul relativo dibattito v. tra gli altri, R. Guariniello, *La sicurezza sul lavoro al tempo del Coronavirus*, WKI, 2020; A. Maresca, *Relazione, Webinar COVID-19*, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020; P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Dir.Sic.Lav.*, 2019 n. 2, p. 109; P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Dir.Sic.Lav.*, 2020, n. 1;C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir.Sic.Lav.*, 20120, n. 1, p.136; L.M. Pelusi, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Dir.Sic.Lav.*, 2019, n. 2, p. 122.

Le scarne indicazioni contenute nel Dpcm 11 marzo, sono state implementate dalle parti sociali, dando seguito all'invito esplicitamente contenuto nello stesso Dpcm, nel *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, del 14 marzo 2020. A tale accordo, sottoscritto dalle principali Confederazioni datoriali e sindacali, ne sono seguiti altri, integrativi del primo con riferimento a categorie/settori specifici[384].

A voler riportare in sintesi le previsioni risultanti dal combinato disposto sopra elencato, queste forniscono le seguenti indicazioni/prescrizioni normative ed organizzative da seguire in azienda, come detto in funzione della esigenza di evitare o ridurre al minimo il rischio di contagio tra dipendenti.

Ed infatti, sulla base delle disposizioni indicate, la prosecuzione delle attività produttive può avvenire solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano "*adeguati livelli di protezione*", per garantire le quale si prevedono sostanzialmente le seguenti misure:

Riduzione al minimo possibile, nel periodo di emergenza, della presenza dei dipendenti in azienda, con ricorso, peraltro agevolato dal legislatore, al lavoro agile (smartwork), a turnazioni, a istituti contrattuali quali rol, banca ore, etc., alle ferie (certamente, quelle maturate e non godute).

informazione dei lavoratori sui rischi derivanti da Covid-19 e sulle misure igienico-sanitarie consigliate ed applicate in azienda;

adozione di specifiche modalità in ingresso e uscita dall'azienda (con diluizione di tempi e distanze), sia per i lavoratori che per utenti, fornitori, etc.;

eventuale misurazione della temperatura ed eventuale adozione delle conseguenti misure nel caso di superamento dei limiti ritenuti di attenzione (superiore a 37,5);

pulizia giornaliera e sanificazione (periodica e comunque ove necessario) degli ambienti;

igiene obbligatoria personale con fornitura dei relativi mezzi detergenti e igienizzanti;

rispetto delle distanze interpersonali minime (1 m.);

accesso contingentato spazi comune (spogliatoi, mense, etc.);

qualora non sia possibile il rispetto della distanza minima, fornitura di appositi D.P.I. (mascherine e altri dispositivi quali guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, ecc…) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie;

irrobustimento della sorveglianza sanitaria ad opera del Medico Competente, e adozione di provvedimenti nel caso di persone sintomatiche (con rispetto delle norme sulla privacy nell'attuazione delle misure di prevenzione e controllo sanitario, secondo le indicazioni contenute nello stesso Protocollo del 14 marzo);

costituzione in azienda di un Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo

[384] Tra i quali il Protocollo del 19 marzo, per i settori Trasporti e Servizi ed il Protocollo 24 marzo per i settori Sanità, Servizi Socio-sanitari e Socio-assistenziali; un dettagliato elenco sul sito dell'Osservatorio Olympus (https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22008:acc&catid=151&Itemid=101)

di regolamentazione, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

In aggiunta a tali misure, pare opportuno anche menzionare, in ragione della sua rilevanza rispetto ad uno degli aspetti più controversi, l'ulteriore disposizione contenuta nel citato Protocollo per i settori trasporti e servizi, tra le Misure di prevenzione e contenimento: *h) Aggiornare il Documento di Valutazione dei Rischi in relazione al rischio associato all'infezione da SARS-CoV-2 e le relative procedure interne, coerentemente con le indicazioni emesse in tal senso dalle autorità sanitarie e le disposizioni normative pro tempore vigenti; i) Verificare, in collaborazione con l'RSPP, il Medico Competente, e consultando gli RLS, la rispondenza del DVR (e dei DUVRI, nei riguardi delle aziende in appalto) così aggiornato agli interventi conseguenti e ai protocolli di prevenzione adottati.*

3. Il quadro normativo su salute e sicurezza.

A questo punto, ed in funzione degli ulteriori approfondimenti, conviene richiamare, sempre in estrema sintesi, alcune essenziali disposizioni generali e specifiche previste dalla normativa di tutela della salute sul lavoro.

In primo luogo, e come sempre quando si parla di "tutela delle condizioni di lavoro", è doveroso un richiamo all'art. 2087 c.c., principio fondamentale sui cui è imperniato l'intero sistema normativo di prevenzione nel nostro ordinamento, per il quale l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro si estende sino alla "massima sicurezza tecnologicamente possibile" (per quanto mitigata dalle interpretazioni della Corte costituzionale)[385], intesa nel senso che il datore di lavoro deve adottare tutte le misure possibili, secondo esperienza, scienza e tecnologia, e comunque tutte quelle normalmente applicate ed applicabili con riguardo al settore produttivo ed alla tipologia di attività esercitata.

La norma codicistica come noto è implementata dalle disposizioni del d.lgs. n. 81/08 – c.d. Testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro, da ora TUS -. Per quanto qui in particolare ci interessa, conviene richiamare almeno le seguenti principali disposizioni.

Art. 15 (*misure generali di tutela*). Di tale norma risultano pertinenti alle vicende "Covid-19" almeno le seguenti: a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza;

b) la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organiz-zazione del lavoro;c) l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico;… g) la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio; ….n) l'informazione e formazione adeguate per i lavoratori;

Art.17 (*obblighi del datore di lavoro non delegabili)*: prevede per il datore di lavoro l'obbligo di "*…valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28"*

Art.18 (*obblighi del datore di lavoro e del dirigente).* In particolare e tra l'altro, la norma impone

[385] V. Corte cost. n. 312 del 25.07.1996, in *Dir.Prat.Lav.*, 1996, p. 3171.

al datore di lavoro (e in parte al dirigente) i seguenti obblighi: nominare il medico competente per l'effettuazione della sorveglianza sanitaria; fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale; prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico; adottare le misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza;

Artt. 25 e 41 *(Obblighi del medico competente e sorveglianza sanitaria)*: il Medico competente collabora con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi, e programma ed effettua la sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 41 attraverso protocolli sanitari definiti in funzione dei rischi specifici e tenendo in considerazione gli indirizzi scientifici più avanzati; la sorveglianza sanitaria è effettuata dal medico competente nei casi previsti dalla normativa vigente nonché dalle indicazioni fornite dalla Commissione consultiva di cui all'articolo 6*;*

Artt. 28 e 29 *(Valutazione del rischio*): La valutazione, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o delle miscele chimiche impiegate, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari;

Art. 35 (*Riunione periodica di prevenzione).* La norma, che come noto dispone l'obbligatoria indizione di una riunione periodica almeno una volta l'anno, prevede anche che la riunione abbia altresì luogo in occasione di eventuali significative variazioni delle condizioni di esposizione al rischio.

Con particolare riferimento al rischio biologico, il TUS come noto dedica un titolo specifico (il X: artt. 266 e ss, ed allegato XLVI). Senza entrare in dettaglio, ed escludendo le norme che prevedono le *Misure specifiche per strutture sanitarie e veterinarie* (art. 274), ai nostri fini mi pare opportuno almeno ricordare le seguenti previsioni.

A) Gli agenti biologici sono ripartiti in quattro gruppi a seconda del rischio di infezione (dal meno pericoloso al più pericoloso); nel caso in cui l'agente biologico oggetto di classificazione non può essere attribuito in modo inequivocabile ad uno fra i due gruppi sopraindicati, esso va classificato nel gruppo di rischio più elevato tra le due possibilità; l'Allegato XLVI classifica i coronaviridae nel gruppo 2[386].

B) In tutte le attività per le quali la valutazione di cui all'articolo 271 evidenzia rischi per la salute dei lavoratori il datore di lavoro attua misure tecniche, organizzative e procedurali, per evitare

[386] *Un agente che può causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori; è poco probabile che si propaga nella comunità; sono di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche*;

ogni esposizione degli stessi ad agenti biologici[387], nonché precise misure igieniche[388].

C) Sono previsti specifici obblighi di informazione e formazione[389] sui rischi, anche con apposizione di appositi cartelli.

E) È disposta la sorveglianza sanitaria *qualora l'esito della valutazione del rischio ne rilevi la necessità.*

4. Rischio Covid-19 e misure di prevenzione tra ambiente (esterno) ed ambiente di lavoro.

Sono consapevole che l'elenco è un po' defatigante; ma lo ritengo utile a dimostrare che, a ben considerare, la normativa di prevenzione già conteneva e contiene gli "anticorpi" necessari a fronteggiare l'emergenza Covid-19; e ciò, potrebbe dirsi paradossalmente, anche a prescindere dalle indicazioni fornite dalla specifica normativa regolamentare e contrattuale sopra riassunta.

Questa precisazione è funzionale, evidentemente, al dibattito che, come gli addetti al lavoro sanno, si è immediatamente aperto circa contenuti e modalità degli adempimenti di prevenzione imposti e/o suggeriti alle aziende (ed amministrazioni) dal nuovo rischio derivante dal virus Sars-Cov-2.

Ed infatti, come anticipato in premessa, l'emergenza ha determinato un incrocio/cortocircuito tra valenza "esterna" del rischio ed ambito generale dei provvedimenti adottati d'urgenza dal Governo e dalle Parti sociali, e valenza "interna" ai luoghi di lavoro. E ciò con riguardo essenzialmente ai seguenti principali aspetti/problemi generali e particolari.

---

[387] In particolare, il datore di lavoro:
a) evita l'utilizzazione di agenti biologici nocivi, se il tipo di attività lavorativa lo consente; *b)* limita al minimo i lavoratori esposti, o potenzialmente esposti, al rischio di agenti biologici; *c)* progetta adeguatamente i processi lavorativi*, anche attraverso l'uso di dispositivi di sicurezza atti a proteggere dall'esposizione accidentale ad agenti biologici*; *d)* adotta misure collettive di protezione ovvero misure di protezione individuali qualora non sia possibile evitare altrimenti l'esposizione; *e)* adotta misure igieniche per prevenire e ridurre al minimo la propagazione accidentale di un agente biologico fuori dal luogo di lavoro; *f)* usa il segnale di rischio biologico, rappresentato nell'*ALLEGATO XLV*, e altri segnali di avvertimento appropriati;

[388] 1. In tutte le attività nelle quali la valutazione di cui all'articolo 271 evidenzia rischi per la salute dei lavoratori, il datore di lavoro assicura che:
a) i lavoratori dispongano dei servizi sanitari adeguati provvisti di docce con acqua calda e fredda, nonché, se del caso, di lavaggi oculari e antisettici per la pelle;
b) i lavoratori abbiano in dotazione indumenti protettivi od altri indumenti idonei, da riporre in posti separati dagli abiti civili;
c) i dispositivi di protezione individuale *ove non siano mono uso,* siano controllati, disinfettati e puliti dopo ogni utilizzazione, provvedendo altresì a far riparare o sostituire quelli difettosi prima dell'utilizzazione successiva;
d) gli indumenti di lavoro e protettivi che possono essere contaminati da agenti biologici vengano tolti quando il lavoratore lascia la zona di lavoro, conservati separatamente dagli altri indumenti, disinfettati, puliti e, se necessario, distrutti.

[389] 1. Nelle attività per le quali la valutazione di cui all'articolo 271 evidenzia rischi per la salute dei lavoratori, il datore di lavoro fornisce ai lavoratori, sulla base delle conoscenze disponibili, informazioni ed istruzioni, in particolare per quanto riguarda:
a) i rischi per la salute dovuti agli agenti biologici utilizzati;
b) le precauzioni da prendere per evitare l'esposizione;
c) le misure igieniche da osservare;
d) la funzione degli indumenti di lavoro e protettivi e dei dispositivi di protezione individuale ed il loro corretto impiego;
e) le procedure da seguire per la manipolazione di agenti biologici del gruppo 4;
f) il modo di prevenire il verificarsi di infortuni e le misure da adottare per ridurne al minimo le conseguenze.
2. Il datore di lavoro assicura ai lavoratori una formazione adeguata in particolare in ordine a quanto indicato al comma 1.
3. L'informazione e la formazione di cui ai commi 1 e 2 sono fornite prima che i lavoratori siano adibiti alle attività in questione, e ripetute, con frequenza almeno quinquennale, e comunque ogni qualvolta si verificano nelle lavorazioni cambiamenti che influiscono sulla natura e sul grado dei rischi.
4. Nel luogo di lavoro sono apposti in posizione ben visibile cartelli su cui sono riportate le procedure da seguire in caso di infortunio od incidente.

Sul piano generale: a) natura ed efficacia delle "fonti" di previsione delle misure prescritte/suggerite; b) natura generica (ambiente esterno) o specifica (riferita all'organizzazione produttiva/del lavoro aziendale) del rischio CoViD-19.

Sul piano particolare, conseguente: a) obbligo di aggiornare, o meno, la Valutazione dei rischi ed il relativo DVR; b) di conseguenza, necessità di specificare la tipologia di rischio (biologico) e le misure di prevenzione da adottare e le relative modalità di attuazione.

Prima di procedere con il ragionamento, una ulteriore premessa generale è doverosa. In una situazione emergenziale e per certi versi di assoluta novità come quella di cui si tratta, è evidente che giungere a delle conclusioni tecnico-giuridiche assistite da un sufficiente grado di certezza è arduo. Il tentativo è quindi di ipotizzare soluzioni che rispondano innanzitutto ad un criterio di ragionevolezza, considerando l'obiettivo primario, almeno questo credo indiscusso ed indiscutibile, che è quello di tutelare la salute: dei lavoratori come dei cittadini. Ma cercando anche di renderlo compatibile con la necessità di non contemperare le esigenze organizzative e produttive delle imprese.

Se è questo l'obiettivo, in premessa vale la pena nuovamente richiamare sia l'art. 2087 c.c., sia la lettera n) dell'art. 2, co. 1, d.lgs. 81/08, che definisce la «*prevenzione*» come: *il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno*.

Quest'ultima definizione, in particolare, rende bene l'idea del rapporto reciproco, bidirezionale, che c'è o può esserci tra i rischi "interni" ed "esterni" all'ambiente di lavoro; bidirezionale, giacché, come nel caso di specie, il fattore di rischio è comune all'ambiente esterno, e da esso può essere trasportato all'interno dei luoghi di lavoro, ma da quest'ultimo a sua volta, attraverso i lavoratori, può essere trasmesso all'esterno.

E, del resto, nelle esperienze applicative e nel diritto vivente di marca giurisprudenziale, è ben nota la specifica fattispecie dei rischi, per i lavoratori, derivanti dall'ambiente esterno che pure sono stati ritenuti rientranti nell'ambito di protezione dell'obbligo di sicurezza datoriale, in tal modo sostanzialmente convertendosi da rischi "generici" a rischi "specifici"[390]. Ed anche in questi casi è possibile un incrocio tra disposizioni "generali" riferite a tutti i cittadini e disposizioni (misure) specifiche adottate dalle aziende. Per fare un esempio classico: si pensi a Paesi ove siano in corso conflitti interni e/o vi siano rischi di azioni di guerriglia piuttosto che di presa in ostaggio di stranieri; o ancora di Paesi in cui vi siano particolari rischi per la salute, per la presenza di agenti biologici (virus/batteri) particolarmente nocivi.

In tali casi, il Governo, nella persona dei Ministri competenti, potrà disporre misure ritenute necessarie per tutti i cittadini che devono recarsi in quelle zone (avvertenze, limitazioni, vaccinazioni, etc.). Ma, evidentemente, le aziende, nel nostro caso italiane, che svolgono attività, magari

---

[390] V. Interpello n. 11/2016 (Commissione per gli interpelli ex art. 12 d.lgs. n. 81/98) che così conclude; *" la Commissione ritiene che il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti «rischi generici aggravati», legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, ecc.) e alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta nel senso*"
In tema, L. Angelini, C. Lazzari, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero,* in *Dir.Sic.Lav.*, 2019, n. 2.)

temporaneamente, in quelle zone, dovranno adeguare le misure aziendali di prevenzione a quei particolari rischi, partendo dalle eventuali indicazioni governative, ma anche andando oltre ed applicando le specifiche normative di prevenzione.

Si vuole cioè dire, in definitiva, con riferimento alle attuali vicende, che sebbene ci si trovi senz'altro in un'ipotesi estrema, dalle caratteristiche del tutto peculiari, ciononostante non mancano gli strumenti per leggerla alla luce della normativa generale e speciale già esistente.

5. Sulle "fonti" di produzione del "Covid-diritto".

Sulla scorta di tali premesse, proviamo ad affrontare e risolvere il primo dei problemi elencati, relativo alla natura delle fonti di produzione delle regole cautelari sopra ricordate ed alla loro vincolatività. La prima constatazione, è che, almeno in una prima fase, si tratta di fonti e regole nella massima parte non legislative: da un lato raccomandazioni contenute in provvedimenti amministrativi (Dpcm), dall'altro, e per la massima parte, disposizioni dell'autonomia collettiva (Protocollo Parti sociali del 14 marzo), in qualche modo stimolate dall'espresso riferimento contenuto nel Dpcm 11 marzo, nonché ulteriormente validate anche dal successivo Dpcm 22 marzo (art. 1 co. 3)[391].

Nel primo caso, la decretazione ministeriale contiene principalmente, ma non solo, le regole meno "intrusive", che si riferiscono cioè non tanto alle misure igienico-sanitarie ed organizzative da adottare all'interno delle aziende, ma alla limitazione della presenza dei lavoratori in azienda (sospensione attività, smartwork, ferie, etc.). Il Protocollo condiviso, al contrario, si occupa principalmente (ma non solo) delle misure igienico-sanitarie ed organizzative, per così dire, interne.

Inevitabilmente, i primi commentatori si sono posti il problema della qualificazione di tali prescrizioni, anche ai fini sanzionatori, atteso il carattere indiscutibilmente non legislativo, e comunque talora non espressamente precettivo, delle relative disposizioni. Ad ogni modo, con il d.l. n. 19/20, si è dato luogo all' auspicato "*recepimento del suo contenuto in atti pubblicistici, traducendo in norme vincolanti ciò che oggi è frutto di determinazioni volontarie*…"[392].

In ogni caso, per quanto concerne i luoghi di lavoro, pare possibile ricondurre parte di tali misure, sul piano della precettività/obbligatorietà, all'obbligo di sicurezza datoriale, ed al relativo apparato normativo di tutela.

Ciò, in primo luogo con riferimento alla menzionata ampia portata operativa dell'art. 2087 c.c., ed al principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile" ma anche alle fonti integrative degli obblighi, cui lo stesso d.lgs.n. 81/08 fa espresso riferimento nella norma sulle definizioni (Art. 2): "buone prassi" e "linee guida"[393] . In definitiva, e pur considerando un'eventuale carenza

---

[391] Sulla successione dei provvedimenti si rinvia a P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Dir.Sic.Lav.*, 2020, n. 1.

[392] Così Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Dir.Sic.Lav.*, 2019 n. 2, p. 109.

[393] Art. 2 co. 1, lett.

v) «*buone prassi*»: soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro, elaborate e raccolte dalle Regioni, dall'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro (ISPESL),

dei completi requisiti formali per assurgere pienamente al rango di misure legislative di prevenzione, mi pare possibile comunque affermarne un carattere di doverosità per le aziende, quali regole cautelari "minime" da adottare, sia pure con alcuni margini di discrezionalità organizzativa.

6. Classificazione e valutazione del rischio Sars-CoV-2.

Venendo al secondo dei profili problematici considerati, relativo alla natura del rischio Sars Cov-2, se cioè va considerato un rischio "generico", esterno all'azienda, o "specifico" e dunque interno all'azienda, la questione va opportunamente affrontata e risolta (nei limiti delle iniziali avvertenze al lettore) unitamente alla questione relativa alla Valutazione dei rischi ed al relativo DVR, dal momento che la prima questione si riflette sulla seconda[394].

Ebbene, a me pare francamente non del tutto condivisibile sul piano tecnico, ma anche su quello dell'opportunità e ragionevolezza per le aziende, cercare di far leva sulla natura esterna/generica del rischio Covid-19 per dedurne la non obbligatorietà di un aggiornamento della Valutazione dei rischi.

Già il comune buon senso e la mera diligenza del buon padre di famiglia (ricordando però che nel caso di specie la diligenza richiesta al datore di lavoro è ben più "qualificata", anche sul piano contrattuale), suggerirebbe in ogni caso alle aziende di fare tutto ciò che è opportuno e possibile per adeguare l'organizzazione aziendale e del lavoro al nuovo rischio e ridurre il contagio, tenendo conto delle disposizioni sopra ricordate, ma anche di quelle ulteriori ritenute possibili ed applicabili, in ragioni dalle specifiche caratteristiche produttive ed organizzative delle diverse realtà aziendali, dalle competenze tecniche di cui le aziende si avvalgono (Servizio di prevenzione; Medico competente).

Orbene, in considerazione dei principi procedurali ed organizzativi su cui si fonda il sistema di prevenzione in azienda prefigurato dal d.lgs. n. 81/08, pare davvero difficile che ciò possa avvenire senza documentare il nuovo assetto aziendale derivante dalla applicazione delle misure di prevenzione anti-contagio, seppure transitorio ed emergenziale. E, nel sistema normativo di prevenzione, tale "documentazione" come noto avviene nel Dvr, che è conseguente alla Valutazione del rischio.

Peraltro, lo si ripete, a me pare che ciò risponda anche all'interesse degli stessi datori di lavoro, nella malaugurata ipotesi in cui venga richiesto alle aziende di comprovare l'adozione di idonee misure di prevenzione, in sede ispettiva o in giudizio.

Ad ogni modo, pure sul piano tecnico-giuridico, mi pare che sussistano solidi argomenti per propendere per la tesi, diciamo, più "restrittiva".

---

dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) e dagli organismi paritetici di cui all'articolo 51, validate dalla Commissione consultiva permanente di cui all'articolo 6, previa istruttoria tecnica dell'ISPESL, che provvede a assicurarne la più ampia diffusione;

z) «*linee guida*»: atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai ministeri, dalle regioni, dall'ISPESL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano;

[394] V. P. Pascucci, *cit.*; A. Maresca, *Relazione, Webinar COVID-19*, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020.

Ciò, a partire da quanto già chiarito circa la natura del rischio Covid-19: e cioè che, pur essendo certamente un rischio (biologico) non (direttamente e strettamente) aziendale (salvo ovviamente che per le aziende del settore sanitario), ma esterno/generale, si trasforma in rischio (generico, ma aggravato) "interno" per i lavoratori che possono esserne esposti e, di conseguenza, va valutato dal datore come rischio (anche) aziendale e, in questo senso, specifico.

Del resto, non va in questa direzione anche l'Inail, nel momento in cui conferma che, se ne viene dimostrato il nesso eziologico con il lavoro ("occasione di lavoro"), è a tutti gli effetti da qualificare come infortunio sul lavoro?[395]

Ed ancora, mi pare che anche le richiamate specifiche disposizioni sulla Valutazione del rischio e sul relativo DVR possono interpretarsi in questa direzione.

Premesso che, ai sensi art. 15 d.lgs. n. 81/08, tra le *misure generali*, è prevista *la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza* (lett. a), nonché *la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio* (lett. g); premesso altresì che il primo comma dell'art. 28 ribadisce che "*La valutazione …..anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori…*", si ricorda che il successivo comma 3 dispone che "*La valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata… in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. A seguito di tale rielaborazione, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate*".

Ebbene, da una lettura sistematica di tale disposizione, ed anche in considerazione della disgiuntiva "o" utilizzata dal legislatore, la Valutazione deve essere aggiornata nel momento in cui un qualsiasi fattore di rischio, diverso o incrementato rispetto al pregresso assetto aziendale, renda necessario un adeguamento delle misure di prevenzione, anche in termini di modifiche organizzative. E mi pare che sia questo il caso anche del rischio Covid-19, che impone l'adozione di alcune misure minime di cautela, indicate dalle disposizioni governative e dall'autonomia collettiva, ma che, invero, si potrebbe ritenere che i datori di lavoro comunque avrebbero potuto e dovuto adottare anche in assenza di queste ultime, sulla scorta delle (pur se recenti, incerte e scarse) conoscenze ed esperienze tecnico-scientifiche, peraltro quasi da subito divenute conoscenze comuni (distanziamento, misure igieniche, etc.).

Tale conclusione, a mio parere, trova conferma nella circostanza che il rispetto di tali misure impone scelte anche organizzative (selezione dei reparti da chiudere rispetto a quelli da mantenere attivi, modalità di ingresso ed uscita, distribuzione zone e posti di lavoro, zone comuni, etc.,) che certamente richiederebbero di essere valutate e, per così dire, "rendicontate" nel Dvr.

Del resto, lo stesso INL, nella nota n. 89 del 13 marzo, pur dichiarando di condividere l'orientamento della Regione Veneto (che ha ritenuto non giustificato l'aggiornamento della Valutazione dei rischi), aggiunge però: "*Tuttavia, ispirandosi ai principi contenuti nel d.lgs. n. 81/2008 e di massima precauzione, discendenti anche dal precetto contenuto nell'art. 2087 c.c. si ritiene utile,*

[395] Art. 42 d.l. n. 18/.0,

per esigenze di natura organizzativa/gestionale, redigere – in collaborazione con il Servizio di Prevenzione e Protezione e con il Medico Competente – un piano di intervento o una procedura per un approccio graduale nell'individuazione e nell'attuazione delle misure di prevenzione, basati sul contesto aziendale, sul profilo del lavoratore – o soggetto a questi equiparato – assicurando al personale anche adeguati DPI"[396].

Ebbene, viene da chiedersi, è tanto diverso, nella sostanza, tale "Piano" da un aggiornamento del Dvr? A me non pare.

Certo, è anche comprensibile l'esigenza di non onerare troppo le aziende, in un momento già così complicato. Ma, a parte l'esistenza di procedure semplificate per le aziende più piccole, anche considerando la (per ora, e auspicabilmente) temporaneità del rischio Sars-CoV-2 e delle relative misure, potrebbe essere sufficiente, e mi siano perdonati i termini poco tecnici, un aggiornamento "essenziale" nel DVR, con rinvio sia alle disposizioni governative (e contrattuali) sia, sul piano organizzativo, ad un più articolato e dettagliato allegato/*addendum*. Ciò dovrebbe consentire anche, una volta terminata l'emergenza, e tornati ad un assetto fisiologico, di espungere più agevolmente le integrazioni dal Dvr.

Del resto, e con riferimento alla responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. n. 231/01), ed ai modelli organizzativi e gestionali "esimenti" (art. 30 d.lgs. n. 81/08), non sarà opportuno, se non necessario, che l'impresa abbia, nel caso, la possibilità di dimostrare di aver adeguato il "modello" e le procedure al nuovo rischio ed alla sua prevenzione? E ciò, anche ed in ogni caso nei confronti dell'eventuale Organismo di Vigilanza costituito ex art. 6 d.lg. n. 231/01?

Quanto alla difficoltà tecnica di valutazione del rischio Sars-CoV-2, anche in questo caso mi pare che le indicazioni ricavabili dalle menzionate specifiche disposizioni ed allegati del d.lgs. n. 81/08 consentano la soluzione del problema.

7. La sorveglianza sanitaria.

Anche i riferimenti alla sorveglianza sanitaria ed al medico competente mi pare possano essere letti in coerenza con l'impostazione da me privilegiata, anche in questo caso riportando le disposizioni "Covid-19" nell'alveo della specifica disciplina prevenzionale.

Infatti, come noto il TUS (art. 18 co.1), in combinato disposto con l'art. 41) prevede la nomina del Medico Competente nel caso in cui vi sia obbligo di sorveglianza sanitaria, e dunque nei casi in cui in azienda si svolgano attività che la richiedano. E dunque, in linea astratta, il datore di lavoro non è tenuto, sempre e comunque, alla sua designazione[397].

Ebbene, con riguardo al rischio Covid-19, lo stesso Protocollo delle parti sociali del 13 marzo al punto 12 dedica specifiche disposizioni alla sorveglianza sanitaria ed all'attività del medico

---

[396] E, prosegue la nota: "*…è consigliabile formalizzare l'azione del datore di lavoro con atti che diano conto dell'attenzione posta al problema in termini di misure, comunque adottate ed adottabili dal punto di vista tecnico, organizzativo e procedurale, nonché dei DPI ritenuti necessari, in attuazione delle indicazioni nazionali, regionali e locali delle istituzioni a ciò preposte. Per la tracciabilità delle azioni così messe in campo è opportuno che dette misure, pur non originando dalla classica valutazione del rischio tipica del datore di lavoro, vengano raccolte per costituire un'appendice del DVR a dimostrazione di aver agito al meglio, anche al di là dei precetti specifici del d.lgs. n. 81/2008*".

[397] Sul punto cfr. P. Pascucci *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Aras ed, 2017, p. 231; C. Lazzari, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in Natullo G. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, p. 739 ss.

competente, tra l'altro prevedendo che: *vanno privilegiate, in questo periodo, le visite preventive, le visite a richiesta e le visite da rientro da malattia;* che *la sorveglianza sanitaria periodica non va interrotta, perché rappresenta una ulteriore misura di prevenzione di carattere generale*, *sia perché può intercettare possibili casi e sintomi sospetti del contagio, sia per l'informazione e la formazione che il medico competente può fornire ai lavoratori per evitare la diffusione del contagio;* nonché, ancora, che *nell'integrare e proporre tutte le misure di regolamentazione legate al COVID-19 il medico competente collabora con il datore di lavoro e le RLS/RLST*.

In definitiva, il Protocollo dà per scontato che le necessarie attività di supporto e controllo igienico-sanitario siano svolte dal Medico competente, sostanzialmente rinviando anche in questo caso al sistema normativo specifico (TUS). Tali previsioni, del tutto logiche e ragionevoli, a mio parere costituiscono un ulteriore argomento nel senso di dover leggere il quadro normativo "Covid", per quanto concerne la tutela della salute sui luoghi di lavoro, e pur con tutte le sue peculiarità, alla luce dello specifico strumentario del diritto prevenzionale.

8. Competenze per la vigilanza e regime sanzionatorio.

Infine, un "incrocio" tra la normativa "generale" e quella speciale si rinviene anche con riguardo al profilo della vigilanza e del regime sanzionatorio.

Sul punto, mi limito a ricordare che, per quanto riguarda il sistema di Vigilanza, in materia di prevenzione sui luoghi di lavoro questa compete ai servizi ispettivi delle Asl oltre che, in specifici casi, ad altri organismi (ed in primo luogo all'INL per i cantieri); per quanto concerne il sistema sanzionatorio, dal combinato delle norme sanzionatorie del TUS (artt. 50 ss.), molti degli obblighi più importanti sono assistiti da sanzioni penali (senza ovviamente tener conto dei reati sanzionati dalle disposizioni del codice penale (tra le quali: art. 437, 451, 589, 590).

Le disposizioni governative "Covid-19" (da ultimo art. 4 d.l. n. 19/2020) prevedono, rispettivamente: per i controlli, la competenza del Prefetto (avvalendosi delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate): quanto alle sanzioni, per la massima parte sono previste sanzioni amministrative, ma, ed è un punto essenziale, con l'iniziale clausola "*salvo che il fatto costituisca reato"*[398].

Orbene, anche in questo caso, in coerenza con la ricostruzione svolta, e sempre con tutte le cautele del caso, a me pare non del tutto fondato, nonché irragionevole, proprio considerando la natura di "reati" di molti degli obblighi di prevenzione, sostenere che l'apparato regolativo "Covid-19" comporti, con riguardo alle misure di prevenzione emergenziali sui luoghi di lavoro, la non applicazione della specifica normativa prevenzionistica, escludendo dunque sia la competenza degli organi di vigilanza speciali (ASL, INL, ecc.), sia la possibile applicazione del sistema sanzionatorio di cui al TUS (per non parlare ovviamente del codice penale).

Mi pare invece più plausibile che quel sistema di controlli e sanzioni si riferisca in generale alle misure, diciamo così, più squisitamente di ordine pubblico (sospensione attività, divieti circolazione, etc.), ma non escluda la permanente applicazione delle disposizioni speciali, nel momento in cui ci si trovi, ad usare l'espressione assicurativa, "in occasione di lavoro".

---

[398] Sul punto ancora P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 124 ss.

9. "Oltre" l'emergenza: insegnamenti per il futuro.

Infine, qualche riflessione conclusiva rivolta al futuro. Le vicende che ci tengono occupati in questo periodo, devono anche farci riflettere per trarne utili indicazioni[399].

Con riguardo ai profili problematici in esame, e considerando che, da un lato, non sappiamo quando, ed in che termini, l'emergenza sarà superata e se occorrerà comunque mantenere alcune cautele specifiche sui luoghi di lavoro; dall'altro lato, che non possiamo escludere il ripresentarsi in futuro di vicende simili.

Ciò considerato, a me pare che possano segnalarsi due esigenze, per rimediare alle principali carenze avvertite in questa vicenda. La prima, inutile a dirsi, qualche indicazione più precisa dal Governo-legislatore. Ma ancor più, e proprio per colmare le presumibili lacune legislative, fermo restando un sempre auspicabile concorso delle parti sociali, sarebbe certamente utile ed opportuno un intervento, magari anche su espresso rinvio dei decisori politici, degli Organi istituzionalmente preposti ad un ruolo di supporto e consulenza in materia di sicurezza del lavoro. Mi riferisco al *Comitato per l'indirizzo e la valutazione delle politiche attive e per il coordinamento nazionale delle attività di vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, (di cui all'art. 5 TUS) ed alla *Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro* (art. 6 TUS).

Mi limito sul punto a ricordare che il Comitato ex art. 5 TUS, tra i suoi compiti annovera, tra gli altri, quelli di; *a) stabilire le linee comuni delle politiche nazionali in materia di salute e sicurezza sul lavoro; b) individuare obiettivi e programmi dell'azione pubblica di miglioramento delle condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori; e) garantire lo scambio di informazioni tra i soggetti istituzionali al fine di promuovere l'uniformità dell'applicazione della normativa vigente*.

Più ancora, la Commissione consultiva permanente, che nella sua composizione vede la partecipazione di rappresentanti dei Ministeri, delle Regioni, di esperti designati dalle Parti sociali, ha tra i suoi compiti quelli di: *esaminare i problemi applicativi della normativa di salute e sicurezza sul lavoro e formulare proposte per lo sviluppo e il perfezionamento della legislazione vigente; validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro; valorizzare sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente*.

Orbene, delle indicazioni (linee-guida) elaborate da tali Organi, anche eventualmente a supporto dei Protocolli adottati dalle Parti sociali, sicuramente sarebbero (state) di grande utilità al fine di meglio definire gli standard del rischio e le misure di prevenzione da adottare sui luoghi di lavoro. È, pertanto, auspicabile che in occasioni del genere il poderoso (all'apparenza), sistema istituzionale previsto dal TUS venga attivato.

---

[399] In merito, cfr. anche C. Lazzari, *op. cit.*

L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*

Franco Carinci

1. Premessa. 153
2. L'art. 2, co. 1 (versione originaria 2015): la fattispecie "concreta". 153
3. (Segue): la fattispecie "astratta". 154
4. (Segue): il contratto. 158
5. (Segue): la disciplina. 159
6. La fattispecie "concreta" e "astratta" dell'art. 47-*bis*. 161
7. (Segue): la disciplina del Capo V-*bis*. 163

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 414/2020

1. Premessa.

Come anticipato nel titolo, credo che Corte Cass. n. 1663/2020 sia un primo passo nel cammino ermeneutico dell'art. 2, co. 1 d.lgs. n. 81/2015 (versione originaria: in seguito '/2015 o vecchio'), perché non solo si lascia dietro più di un interrogativo teorico e pratico, ma anche si presenta oggi rivisto dall'art. 1 d.l. n. 101/2019, convertito con modificazioni nella l. n. 128/2019 (versione corretta: in seguito '/2019 o nuovo') nell'ambito di un contesto normativo ben diverso. Nella motivazione si dà atto, riassumendolo in quattro filoni ermeneutici principali, del vasto e vivace dibattito dottrinale, che certo riprenderà fiato dopo questo primo intervento, proiettandosi sull'*aliquid novi* normativo intervenuto dal 2015 al 2019.

È noto che l'itinerario giudiziale di quello passato alla cronaca come il caso "Foodora" si è articolato sull'usuale processo a tre tempi, costituito, il primo, da Tribunale Torino 7/5/2018; il secondo, da Corte d'Appello 4/2/2019; il terzo da Corte di Cassazione 1663/2220. Non intendo ricostruirlo nel suo svolgimento cronologico, se non nel senso di tenerlo presente a fare da sfondo al discorso che intende qui riprendere il percorso argomentativo effettuato dalla Corte di Cassazione. E dandovi inizio farò ricorso ad una distinzione operativa fra "fattispecie concreta" e "fattispecie astratta", nella sua rilevanza tralatizia - pur dando atto che non è unanimemente condivisa - a cominciare dall'individuazione della stessa nozione di fattispecie.

2. L'art. 2, co. 1 (versione originaria 2015): la fattispecie "concreta".

Circa la individuazione della "fattispecie concreta", quale costituita dalla vicenda dei *riders* di Foodora, questa è stata fatta dal Tribunale e recepita dalla Corte d'Appello di Torino, sì da essere riproposta dalla Cassazione, se pur con qualche accentuazione diversa. Riprendendola dalla motivazione di quest'ultima, risulta articolata sulle fasi di conclusione del contratto e di esecuzione del relativo rapporto, che sinteticamente possono essere così rese:

A) La fase di conclusione del contratto contempla una duplice tappa, quella precontrattuale e quella contrattuale. La prima (precontrattuale), era data dalla previa compilazione di un questionario sul sito di Foodora, con una successiva convocazione per un colloquio presso la sede della società: qui veniva richiesta la disponibilità di uno *smartphone* e di una bicicletta, nonché avanzata la proposta di una attività coordinata e continuativa, cui avrebbe fatto seguito la consegna dei dispositivi di sicurezza e l'attrezzatura per il trasporto. La seconda (contrattuale) era costituita dalla sottoscrizione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato, che, come tale, faceva salvo il coordinamento generale della società; ma escludeva l'esistenza di qualsiasi subordinazione, quale connotata da un potere gerarchico o disciplinare ovvero da un vincolo di presenza e di orario. Il che si traduceva per il lavoratore nella libertà di recedere *ante tempus*, previo un preavviso di trenta giorni, e di candidarsi o non candidarsi per una specifica corsa; nonché nell'obbligazione, una volta candidatosi, ad effettuare la consegna entro trenta minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo, con, in difetto, la comminatoria a suo carico di una penale di 15 euro. Il compenso era stabilito in 5,60 euro lorde per ogni ora di disponibilità.

B) La fase di esecuzione del rapporto, così come risultante dall'istruttoria di I grado, permetteva di verificare ed integrare quella contrattuale, nelle sue sequenze effettive: gestione attraverso una piattaforma multimediale e un applicativo per *smartphone*; pubblicazione settimanale dell'indicazione dei turni (*slot*), con l'indicazione del numero di *riders* per ogni turno; possibilità per ciascuno di essi di dare o meno la propria disponibilità per ciascun turno, peraltro revocabile

(funzione *swap*); conferma da parte dell'azienda dell'assegnazione del turno prescelto; presentazione del *rider* nei luoghi e nei tempi convenuti per iniziare la prestazione, peraltro con la libertà di astenersene (funzione *no show*); ricezione da parte del *rider* dell'ordine con l'indirizzo del ristorante e del cibo da ritirare; accettazione dell'ordine; corsa al ristorante, ricezione dell'ordine con l'indicazione del prodotto, presa in consegna, verifica della sua corrispondenza all'ordine, con conseguente comunicazione della bontà di tale verifica; ricezione dell'indirizzo del cliente, consegna da effettuare entro trenta minuti, comunicazione della regolarità dell'operazione.

Nello svolgimento successivo della motivazione, la Cassazione sembra far proprio quanto acclarato dalla Corte di Appello, cioè "l'insussistenza di un potere gerarchico disciplinare da parte della società a danno degli appellanti, giacché quest'ultima non aveva mai adottato sanzioni disciplinari a danno dei lavoratori, anche se questi dopo aver dato la loro disponibilità la revocavano (funzione *swap*) o non si presentavano a rendere la prestazione (*no show*)". Ma, per completezza, va ricordato che il giudice di I grado aveva evidenziato come non si potesse parlare di "un costante monitoraggio della prestazione perché il sistema consentiva solo di fotografare la posizione del *rider* in maniera statica e non di seguire l'intero percorso in maniera dinamica"; e il giudice di II grado aveva ricordato che in base alle buste paga i ricorrenti "avrebbero lavorato in media dalle 68,5 ore mensili alle 44/45 ore".

3. (Segue): la fattispecie "astratta".

In apertura di questa ricostruzione si deve individuare la gamma di alternative possibili aperte al giudice di I grado a fronte di un ricorso di *riders* della Foodora, per accertare che il loro contratto di collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato, prorogato fino al 30.11.2016, comportava la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Venivano in gioco tre articoli: art. 2094 c.c.; art. 2, co. 1/2015; 409, co. 3 c.p.c. (versione originaria introdotta dall'art. 1 l. n. 533/1973: in seguito '/1973 o vecchio'). Tutta l'attenzione finiva per cadere sull'art. 2, co. 1/2015, che il Tribunale di Torino considerava una norma apparente e la Corte di Appello, un *tertium genus*; mentre la Corte di Cassazione reputa una norna di disciplina.

Va premesso che la Cassazione non ignora il dibattito dottrinale, che certo l'ha influenzata nella polarizzazione fra le fattispecie classiche del lavoro subordinato e autonomo; e confuta la tesi della norma "apparente"[400], perché si deve sempre dare un senso ad una norma "al pari di quanto l'art. 1367 prescrive per il contratto". Questo, subito dopo aver riassunto tale dibattito in quattro figure ermeneutiche, più o meno ammodernate: lavoro subordinato, *tertium genus* o lavoro etero-organizzato, lavoro parasubordinato, lavoro caratterizzato dall'approccio "rimediale". Sarà quest'ultimo ad essere in seguito prescelto, sì che vale la pena di riportarne il passo relativo, secondo cui tale approccio "rinviene in alcuni indicatori normativi la possibilità di applicare una tutela 'rafforzata' nei confronti di alcuni lavoratori, quali quelli delle piattaforme digitali considerati 'deboli', cui estendere le tutele dei lavoratori subordinati".

Quale sarebbe la *ratio* dell'introduzione di questa tutela "rafforzata", come tale destinata a giustificare l'applicazione della "disciplina del rapporto di lavoro"? Per farla breve la Cassazione ha ravvisato nell'attuazione della delega della l. n. 183/2014, la necessità di mettersi al passo delle innovazioni tecnologiche, con l'intento di "incentivare le assunzioni in forma diretta e indiretta":

[400] P. Tosi, «L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015. Una norma apparente?», *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 6, p. 1129.

confermando la centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche attraverso l'esonero contributivo; ma, al tempo stesso, introducendo dosi di flessibilità in entrata (*part-time,* lavoro intermittente o a chiamata; lavoro a termine; lavoro in somministrazione, apprendistato) e flessibilità funzionale (regime delle mansioni: art. 3 d.lgs. n. 81/2015).

Solo che a seguito della abrogazione del lavoro a progetto, con la contestuale salvezza del vecchio art. 409, n. 3 c.p.c. /1973, si è creata un'ampia area grigia, passibile di una utilizzazione abusiva, sì da spingere il legislatore a prevedere la applicazione della disciplina del lavoro subordinato a "forme di collaborazione continuative e personale realizzate con l'ingerenza funzionale dell'organizzazione predisposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione": personalità, continuità, etero-organizzazione. L'indagine giudiziale è ristretta alla verifica della sussistenza di tali indici fattuali nella fattispecie concreta, sufficienti a giustificare l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, senza dar rilievo ad un diverso giudizio qualificatorio, così facendo intendere non essere necessario affaticarsi a etichettarlo come subordinato, *tertium genus,* autonomo. Certo mantiene l'occhio attento all'*incipit* dell'art. 2, co. 1, rimasto invariato nel passaggio dal 2015 al 2019, "*A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato"*, che, preso alla lettera, pare comportare un paio di esclusioni: anzitutto, fissando una data d'inizio, la preesistenza della subordinazione; poi, parlando di estensione, la assenza di una conversione del rapporto. Sicché, alla fin fine, se la sbriga, col farne "una norma di disciplina" che, come tale, "non crea una nuova fattispecie"[401].

Parte da una concezione parziale della fattispecie "astratta", come se questa fosse da considerare ristretta a quella individuata con una definizione generale precisa e puntuale, cui sia riconducibile per via di sussunzione la fattispecie "concreta". Si può qui obbiettare che la fattispecie "astratta" risulta strumentale alla individuazione dell'area soggetta alla relativa disciplina, per la cui applicazione è sempre *conditio sine qua non*: sia data da una definizione generale, riguardante il contratto o il rapporto; sia accompagnata da elencazioni tassative o esemplificative; sia formulata in chiave di caratteristiche relative all'esecuzione; sia ricostruibile in forza della stessa disciplina dettata dalla legge. Ne segue che la chiamata in causa dell'integrazione "funzionale" della prestazione nella organizzazione predisposta dal committente non è di per sé risolutiva. Se interpretata come predeterminazione da parte datoriale della base dell'attività produttiva, cui si uniforma la prestazione, sì da essere etero-organizzata, senza bisogno di risultare guidata da un potere direttivo puntuale e costante, ricorda una rivisitazione dottrinale dell'art. 2094 c.c. alla luce dell'art. 1 l. n. 877/1973, sul lavoro a domicilio, che la amplierebbe a misura dell'intero ciclo produttivo, così da renderla utilizzabile contro il decentramento[402]. Se, invece, letta come riconduzione all'art. 2094 c.c. delle mansioni comandate dalle macchine o esercitate dalle dirigenze apicali, intersecherebbe quella subordinazione "attenuata", varata dalla giurisprudenza (Cass. n. 6086/1991)[403].

La Cassazione parla di indici, segnalandoli, prima, come "normativi", per uniformarsi all'ultima delle quattro scelte operate dalla dottrina, quella "rimediale"; poi, come "fattuali", significativi e sufficienti, per individuare la figura prevista dall'art. 2, co. 1/2015. Peraltro, siffatta scelta ermeneutica non comporterebbe di per sé l'esclusione della possibilità di accertare la presenza di una

---

401 L. Mariucci, «Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo», *Lavoro e diritto*, 2015, 1, p. 25.

402 R. Del Punta, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 371; A. Perulli, «Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente», *WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT*, 272/2016, p. 11.

403 L. Mariucci, *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali,* Franco Angeli, Milano, 1979.

fattispecie, ma solo privilegerebbe la tecnica tipologica rispetto a quella sussuntiva. Cosa, questa, che la giurisprudenza pratica abitualmente per la definizione di cui all'art. 2094 c.c., per confermare l'esistenza di un potere direttivo poco o niente evidente; tanto che la dottrina aveva interpretato questo art. 2, co. 1/2015 come una integrazione legislativa della nozione di subordinazione, tramite l'incorporazione degli indici tipologici consolidati.

D'altronde, la problematica dell'individuazione della nozione cui ricollegare una certa disciplina, si è posta, oltre che per i lavoratori subordinati *ex* art. 2094 c.c., anche per quelli di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c., battezzati, ieri nella versione del 1973, come para-subordinati; e, oggi, in quella del 2017 (versione corretta dall'art. 15, co. 1 l. n. 81/2017: in seguito '2017 o nuovo'), come autonomi. È la tendenza ad una visione polarizzata, cioè costruita sull'*aut aut* fra etero-organizzazione e etero-direzione, che ha condizionato la lettura dottrinale del nostro art. 2, co. 1/2015, sì da trovare sostegno sull'una e sull'altra sponda, con reciproche riserve critiche[404]. Da entrambe le parti si sono valorizzate le discordanze letterali del testo, giocandole ciascuna a proprio favore; ma soprattutto si sono enfatizzate le presunte incoerenze delle due opposte interpretazioni dell'art. 2, co. 1/2015: contro chi ha tifato per la subordinazione, si è fatta valere la inderogabilità della figura tipica, sì da non poter spiegare le eccezioni previste al comma 2; contro chi ha parteggiato per l'autonomia, si è fatta valere la necessaria selezione della disciplina normativa della subordinazione considerata applicabile *in toto* dal comma 1.

Senza entrare in tale partita ermeneutica, condotta con argomentazioni estremamente sofisticate, si può osservare come in verità non esista una normativa del lavoro subordinato che possa dirsi interamente costituzionalizzata: né con riguardo alla fattispecie "astratta", visto che la giurisprudenza del Giudice delle leggi spazia da quella sostanziale/innovativa, della "doppia alienità" relativamente al processo e al risultato produttivo (Corte cost. n. 30/1996) a quella formale dell'etero-direzione (Corte cost. n. 76/2015)[405], mutuata dal "diritto vivente" della Cassazione (fra le ultime, Cass. n. 5436/2019); né con rispetto alla disciplina, visto che, pur nell'ambito dell'utilizzazione assai ampia degli artt. 3, 4, 35 Cost. da parte dello stesso Giudice delle leggi, la legislazione ordinaria rivela una crescente attenuazione della regola principe dell'inderogabilità, fino a sfociare nel discusso art. 8 d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, con riguardo alla contrattazione collettiva di prossimità.

Solo che la Cassazione pensa di evitare di partecipare alla partita ermeneutica in parola, ravvisando nell'art. 2, co. 1/2015 solo "una norma di disciplina, che non crea una nuova fattispecie". Una operazione volta a non dover scegliere fra subordinazione e autonomia, che la porterebbe a aderire ad una qualche soluzione meticcia, quale suggerita dalla dottrina, *sub specie* di fattispecie atipica, sovra-tipica, *tertium genus*. Ma, per quanto dica, non può esimersi dall'individuare quella

---

[404] Fra i molti, che sarebbero tutti meritevoli di citazione, vedi, nel senso che le due espressioni siano differenziate, sì da dar vita qui ad una fattispecie di lavoro autonomo: R. Pessi, «Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il *Jobs Act*», WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT, 282/2015, p. 11; M. Persiani, «Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate», *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 6, p. 1169; M. Magnani, «Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015», WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT, 294/2016, p. 12. E, in senso contrario, che, cioè, tendano qui a sovrapporsi fino a coincidere, sì da integrare una fattispecie di lavoro subordinato: L. Nogler, «La subordinazione nel d.lgs. 81/2015: alla ricerca dell'autorità dal punto di vista giuridico», *Argomenti di diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 60; G. Santoro-Passarelli, «I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3 c.p.c.», *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 6, p. 1133; P. Tosi, «L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015. Una norma apparente?», op. cit., p. 1125.

[405] T. Treu, «In tema di *Jobs Act*. Il riordino dei tipi contrattuali», *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2015, 2, p. 173.

figura cui si ricollega la disciplina prevista, che battezza come "fattispecie contrattuale" o "fattispecie litigiosa"; e lo fa, calcando la mano su quelli che considera i suoi indici normativi/fattuali. All' uopo chiama in causa il nuovo art. 2, co. 1; non per applicare un articolo non retroattivo, ma per interpretare il vecchio art. 2, co. 1.

La Cassazione evidenzia la modifica letterale intervenuta fra il vecchio ed il nuovo art. 2, co. 1: sostituzione dell'avverbio *"esclusivamente*" con "*prevalentemente*"; soppressione dell'inciso "*anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro*"; aggiunta del capoverso "*Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".* Ma invece di sottolinearne la discontinuità testuale, ne sostiene la continuità ermeneutica: così la sostituzione dell'avverbio, che poteva rimettere in discussione la personalità della prestazione, non meriterebbe attenzione; la soppressione dell'inciso, che era interpretato come un condizionamento organizzativo di tutte le modalità di esecuzione, non cambierebbe nulla. A ben vedere l'*incipit* di tale inciso, costituito da "*anche*", rappresenterebbe solo "una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, sì da fare assumere a tale parola un mero valore "esemplificativo", perché l'attuale rivoluzione tecnologica rende "le modalità spazio-temporali" sempre meno discretive a segnare la distinzione "tra l'area dell'autonomia e quella della subordinazione".

Fino ad ora abbiamo seguito l'impostazione della Cassazione di una figura "anonima" ricostruibile in base ad indici normativi/fattuali, contestandola solo perché anche così permetterebbe di dedurne una fattispecie sia pur in forza di una tecnica, non sussuntiva, ma tipologica. Ma, si può andare ben oltre, cioè combinare gli indici in una fattispecie caratterizzata dalla etero-organizzazione di una prestazione personale e continuativa, come d'altronde lascia trasparire la Cassazione: la caratteristica "includente", rappresentata dall'essere funzionale, cioè formattata dalla stessa organizzazione, senza la necessità di una intermediazione gerarchico-direttiva, la differenzia da quella dell'art. 2094 c.c.; mentre la caratteristica "escludente", costituita dal non essere coordinata consensualmente, la diversifica da quella dell'art. 409, co. 3 c.p.c., che, qui, sembra evocato implicitamente nella versione corretta di cui all'art. 15, co. 1/2017.

Si potrebbe, dunque, riproporre una ricostruzione già effettuata da quella dottrina che qualifica la fattispecie non come un *tertium genus*, ma come una etero-organizzazione distinta dalla etero-direzione di cui all'art. 2094 c.c., configurandola come attività autonoma, con l'ovvia conseguenza di una necessaria selezione della disciplina normativa della subordinazione[406].

Questa, però, è la conseguenza che la Cassazione non vuole, perché, non avendola fatta la legge, dovrebbe farla la giurisprudenza a sua assoluta discrezione, cosa foriera di grande incertezza. Cosicché si auto-condanna a girare su sé stessa, sì da affermare che esista solo una norma di disciplina; per, poi, essere costretta a evocare una figura "anonima", che, pur essendo mantenuta ben distinta da quella di cui all'art. 2094 c.c., mutuerebbe l'intera normativa della subordinazione.

Ora, comunque la si ricostruisca, la fattispecie definita dal nuovo art. 2, co. 1 si distingue nettamente da quella del vecchio art. 2, co. 1, sia per la sua portata, sia per la contestuale presenza

---

[406] F. Carinci, «La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?», *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, 4-5, p. 968.

della fattispecie di cui all'art. 47-*bis* del Capo V-*bis*, introdotto nella l. n. 81/2015 dal d.l. n. 101/2019, convertito nella l. n. 128/2019. Se, ieri, io stesso avevo potuto parlare di una nozione addirittura più restrittiva dell'art. 2094 c.c.[407]; oggi, non si può più farlo, risultando senz'altro più ampia, non fosse altro che per essere stata amputata proprio delle parti ritenute più significative in sede di comparazione con lo stesso art. 2094 c.c.

Non è nell'economia di questo commento ritornare sulla fattispecie del vecchio art. 2, co. 1; né, tantomeno, impegnarsi su quella, oggi rilevante, del nuovo articolo. Per quanto riguarda quest'ultima, basti accennare a tutta la problematica relativa al come distinguerla dalle figure contigue: a monte quelle subordinate, dell'art. 2094 c.c., del lavoro a domicilio, del telelavoro, del lavoro agile, del lavoro intermittente; e, a valle, quelle autonome, dell'art. 409, n. 3 c.p.c. /2017 e dell'art. 2222 c.c., nonché addirittura imprenditoriali, dell'art. 2083 c.c. A ben guardare, la sostituzione della parola "*esclusivamente*" con quella "*prevalentemente*", già se ristretta solo all'apporto di una strumentazione più o meno sofisticata, tenderebbe a lambire il lavoro autonomo, nel suo *continuum* che andrebbe ora dall' art. 409, n. 3 c.p.c. /2017 al 2222 c.c.; e se, poi, estesa ad un eventuale collaboratore, tenderebbe a sconfinare nel piccolo imprenditore di cui all'art. 2083 c.c.

Seguendo l'argomentazione della Cassazione, ci sarà da chiedersi come raccordare a due fattispecie diverse, quali, rispettivamente quelle dell'art. 2094 e dell'art. 2, co. 1/2015, la stessa tutela prevista per il lavoro subordinato.

4. (Segue): il contratto.

Il contratto siglato dai *riders* era esplicitamente connotato come di collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato, ma questo *nomen iuris*, a prescindere dal I grado, dove è sostanzialmente rispettato, nei gradi seguenti viene del tutto ignorato. Evidentemente non c'era ragione di un dubbio sufficiente a far ricorso al tipo convenuto consensualmente; ma nonostante questo, quello che la motivazione non chiarisce è l'efficacia di tale contratto, perché uno penserebbe che tutto il programma negoziale vi dipenda, con le sue prestazioni periodiche, definite nelle loro caratteristiche dinamiche di libertà e di vincolatività. Ma per la Cassazione non è così, perché in base ad una distinzione fra fase genetica e fase funzionale, per cui la prima sarebbe autonoma e la seconda etero-organizzata, colloca: nella prima fase tutte le libertà del lavoratore, quali rispondere alla originaria convocazione, firmare un contratto a tempo determinato con le clausole di libera recedibilità, previo preavviso di trenta giorni, e le funzioni di *no show* e *swap*; e nella seconda a) l'obbligo di recarsi all'orario di inizio del turno in una delle zone di partenza predefinite, b) ricevuta la notifica con l'indicazione dell'indirizzo del ristorante, procedere alla presa in consegna dei prodotti, controllarne la corrispondenza, comunicare la verifica positiva c) ricevuta la comunicazione dell'indirizzo del cliente, l'obbligo di consegna del cibo e conferma della regolarità dell'operazione. Il tutto effettuato tramite una applicazione allo *smartphone.*

Ora apparteranno alla genesi del rapporto la libertà del lavoratore di rispondere alla originaria convocazione, nonché a firmare il contratto con tutte le sue clausole; ma non si può dire che la libera recedibilità e le funzioni *no show* e *swap* siano riconducibili solo alla funzione del rapporto

[407] L'impressione è che la Cassazione abbia avuto a interlocutore privilegiato A. Perulli, «Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente», op. cit., p.1 ss.; ma senza seguirlo nell'esito logico del suo discorso, cioè doversi leggere nell'art. 2, co. 1/2015 un rapporto di lavoro autonomo, perché, come detto nel testo, questo l'avrebbe obbligata a selezionare la normativa del rapporto di lavoro subordinato applicabile.

medesimo, fra l'altro trasformando in obbligo proprio quello sopra ricordato *sub* a), che condiziona tutto il successivo svolgimento. Esso viene escluso, come obbligo, proprio dalle funzioni di *swap* e *no show*, che permettono al lavoratore di revocare la propria disponibilità a partecipare ad un turno e, comunque, di non presentarsi al luogo di incontro prefissatogli. Sembra che, in qualche modo, la Cassazione sia stata influenzata da Cass. n. 3457/2018, ricordata e confutata dalla Corte di Appello, che ammette l'esistenza della subordinazione con riguardo agli addetti al ricevimento delle giocate presso le aziende ippiche e le sale scommesse. Ma, là, ispirandosi alla nozione della doppia alienità, vi era sostenuto che la libertà di rispondere o meno alla convocazione da parte delle agenzie e sale, integrava un elemento esterno rispetto allo svolgimento del lavoro che, però, si ricostituiva *ex novo* ogni giorno in cui il lavoratore comunicava la propria accettazione.

Una simile suddivisione non è qui mutuabile, perché il programma negoziale previsto dal contratto è perfettamente tradotto nello svolgimento del rapporto, con le clausole delle funzioni *no show* e *swap,* che permettono al lavoratore di chiamarsi fuori dalla predeterminazione dei turni rispetto a cui si è dichiarato disponibile e, se no, di non presentarsi nel luogo fissatogli per cominciare. Bisognerebbe, altrimenti, pensare che, ogni volta che il lavoratore comunichi di essere disponibile ad effettuare un turno e si presenti nel luogo fissatogli per iniziare, si dia vita ad un nuovo rapporto di lavoro.

Se così non può essere, allora risulta poco persuasiva la configurazione come obblighi destinati a scattare in una sorta di concatenazione in una fase funzionale, solo dopo una fase genetica caratterizzata da un lavoratore che, resosi disponibile per un turno, non cambi parere (*swap*) e non diserti il luogo di raduno iniziale (*no show*). A voler utilizzare la terminologia della Cassazione, la fase genetica è quella che si conclude con la sottoscrizione del contratto; mentre la fase funzionale si apre con tale sottoscrizione.

5. (Segue): la disciplina.

Procedo, rimanendo per ora all'interno delle coordinate fissate dalla Cassazione, cioè di una interpretazione del vecchio art. 2, co. 1 alla luce del nuovo, senza proiettare lo sguardo anche al Capo V-*bis*, sì da ritenere ricadente sotto l'art. 2, co. 1 il caso dei *riders* Foodora. Si vedrà nel prossimo paragrafo come ciò per l'autore di questo commento non sia così, ma intanto si può tenerlo fermo, per verificare quanto la Cassazione dica a proposito della disciplina applicabile.

Prende alla lettera l'espressione "*si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato",* supportandola in ragione sia della funzione nomofilattica, tale da dare certezza, sia della interpretazione sistematica**.** Allorché "il legislatore ha voluto assimilare o equiparare situazioni diverse al lavoro subordinato, ha precisato quali parti della disciplina della subordinazione dovevano trovare applicazione"; affermazione seguita da una esemplificazione che non si riporta qui, perché costringerebbe a spiegarne, volta a volta, la rilevanza.

Solo c'è una falla nella argomentazione, perché una normativa è costruita sulla base della relativa fattispecie; regola questa quanto mai veritiera proprio nel caso del diritto del lavoro subordinato, tanto che la sua normativa stenta a stare dietro alla mera estensione della nozione di cui all'art. 2094 c.c. Immaginiamoci, dunque, quando la figura cui riferirsi viene letta come diversa, come fa la Cassazione. Non solo diversa, ma anche apparentemente più ampia già nella sua versione di cui all' art. 2, co. 1/2015, tanto da potersi ammettere, a giudizio della Cassazione, che, "a fronte

di specifica domanda della parte interessata fondata sul parametro normativo dell'art. 2094 cod. civ., il giudice accerti in concreto la sussistenza di una vera e propria subordinazione (…), rispetto alla quale non si porrebbe neanche un problema di disciplina incompatibile". Dal primo passo del periodo riportato ("a fronte … subordinazione") si potrebbe dedurre che, una volta considerata la versione di cui all'art. 2, co. 1/2015 (per non parlare della versione di cui all'art. 2, co. 1/2019) più ampia di quella di cui all'art. 2094 c.c., allora risulterebbe poco comprensibile ricorrere a questa seconda invece che alla prima, assai più semplice da provare, sì da aversi una sostanziale sostituzione della stessa base portante del diritto del lavoro subordinato. Ma, dal secondo passo ("rispetto… incompatibile") si può intuire che a chiamare in causa l'art. 2094 c.c. fa la differenza, perché elimina qualsiasi problematica circa l'applicazione dell'intera disciplina del lavoro subordinato.

Non è, poi, che la Cassazione si spinga tanto in là su questa strada. Quasi a fatica afferma che non "possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ., ma si tratta di una questione non rilevante nel caso sottoposto all'esame di questa Corte". Se è vero quanto dice da ultimo, non si capisce perché abbia iniziato un discorso che non poteva concludere; ma, a prescinderne, usa - facendo ricorso alla parola bandita, "fattispecie" - l'espressione "ontologicamente incompatibile", che vuol dire tutto o niente, perché produce a capo dell'interprete, dottore o giudice, l'impegno a verificare volta a volta se la differenza della figura dell'art. 2, co. 1/2015 e, ora, /2019, rispetto all'art. 2094 c.c., comporti o meno una esclusione parziale della relativa normativa. E, così, addio per sempre alla argomentazione fondata sulla funzione nomofilattica; perché quella certezza, che si voleva assicurare con la applicazione dell'intera disciplina della subordinazione, ritorna in alto mare, per la previsione di una eccezione restringibile e dilatabile a guisa di fisarmonica.

Peraltro, quella di una necessaria selezione della disciplina della subordinazione è stata una notazione comune della dottrina impegnata nell'interpretazione dell'art. 2, co. 1/2015[408]; e, come ricorda la Cassazione, la Corte d'Appello, aveva escluso che l'articolo in parola comportasse "un'estensione generalizzata dello statuto della subordinazione", optando per "un'applicazione selettiva delle disposizioni per essa approntate, limitate alle norme riguardanti la sicurezza e l'igiene, la retribuzione diretta e differita (quindi relativo all'inquadramento professionale) i limiti d'orario, le ferie e la previdenza ma non le norme sul licenziamento".

Comunque la si valuti, l'elencazione della Corte d'Appello non considera quello che difetta in *primis*, cioè il carattere basico dell'art. 2094 c.c.: l'esercizio sia del potere direttivo, ivi compreso lo *ius variandi*, così come esteso di recente, sia del potere disciplinare. Ma, nella misura in cui la normativa della subordinazione dà per scontato l'esistenza di tali poteri, ne deriva per inevitabile ricaduta la sua inapplicabilità. Ne sia conferma la introduzione del lavoro agile, come rapporto di lavoro subordinato cui poter apporre un patto relativo all'esercizio consensuale di tali poteri, una volta che sia svolto fuori da quelle coordinate spazio/tempo assunte quali indici della loro esistenza.

Spingendosi oltre, la normativa della subordinazione messa sotto maggiore tensione è quella

---

[408] Tutta la dottrina citata nella prima parte della nota 5, proprio perché favorevole a ravvisare nell'art. 2, co. 1/2015 un rapporto di lavoro autonomo, ha ritenuto di doversi far carico di una selezione della normativa del rapporto di lavoro applicabile.

relativa alla continuità della prestazione, dove a venir in gioco è il lavoro intermittente; nonché alla disciplina dell'orario, rispetto alle quali, fra l'altro, c'è da tracciare il confine con il *part-time* verticale e il lavoro intermittente; ma altrettanto si può dire per la copertura previdenziale. Al riguardo non si è mancato di cercare aiuto nell'eccezione prevista dall'art. 2, co. 2, lett. a) - rimasta immutata nelle due versioni del comma 1- che prevede la possibilità di deroga alla regolamentazione legislativa della subordinazione di cui al comma 1, da parte degli "*accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"* tramite "*discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo".* E lo si è fatto, col sostenere che di conserva l'art. 2, co. 1/2015, si limiterebbe, nell'estendere tale regolamentazione legislativa della subordinazione, al solo *"trattamento economico e normativo*".

A prescinderne, è significativo che si parli di "*accordi"* e non di "contratti", quasi a confermare che i lavoratori di cui all'art. 2, co. 1/2015 e /2019, non siano subordinati. Non solo, c'è ben dell'altro, perché quando nel linguaggio collettivo ci si riferisce al "*trattamento economico e normativo",* si dà per scontato che sia ulteriore rispetto a quello inderogabile fissato per legge. Qui, invece il riferimento a "*normativo"*, come dovrebbe essere inteso: una esclusione o una rimodulazione del regime inderogabile *ex lege?*

Certo al riguardo bisogna dire di più, ma questo di più non serve al mio discorso, che segue, andando a vedere se, come sembra far capire la Cassazione, i *riders* del caso Foodora ricadano oggi sotto l'art. 2, co. 1/2019.

6. La fattispecie "concreta" e "astratta" dell'art. 47-*bis.*

Quel che alla fine conta è che la Cassazione, pur avendo sempre presente la fattispecie "concreta", come in tutto e per tutto riguardante i *riders* tipizzati dal caso Foodora, non fa cenno al Capo V-*bis*. È possibile che, avendo dato per scontato la continuità ermeneutica fra le due versioni della fattispecie "astratta" dell'art. 2, co. 1 (l'originaria 2015 e la corretta 2019), abbia ritenuto essere la tutela prevista in tale Capo *V-bis* "integrativa" e non "sostitutiva" di quella subordinata.

A prescindere da quel che la Cassazione abbia potuto pensare, tenuto conto che il Capo V-*bis* non era applicabile per essere intervenuto dopo il maturare del caso sotto esame, ravvisarvi ora una tutela solo "integrativa" di quella subordinata, sembrerebbe trovare conferma in alcune referenze testuali.

A riconsiderarle, però, tale eventuale conferma resta assai dubbia. Si è fatto valere l'attacco dell'art. 47-*bis,* che apre il Capo V-*bis*, col determinarne - oltre allo scopo e all'oggetto - l'ambito: "*Fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 1…*". Ma non è detto che tale *incipit* si debba leggere come se includesse l'art. 47-*bis* e ss. sotto l'ombrello dell'art. 2, co. 1/2019; ben può essere letto come se lo escludesse, essendo seguito dall'individuazione sia di una puntuale fattispecie "astratta", di "*lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli motore",* costruita a stretta misura dei *riders;* sia di una specifica disciplina limitata, ai "*livelli minimi di tutela*", assicurati dagli artt. 47-*ter* /47-*octies*.

C'è di più. L'art. 2, co. 1, nella sua doppia versione del 2015 e del 2019, non qualifica i lavoratori ricadenti sotto il suo ambito; allora si dovrebbe rimarcare come, di contro, l'art. 47-*bis* co. 1, dichiara "*autonomi*" proprio i lavoratori che effettuano le prestazioni tipiche dei *riders.* Se così è, la Cassazione ha avuto ragione e torto insieme: ragione, per aver creduto che fossero né autonomi

né subordinati i lavoratori di cui all'art. 2, co. 1, nella versione del 2015, ma interpretata alla luce di quella del 2019; torto, per aver concluso che i *riders* fossero riconducibili sotto l'art. 2, co. 1.

Su quest'ultimo punto si potrebbe far valere la correlazione fra le chiamate in causa delle piattaforme digitali dall'art. 2, co. 1/2019 e dall'art. 47-*bis,* co. 2, nel senso che quella effettuata nel primo sarebbe poi definita nel secondo disposto, dato che il Capo V-*bis*, aperto dall'art. 47-*bis*, è rubricato "*Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali".* Ma, intanto, la formula utilizzata dall'art. 2, co. 1/2019 risulta più ampia di quella dell'art. 47-*bis,* co. 1, perché recita che la figura ivi prevista si realizza con un duplice "*anche*", per cui le disposizioni di tale comma "*si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali",* quindi pure in mancanza di piattaforme o di piattaforme digitali. Poi, lo stesso art. 47-*bis*, co. 2, inizia con "*Ai fini di cui al comma 1 si considerano piattaforme digitali*", che, come visto, definisce anche l'ambito di applicazione dell'intero Capo V-*bis.* Sicché non si può dire che la specifica definizione delle piattaforme digitali, che nel comma 2 dell'art. 47-*bis* è riferita al precedente comma 1*,* possa servire a determinare quella di cui all'art. 2, co. 1/2019.

Il che riesce persuasivo, pur a restringere il campo del confronto alle sole piattaforme digitali, eventuali per l'art. 2, co. 1/2019 e necessarie per il contestuale art. 47-*bis*, co. 2. A colpire di primo acchito è quel che di diverso si rinviene nell'art. 47-*bis*, co. 2, a cominciare dall'espressione "*indipendentemente dal luogo di stabilimento"*, che parrebbe sancire l'irrilevanza di una diversa localizzazione della piattaforma e del lavoratore.

Ora, mancando questa espressione nell'art. 2, co. 1/2019, sembrerebbe doversene dedurre *a contrario* la necessità di una identica collocazione. Se questo, da un lato, costituisce un primo indizio dell'avere la fattispecie di cui all'art. 47-*bis* avuto a referente i *riders* di Foodora; dall'altro, non riesce di per sé sufficiente a concludere che, ai sensi dell'art. 2, co. 1/2019, vi debba essere una identica collocazione della piattaforma e del lavoratore, cosa che contrasterebbe con la stessa ragione dell'utilizzazione di una piattaforma digitale.

Segue, poi, che sempre l'art. 47-*bis*, co. 2 prevede che la piattaforma digitale fissi "*il compenso"*; ma trattasi di una mera ricezione di quanto stabilito al riguardo dal meccanismo di cui al successivo art. 47-*quater,* che costituisce un secondo indizio dell'avere tale articolo tenuto sott'occhio i *riders* Foodora. E, a rappresentare il terzo indizio, così da integrare una prova, è la puntualizzazione fatta dall'art. 47-*bis*, co. 2, con riguardo all'oggetto delle prestazioni, individuate come "*attività di consegna di beni*".

Ripulito così il campo del confronto fra le due nozioni di piattaforme digitali, resta aperta una problematica creata dalla stessa terminologia utilizzata. A proposito delle *"modalità di esecuzione della prestazione"* l'art. 2, co. 1/2019 parla di "organizzazione" ("*…organizzate…"*); mentre il successivo art. 47, *bis,* co. 2 usa un'altra espressione, cioè "determinazione" *("…determinando …).* Ora, tenuto conto che si accenna, nella rubrica dell'art. 2, di "*Collaborazioni coordinate dal committente*" e, nel testo del suo comma 1, di "*rapporti di collaborazione …"*, il ricorso al termine "*organizzate"* potrebbe rilanciare la tesi di un lavoro etero-organizzato ben distinto dal lavoro etero-diretto dell'art. 2094 c.c. La stessa Cassazione fa propria l'espressione di lavoro etero-organizzato, come "lavoro imposto dall'esterno", ma solo per distinguerlo da quello coordinato di comune accordo, di cui all'art. 409, co. 1, n. 3 c.p.c./2017. Il che, però, non la fa deflettere dalla tesi che qualifica come norma di disciplina l'art. 2, co. 1/2015 (ma anche /2019), tale da non richiedere alcuna ricerca circa la natura autonoma o subordinata della figura cui tale disciplina si raccorda.

Quello che è certo, come già sottolineato, è che mentre l'art. 2, co. 1/2015 (ma neppure /2019), nulla dice al riguardo, l'art. 47-*bis* parla esplicitamente di "lavoratori autonomi". Scelta, questa, che il legislatore potrebbe aver fatto proprio per poter giustificare la sottrazione dall'art. 2, co. 1 /2019 - che avrebbe comportato a suo dire l'applicazione dell'intera disciplina del lavoro subordinato - della figura di cui all'art. 47-*bis*, cui ricollegare solo quei "*livelli minimi di tutela*" menzionati nel Capo V-*bis.*

Pensare che ci sarebbe una differenziazione nelle caselle a cui ricondurre i *riders*, in ragione della continuità o discontinuità delle loro prestazioni, per cui ricadrebbero sotto l'art. 2, co. 1/2019 quelli che lo facciano in maniera continua e sotto l'art. 47-*bis*, co. 1 quelli che lo svolgano in maniera discontinua, non mi sembra sorretto dalla differenza testuale delle due fattispecie[409]. La ricorrente qualificazione delle collaborazioni come "*continuative*", dall'art. 409, n. 3 c.p.c. /1973 in poi, è stata utilizzata per connotare attività di lavoro non subordinate, effettuate a tempo; cosa, questa, che si ritrova nell'attuale versione dell'art. 2, co. 1/2019, anche se con una evoluzione significativa.

Ora, che questa parola, "*continuative"*, non ritorni nell'art. 47-*bis*, co. 1 è spiegabile col fatto che detto articolo individua una fattispecie autonoma ed auto-sufficiente, in sé e per la sua disciplina, quale offerta dal Capo V-*bis*; sì da rendere operativamente superflua la ricerca della relazione con l'art. 2, co. 1/2019. *R*ibadito *ad abundantiam* che, nel predisporre il Capo V-*bis*, il legislatore ha avuto sott'occhio i *riders* Foodora, si può incorporare la parola "*continuative"* in sede di interpretazione, ma solo nel senso che l'intera attività è riconducibile ad un unico contratto a tempo determinato, eventualmente prorogato, caratterizzato da prestazioni periodiche, che sono condizionate volta a volta dalla disponibilità dei *riders* contattati.

7. (Segue): la disciplina del Capo V-*bis.*

La soluzione dell'enigma è data proprio da una lettura attenta della disciplina di cui al Capo V-*bis,* a cominciare da un breve accenno alla sua gestazione, che sembra partita da una bozza nella quale era prevista una nuova nozione di subordinazione, con una riscrittura dell'art. 2094 c.c., sì da estenderla esplicitamente anche alle prestazioni regolate da piattaforme digitali, con una diluizione della fattispecie subito apparsa eccessiva rispetto alla tipologia fattuale presa a riferimento, cioè proprio quei *riders* che non sembravano sottoponibili all'intera disciplina della subordinazione. Da qui, come detto, la scelta di dedicarvi un intero Capo, quello V-*bis*, con una determinazione dell'ambito di applicazione di una disciplina che non sembra affatto "integrativa", ma piuttosto "sostitutiva" di quella subordinata applicabile alla fattispecie di cui all' art. 2, co. 1/2019.

Mi sia permessa una panoramica degli artt. 47-*bis*/47-*octies* che, senza ricalcare alla lettera tale normativa, riportandola ad una visione *ictu oculi*, sia sufficientemente esaustiva a conferma della tesi qui sostenuta:

L'art. 47-*ter* (*Forma contrattuale e informazioni*) prevede, al comma 1, la forma *ad probationem*

---

[409] Nel senso che la disciplina minima di cui al Capo V-bis solo alle prestazioni discontinue v. G. Santoro-Passarelli, «Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui *riders* e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020», WP CSDLE, "Massimo D'Antona". IT, 411/2020, p. 7; A. Perulli, «Il diritto del lavoro "oltre la subordinazioni": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders», ivi, 410/2020, p. 61, che, però, considera rilevante, oltre alla non continuità della prestazione. anche la presenza di una contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. a) che di disapplichi la disciplina del rapporto di lavoro subordinato o selezioni diversi gradienti di tutele.

per "*i contratti di lavoro di cui all'art. 47-bis*", nonché la comunicazione di ogni informazione utile "*per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza*", con una individuazione assai meno puntuale e completa di quella a carico di ciascun datore ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 152/1997 (attuazione della direttiva 91/533/CEE); ai commi 2 e 3, le conseguenze di eventuali violazioni, in aggiunta alle misure di tutela di cui all'art. 4 di quel decreto: la corresponsione di una determinata indennità risarcitoria e la valutazione "*come elemento di prova delle condizioni effettivamente applicate al rapporto di lavoro".* L'art. 47-*quater* (*Compenso*) contiene, al comma 1, un rinvio ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, che possono "*definire criteri di determinazione del compenso complessivo*" correlati alle modalità della prestazione e della organizzazione; al comma 2, per "*i lavoratori di cui all'art. 47-bis*", il divieto di calcolarne la retribuzione "*in base alle consegne effettuate*" ed il contestuale obbligo di garantirne "*un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti dai contratti collettivi di settori affini o equivalenti*" sottoscritti dalle organizzazioni di cui al comma 1; al comma 3, sempre per "*i lavoratori di cui all'art. 47-bis*" l'impegno a riconoscere loro "*un'indennità integrativa non inferiore al 10 per cento*" per il lavoro notturno, festivo o prestato in condizioni metereologiche sfavorevoli, così come determinato dai contratti collettivi di cui al comma 1 oppure, in difetto, da un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. L'art. *47-quinquies* (*Divieto di discriminazione*) prescrive, al comma 1, per "*i lavoratori di cui all'art. 47-bis*" l'estensione della "*disciplina discriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità"* applicata ai lavoratori subordinati, qui con riguardo anche allo "*accesso alla piattaforma*"; al comma 2, il divieto di escludere o ridurre *"occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione".* L'art. 47-*sexties* (*Protezione dei dati personali*) stabilisce, all'unico comma 1, che la trattazione dei dati personali dei *"lavoratori che svolgono la loro attività attraverso piattaforme digitali*" sia effettuata in conformità alla regolazione, comunitaria e nazionale, vigente in materia. L'art. 47-*septies* (*Copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali)* sancisce, al comma 1, la soggezione dei *"prestatori di lavoro di cui al presente capo*" alla "*copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali"* di cui al t.u. d.p.r. n. 1124/1965, precisando come determinare il premio di assicurazione INAIL; ai commi 2 e 3, l'osservanza da parte del committente, "*che utilizza la piattaforma anche digitale*" di tutti gli adempimenti del datore di lavoro previsti dal d.p.r. n. 1124/1965 e "*a propria cura e spese*" del d.lgs. n. 81/2008. L'art. 47-*octies* (*Osservatorio)* prevede, all'unico comma 1, la costituzione presso il Ministero del lavoro del lavoro e delle politiche sociali di un Osservatorio, presieduto dal Ministro o da un suo delegato partecipato dai rappresentanti dei datori e dei lavoratori di cui all'art. 47, co. 1, designati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, col compito di verificare *"gli effetti delle disposizioni del presente capo e … proporre eventuali revisioni in base all'evoluzione del mercato del lavoro e della dinamica sociale"*.

Questa panoramica rivela, a costante conferma della affermazione dell'art. 47-*bis* che *"Le disposizioni del presente capo stabiliscono livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi…",* il sistematico rinvio negli articoli successivi ai lavoratori individuati in quell'articolo: "*ai lavoratori di cui all'articolo 47-bis*" (artt. 47-*quater*, co. 2 e 3, 47-*septies*, 47-*octies* co. 1); "*ai contratti individuali di lavoro di cui all'articolo 47-bis"* (art. 47-ter, co. 1); "*ai prestatori di cui al presente capo*" (art. 47-*septies,* co. 1). Si tratta sempre dei *riders* Foodora, se ce ne fosse bisogno, se ne troverebbe una conferma a tutto tondo nell'art. 47-*quinquies,* co. 2, dove si prevede un divieto proprio per la "*esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata*

accettazione della prestazione"; e nell'art. 47-*quater,* co. 2, laddove si prescrive il divieto di una retribuzione "*in base alle consegne effettuate*". E in tal senso si muove sempre l'art. 47-*quater* col delineare, al comma 1, un rinvio normale ai "*contratti collettivi delle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale*" per fissare i "*criteri di determinazione del compenso complessivo*"; e col disporre, al comma 2, in difetto di tali contratti collettivi, un meccanismo alternativo. Questo *vis-à-vis* dell'art. 2, co. 2/2019 che alla lettera a) rinvia sì ai contratti collettivi, ma come eccezione rispetto all'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dal suo comma 1.

Ci sono anche riferimenti ai "*lavoratori che svolgono la loro attività attraverso le piattaforme digitali"* (art. 47-*sexties*, co. 1) e al "*committente che utilizza la piattaforma anche digitale*" (47-*octies,* co. 2 e 3); solo che questi ultimi confermano la natura "sostitutiva" della disciplina di cui al Capo V-*bis*, dato che costituiscono richiami di quella subordinata, altrimenti non necessari se quest'ultima fosse applicabile ai sensi dell'art. 2, co. 1/2019. E, a confermare l'autosufficienza della disciplina del Capo V-*bis*, ci sono gli art. 47-*septies* e *octies*, sulla copertura assicurativa e sull'Osservatorio.

Qui sta la differenza su cui insistere a chiusura di questo commento fra l'art. 2, co. 1/2019 e l'art. 47-*bis*, perché danno sbocco a due diversi regimi, quello dei lavoratori subordinati, più o meno adattato, e quello dei *riders* tipizzati dal caso Foodora.

Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale*

Valerio Speziale

1. Introduzione. 167

2. La funzione conciliativa ed il contratto collettivo. 167

3. Le clausole di conciliazione previste dai contratti collettivi. 169

4. L'efficacia dispositiva del contratto collettivo: un problema giuridico assai complesso. 171

5. Segue: alcune considerazioni ulteriori sulla capacità dispositiva dell'autonomia collettiva. 179

6. Le conciliazioni in sede sindacale e l'art. 2113, quarto comma, c.c. 182

7. Una recente sentenza sul valore delle conciliazioni in sede sindacale ai sensi dell'art. 412 ter c.p.c. e 2113, quarto comma, c.c. 184

8. Conclusioni. 189

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 415/2020

1. Introduzione.

Il tema della conciliazione sindacale nella riflessione di Gino Giugni è molto esteso perché riguarda le conciliazioni individuali e collettive previste dalla contrattazione collettiva. Inoltre, in un contesto più ampio e comunque attualizzato ai nostri tempi, lo studio di questa problematica comporta l'analisi di istituti fondamentali, come le rinunzie e transazioni previste dall'art. 2113 c.c. e il tentativo di conciliazione regolato dagli artt. 410 e ss. c.p.c., con particolare riferimento, come vedremo, alla disciplina contenuta nell'art. 412 ter del codice di rito.

Ovviamente non potrò occuparmi di tutte queste problematiche e dovrò necessariamente soffermarmi soltanto su alcune di esse. È peraltro interessante rilevare come Giugni abbia analizzato questi aspetti con differenti saggi, tutti molto importanti e che, in qualche misura, hanno anticipato soluzioni successivamente ribadite dalla dottrina e giurisprudenza[410]. Una loro rilettura, dunque, può essere utile non solo per ripercorrere il pensiero di un Maestro del Diritto del lavoro, ma anche per riflettere su alcune tematiche essenziali per lo studio della materia ai nostri giorni.

2. La funzione conciliativa ed il contratto collettivo.

Giugni riteneva che la conciliazione delle controversie giuridiche individuali e collettive fosse una funzione fondamentale svolta dalla contrattazione. Essa, secondo la teorizzazione di O. Khan – Freund, esprimeva il «concetto di "amministrazione collettiva"» e, «nei paesi a più avanzato sviluppo industriale» impegnava «le parti in misura almeno pari, se non maggiore, che non il periodico rito del "rinnovo" dei contratti: basti rilevare l'importanza del tutto peculiare che hanno le *grievance procedure* e l'arbitrato contrattuale in Nord - America»[411]. L'autore scrive nel 1959, quando, per la stragrande maggioranza della dottrina lavoristica, il contratto collettivo era un atto di autonomia privata collettiva[412] e andava letto nell'ambito delle categorie civilistiche del negozio giuridico, seppure adattate alle peculiarità di questa tipologia contrattuale. Al contrario Giugni, in coerenza anche con l'esperienza Nord Americana, la interpretava in un contesto di *continuous bargaining* che quasi nulla aveva a che vedere con il contratto previsto dal codice civile e si legava ad un fenomeno giuridico e sociale dotato di elevata specificità[413].

Giugni, come è noto, riteneva che l'art. 39, c. 1, Cost. costituisse il fondamento costituzionale non solo della organizzazione sindacale ma anche del contratto collettivo[414]. Tuttavia, in base ad una metodologia giuridica mutuata dal pensiero di T. Ascarelli, egli riteneva che fosse necessaria una

---

[410] Ne ricordo solo alcuni: G. Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RDL*, 1958, I, p. 3 ss.; Id., *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, in *Il diritto dell'economia*, 1959, p. 832 ss. e ora in *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 45 ss.; Id., *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1962; Id., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963; Id., *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *DL*, 1970, I, p. 3 ss.

[411] G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 47.

[412] In coerenza con la nota interpretazione di F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 369 ss.

[413] E tale conclusione è suffragata dal suo riferimento al pensiero di O. Kahn – Freund e al suo «"processo contrattuale" continuativo, non riducibile a singoli atti di "stipulazione" e di "rinnovo"»: G. Giugni, *op.ult.cit.*, p. 47, nt. 7.

[414] G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 49. Il concetto verrà poi ribadito nel 1979, (Id., *Art. 39 Cost.*, in C. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, - Zanichelli – Foro Italiano, 1979, p. 280) e verrà confermato da numerosi autori (rinvio, sul punto, a V. Speziale, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2012, p. 366, nt. 24 per le indicazioni bibliografiche).

«considerazione dell'esperienza sindacale come base empirica della costruzione giuridica sistematica», con «un metodo che, d'altronde, fu adottato fin dalle prime ricerche sull'autonomia collettiva»[415]. A giudizio di Ascarelli, infatti, la ricostruzione di una fattispecie normativa non può confondersi con la realtà sociale che ne costituisce il presupposto fattuale indispensabile, ma non deve neanche chiudersi in una «logica interna» autosufficiente, che prescinda da essa[416]. In base a questa interpretazione, Giugni sostiene che «l'attività conciliativa (viene) a porsi accanto alla attività organizzativa interna e a quella *stricto sensu* produttiva delle norme di lavoro, a componente essenziale dell'attività sindacale. Ne consegue, che essa è partecipe della rilevanza costituzionale di quest'ultima e acquista una tipicità che, ove non vi ostino espliciti divieti legali, si riverbera sul sistema degli effetti giuridici degli atti posti in essere nel suo esercizio»[417]. Il pensiero dell'autore rivela qui una delle caratteristiche della sua metodologia scientifica: il nesso indissolubile tra realtà sociale e norma giuridica, alla quale la prima attribuisce un "senso" non percepibile con una lettura effettuata esclusivamente alla luce delle categorie giuridiche, in una dimensione "autoreferenziale" che prescinda dal contatto con la realtà oggetto di regolazione.

In relazione al tema analizzato, Giugni, nell'ultimo capitolo della *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, inquadra le clausole di conciliazione sindacale nell'ambito della «giurisdizione privata intersindacale", ritenendo che esse, anche se "estrane(e) ad una definizione rigorosa della giurisdizione, (sono) però sempre funzionalmente collegat(e) alla realizzazione dei fini di quest'ultima»[418]. Queste clausole costituiscono una delle espressioni più evidenti della autonomia dell'ordinamento intersindacale che si propone di risolvere, con strumenti propri, i conflitti interpretativi attinente al contenuto del contratto come pure quelli di natura giuridica o economica tali da coinvolgere interessi di rilevanza collettiva o individuale.

In tale ambito l'a. classifica queste clausole nella parte obbligatoria del contratto collettivo quale espressione di una funzione compositiva dei conflitti giuridici, dove le parti stipulanti «dispongono di situazioni giuridiche già formatesi, in genere in forma transattiva accertativa (transazione intorno a somme contestate, accordi per l'interpretazione di clausole ambigue ecc.)»[419]. E tale funzione costituirà una caratteristica ricompresa nella causa del contratto collettivo, non riconducibile soltanto alla funzione normativa ma anche a quella «di composizione dei conflitti di interessi tra gruppi professionali»[420].

Giugni, dunque, utilizza il termine di "conciliazioni sindacali" in senso ampio. In esse sono ricomprese non solo le clausole che si propongono di definire controversie economiche collettive o

---

[415] G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., pp. 48 – 49.

[416] T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 51. Infatti, «ogni norma si esprime in parole e si riferisce ad una fattispecie. Perciò l'interprete continuamente costruisce una tipologia della realtà sociale in funzione dell'applicazione della norma […]. Alla *regola juris* che meramente riassume una normativa possiamo così contrapporre l'ordinamento tipologico della realtà in funzione dell'applicazione delle norme, ordinamento indipendentemente dal quale le norme non potrebbero essere interpretate ed applicate» (T. Ascarelli, *op.ult.cit.*, p. 156).

[417] G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 49. In realtà Giugni è anche tributario del pensiero di Traversa (*Problemi e prospettive in tema di conciliazioni sindacali*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, p. 1436 ss., qui p. 1469). L'influenza delle tesi di Ascarelli su Giugni è rintracciabile nel suo studio del 1962 sulla *Introduzione all'autonomia collettiva* (Giuffrè, Milano). Si vedano ad esempio, p. 15, nt. 8 e particolarmente p. 18, nt. 20.

[418] G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit., p. 154.

[419] G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2014, p. 153 (ma già in *La funzione giuridica del contratto collettivo*, in *Legge lavoro contratti*, cit., pp. 181 – 182).

[420] G. Giugni, *Diritto sindacale*, cit., p. 153.

individuali attraverso procedure di conciliazione, ma anche quelle che prevedono meccanismi di interpretazione del contenuto del contratto o intervengono sulla disciplina giuridica del rapporto di lavoro. E tra queste sono incluse anche quelle con effetti dispositivi di diritti che trovano fondamento nella legge, nel contratto collettivo o in quello individuale.

3. Le clausole di conciliazione previste dai contratti collettivi.

Nei saggi della fine degli anni '50 Giugni effettua un'analisi approfondita di questa tipologia di clausole e, in tal modo, fornisce un contributo scientifico fondamentale. Da un lato, infatti, egli in primo luogo contribuisce a diffondere la conoscenza di queste forme di regolazione dell'autonomia collettiva. Non si tratta di un aspetto secondario. La realtà della «esperienza sindacale» (per usare le parole dell'a.), di cui la contrattazione collettiva era un fattore fondamentale, non era ben conosciuta neanche dagli studiosi della materia, che privilegiavano lo studio della disciplina legale del lavoro o l'analisi di alcuni profili giuridici del contratto collettivo (con particolare attenzione a quelli connessi all'efficacia soggettiva o ai rapporti con l'autonomia individuale), senza approfondire i contenuti concreti dei contratti. Giugni, inoltre, si propone di individuare, dal punto di vista teorico, la natura e gli effetti di queste regole giuridiche autonomamente fissate dall'ordinamento intersindacale.

L'autore, in linea generale e in adesione alla teoria di W. Siebert, ritiene che «la volontà dei soggetti collettivi non può, ove manchi una esplicita legittimazione o mandato al riguardo, manomettere la sfera dei diritti acquisiti al soggetto individuale». Pertanto, ad esempio non può essere ritenuta «efficace la clausola peggiorativa retroattiva, né, in ipotesi, affermare la validità della rinunzia collettiva agli arretrati del salario stipulata dal sindacato, con l'intento di conservare un livello di occupazione presso l'azienda che versi in grave crisi congiunturale»[421].

Tuttavia, pur partendo da tale premessa, l'a. compie una ulteriore distinzione che in realtà ridimensiona la portata generale del principio sopra descritto. Infatti, nell'ambito delle conciliazioni collettive, egli distingue tra «negozi determinativi (o di accertamento) e negozi transattivi»[422]. I primi hanno un contenuto normativo, in quanto incidono sulla disciplina giuridica del contratto individuale di lavoro. Questi "negozi di accertamento" non possono derogare a norme imperative di legge[423] e non possono incidere su diritti ormai entrati nel patrimonio giuridico del singolo lavoratore ("diritti quesiti")[424]. E questa conclusione è giustificata dalla prevalenza del carattere inderogabile delle norme di legge, con un effetto che viene esteso anche agli arbitrati irrituali o ai casi in cui vi sia una commissione paritetica a cui siano attribuiti poteri conciliativi in ordine ad una controversia individuale[425].

Per quanto riguarda le transazioni collettive, se esse hanno un contenuto normativo che incide

---

421 G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 61. In senso analogo anche T. Treu, *Potere dei sindacati e diritti acquisiti degli associati nella contrattazione collettiva*, in *RDC*, 1965, p. 343 ss.

422 Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 72.

423 G. Giugni, *op.ult.cit.*, p. 71.

424 G. Giugni, *La funzione giuridica del contratto collettivo*, cit., p. 181, con l'esempio della clausola che «diminuisse le retribuzioni con decorrenza retroattiva».

425 G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 72, nota 57.

su disposizioni inderogabili di legge, non vi potrà essere che la sanzione di nullità per contrasto con norma imperativa: «ciò che non può essere conseguito attraverso il contratto collettivo o individuale (la disciplina difforme del rapporto) non può, ovviamente, essere realizzato in sede di composizione del conflitto giuridico»[426]. L'a., poi, spiega in modo approfondito perché la nullità della singola clausola comporta la invalidità dell'intero negozio transattivo, senza possibilità di applicazione dei principi in tema di nullità parziale o di conversione del negozio nullo[427].

La situazione è diversa per le transazioni collettive che non hanno contenuto normativo, in quanto non introducono una disciplina difforme del rapporto di lavoro e si limitano a risolvere una controversia e a disporre dei diritti già acquisiti dai titolari dei singoli contratti individuali. In tali ipotesi, Giugni ritiene che queste disposizioni sono certamente efficaci nei confronti delle situazioni soggettive dei lavoratori derivanti dai contratti collettivi[428]. La questione si pone in modo diverso per le transazioni collettive che invece incidono su diritti individuali che trovano fondamento in norme inderogabili di legge. In questo caso, l'a., in contrasto con le opinioni di Greco e Nipperdey, ritiene che esse siano valide, in quanto «i diritti derivanti dal rapporto di lavoro non sono indisponibili se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge»[429]. Infatti, la presenza del sindacato esclude la situazione di «squilibrio nei poteri» che contraddistingue la posizione del lavoratore nella transazione effettuata a livello individuale. Nei casi in cui «tale condizione non ricorra, come non è applicabile l'art. 2113 così è conseguente ritenere che non sussista alcun ostacolo specifico alla validità della transazione». «Al contrario: una volta riconosciuta la par condicio di forza contrattuale tra le parti, si può presumibilmente supporre che l'eventuale effetto abdicativo sia pienamente compensato dai vantaggi offerti dalle concessioni della controparte». «La transazione collettiva a contenuto non normativo, pertanto, si sottrae al campo d'applicazione della tutela imperativa»[430]. Essa potrà essere impugnata soltanto quando o si traduca in un negozio abdicativo privo dei caratteri della transazione o quando vi sia un'ipotesi di frode alla legge[431]. L'a. conferma poi come sia nulla la transazione che non comporti una vera e propria reciprocità dei sacrifici e delle concessioni ma si traduca in un puro negozio abdicativo[432].

Le conclusioni a cui Giugni perviene sono basate sia sulla valorizzazione dell'interesse collettivo sia sulla inesistenza di un principio di generale di indisponibilità dei diritti dei lavoratori. Vi è inoltre, in questo caso, la netta distinzione tra inderogabilità delle norme e indisponibilità dei relativi diritti, rispetto ai quali la rappresentanza sindacale, eliminando lo «squilibrio nei poteri», può disporne in una logica transattiva, nella quale si affiancano vantaggi e svantaggi rispetto agli interessi dei singoli lavoratori[433]. Inoltre, a giudizio dell'a., pur in carenza di norme negli statuti

---

426 G. Giugni, *op.ult.cit.*, p. 74.

427 G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., pp. 74 – 75.

428 G. Giugni, *op.ult.cit.*, cit., nel caso in cui ricorrano «determinati presupposti» (p. 75), connessi alla concreta fenomenologia assunta dall'autonomia collettiva. In senso analogo T. Treu, *Potere dei sindacati e diritti acquisiti degli associati nella contrattazione collettiva*, cit., p. 362.

429 G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 76.

430 G. Giugni, *op.ult.cit*, p. 77.

431 G. Giugni, *op.ult.cit.*, pp. 77 – 78.

432 G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 76.

433 Sulla distinzione tra inderogabilità e indisponibilità v. *infra* § 4, testo e nt. 51.

sindacali che si occupino di tale aspetto, l'iscrizione al sindacato è di per sé sufficiente a conferire alla associazione il potere dispositivo[434].

4. L'efficacia dispositiva del contratto collettivo: un problema giuridico assai complesso.

All'epoca in cui sono pubblicati i saggi analizzati, non vi era ancora la giurisprudenza secondo la quale «il contratto collettivo di diritto comune può avere non solo funzione normativa – in quanto volto a conformare il contenuto dei contratti individuali di lavoro – oppure funzione obbligatoria [...] ma, talora, può assumere altresì - secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (vedine le sentenze n. 268/1994, 344/96) e di questa Corte (vedine, per tutte, sentenze n. 530/2003, 11875/2000, 8269/95, 161/93, 6593/91, 4658/87) - funzione gestionale, diretta essenzialmente alla composizione dei conflitti (di diritti o interessi) in forma di transazione o di accertamento che parimenti spiega la propria efficacia diretta nei confronti delle parti stipulanti – ma può incidere indirettamente, tuttavia, su singoli lavoratori – né è soggetta ai limiti, circa l'efficacia erga omnes, stabiliti costituzionalmente per i contratti normativi (art. 39 Cost.)»[435].

D'altra parte, alla fine degli anni '50, Giugni non conosceva la legislazione che affida tale funzione gestionale alla stessa contrattazione collettiva (tra cui, ad es., l'art. 5, c. 1, l. 223/1991; l'art. 4, c. 11, l. 223/1991; l'art. 47, c. 4 bis ss., l. n. 428/1990)[436]. Né, ovviamente, aveva consapevolezza dell'art. 8 della l. 148/2011, che, al di fuori degli accordi di carattere gestionale, attribuirà ai contratti collettivi di prossimità il potere di derogare anche in *pejus* la disciplina inderogabile di legge[437].

La stessa giurisprudenza ribadirà poi che «il principio della intangibilità dei diritti quesiti non consente alla contrattazione collettiva – secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutti, le sentenze n. 2429/99, 9646/95, 6845/94, [...], 1313/92, 7050/90) – di incidere su diritti soggettivi, che siano già entrati nel patrimonio dei lavoratori, in assenza di uno specifico mandato o di una successiva ratifica da parte degli stessi»[438].

Non vi è dubbio peraltro, che sia la legge, sia la stessa giurisprudenza, attueranno in forme diverse le intuizioni che Giugni espresse alla fine degli anni '50 e all'inizio del decennio successivo. In relazione alla giurisprudenza, è sufficiente ricordare la «funzione gestionale» del contratto

---

[434] G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., pp. 62 e nt. 39, 63.

[435] Cass. 22 giugno 2004, n. 11634, in *Dejure*, p. 2; conf. Cass. 11 gennaio 2008, n. 520.

[436] In verità, in relazione all'art. 5, c. 1, della l. 223/1991, la Corte costituzionale ha affermato che l'accordo stipulato con le OO.SS. non poteva essere annoverato «nella categoria degli "accordi sindacali in deroga" (in quanto) la lettera della legge resiste insuperabilmente a tale interpretazione» (C. cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Dejure*, p. 3). Tuttavia questa decisione è stata sempre considerata come riferita alla funzione derogatoria/gestionale del contratto collettivo.

[437] Su tale disposizione si rinvia, per tutti, a V. Maio, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, Padova, 2013, p. 86 ss.; V. Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012, p. 137 ss.; AA.VV. *Contrattazione in deroga*, a cura di F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2012, pp. 20 ss. e 77 ss.; A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, Bari, 2015, p. 139 ss. A questi a. si rimanda per la vastissima bibliografia in materia.

[438] Cass. 22 giugno 2004, n. 11634, cit., p. 2. In senso analogo Cass. 8 maggio 2003, n. 7037 (in *Dejure*, p. 3) e molte altre sentenze, oltre a quelle già citate in motivazione da Cass. n. 11634/2004. Questo orientamento giurisprudenziale è confermato da un numero elevatissimo di decisioni, tanto da poter essere considerato come incontestato o quantomeno assolutamente dominante. Cfr., sul punto, A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., pp. 44 e ss. e 51 ss. a cui si rinvia per l'indicazione delle pronunce giurisdizionali.

collettivo, quale elemento che contraddistingue «la causa del contratto collettivo di lavoro»[439]. Oppure la distinzione tra accordi transattivi o di accertamento e l'impossibilità di disporre dei "diritti quesiti". Tra l'altro questa elaborazione giurisprudenziale non è riferita soltanto alle ipotesi di contratto gestionale espressamente previste dalla legge, ma configura invece un potere dispositivo del sindacato di carattere generale che Giugni fondava sulla capacità della organizzazione sindacale, in sede collettiva, di eliminare lo squilibrio di potere nel contratto di lavoro.

La questione delle transazioni collettive e del potere dispositivo del sindacato è uno dei problemi fondamentali del Diritto sindacale ed è oggetto di analisi dispiegate in un periodo temporale che va dagli anni '50 ad oggi[440]. Il tema è di tale complessità da non poter essere affrontato in modo esaustivo in questa sede. Già molti anni fa un autorevole giurista, nell'ambito di una trattazione sulle rinunzie e transazioni, affermava che analizzare questa problematica avrebbe significato cimentarsi «in un'altra poderosa monografia». Essa, infatti, richiedeva un'analisi a tutto campo di questioni quali il rapporto tra le fonti (legge e contratto collettivo), le relazioni tra i diversi livelli di contrattazione collettiva, il ruolo e la funzione dell'interesse collettivo e così via[441]. E la complessità dell'argomento è ben sintetizzata dalla varietà delle opinioni e delle diverse tesi che sono state espresse per affermare o negare tale potere dispositivo del contratto collettivo[442].

In considerazione della problematicità e difficoltà delle questioni coinvolte, mi limito a qualche osservazione e ad alcuni spunti di riflessione. L'art. 2113, c.c. è molto valorizzato da Giugni e da altri autori[443]. Questa disposizione esprime indubbiamente una capacità dispositiva del sindacato dei diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto o accordo collettivo, nell'ottica della eliminazione dello «squilibrio dei poteri». Tuttavia la norma non può essere considerata risolutiva, perché richiede il consenso del singolo[444]. Si è rilevato che «l'inoppugnabilità testualmente prevista (solo) per le conciliazioni individuali è stata assunta come ostacolo invincibile ai fini della configurabilità di un potere dispositivo di natura collettiva»[445]. E questa conclusione può essere estesa anche a tutte le forme di conciliazione assistita che, secondo il modello dell'art. 2113 c.c., sono state successivamente introdotte dal legislatore[446]. Il sindacato quindi, in base a

---

[439] Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, in *Dejure*, p. 5. Sulla funzione gestionale degli accordi sindacali in deroga è sufficiente rinviare alle sentenze citate nelle precedenti note.

[440] Per la individuazione delle varie forme in cui possono realizzarsi le transazioni collettive, oltre all'analisi di Giugni effettuata nel precedente §, v., più di recente, A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., pp. 27 ss.

[441] G. Pera, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 116.

[442] Per una ricostruzione delle diverse interpretazioni (e della vastissima bibliografia in materia) si rinvia, per tutti e con riferimento ad epoche diverse, a G. Pera, *op.ult.cit.*, p. 116 ss.; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *DLRI*, 2008, p. 465 ss.; A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 9 ss.; P. Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 137 ss.

[443] Tra cui G. Pera, *op.ult.cit.*, p. 118 ss., secondo il quale «le norme che consentono al sindacato di dar via libera alle transazioni poste in essere dal singolo lavoratore, comprovano l'argomentazione che può direttamente disporre quando, nella concretezza storica, la lite è divenuta collettiva»: p. 120.

[444] Già nel 1990 G. Pera, *op.ult.cit.*, p. 117, pur di opinione diversa, sottolineava tale aspetto, con riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

[445] P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 466 (con indicazione dei molti autori favorevoli a tale tesi nella nt. 134). Cfr. anche A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 61, con indicazione di altri autori nella nota 26.

[446] Per l'analisi delle varie ipotesi, cfr. R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, p. 77 ss.

tale disposizione (e alle altre di contenuto analogo) non sembra essere titolare di un potere autonomo, con una tesi che trova un riscontro nella interpretazione giurisprudenziale sulla necessità di un mandato espresso o implicito (con un richiamo, dunque, alla necessità del consenso individuale).

In relazione ai diritti derivanti dal contratto collettivo, è la nozione di interesse collettivo ad assumere un valore decisivo, nel senso che occorre comprendere se esso sia inclusivo anche della capacità di disporre delle posizioni soggettive dei singoli a seguito della mera iscrizione al sindacato o per effetto di altre norme giuridiche. In questo ambito, l'elaborazione teorica post costituzionale ha dato vita a contributi di elevato valore scientifico, basati su argomenti diversi, e di cui è impossibile dare conto in modo esauriente. In questa sede mi limiterò ad alcuni cenni.

La capacità dispositiva potrebbe essere affermata alla luce della interpretazione che vede nell'iscrizione al sindacato una dismissione dell'autonomia individuale dell'iscritto rispetto a quella collettiva del gruppo[447]. Al contrario, il potere dispositivo verrebbe negato dalla diversa tesi che ravvisa nella adesione «l'assoggettamento del singolo al potere dell'associazione di dettare regole nella sua sfera di interessi»[448]. Secondo questa interpretazione, infatti, sarebbero sempre salve le clausole di miglior favore pattuite a livello individuale[449].

La capacità di disporre dei diritti dei singoli lavoratori potrebbe trovare una giustificazione nelle diverse interpretazioni che fondano la legittimazione a stipulare i contratti collettivi in base ad un potere originario ed autonomo del sindacato a prescindere dall'atto del singolo (per mezzo dell'adesione e del conferimento di un mandato). Il riferimento è, in questo caso, alle "storiche" interpretazioni di R. Scognamiglio e di Mattia Persiani[450]. Il potere sindacale, che trova una sua sicura legittimazione nell'art. 39 Cost.[451], garantirebbe anche un effetto dispositivo sui diritti dei singoli, in quanto gli accordi sindacali «realizzano l'interesse del gruppo professionale, del quale, in definitiva, si dispone in modo non diverso da quanto avviene con il contratto di transazione per l'interesse individuale»[452]. In questo caso, dunque, non occorrerebbe «alcun consenso per giustificare il potere dispositivo dell'autonomia collettiva»[453]. A queste interpretazioni se ne sono aggiunte altre di contenuto diverso, ma sempre fondate sul "potere originario" del sindacato[454]. Queste teorizzazioni seguono percorsi argomentative differenti, come la piena equiparazione tra

---

[447] A. Cessari, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 140 ss. e 168 ss. Cfr., per tale interpretazione del pensiero di Cessari, A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 72.

[448] G. Giugni, *Diritto sindacale*, cit., p. 144. Il riferimento è alla tesi di A. Cataudella, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *RTDPC*, 1966, p. 564 ss. L'a. ha recentemente ribadito la sua tesi: Id., *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *RTDPC*, 2008, p. 61 ss.

[449] V. sul punto, oltre a Cataudella cit. nella precedente nota, le considerazioni sul suo pensiero svolte da A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 72 ss.

[450] Cfr. R. Scognamiglio, *Autonomia sindacale, ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *RDC*, I, p. 140 ss.; M. Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova.

[451] R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, p. 160: M. V. Ballestrero, *Osservazioni sul problema delle modificazioni in pejus dei contratti collettivi e sui diritti acquisiti dagli associati*, in AA.VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 260 ss.; G. Giugni, cit. a nt. 5. Ma si tratta di una tesi sostenuta da molti autori.

[452] M. Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, cit., p. 192.

[453] A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 80.

[454] Per una recente analisi delle diverse teorie cfr. A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 81 ss.

contratto collettivo e legge[455] o, in una prospettiva diversa, la valorizzazione dell'autonomia collettiva da parte della Costituzione[456] o derivante dalla pluralità di interventi legislativi che affidano al sindacato poteri regolativi in materia di lavoro. Esse, peraltro, potrebbero legittimare anche la possibilità di incidere sui diritti individuali entrati nel patrimonio giuridico del singolo lavoratore. Molti anni fa, un'autorevole dottrina rilevava che «laddove un diritto soggettivo sussista, ma tragga origine dal contratto collettivo, la capacità dispositiva dell'autonomia collettiva rimane piena»[457].

Le teorie descritte, anche se molto importanti, sono soltanto alcune tra quelle espresse in tema di interesse collettivo e i cui contenuti potrebbero riflettersi sulla capacità del sindacato di disporre dei diritti individuali che trovano fondamento nell'autonomia contrattuale delle organizzazioni sindacali. Esse, peraltro, non esauriscono le varie riflessioni sul tema, rispetto alle quali qualsiasi interpretazione basata sulla prevalenza dell'interesse collettivo su quelli individuali potrebbe condurre alle medesime conclusioni, anche se fondata su ragioni diverse da quelle descritte[458].

Tra l'altro, alle argomentazioni già analizzate se ne potrebbero aggiungere altre. Si potrebbe sostenere che la capacità normativa del sindacato, tale da poter con un successivo contratto collettivo disciplinare in *pejus* il contenuto del precedente, comprenda anche il potere dispositivo[459]. Una simile conclusione non implica una sovrapposizione tra inderogabilità della legge o del contratto collettivo ed indisponibilità dei diritti. Si tratta, infatti, di due aspetti che devono essere tenuti rigorosamente distinti, perché l'inderogabilità si riferisce ad una qualificazione normativa effettuata dalla legge o dall'autonomia collettiva per fini generali o a tutela del gruppo professionale e quale regolazione generale e astratta riferita ad una serie indefinita di casi. L'indisponibilità si muove invece sul piano individuale della disposizione di diritti già acquisiti al proprio patrimonio giuridico[460].

Tuttavia se l'interesse collettivo può regolare in modo difforme e peggiorativo rispetto al passato i diritti dei lavoratori, con una funzione normativa analoga alla legge, a maggior ragione dovrebbe poter disporre dei diritti individuali, allo stesso modo di quanto è consentito alla fonte primaria.

---

[455] Secondo l'impostazione di G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

[456] Tra queste interpretazioni v. anche A. Occhino, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 10 ss.

[457] R. De Luca Tamajo, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva, RIDL,* I, 1985, p. 31. Infatti, «il contratto collettivo così come attribuisce protezione giuridica ad un determinato interesse del lavoratore può (almeno per il futuro) allentare o sopprimere tale garanzia senza che l'ingresso nel patrimonio giuridico del lavoratore possa costituire elemento di impedimento o di vischiosità di una manovra indirizza sin dall'inizio nel segno della tutela e della gestione di interessi collettivi» (p. 28).

[458] Si è detto, infatti che «un rilevante indirizzo dottrinale (sostiene) che l'autonomia sindacale è abilitata a rimuovere – per l'intrinseca capacità dispositiva ex art. 1321 c.c. – almeno le posizioni soggettive che essa stessa ha creato» (P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 466, a cui si rinvia per le numerose indicazioni bibliografiche contenute nella nt. 133).

[459] Questa tesi è espressa da G. Pera, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 117.

[460] Su tali aspetti, si rinvia per tutti (e con riferimento ai diversi periodi storici) a R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, p. 236 ss.; R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 36 ss.; C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 341 ss.; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 423 ss.; M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 246 ss. (a questi a. si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche).

Questo non vuol dire equiparare legge e contratto collettivo nella gerarchia delle fonti, secondo una nota interpretazione[461]. Significa soltanto partire dalla analogia di funzione tra i due atti normativi (definire regole generali e astratte per l'autonomia individuale) per ritenere che il potere di "normare" è sicuramente tale, per la sua capacità conformativa dell'assetto di interessi individuato in un contratto, da consentire anche di "disporre" dei medesimi interessi. Si tratta di poteri giuridici diversi, ma la importanza e la capacità di influenza giuridica del primo consentirebbe sicuramente di giustificare anche il secondo. Anche se poi, una volta riconosciuto tale potere dispositivo, occorrerebbe chiedersi se esso abbia limiti o sia incondizionato. Non va dimenticato che anche la legge, quando incide su posizioni giuridiche già consolidate, può farlo solo a determinate condizioni[462]. Il tema è troppo complesso per essere esaminato in questa sede. Tornerò invece sugli aspetti generali della questione analizzata.

Tuttavia, oltre alle tesi già esaminate, vi è un consistente indirizzo interpretativo che, con argomentazioni diverse, nega alla contrattazione collettiva di disporre dei diritti individuali «anche se hanno fonte nel contratto collettivo»[463], a riprova del carattere assai controverso di questo tema, su cui esprimerò alcune considerazioni ulteriori.

Ancora più problematica è la questione della disponibilità, da parte del sindacato, di diritti individuali derivanti da norme inderogabili di legge. La soluzione positiva adottata da Giugni è basata sulla lettura dell'art. 2113 c.c. e si espone alle critiche già esposte. In linea generale la dottrina ha negato tale possibilità, in considerazione del carattere negoziale del contratto collettivo e della sua subordinazione alla legge, che impedisce agli accordi di "disporre" dei diritti di fonte legale per la mancanza della necessaria "forza" giuridica[464].

Tuttavia queste conclusioni vanno poste a confronto con alcune recenti innovazioni legislative. Infatti, l'art. 8 della l. 148/2011, nei limiti delle tipologie contrattuali e dei requisiti ulteriori ivi previsti (materie, soggetti sindacali, «criterio maggioritario», rispetto della Costituzione e «dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali») potrebbe

---

461 G. Ferraro, cit. a nt. 46.

462 Infatti, nel nostro sistema costituzionale non è «assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, e ciò anche se il loro oggetto sia costituito dei diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.), fermo restando tuttavia che dette disposizioni, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino». Pertanto, «se [...] interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi in grado di comprimere posizioni consolidate, e comunque necessario, per un verso, che l'incidenza peggiorativa non sia sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito nell'interesse della collettività; per altro verso, che l'intervento di modifica sia prevedibile, non potendosi tollerare mutamenti retroattivi dell'assetto di interessi relativo a rapporti di durata consolidati nel tempo, del tutto inaspettati»: C. cost. n. 89/2018, in *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, http://www.cortecostituzionale.it, p. 148. In senso analogo molte altre sentenze: C. cost. n. 16/2017 (con altri precedenti analoghi in motivazione), ivi, 2017, p. 116; C. cost. n. 149/2017, ivi, p. 117. Sul tema v., di recente, A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 91 ss.

463 P. Tosi, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *ADL*, 1999, p. 617. In senso analogo, M. T. Salimbeni, *I diritti quesiti del lavoratore tra legge e contratto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 70; A. Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 261; A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 93 ss.; C. Cester, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc.dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1004. Si rinvia, per ulteriori indicazioni bibliografiche a P. Albi, *La dismissione dei diritti del lavoratore*, cit., p. 138, nt. 129.

464 Si rimanda, per le indicazioni bibliografiche a A. Allamprese, *op.ult.cit.*, 96 ss.; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 466, a cui va aggiunto G. Pera, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p.117.

assumere il medesimo significato già analizzato in termini di potere dispositivo. La deroga anche peggiorativa della legge consentirebbe ai contratti di prossimità, per le ragioni già spiegate, di disporre dei diritti individuali. Si tratterebbe, infatti, di una capacità distinta ma ricompresa in quella, più ampia e giuridicamente rilevante, di introdurre una disciplina normativa del contratto di lavoro che modifichi in *pejus* gli standard di trattamento economico e normativo.

Tra l'altro già 12 anni fa si rilevava «l'avallo del legislatore nei confronti della disponibilità sindacale in particolari vicende dell'impresa: ad es., nell'ipotesi di trasferimento di azienda in crisi […] e nelle procedure concorsuali», sottolineando come alle rappresentanze sindacali fosse «attribuito un potere dispositivo pressochè senza limiti». E si concludeva che era «l'intervento del legislatore che tende a forzare l'*empasse* della teoria, accordando un sostegno diretto ai soggetti collettivi in una logica para-giudiziaria di composizione dei conflitti, in alternativa alla mediazione giudiziaria, costringendo anche la dottrina ad orientarsi verso nuove coerenze»[465]. Questa tendenza legislativa non è stata smentita negli anni successivi, in relazione, ad esempio, al trasferimento delle aziende in crisi e nelle procedure concorsuali, con la riforma del 2009 e con quelle più recenti introdotte con il d.lgs 14 del 2019[466]. Essa inoltre trova conferma in una parte delle disposizioni legislative che conferiscono all'autonomia collettiva la facoltà di stipulare accordi che possono disporre dei diritti dei singoli lavoratori[467].

Le varie norme previste dalla legge in tema di crisi di impresa o riferite ad altre materie (con la relativa attribuzione di poteri dispositivi) potrebbero essere lette insieme a quella più recente in tema di derogabilità della legge da parte degli accordi di prossimità (art. 8 della l. 148/2011) ed alle altre che attribuiscono alla contrattazione collettiva la possibilità di derogare alla fonte primaria. Questo insieme di regole legislative potrebbe condurre a legittimare le transazioni collettive, soprattutto se si aderisce alla tesi prima ipotizzata che il potere di deroga esprime anche quello di disporre dei diritti individuali. Le norme esistenti e le stesse teorizzazioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia sono tutti elementi che potrebbero giustificare l'esistenza di un principio generale «implicito» dell'ordinamento giuridico. Quest'ultimo, infatti, pur non direttamente enunciato in formali disposizioni costituzionali o primarie, può, con un processo induttivo, essere desunto dalle norme di dettaglio, con lo scopo «di costruire principi generali non espressi al fine di dedurne poi norme regolative di un *casus omissis*»[468]. Il principio "inespresso" potrebbe, nel nostro caso, essere quello della attribuzione al sindacato di un generale potere dispositivo in relazione alle situazioni soggettive dei lavoratori iscritti.

---

[465] P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 469.

[466] Sull'art. 47 della l. 428/1990 prima della riforma del 2019 cfr. M. L. Serrano, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *RGL*, I, 2010, pp. 349 ss.; V. Anniballi, *Il trasferimento di ramo d'azienda nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *RIDL*, I, 2012, pp. 357 ss. In relazione alla disciplina introdotta con il d.lgs. n. 14/2019 (con particolare riferimento agli artt. 191 e 368), cfr. I. Alvino, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, I, 2019, p. 431 ss.

[467] Per l'esame di tali disposizioni rinvio ad A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit. p. 107 ss., che analizza le diverse ipotesi, rilevando peraltro come non tutte attribuiscono al sindacato un reale potere dispositivo delle situazioni soggettive individuali

[468] A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in A. Scialoja, G. Branca, *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 2011, p. 704. In senso analogo F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur Treccani*, vol. XXIV, p. 3 ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 104 ss. e 208 ss.

Mi rendo conto che, ovviamente, queste conclusioni potrebbero essere confutate. Si potrebbe sostenere, infatti, che le disposizioni che attribuiscono al contratto collettivo poteri dispositivi vanno interpretate come riferite soltanto alle ipotesi tassativamente previste e senza che sia quindi configurabile una generale capacità di realizzare transazioni collettive. D'altra parte si potrebbe affermare che la radicale differenza tra potere di deroga e capacità dispositiva impedisce di ritenere che la prima sia tale da comprendere anche la seconda. E un indizio in tal senso può essere rinvenuto nel fatto che la stessa legge regola con diverse disposizioni giuridiche la funzione derogatoria e quella dispositiva, a riprova che l'una non necessariamente contiene l'altra. In questo caso, dunque, vi sarebbe la carenza di una disposizione normativa che assicuri al sindacato una generale capacità di realizzare transazioni collettive (in considerazione delle obiezioni, già analizzate, relative all'art. 2113 e a norme di analogo tenore). Inoltre, tutte le ulteriori disposizioni sulle conciliazioni individuali "assistite" confermerebbero come l'effetto dispositivo attribuito ai sindacati presuppone sempre il consenso del singolo[469]. Pertanto l'ordinamento giuridico avrebbe optato per una scelta non coerente con l'esistenza di un potere di disposizione dei diritti individuali autonomamente attribuito alle organizzazioni sindacali.

La questione assumerebbe contenuti diversi qualora si ritenesse che l'art. 8 della l. n. 148/2011 opererebbe solo «apparentemente su un piano giuridico diverso» rispetto al problema della disponibilità dei diritti. Infatti, secondo questa opinione, gli accordi di «prossimità» potrebbero «disporre una variazione del programma negoziale originariamente convenuto dalle parti del rapporto individuale di lavoro»[470]. Se l'art. 8 potesse assumere il significato descritto, vi sarebbe una norma di carattere generale che individua il potere dispositivo in capo a determinati sindacati ed in base a specifiche tipologie di contratti collettivi. E questa innovazione legislativa – la prima del legislatore post costituzionale che regoli direttamente i rapporti tra legge e contratto collettivo – verrebbe ad assumere un valore interpretativo essenziale ai fini della configurazione di una generale capacità dispositiva delle organizzazioni sindacali, che sarebbe fondato su una disposizione espressa di legge con evidenti effetti sull'intero sistema delle relazioni industriali.

Tuttavia questa tesi non mi sembra possa essere accolta. L'art. 8 opera sul piano della "deroga", intesa come possibilità di definire una regolazione generale ed astratta di determinate fattispecie con contenuti diversi rispetto a quanto previsto dalla legge. Siamo in presenza di un fenomeno che attiene alla differente futura disciplina di specifiche situazioni (mansioni e qualifiche; contratti a termine; licenziamento nei casi consentiti, ecc.), con contenuti non corrispondenti a quelli definiti da norme inderogabili ("declassate" a disposizioni "semi imperative" in base all'accordo stesso ed alla autorizzazione espressa della legge). In questo caso, dunque, non vi è alcuna capacità dispositiva dei diritti dei singoli lavoratori, che sono già acquisiti al loro patrimonio giuridico. La "disposizione" presuppone la eliminazione o la modificazione di diritti specifici già esistenti e legati a posizioni individuali, senza alcuna possibile assimilazione con una regolazione generale astratta di situazioni soggettive non ancora sorte e prive della connessione con le singole persone.

---

[469] Si rinvia a R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 77 ss. Tra queste l'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003 ma anche le norme che richiamano direttamente l'art. 2113 (come l'art. 412, c. 3, e 412 quater, c. 10, c.p.c.) o che operano con effetti del tutto analoghi (artt. 410, 411 e 412 ter c.p.c.) o che richiamano lo stesso meccanismo conciliativo (art. 2112, c. 2, c.c.).
[470] A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 142.

Né può essere considerata come "disposizione" la «variazione del programma negoziale originariamente convenuto dalle parti del rapporto individuale di lavoro»[471]. Questo effetto è una conseguenza inevitabile, nei contratti di durata, di un nuovo assetto regolativo definito dalla legge o da un contratto collettivo che operi su autorizzazione della prima, quale fonte esterna che interagisce su un accordo individuale. Un eventuale effetto "dispositivo" potrebbe realizzarsi soltanto se la nuova normativa pretendesse di incidere sui diritti individuali già acquisiti nel passato. Il che non è quanto prevede la disposizione sugli "accordi di prossimità"[472].

L'articolo 8 della l. 148/2011 dunque, non può essere considerato come una norma "generale" fondativa del potere dispositivo del sindacato. Essa, al più, letta con altre disposizioni di legge, potrebbe legittimare un "principio inespresso", secondo quanto già detto in precedenza.

La questioni problematiche non finiscono qui.

Giugni afferma che negli statuti sindacali «è certamente impossibile reperire un puntuale conferimento del mandato a transigere»[473]. Egli ritiene, tuttavia, che l'iscrizione al sindacato è di per sé sufficiente a conferire alla associazione il potere dispositivo, perché da essi è possibile desumere la delega all'organizzazione a svolgere «compiti di "tutela professionale" […] o di "rappresentanza, *risoluzione di vertenze*, ecc.». Inoltre, aggiunge l'a., «talvolta è la stessa espressione "contratto collettivo" che viene usata in senso lato, intendendosi genericamente come tale qualunque atto di composizione dei conflitti collettivi»[474].

Giugni tuttavia, con riferimento alla capacità sindacale di stipulare in generale contratti collettivi, ha qualificato il conferimento di poteri all'autonomia collettiva come «vago»[475]. E si è sottolineato come «iscrivendosi ad una associazione sindacale, il lavoratore conferisce un mandato assolutamente generico per la tutela dei propri interessi che si avvicina alla rappresentanza di interessi di tipo politico»[476]. Ora la "vaghezza" e indeterminatezza del valore giuridico connesso all'iscrizione al sindacato non rende agevole individuare in tale atto una delega a disporre dei propri diritti, che dovrebbe presupporre una manifestazione di volontà assai più precisa rispetto a quanto desumibile dagli statuti e dalla semplice adesione alla associazione. Tuttavia si potrebbe replicare che il problema ha lo stesso rilievo in rapporto alla delega a stipulare contratti collettivi. Se l'iscrizione è, per costante interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, tale da giustificare

---

[471] A. Allamprese, *op.ult.cit.*, p. 142.

[472] La questione potrebbe porsi nel caso in cui l'accordo ai sensi dell'articolo 8 volesse introdurre una disciplina che non opera solo per il futuro ma anche con contenuti retroattivi. In tale ipotesi si potrebbe verificare un conflitto con i diritti acquisiti alla luce della precedente normativa che verrebbe ad essere eliminata incidendo sulle posizioni giuridiche già esaurite ed entrate nel patrimonio del lavoratore. In questo caso, peraltro, gli accordi di prossimità incontrerebbero gli stessi limiti tipici della legge in considerazione del fatto che qui l'autonomia collettiva, su delega dalla fonte primaria, svolge la medesima funzione della legge stessa. Rinvio *retro* alla giurisprudenza costituzionale citata nella nt. 53.

[473] G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 62 e nt. 39.

[474] G. Giugni, *op.ult.cit.*, cit., pp. 62 e nt. 39.

[475] G. Giugni, *La funzione giuridica del contratto collettivo*, ora in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 177.

[476] R. Romei, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, p. 211, a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche degli altri autori che concordano con tale tesi. Sul punto cfr. V. Speziale, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2012, p. 378 ss. Per un'approfondita e recente analisi del mandato sindacale e del potere di rappresentanza cfr. F. Siotto, *Ordinamento sindacale democratico. La prospettiva interna*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 220 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

l'attribuzione al sindacato del potere di sottoscrivere contratti con funzione normativa rispetto alla autonomia individuale e con i caratteri propri della inderogabilità in *pejus*, non si vede perché una uguale conclusione non dovrebbe essere espressa in relazione al potere dispositivo. Anche volendo ritenere che deroga normativa e capacità di disporre dei diritti sono due funzioni nettamente distinte (e senza che la prima implichi anche la seconda), se l'iscrizione al sindacato è sufficiente a giustificare poteri così importanti (sottoscrivere atti negoziali idonei a conformare il contenuto di un contratto individuale con l'effetto della inderogabilità *in pejus*), non si vede perché non dovrebbe essere tale da legittimare anche il potere di disporre delle situazioni soggettive individuali.

In realtà il problema è più complesso. A mio giudizio, infatti, la funzione normativa e l'inderogabilità del contratto collettivo sono difficilmente giustificabili alla luce degli statuti sindacali e degli atti individuali di iscrizione. Queste caratteristiche sono però desumibili da una pluralità di norme giuridiche che le presuppongono entrambe e vengono a costituire il loro fondamento giuridico[477]. E tali funzioni, per costante orientamento della dottrina e della giurisprudenza, sono connesse anche alla iscrizione al sindacato. Se, quindi, fosse possibile arrivare alle stesse conclusioni anche per quanto attiene al potere dispositivo, il problema potrebbe considerarsi risolto. Tuttavia, come si è visto, i riferimenti normativi espressi dall'ordinamento giuridico statuale non hanno un significato univoco in tale senso e si prestano a letture diverse.

5. Segue: alcune considerazioni ulteriori sulla capacità dispositiva dell'autonomia collettiva.

La rassegna di alcune delle problematiche connesse alle transazioni collettive dimostra la complessità del tema e l'impossibilità di una sua analisi più approfondita. Essa rivela anche la difficoltà di definire soluzioni appaganti. Non è un caso che le varie interpretazioni descritte, pur fondate su argomentazioni plausibili e giuridicamente sostenibili, si prestano anche ad obiezioni importanti, tali da metterne in discussione la fondatezza. Tra l'altro, la tematica analizzata ne racchiude un'altra di vitale importanza: ammesso che il potere dispositivo vi sia, occorrerebbe comprendere se esso spetti a qualsiasi sindacato o, anche in questo caso, debbano operare i criteri selettivi previsti dalla legge con riferimento al sindacato "maggiormente rappresentativo" o "comparativamente rappresentativo" o a quelli eventualmente diversi ricavabili dal sistema giuridico (incluso anche il rinvio a quelli adottati dall'ordinamento intersindacale con il T.U. del gennaio 2014 e le successive integrazioni).

In un contesto teorico così complicato e aperto a diversi esiti interpretativi, credo però che alcune considerazioni possano essere espresse.

In relazione alla disponibilità sindacale dei diritti individuali derivanti da norme inderogabili di legge mi sembra che le transazioni collettive non siano dotate di un sicuro fondamento normativo che ne consenta la legittimazione in senso generale. Manca, in questo caso, una "norma generale" simile all'art. 2113 c.c., che attribuisca all'autonomia collettiva un potere dispositivo di carattere generale. Per arrivare ad un effetto analogo, occorre individuare, alla luce delle varie disposizioni legislative in tema di "deroga" e capacità dispositiva dell'autonomia collettiva, un

---

[477] Su tali aspetti rinvio a V. Speziale, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, cit., p. 370 ss.

principio giuridico "inespresso", secondo quanto già descritto. Tale soluzione interpretativa, sicuramente perseguibile, è peraltro problematica per le ragioni già spiegate.

Al contrario, ritengo che certamente il potere dispositivo delle organizzazioni sindacali sia rinvenibile nei casi in cui la legge espressamente lo prevede[478]. In tale ambito, ad es., può sicuramente essere ricompreso l'art. 47, comma 4 bis, della l. n. 428/1990. In questo caso l'accordo sindacale può sicuramente prevedere, per il personale trasferito, «modifiche alle condizioni di lavoro»[479] ed incidere, ad esempio, anche sui crediti di ciascun lavoratore o su diritti già maturati (mansioni, qualifica, orario)[480]. E lo stesso può dirsi per la fattispecie contemplata dall'art. 47, comma 5, quando, nelle procedure concorsuali ivi previste, è possibile derogare al regime dell'art. 2112 c.c. L'accordo sindacale, infatti, consente di escludere il passaggio automatico di tutti i lavoratori al cessionario e in tal modo un diritto del lavoratore di fonte legale viene sottratto al suo patrimonio giuridico. Esso, inoltre, potrebbe incidere su altre situazioni soggettive già acquisite, in relazione, ad esempio, ad inquadramenti, retribuzioni ecc.[481].

Non ritengo, invece, che possa essere incluso nell'ambito delle transazioni collettive autorizzate dalla legge quanto previsto dall'art. 4, comma 11, della l. 223/1991, che consente, in alternativa al licenziamento e «in deroga al secondo comma dell'articolo 2013 del codice civile», l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori. La disposizione, che va aggiornata con riferimento alla riforma del 2015 (e letta, quindi, in rapporto all'ultimo comma dell'attuale art. 2103 c.c.) prevede la possibilità di modificare l'inquadramento del lavoratore per il futuro, venendo quindi ad introdurre una diversa disciplina che consente di derogare «all'operatività dell'art. 2103»[482]. Essa non incide sui diritti già maturati nel patrimonio giuridico del lavoratore (con una sorta di dequalificazione retroattiva) ma modifica lo status del dipendente in futuro quale effetto di una deroga ad una regola generale ed astratta, anche se riferita a singoli soggetti[483]. Non mi sembra pertanto che si possa parlare di un effetto dispositivo conseguente all'accordo sindacale[484].

Nelle ipotesi in cui la legge attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di incidere su diritti individuali a fondamento legale occorre verificare, caso per caso, se si tratta di fattispecie in cui il

---

[478] In senso contrario A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 107 ss.

[479] Trib. Milano, Sez. lavoro, 15 ottobre 2015, in A. Pandolfo Fieldfisher, *Codice della crisi di impresa e trasferimento di azienda*, in *Lavorosì*, http://www.lavorosi.it, 12 aprile 2019, p. 3.

[480] Trib. Padova 27 marzo 2014, in *De Jure*, p. 2; Trib. Alessandria 18 dicembre 2015, in *Il Caso, http://www.ilcaso.it*, 8 aprile 2016, p. 1 ss.; Trib. Milano 15 ottobre 2015. Cfr., sul punto, anche A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 137.

[481] In tal senso, ad es. Cass. 6 dicembre 2019, n. 31946: l'art. 47, c. 5, della l. 428/1990 «ha previsto ampia facoltà, per l'impresa subentrante, di concordare condizioni contrattuali per l'assunzione ex novo dei lavoratori, in deroga a quanto dettato dall'art. 2112 c.c., nonché la possibilità di escludere parte del personale eccedentario dal passaggio, in quanto tale derogabilità, laddove prevista dall'accordo sindacale, anche se peggiorativa del trattamento dei lavoratori, si giustifica con lo scopo di conservare i livelli occupazionali» (in *Dejure*, p. 3). In senso analogo Cass.19 gennaio 2018, n. 1383, in *Dejure*, pp. 3 – 4). Queste due sentenze, nelle motivazioni, contengono il riferimento a numerose altre decisioni dello stesso tenore. In senso contrario A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., pp. 138 – 139. Il d.lgs. n. 14/2019, per la parte che qui interessa, pur modificando il c. 5 dell'art. 47, non ha mutato la sostanza dei poteri dispositivi del sindacato tramite il contratto collettivo (sul punto cfr. I. Alvino, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 431 ss.).

[482] A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., p. 132.

[483] In tal senso A. Occhino, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, cit., p. 281.

[484] È questa invece l'opinione di A. Allamprese, *op. ult. cit.*, p. 131 ss.; M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, pp. 11 – 12.

sindacato esercita una funzione derogatoria del trattamento economico normativo o una reale "disposizione" di posizioni soggettive. E, in questa ultima situazione, la capacità dispositiva verrà esercitata nei limiti e alle condizioni previste dalla legge, anche in relazione ai soggetti sindacali abilitati, che saranno esclusivamente quelli previsti dalla legge[485].

Tra l'altro, penso che, alla luce alla luce di quanto previsto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 268/1994[486] e confermato dalla giurisprudenza successiva[487], si debba arrivare alla conclusione che l'accordo transattivo ha un valore *erga omnes* riferito a tutti i soggetti a cui si riferisce. Esso, inoltre, sempre alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, ha una efficacia diretta che prescinde dal consenso del singolo. D'altra parte, l'assenza di una manifestazione di volontà adesiva del lavoratore è desumibile dalla stessa formulazione letterale delle varie disposizioni che non ne fa mai cenno e attribuisce una capacità dispositiva "piena" alle organizzazioni sindacali. Mentre, per quanto attiene alla efficacia generalizzata dell'accordo, essa può trovare fondamento nel fatto di essere espressione della "procedimentalizzazione" di poteri unilaterali del datore di lavoro (naturalmente esercitabile nei confronti di tutti i dipendenti) o della necessità di una "gestione accorpata" di tutti gli interessi, presi in considerazione nella valutazione globale dei "sacrifici" richiesti per la realizzazione delle diverse finalità perseguite dalla legge[488]. Anche se sono ben consapevole che l'efficacia soggettiva limitata e il problema di una possibile violazione dell'art. 39 Cost. in caso di *erga omnes* siano stati espressi da autorevoli interpretazioni, che non posso confutare in questa sede[489].

La possibilità del sindacato di stipulare accordi transattivi al di fuori delle ipotesi previste dalla legge pone profili problematici diversi. Nell'ambito dell'ordinamento intersindacale, la cui concreta esperienza applicativa è un fattore essenziale «come base empirica della costruzione giuridica sistematica»[490], la realtà, confermata anche dalla casistica giurisprudenziale, è quella di accordi collettivi con contenuti transattivi stipulati anche in situazioni in cui la legge non attribuisce poteri dispositivi. Ed è proprio con riferimento a tale realtà e alla stessa elaborazione teorica di

---

485 L'art. 47, c. 1, della l. n. 428/1990, prevede, ad esempio, che gli accordi sindacali previsti dai commi 4 bis e 5 possano essere stipulati dalla rsu, o dalle rsa di cui all'art. 19 della l. n. 300/1970, «nonché (dai) sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali», i soggetti sindacali stipulante potranno coincidere con i «sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi». La legge dunque seleziona le organizzazioni sindacali a cui attribuisce il potere dispositivo.

486 V. *retro* nt. 27.

487 Cass. 22 giugno 2004, n. 11634, cit. p. 2; Cass. 9 settembre 2000 n. 11875.

488 Queste argomentazioni sono state utilizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per giustificare l'effetto soggettivo generalizzato degli accordi sindacali "difensivi" di riduzione di orario e retribuzione (cfr. A. Allamprese, *Sindacato e potere dispositivo*, cit., pp. 115 e 116, con ampie citazioni di autori e sentenze), o in rapporto a quanto previsto dall'art. 4, c. 11, della l. 223/1991 (v. A. Allamprese, *op.ult.cit.*, p. 131, nt. 71 per le indicazioni bibliografiche e della giurisprudenza). In relazione alla efficacia *erga omnes* del contratto collettivo aziendale (in generale e non solo nelle ipotesi di delega legislativa) in considerazione della indivisibilità della materia disciplinata e/o degli interessi collettivi dei lavoratori coinvolti cfr. V. Leccese, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 486 (con ampie indicazioni bibliografiche della dottrina e della giurisprudenza).

489 In tal senso, ad es., U. Carabelli, V. Leccese, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti per una nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Cedam, Padova, 2005, pp. 352 ss.; M. G. Garofalo, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011, p. 535: B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, F. Angeli, Milano, 1995, p. 359 ss. (in relazione ai contratti di solidarietà). Mentre l'efficacia *erga omnes* degli accordi di solidarietà è stata sostenuta da A. Andreoni, *Contratti di solidarietà e integrazione salariale: i ruoli pubblici, collettivi e individuali tra vecchie e nuove suggestioni*, in *RGL*, I, 1985, p. 55 ss.

490 Giugni cit. nel § 2, testo e nt. 6.

Giugni (oltre che alla stessa evoluzione legislativa) che la giurisprudenza ha affermato la sussistenza della «funzione gestionale, diretta essenzialmente alla composizione dei conflitti (di diritti o interessi) in forma di transazione o di accertamento»[491].

In questo caso la capacità dispositiva delle organizzazioni sindacali potrebbe essere riconosciuta alla luce del rilievo e del contenuto dell'interesse collettivo, in coerenza con quanto si è già sommariamente detto in precedenza e dell'imponente elaborazione teorica connessa a questa nozione. Oppure potrebbero essere utilizzate le altre argomentazioni già descritte. Tuttavia, almeno per quanto riguarda i rapporti tra ordinamento statuale e quello intersindacale, vi sono segnali normativi di segno contrario. Si pensi alla mancanza di una norma espressa che costituisca il fondamento normativo delle transazioni collettive e alla difficoltà di individuare, nella legislazione esistente, il "principio implicito" della generale capacità del sindacato di disporre di diritti individuali. Senza dimenticare la presenza di numerose disposizioni che legano l'effetto dispositivo delle organizzazioni sindacali al consenso del singolo. Si tratta di elementi che costituiscono un indubbio ostacolo alla attribuzione al solo interesse collettivo del potere di disposizione dei diritti dei singoli lavoratori.

Mi sembra, dunque, che la soluzione della questione sia alquanto problematica, perché vi sono elementi rilevanti favorevoli e contrari ad entrambe le tesi e tali da rendere difficile adottare una soluzione interpretativa sufficientemente condivisa a favore dell'una o dell'altra.

In tale ambito, l'orientamento giurisprudenziale che richiede il consenso del lavoratore, manifestato in forma espressa o con comportamenti concludenti, per poter disporre dei diritti già acquisiti dal lavoratore[492] può essere agevolmente compreso. Esso rispecchia probabilmente l'assenza di un quadro normativo ben definito, che consenta alle organizzazioni sindacali di poter stipulare transazioni collettive direttamente efficaci nei confronti dei lavoratori coinvolti nell'accordo collettivo. Ed è assai probabile che, in assenza di un intervento legislativo *ad hoc*, la giurisprudenza difficilmente muterà opinione.

6. Le conciliazioni in sede sindacale e l'art. 2113, quarto comma, c.c.

Giugni si occupa della conciliazione sindacale anche nella sua dimensione individuale, secondo il modello prefigurato dall'art. 2113 cc. In tale ambito, l'autore ricostruisce la funzione di questa norma, che quando scrive è ancora nella sua formulazione anteriore alla riforma del 1973 del processo del lavoro, alla cui elaborazione questo studioso ha contribuito in maniera determinante[493]. Ho già in parte descritto il suo pensiero in materia. Giugni ritiene che «il fondamento della invalidità» delle rinunzie e transazioni non è la «indisponibilità dei diritti nascenti dal rapporto di lavoro» ma la «incapacità relativa o mancanza di legittimazione al negozio» del soggetto interessato. Essa è «fondata sulla considerazione della inferiorità contrattuale del singolo

---

491 V. le sentenze citate nella nt. 30.

492 Vedi le sentenze citate a nt. 29.

493 Giugni, infatti, non è solo il "padre" dello Statuto dei lavoratori. Egli ha fornito anche un apporto fondamentale alla redazione della l. n. 533/1973 che ha riformato le norme del codice di rito sulle controversie individuali di lavoro. Come egli ha ricordato in altre occasioni, un diritto sostanziale non supportato da un processo adeguato realizza forme di tutela del lavoratore incomplete e prive di effettività.

lavoratore, derivante non tanto da un *timor reverentialis* più o meno irrazionale, quanto dallo squilibrio di forze tra chi esercita il potere e chi lo subisce». La presenza del sindacato è «tale da rimuovere i fattori di inferiorità contrattuale» e da rendere quindi legittimi atti dismissivi dei diritti che altrimenti l'art. 2113 rende invalidi[494]. Questa situazione è a fondamento della «conciliazione sindacale, vuoi nella forma di assistenza alla conciliazione delle controversie individuali, vuoi nella forma […] della diretta conciliazione delle controversie collettive»[495].

La successiva evoluzione della dottrina e della giurisprudenza seguirà molte delle intuizioni di questo autore e arriverà a definire un quadro compiuto di principi che hanno indubbiamente contribuito al notevole successo della conciliazione in sede sindacale prevista dall'ultimo comma dell'articolo 2113 (oggi ampiamente utilizzata in tutte le controversie di lavoro).

Essi possono essere così sintetizzati:

a) l'estraneità rispetto all'articolo 2113 delle rinunce o transazioni che attengono a diritti futuri non ancora entrati nel patrimonio giuridico del lavoratore o che incidono sul momento genetico del contratto. In questo caso la presenza sindacale non è ritenuta tale da poter incidere sul carattere inderogabile delle norme di legge, con conseguente nullità degli atti abdicativi o dispositivi che hanno il contenuto descritto. Sembra qui evidente l'influenza del pensiero dell'autore in relazione ai negozi di accertamento che non possono derogare a norme imperative di legge «nello stesso modo e nella stessa misura» con la quale non lo può fare «un qualsiasi negozio collettivo o individuale, il contenuto del quale coincide in tutto o in parte con l'ipotesi normativa inderogabile»[496];

b) la inoppugnabilità della rinunzia o transazione effettuata con l'assistenza del sindacato, contestabile soltanto per i vizi di volontà del contratto (dolo, errore, violenza);

c) la necessità che l'assistenza sindacale sia effettiva, con il sindacalista che deve svolgere un ruolo attivo in relazione al contenuto dell'atto e, soprattutto, agli effetti giuridici che da esso scaturiscono;

d) la presenza di rappresentanti sindacali dell'organizzazione a cui lavoratore aderisce o, se diversa, al quale il lavoratore abbia conferito espressamente mandato a rappresentarlo;

e) l'appartenenza dei rappresentanti ad organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, quanto meno a livello territoriale, secondo quanto desumibile dall'articolo 410, comma terzo, c.p.c.;

f) la distinzione con le "quietanza saldo" nelle quali, con clausole di stile, il lavoratore non viene edotto dei diritti a cui effettivamente sta rinunciando o definendo una transazione;

g) la irrilevanza, in relazione alla inoppugnabilità della rinunzia o transazione avvenuta in sede sindacale, del deposito presso la Direzione provinciale del lavoro, che ha rilievo soltanto ai fini

---

494 G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., pp. 64 – 65.

495 G. Giugni, *op.ult.cit.*, p. 66.

496 G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, cit., p. 72.

della validità dell'atto quali titolo esecutivo[497].

7. Una recente sentenza sul valore delle conciliazioni in sede sindacale ai sensi dell'art. 412 ter c.p.c. e 2113, quarto comma, c.c.

L'assetto consolidato di questi orientamenti giurisprudenziali che, come ho già detto, hanno notevolmente contribuito al successo dell'istituto è stato peraltro recentemente messo in discussione da una decisione del Tribunale di Roma[498].

La sentenza romana parte dall'interpretazione letterale dell'articolo 412 ter c.p.c., secondo il quale «*la conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'articolo 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative*». Il rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'articolo 2113 del codice civile è, per quanto attiene alle conciliazioni in sede sindacale, a questa disposizione del codice di procedura civile[499].

In coerenza con la formulazione letterale delle due disposizioni, il Tribunale ritiene che «la *ratio* dell'art. 412 *ter* c.p.c. sia quella di assicurare, anche attraverso l'individuazione della sede e delle modalità procedurali, la pienezza della tutela del lavoratore in considerazione dell'incidenza che ha la conciliazione sindacale sui suoi diritti inderogabili e dell'inoppugnabilità della stessa. La norma codicistica dunque attribuisce valenza di conciliazioni in sede sindacale solo a quelle conciliazioni che avvengano con le modalità procedurali previste dai contratti collettivi e in particolare da quelli sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, negoziazione collettiva intesa come appunto ponderata convergenza e composizione dei contrapposti interessi delle parti. Pertanto il regime di inoppugnabilità concerne le sole conciliazioni sindacali espletate nelle sedi protette di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 che richiama specificamente l'art. 412 *ter* e dunque le sole conciliazioni sindacali che avvengono *presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative*. Nella specie non costa che il C.C.N.L. di categoria qui applicabile contenga una disposizione collettiva che regolamenta la procedura di conciliazione sindacale»[500]. Pertanto il Tribunale afferma che la transazione effettuata con l'assistenza sindacale non poteva essere considerata come soggetta al regime di inoppugnabilità di cui all'art. 2113.

La decisione, inoltre, mette in rilievo come la conciliazione sottoscritta dalla lavoratrice era stata effettuata senza che fosse stata «stata prestata una effettiva e reale assistenza da parte dei rappresentanti sindacali», in quanto la lavoratrice non aveva «avuto modo di acquisire l'effettiva consapevolezza della reale portata della conciliazione»[501]. E si è giustamente osservato che, alla

---

[497] Per l'analisi di questi principi e per l'indicazione della giurisprudenza cfr., per tutti. G. Pera, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 77 ss.; P. Albi, *La dismissione dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 111 ss.

[498] Trib. Roma, 8 maggio 2019 n. 4354, dott.ssa Cacace, in *ADL*, II, 2019, p. 1320 ss. (con nota di A. Mostarda, *Sull'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali: una posizione isolata*, p. 1324 ss.) e in *GI*, 2019, con nota di M. Persiani, *I limiti previsti dalla legge per la valida stipulazione delle conciliazioni sindacali*, p. 1064 ss.

[499] Trib. Roma, 8 maggio 2019 n. 4354, cit., p. 1321.

[500] Trib. Roma, 8 maggio 2019 n. 4354, cit., pp. 1321 – 1322.

[501] Trib. Roma 8 maggio 2019 n. 4354, cit., pp. 1323 – 1324.

luce di tale fatto, «non era necessario avventurarsi nella interpretazione della legge» (artt. 412 *ter* e art. 2113 c.c.), in quanto sarebbe stato sufficiente «constatare che la conciliazione di cui trattasi era una conciliazione, per così dire, "*casareccia*", per non dire che, in realtà, non era nemmeno una conciliazione essendo mancato il consapevole consenso dei lavoratori che l'avevano stipulata»[502].

La sentenza, tuttavia, ha invece interpretato anche il contenuto dell'art. 412 *ter* c.p.c., con una lettura che potrebbe avere effetti "dirompenti" nell'ambito della disciplina delle conciliazioni individuali previste dall'art. 2113 c.c. In primo luogo, non tutti i contratti collettivi prevedono norme che disciplinino le conciliazioni sindacali. Anche se, a dire il vero, i ccnl più importanti del settore privato regolano tale aspetto, con diverse modalità. Vi è chi, ad esempio, si limita ad affermare che «ferme restando le possibilità di accordo diretto tra le Parti interessate per eventuali reclami nell'applicazione del presente contratto, le controversie individuali e collettive tra azienda e lavoratori saranno risolte possibilmente in prima istanza tra la Direzione e la Rappresentanza sindacale unitaria e, in difetto di accordo, dalle rispettive competenti Organizzazioni sindacali»[503]. Un numero assai rilevante di contratti collettivi, invece, prevede procedure molto più complesse. Da un lato, infatti, vengono previste Commissioni paritetiche, formate da rappresentati dei lavoratori e dei datori di lavoro[504]. Vengono inoltre stabilite modalità procedurali, in relazione all'avvio del tentativo di conciliazione (da attivare con raccomandata o fax) ed ai tempi per la convocazione delle parti ed entro il quale deve essere espletata la procedura, ai contenuti del verbale di conciliazione e così via[505].

Questa regolazione giuridica deve essere posta a confronto con la prassi. In genere le controversie individuali vengono gestite direttamente da un lavoratore con l'assistenza del sindacato e dal datore di lavoro o sono effettuate con l'intervento degli avvocati o di altri professionisti (con la eventuale partecipazione ulteriore della organizzazione sindacale). Questa fase si può concludere con un verbale di conciliazione che viene sottoscritto presso la sede del sindacato, ma a volte anche direttamente presso il datore di lavoro o lo studio del professionista. Inoltre non vi è quasi mai la presenza del rappresentante sindacale dell'azienda, ma solo del lavoratore. Ora è evidente che queste conciliazioni sono tutte in contrasto con quanto previsto dai contratti collettivi, in relazione a volte alle «sedi», altre in rapporto ai soggetti (che non sono né la rsu, né le associazioni sindacali territoriali, né le Commissioni paritetiche), altre ancora in correlazione con le procedure (l'avvio della stessa con un documento scritto, l'osservanza dei termini previsti dal ccnl ecc.). In quest'ultimo caso, dunque, vi è il mancato rispetto delle «modalità» regolate dai ccnl. Pertanto l'art. 412 *ter* sarebbe violato anche nell'ipotesi in cui il contratto collettivo avesse una specifica

---

[502] M. Persiani, *I limiti previsti dalla legge per la valida stipulazione delle conciliazioni sindacali*, cit., p. 1067.

[503] Art. 7 del ccnl 26.11.2016 per i dipendenti del settore dell'industria metalmeccanica. Previsioni simili sono contenute in molti altri ccnl (tra questi: art. 21 ccnl dirigenti delle aziende industriali; art. 68 ccnl chimici farmaceutici; art. 2 ccnl industria cartai; art. 103 ccnl industria edile; art. 46 ccnl industria gomma e plastica; art. 55 ccnl industria grafici editoriali; art. 6 industria tessile).

[504] Art. 11 ccnl aziende di credito; art. 39 ccnl commercio – Confcommercio; art. 39 ccnl Agenzie di somministrazione di lavoro; art. 37 ccnl commercio - Confesercenti; art. 4 ccnl panificatori - Confesercenti; art. 29 ccnl pubblici esercizi – Confcommercio; art. 5 studi professionali – Confprofessionisti (Consilp).

[505] Si rinvia a tutti i ccnl citati nella precedente nota dove sono previste Commissioni paritetiche. A volte termini entro cui effettuare la procedura di conciliazione sono previsti anche da ccnl dove mancano le Commissioni paritetiche. È questo, ad esempio, il caso dell'art. 21 del ccnl per i dirigenti delle aziende industriali.

regolazione della materia. La norma del codice di rito, infatti, richiede il rispetto dei requisiti ulteriori, di carattere spaziale e temporale («sedi» e «modalità»). Con la conseguenza che, mettendo insieme i contratti collettivi che nulla prevedono in materia con quelli non rispettati nei loro contenuti, salvo situazione del tutto eccezionali la pressocchè totalità delle conciliazioni sindacali sarebbero invalide e fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 2113, ultimo comma, c.c.

Durante la vigenza del precedente articolo 410 c.p.c. (che faceva riferimento a chi non riteneva «di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi»), alcuni autori (tra cui autorevoli processualisti e lavoristi) avevano sostenuto che la conciliazione non potesse essere effettuata in sede sindacale qualora il tentativo di conciliazione non fosse stato disciplinato dalla contrattazione collettiva. Questa tesi però era stata respinta da altra parte autorevole della dottrina giuslavorista a cui si era adeguata la stessa giurisprudenza[506].

A questo punto occorre chiedersi se la decisione assunta dal Tribunale di Roma sia coerente con quanto previsto dall'art. 412 *ter* c.p.c. La pronuncia si fonda sia sulla interpretazione testuale della disposizione sia sulla *ratio* da essa perseguita. In relazione al primo aspetto non vi è dubbio che la ricostruzione del «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» sia un canone fondamentale ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile[507]. Nei primi commenti alla sentenza si è rilevato come tale criterio non sia stato correttamente applicato. Infatti, l'art. 412 *ter* «non autorizza a ritenere che la previsione del contratto collettivo sia costitutiva del diritto del lavoratore e del suo datore di lavoro a stipulare conciliazioni sindacali alle quali sia applicabile il quarto comma dell'art. 2113 c.c. Se così fosse la formulazione del testo dell'art. 412 *ter* c.p.c. sarebbe stata "le conciliazioni sindacali devono essere previste dai contratti collettivi stipulati da associazioni maggiormente rappresentative" oppure "i contratti collettivi stipulati dalle associazioni maggiormente rappresentative prevedono conciliazioni sindacali stabilendone le sedi e le modalità"»[508]. Si è aggiunto, inoltre, che, in base all'art. 412 *ter* c.p.c., «l'eventuale disciplina negoziale collettiva rappresenta una possibilità e non una condizione di validità della conciliazione. È possibile (come indica l'avverbio *altresì*), ma non necessario, che la conciliazione sindacale sia prevista dai contratti collettivi». Si aggiunge, inoltre, che tale interpretazione è suffragata dalla lettura dell'art. 411, comma 3, c.p.c. Questa disposizione «tratta del tentativo svolto in sede sindacale *tout-court*, ossia di tutti gli accordi stipulati con l'assistenza del sindacalista. La norma attribuisce *validità alla conciliazione sindacale in quanto tale*, senza richiamare le fonti contrattuali»[509].

Quest'ultima interpretazione non mi sembra condivisibile. L'avverbio «altresì» contenuto nell'art.

---

[506] Si rinvia, sul punto, alla ricostruzione effettuata da G. Pera, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 92 ss. (con indicazione degli autori favorevoli alla tesi poi rimasta minoritaria (nt. 32) e di quella poi risultata prevalente (nt. 33 a p. 93). Per l'indicazione degli a. favorevoli, sotto la vigenza della vecchia normativa, alla non necessità della espressa previsione dei contratti collettivi si rinvia anche a quelli indicati da A. Mostarda, *Sull'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali: una posizione isolata*, cit., p. 1327, nt. 11.

[507] Si rinvia, per tutti, a R. Guastini, *La interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 144 ss. e 186 ss. Una parte della giurisprudenza attribuisce valore fondamentale all'interpretazione letterale, soprattutto quanto essa sia sufficiente ad individuare, in modo chiaro e univoco, il significato e la portata precettiva della norma (Cass. 18 giugno 2018, n. 16803; Cass. 4 ottobre 2018, n. 24165 e molte altre).

[508] M. Persiani, *op.ult.cit.*, p. 1067.

[509] A. Mostarda, *Sull'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali: una posizione isolata*, cit., p. 1327.

412 *ter* c.p.c. va letto insieme alle disposizioni precedenti, che si occupano del tentativo di conciliazione dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro e alle caratteristiche del processo verbale di conciliazione. Questa parola, in coerenza con il suo contenuto linguistico (il termine vuol dire "anche, parimenti")[510], significa che la conciliazione, oltre che dinanzi agli uffici pubblici, può essere effettuata in sede sindacale secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva. Dunque l'avverbio indica una modalità *aggiuntiva* di conciliazione e da esso non è desumibile che la previsione della contrattazione collettiva non sia necessaria. Il termine «altresì» non incide minimamente su tale aspetto. Ed è invece l'intero tenore della disposizione, come si vedrà, ad imporre che vi sia una disciplina del ccnl in materia.

Le parole contenute nel comma 3 dell'art. 411 c.p.c. («se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale ad esso non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 410»), non esprimono l'idea secondo cui la conciliazione è valida a prescindere da quanto previsto dai contratti collettivi. Queste espressioni vanno lette insieme all'intero comma 3 della disposizione. Le previsioni dell'art. 410 c.p.c. (che regola una articolata procedura con indicazione anche del contenuto degli atti delle parti) non sono applicabili ai fini dell'accertamento della autenticità e della dichiarazione di esecutività del verbale di conciliazione prevista dall'art. 411. Si è giustamente osservato, infatti, che «la disposizione […] si limita a sottrarre il tentativo di conciliazione svolto in sede sindacale alle regole procedurali e agli effetti sostanziali (sospensione decadenza – interruzione prescrizione) di cui all'art. 410 c.p.c, oltre che a disciplinare gli adempimenti necessari al fine di attribuire efficacia al verbale redatto all'esito della conciliazione»[511]. La disposizione, pertanto, non può essere interpretata come introduttiva di un tentativo di conciliazione in sede sindacale diverso e distinto da quello previsto dall'art. 412 *ter*. Quest'ultima norma è oggi l'unica che si occupa di tale materia.

Anche l'altra autorevole opinione analizzata (la formulazione letterale, con il riferimento alle «sedi» e alle «modalità» non impone che le conciliazioni sindacali «siano state formalmente previste dalla contrattazione collettiva»)[512] non mi sembra convincente. Non vi è dubbio che la disposizione avrebbe potuto essere scritta meglio (e l'autore qui criticato descrive in modo efficace le formulazioni letterali che avrebbero dovuto essere utilizzate). Tuttavia la norma, quando afferma che la conciliazione può essere effettuata nei luoghi e con le «modalità previste dai contratti collettivi» non può che avere un significato: il sindacato può esercitare il suo ruolo conciliativo soltanto se il contratto collettivo individua le «sedi» e le altre condizioni procedurali e sostanziali per svolgere tale funzione. Se tali elementi sono carenti, l'accesso a questa forma di conciliazione non è consentito. La mancata specificazione di «sedi» e «modalità» impedisce infatti la conciliazione sindacale per carenza della normativa di riferimento che la rende possibile. Il che implica necessariamente che il contratto collettivo regoli la materia.

L'unica possibilità per una diversa soluzione interpretativa è quella di considerare «l'intenzione del legislatore», che, in base a quanto scritto nell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale,

---

[510] Cfr. il vocabolario Treccani on line, in *treccani.it/vocabolario*.

[511] R. O. Scorcelli, *Commento all'art. 411 c.p.c*, in R. Del Punta e F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, p. 715.

[512] Il riferimento è alla tesi di M. Persiani, *I limiti previsti dalla legge per la valida stipulazione delle conciliazioni sindacali*, cit., p. 1067.

concorre su un piano paritetico quale criterio ermeneutico insieme alla formulazione letterale della disposizione. Anche se poi, in realtà, parte della giurisprudenza - «con il conforto del resto della dottrina» sembra orientata a far prevalere la *ratio legis* quale canone fondamentale[513].

La *ratio* dell'art. 412 *ter* c.p.c. è la stessa del precedente art. 410, oggi abrogato, che faceva riferimento alle «procedure previste dai contratti e accordi collettivi» (rispetto al quale la dottrina e giurisprudenza prevalente aveva escluso la necessità della previsione espressa da parte dell'autonomia collettiva)[514]: garantire al lavoratore la «pienezza di tutela del lavoratore» (secondo quanto affermato dalla stessa sentenza del Tribunale di Roma). L'elemento determinate per assicurare tale finalità è quella di una effettiva assistenza sindacale, indipendentemente dal fatto che la conciliazione venga regolata o meno dal contratto collettivo[515]. L'atto di autonomia collettiva è il «veicolo» attraverso cui si realizza l'obiettivo sopra descritto e non la finalità fondamentale perseguita dalla legge. Essa coincide con l'intuizione di Giugni, secondo cui l'assistenza sindacale è diretta a rimuovere lo «squilibrio di forze tra chi esercita il potere e chi lo subisce», eliminando la «inferiorità contrattuale del singolo lavoratore». Anche se tale situazione permane, pur in presenza del rappresentante sindacale, qualora l'atto abdicativo o transattivo sia effettuato in costanza di rapporto di lavoro. In questo caso, infatti, mi sembra che la presenza del sindacalista serva soltanto a colmare le "asimmetrie informative" da cui è affetto il lavoratore, rendendolo pienamente consapevole della propria manifestazione di volontà, e non ad eliminare lo «squilibrio di forze» connesso alla stessa esistenza del rapporto di lavoro.

Il carattere non decisivo della previsione espressa del contratto collettivo è rinvenibile anche nella progressiva estensione dell'effetto abdicativo previsto dall'art. 2113, ultimo comma, c.c. anche a diverse forme di assistenza sindacale nelle quali la contrattazione collettiva è assente, come nel caso delle commissioni di certificazione o altre ipotesi previste dalla legge. Si tratta, infatti di situazioni, che dimostrano come la volontà del legislatore è di privilegiare «le conciliazioni gestite dai sindacati […] (in) ragione della loro idoneità a realizzare la miglior tutela dei lavoratori»[516]. Da tali norme è possibile desumere che i presupposti essenziali per la validità delle conciliazioni sindacali sono altri: a) la rappresentatività del soggetto sindacale coinvolto; b) il conferimento da

---

[513] R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 190. In giurisprudenza il principio è molto ben sintetizzato da Cass. 4 aprile 2014 n. 7981: "Deve in primo luogo osservarsi che l'esistenza di una chiara formulazione grammaticale della norma non è sufficiente per limitare l'interpretazione all'elemento letterale, occorrendo altresì che il senso reso palese dal significato proprio delle parole, secondo la loro connessione, non si ponga in contrasto con argomentazioni logiche sull'intenzione del legislatore (Cass., 5 aprile 1979, n. 1549). Deve anzi aggiungersi che, essendo da tempo divenuto del tutto desueto il noto canone "in claris non fit interpretatio", l'art. 12 preleggi, laddove stabilisce che nell'applicare la legge non si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore, non privilegia il criterio interpretativo letterale, poichè evidenzia, attraverso il riferimento "all'intenzione del legislatore" un essenziale riferimento alla coerenza della norma e del sistema. Il dualismo, irrisolto dall'art. 12 preleggi, tra lettera "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" e spirito, o "ratio" "intenzione del legislatore" è stato invero sciolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti attraverso la "svalutazione" del primo criterio, rilevandosi l'inadeguatezza della stessa idea di interpretazione puramente letterale"». In senso analogo molte altre decisioni (tra cui Cass. n. 32524/2018; Cass. n. 24160/2018).

[514] Cfr. *retro* testo e nt. 97.

[515] In tal senso anche M. Persiani, *I limiti previsti dalla legge per la valida stipulazione delle conciliazioni sindacali*, cit., p. 1068; A. Mostarda, *Sull'inoppugnabilità delle conciliazioni sindacali: una posizione isolata*, cit., p. 1328. Per quanto attiene alla necessità che l'assistenza sindacale sia effettiva è sufficiente rinviare alle indicazioni di dottrina e giurisprudenza di A. Mostarda, *op.ult.cit.*, p. 1326, nt. 5 e ss. e di P. Albi e G. Pera, cit. a nt. 88.

[516] M. Persiani, *I limiti previsti dalla legge per la valida stipulazione delle conciliazioni sindacali*, cit., p. 1068.

parte del lavoratore di un mandato al sindacato; c) l'effettiva assistenza del sindacalista nella formazione della volontà abdicativa o transattiva sia in relazione alla concreta conoscenza dei diritti di cui il lavoratore viene a disporre, sia degli effetti giuridici scaturenti dalla conciliazione.

In ogni caso, in relazione all'art. 412 *ter* c.p.c., l'interpretazione basata in via prevalente sulla «intenzione del legislatore» e sulla «svalutazione» (per usare le parole della giurisprudenza) del criterio ermeneutico dell'analisi delle parole del testo dovrebbe consentire una diversa lettura della disposizione, nel senso sopra indicato[517].

Questa interpretazione avrebbe quantomeno il merito di non ostacolare la realizzazione di conciliazioni in sede sindacale realizzate in assenza di regole espresse da parte del C.C.N.L. Oppure escluderebbe l'effetto di rendere invalide quelle che, pur effettuate nell'ambito di quanto previsto dal ccnl, non rispettino quanto ivi previsto in relazione alle «sedi» o alle «modalità». Il rischio, infatti, è quello di depotenziare completamente uno strumento che ha consentito alle parti del contratto di lavoro di definire, in tempi rapidi e con un sufficiente grado di tutela del contraente debole, situazioni assai conflittuali, assicurando la certezza dei rapporti giuridici. E questo anche in considerazione del fatto che, come dimostra la contrattazione successiva alla riforma dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori o in tema di mansioni dopo la modificazione dell'art. 2103 c.c., l'autonomia collettiva non sembra essere particolarmente attenta a aggiornare i suoi contenuti in base alle nuove scelte effettuate dal legislatore. Se l'orientamento del Tribunale di Roma si consolidasse, è assai probabile che i contratti collettivi non si adeguerebbero alla necessità di prevedere espressamente le conciliazioni sindacali nei casi in cui esse non sono regolate, o non renderebbero meno cogenti le procedure ivi stabilite. La conseguenza sarebbe quella di escludere, di fatto, le conciliazioni sindacali dall'ambito di applicazione dell'art. 2113, ultimo comma, c.c., con gli effetti negativi già analizzati.

8. Conclusioni.

Mi chiedo quale sarebbe stato il pensiero di Giugni di fronte all'orientamento giurisprudenziale espresso dal Tribunale di Roma. La mia esperienza personale mi autorizza a dire che l'autore sarebbe stato critico di fonte ad una simile giurisprudenza, che, pur fedele al testo della legge, non rispetta il ruolo svolto dal sindacato nelle conciliazioni. Un ruolo che, in qualche misura, è connesso alla esperienza, alla funzione ed alla effettiva assistenza del rappresentante sindacale più che alla espressa previsione del contratto collettivo.

In ogni caso è molto importante osservare come alcune delle questioni fondamentali del nostro Diritto sindacale (interesse collettivo, funzione del contratto collettivo, potere normativo e dispositivo dei sindacati, interazione tra legge e ordinamento intersindacale) siano state già analizzate da Giugni in epoca assai lontana, con la prospettazione di soluzioni che sono prima diventate parte essenziale del dibattito teorico e giurisprudenziale e, successivamente, concreta regolazione giuridica. Si tratta dell'ennesima conferma delle straordinarie qualità scientifiche di uno studioso che, oltre a modificare il "metodo" della nostra materia (collocandolo in una posizione unica nella "storia" del Diritto del lavoro), ha contribuito in modo determinate al suo sviluppo e

[517] Cfr. La dottrina e la giurisprudenza cit. a nt. 104.

al suo statuto epistemologico. Una considerazione questa che rende ancora più difficile accettare l'assenza di una "voce" così importante per la comprensione e lo sviluppo di un Diritto del lavoro sensibile ai «valori della cultura industriale, che sia in grado di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza»[518]. Tale riflessione è sicuramente più attuale oggi, in cui si avverte ancora più forte l'esigenza di considerare il lavoro «come risorsa non solo produttiva ma anche "vitale" e solidaristica, necessaria per rimettere al centro delle nostre società una visione etica dell'economia. Una visione che risponda a quell'esigenza di "radicamento" nel lavoro che, come ha scritto Simone Weil, è l'esigenza più importante e misconosciuta dell'animo umano»[519].

[518] G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 334.

[519] A Perulli, *Il dialogo tra imprese e sindacati non frena l'iniziativa economica*, in *Quotidiano del lavoro*, 23.04.2020, in http://quitidia-nolavoro.ilsole24ore.com, p. 2.

La disciplina dei contratti di lavoro a termine negli enti lirici tra diritto comune e regole speciali*

Francesco Santoni

1. I contratti di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento pubblicistico degli enti lirici. 192

2. Produzione di spettacoli e attività stagionali. 193

3. I contratti di lavoro a termine dopo la privatizzazione degli enti lirici. 194

4. I contratti a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche nel d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368 e nella legge 29 giugno 2010, n. 100. 196

5. La sentenza della Corte costituzionale n.260/2015. 198

6. Il d.lgs. n. 81/2015 e la conferma della disciplina derogatoria del lavoro a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche. 199

7. Il d.l. 12 luglio 2018, n.87, conv. in L. 9 agosto 2018, n. 96,e la sentenza della Corte di Giustizia 25 ottobre 2018 (causa C-331/17). 201

8. La dotazione organica delle fondazioni lirico-sinfoniche e la disciplina dei contratti di lavoro a termine nel d.l. n. 59/2019, conv. in legge 8 agosto 2019, n.81. 204

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 416/2020

1. I contratti di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento pubblicistico degli enti lirici.

Le vicende dei rapporti di lavoro a tempo determinato negli enti lirici si collocano all'interno della più complessa problematica di siffatti rapporti di lavoro precari, rispetto ai quali hanno mantenuto nel tempo una disciplina caratterizzata da significativi profili derogatori e di specialità.

Infatti, in passato, nell'ordinamento pubblicistico degli enti lirici, i rapporti di lavoro erano regolati dalla legge 14 agosto 1967, n. 800 che, richiamando all'art. 25 il contratto collettivo nazionale di lavoro per gli artisti dipendenti da tali enti e all'art. 47 il servizio scritture tramite l'ufficio speciale per il collocamento, aveva dato vita ad un particolare ordinamento settoriale[520].

Nella vigenza della prima regolamentazione del lavoro a termine disposta con la legge 18 aprile 1962, n. 230, aveva trovato poi applicazione l'art. 3, L. n. 426/77, che aveva previsto il divieto di assunzioni di personale amministrativo, artistico e tecnico che avesse comportato aumenti del contingente numerico, stabilendone la nullità. La portata del principio investiva pure il limite dei rinnovi contrattuali dei contratti a termine, a conferma dalla volontà del legislatore di creare un *corpus* normativo separato dalla disciplina generale prevista in materia dalla L n. 230/62.

Anche la legislazione successiva, sempre funzionale allo scopo del contenimento degli organici negli enti lirici, aveva ribadito la specialità della disciplina regolatrice dei relativi rapporti di lavoro ribadendo il divieto di conversione dei contratti a termine (v. art.1, comma 3, L. 146/1981; art. 2, penultimo comma, L. 54/1980; art. 1, comma 2, L. 146/1981; art. 2, comma 2, L.43/1982; art.3, comma 2, L.182/1983). Così come, allo stesso modo, la legge 23/12/1992 n. 498, all'art. 9, comma 4, dopo aver previsto il divieto di procedere ad assunzioni a tempo indeterminato, aveva confermato l'inapplicabilità al personale artistico e tecnico delle disposizioni della legge n. 230/1962, e successive modificazioni.

Tale disciplina mirava evidentemente agli equilibri finanziari degli enti lirici tramite il pareggio di bilancio e ad impedire assunzioni comportanti un aumento del contingente numerico del personale in servizio alla data del 31 ottobre 1973. A tal fine vietava i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, avrebbero potuto determinare la conversione dei contratti a termine, ritenendo tale effetto incompatibile con la natura di ente pubblico non economico degli enti lirici e con la ritenuta natura pubblica del rapporto di impiego, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa[521].

In questo contesto normativo, la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto era negata anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione per l'asserita impossibilità di assunzioni al di fuori di un atto autoritativo dell'ente con esclusione delle disposizioni sul lavoro a termine all'epoca in vigore[522].

Di conseguenza gli enti lirici, in forza delle indicate disposizioni di legge, potevano procedere ad

---

[520] V. in generale A.G. ARABIA, *Lo spettacolo*, in Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale, a cura di S. Cassese, Milano 2003, II, p. 1585 ss.; G. ALBENZIO, *La natura degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate secondo la l. n. 800/1967*, in *FI*, 1987, I, c. 2421.

[521] v. Cons. Stato 31 gennaio 1984, n. 23; Cons. Stato 29 maggio 1987 n.331; Cons. Stato 25 giugno 1993, n. 451; Cons. Stato, 7 ottobre 1992, n. 862; Cons. Stato 23 marzo 1998 n. 352; Cons. Stato 28 aprile 1998, n. 571.

[522] v. Cass., sez. un., 2 marzo 1987, n. 2185, in FI, 1987, I, c. 2421, con nota di G. ALBENZIO, *La natura degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate secondo la l. n. 800/1967*; Cass., sez. un., 15 giugno 1994, n. 5792; Cass., sez. un., 15 luglio 1993, n. 7834.

assunzioni a tempo determinato senza dover in alcun modo sottostare alle disposizioni della L. 230/1962 e, quindi, senza alcuna limitazione nella causa del contratto, nella durata del rapporto, nei vincoli previsti per la eventuale rinnovazione.

2. Produzione di spettacoli e attività stagionali.

Tale conclusione non risultava smentita nemmeno dal D.P.R. 7 ottobre 1963, n.1525 che, nell'elencare le attività a carattere stagionale di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), L.230/1962, al n. 49 individuava come ipotesi specifica: *la "preparazione e produzione di spettacoli per il personale non menzionato nella lett. e) art. 1 della L. 18 aprile 1962 n. 230, addetto a singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita"*.

La legge tendeva in tal modo a circoscrivere la fattispecie della lett. e) dell'art. 1, L. n. 230/1962, riferibile tuttavia ai soli programmi radiofonici o televisivi, ricomprendendo la preparazione e produzione di spettacoli, o serie di spettacoli, nella più generale ipotesi delle attività lavorative di carattere stagionale, per le quali si giustificava la conclusione del contratto di lavoro con apposizione del termine. Peraltro, il D.P.R. 1525/63, di data anteriore alla legge 23 maggio 1977, n. 266 (che aveva modificato la lett. e) della legge n. 230/1962), si limitava ad elencare le attività per le quali, ai sensi di legge, era consentita l'apposizione del termine[523]; il fatto poi che detto provvedimento al punto n. 49 facesse riferimento alla lett. e) stava a significare, comunque, che per tutto il personale, assunto per singoli spettacoli o serie di spettacoli, era possibile l'apposizione del termine al contratto di lavoro, essendo assimilabile l'attività lavorativa a quella derivante dal carattere stagionale della medesima[524].

D'altra parte, non pare revocabile in dubbio che l'attività teatrale sia oggettivamente attività stagionale se svolta in periodi predeterminati e per programmi prestabiliti: stagionalità che giustifica ampiamente il ricorso a contratti a termine, pur riconoscendosi ai lavoratori artistici, nel CCNL di settore, il diritto di precedenza nelle assunzioni successive. In ogni caso, va rilevato che, ai sensi del D.P.R. 1525/63, non solo era ammessa l'apposizione del termine per attività artistiche riferite ad un unico spettacolo, ma pure quella per una serie di spettacoli consecutivi, programmati nell'ambito di una intera stagione teatrale.

Tale interpretazione risultava suffragata dall'orientamento assunto in materia dalla S.C., peraltro riferita non ad un ente lirico ma ad un teatro stabile, che aveva ritenuto lecita la clausola appositiva del termine di un contratto che non indicava il singolo spettacolo o una serie di spettacoli, sottolineando la necessità che l'apposizione del termine risultasse in due distinte ipotesi: qualora sussistesse uno stretto collegamento funzionale tra l'attività lavorativa e lo specifico spettacolo; ovvero quando la durata limitata del rapporto trovasse giustificazione nelle esigenze e nella durata di una "stagione teatrale", intesa come serie di spettacoli consecutivi programmati in un arco temporale più ampio.

Si è precisato al riguardo che "la serie di spettacoli consecutivi" di cui al n. 49 del D.P.R. n. 1525

---

[523] Sulle incertezze interpretative sollevate sul D.P.R. n. 1525/1963 v. L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro a termine nell'alternativa fra uso rigido o flessibile della forza lavoro: un modello normativo da superare. Bilancio di un'esperienza e riflessioni critiche,* in AIDLASS, Atti delle giornate di studio di Sorrento, 14-15 aprile 1978, Milano, 1979, p.14 ss.

[524] Sulla questione, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro a termine nello spettacolo: produzione di programmi di produzione nell'emittenza pubblica e privata*, in AA.VV., *Il futuro del contratto a termine*, Milano,1984, p.184 ss..; ID. *Lavoro a tempo determinato e flessibilità del lavoro*, in Scritti giuridici, 2. Diritto del lavoro, Padova, 1996, p. 1116 s.

del 1963, può essere tale da protrarsi anche per otto o nove mesi senza che venga meno la "specialità" dell'attività, ma a condizione che l'attività stessa resti temporalmente limitata, per ragioni dipendenti dal contesto, anche sociale, in cui si svolge e dalle modalità organizzative della medesima. In presenza di dette condizioni, che caratterizzano l'attività del datore, la legittimità del contratto a termine va scrutinata ai sensi del combinato disposto della L. n. 230 del 1962, art. 1, lett. a), e del D.P.R. n. 1525 del 1963, art. 1, n. 49 che richiede un rapporto funzionale tra assunzione del lavoro e stagione teatrale, nel senso che la durata limitata del rapporto lavorativo deve trovare giustificazione nelle esigenze e nella durata della stagione teatrale[525].

3. I contratti di lavoro a termine dopo la privatizzazione degli enti lirici.

Con il decreto legislativo 21 giugno 1996, n. 367, si è avviata la privatizzazione degli enti lirici, con una scelta collegata al più ampio processo di trasformazione degli enti pubblici non economici in forme organizzative tipiche del diritto privato[526] e originata dalla necessità di gestire, da parte dell'apparato pubblico, le attività lirico-sinfoniche di particolare interesse sociale con modalità più dinamiche[527].

Si è trattato tuttavia di una privatizzazione solo apparente poiché, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di «fondazioni di diritto privato», tali soggetti hanno mantenuto anche dopo la loro trasformazione una marcata impronta pubblicistica, come rilevato in proposito dalla Corte costituzionale[528] con riferimento alla questione di legittimità sollevata dalla Regione Toscana, nei confronti degli artt. 1 e 4 del d. l. n. 64/2010, per la ritenuta violazione della competenza legislativa regionale in materia di spettacolo e attività culturali. Per tale motivo la Regione aveva chiesto l'annullamento di quegli articoli che attribuivano all'ente statale il potere di adottare regolamenti in materia.

La Corte costituzionale, nel respingere la questione di legittimità, ha osservato che gli indici della connotazione pubblica degli enti lirici sono molteplici e ravvisabili nella preminente rilevanza dello Stato nei finanziamenti, nel conseguente assoggettamento al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 15, comma 5, del d. lgs. n. 367/1996, nel patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, confermato dall'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 345 del 2000, nell'inclusione nel novero degli organismi di diritto pubblico soggetti al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*). In particolare, la Corte ha rilevato come le attuali fondazioni lirico-sinfoniche siano

---

[525] v, Cass.10 aprile 1981 n.2093, in *Mass. giur. lav*., p. 477; Cass. 5 ottobre 1998, n. 9878, in *GC*., 1999, I, p. 436; più recentemente, Cass. 28 settembre 2016, n. 19189; Cass. 4 febbraio 2019, n. 3187.

[526] V. S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia,* in *RTDPub*., 1998, p. 32 ss.; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1 ss.

[527] v. Sulla questione in generale, v. G. MARASA', *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in impresa,* in *Studium iuris,*1996, p.1096 ss. A. SERRA, *La difficile privatizzazione delle fondazioni liriche: strumenti pubblici e presenza privata,* in *Aedon*, n. 2/1998; A. MOZZATI, *La privatizzazione degli enti lirici,* in *Economia e diritto del terziario*,1999, p. 477 ss.; L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, n. 2/2003; G. ARMAO, *La privatizzazione degli enti lirici*, in *Le trasformazioni dell'ordinamento giuridico delle fondazioni liriche in Italia*, a cura di G. Armao, Roma, s.d. (ma 2008), p. 34 ss.

[528] Corte costituzionale, 21 aprile 2011, n.153, in *Rass. Avvocatura Stato*, 2011, n. 4, p. 85, con nota di A. BRUNI - N. GUASCONI, *Sulla natura giuridica degli enti lirico-sinfonici*.

soggetti giuridicamente ibridi, finanziati in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006). Oltre alla natura pubblica di tali enti, non controversa, la Corte ha ritenuto che si debba ravvisare pure il loro carattere nazionale, non tanto perché suggerito dall'indicazione del loro rilievo costantemente presente in tutta la normativa di riferimento come attributo qualificante, ma soprattutto perché tendono a soddisfare esigenze d'interesse generale.

Così, la trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato non dà luogo senz'altro alla loro attrazione nella disciplina del codice civile, se non per gli aspetti residuali, ma ne mantiene i caratteri precedenti di stampo pubblicistico, rigidamente disciplinandone l'organizzazione[529]. Questi stessi aspetti di ambiguità, che connotano le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica, si riflettono sull'intera disciplina dei contratti a termine sebbene, a partire dal 23 maggio 1998, gli enti lirici e le istituzioni concertistiche assimilate non facciano più parte, a stretto rigore, del complesso degli enti pubblici non economici ed i rapporti di lavoro dei propri dipendenti siano divenuti un comune rapporto di lavoro subordinato, fatte salve eventuali regole speciali dettate dalla normativa di trasformazione.

A tal proposito, va osservato che il carattere della specialità del lavoro negli enti lirici privatizzati emerge nel d. lgs n. 367/1996, specie nell'art. 22, comma 2, dove si è precisata la limitata applicabilità ai rapporti di lavoro della disciplina della L. 230/1962 e, in particolare, l'esclusione dai limiti alla reiterabilità delle assunzioni[530]. Anche il d. lgs. 22 aprile 1998, n. 194, all'art. 6, nel disciplinare la trasformazione degli enti lirici in fondazioni, ha richiamato espressamente il d. lgs. n. 367/1996, esplicitamente confermandone l'art. 22, comma 2. Con il risultato che la disciplina delle proroghe e dei rinnovi contrattuali è rimasta sottratta agli effetti della legge n.230/1962, *ratione temporis* applicabile, non potendosi così disporre per tale violazione la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato. Che anzi, il divieto di conversione segnato dall'art. 22, comma 2, d. lgs. n. 367/1996, è apparso più esteso di quello a suo tempo previsto dall'art. 3, L. n. 426/1977, ritenuto pertanto assorbito nella più ampia portata della riforma che aveva inquadrato i rapporti di lavoro alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche nel diritto comune, ancorché la portata derogatoria dell'art. 22, comma 2, non più limitata ai soli rinnovi, fosse insuscettibile di applicazione analogica e tale da non impedire l'applicabilità delle altre disposizioni della legge n. 230/1962 e successive modificazioni[531].

La stessa contrattazione collettiva del settore, a partire dal CCNL 2 luglio 1996, in applicazione dell'art. 23 della legge n. 56/1987, aveva previsto peraltro nuove e diverse ipotesi di assunzione a termine rispetto alla tassativa elencazione contenuta nell'art. 1, comma 2, L. n. 230/1962, fra cui in particolare le necessità derivanti da esigenze programmatiche e produttive e quella di punte di più intensa attività per festival e singole stagioni, poi confermate nell'art. 3 CCNL 2001.

A partire, quindi, dal 23 maggio 1998, e fino all'entrata in vigore del d. lgs. n. 368 del 2001, ai contratti di lavoro a termine stipulati con le fondazioni lirico-sinfoniche si è applicata la disciplina della legge 18 aprile 1962, n. 230, con l'esclusione dei vincoli alle proroghe, alla prosecuzione ed

---

[529] Su tali profili, v., in particolare, V. CERULLI IRELLI, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon,* n. 3/2012.

[530] V. M. DEL CONTE, *Commento all'art.22 - Personale*, in G. Iudica (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998, p. 216 ss.

[531] Cass. 14 luglio 2011, n. 15494; Cass. 13 aprile 2007, n. 8903; Cass. 19 luglio 2002, n. 10607.

ai rinnovi dei contratti a tempo determinato, come stabilito dall'art. 22, d. lgs. n. 367/1996.

4. I contratti a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche nel d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368 e nella legge 29 giugno 2010, n. 100.

La rigorosa impostazione vincolistica della legge n. 230/1962, fondata sul principio di tassatività, è stata notoriamente superata dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che ha consentito, all'art. 1, «*l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo*», sostituendo l'indicazione tassativa delle causali giustificatrici con una norma aperta, tale da ricomprendere una generalità di casi indifferenziati e da non suggerire distinzioni analitiche quanto piuttosto funzionali a consentire una valutazione complessiva all'interno di ciascun caso concreto[532]. Con tale disciplina, il legislatore tendeva a dare attuazione alle indicazioni della direttiva comunitaria n. 99/70 del 28 giugno 1999, che richiedeva interventi legislativi volti a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione reiterata di contratti o rapporti di lavoro precari[533].

Ma il d.lgs. n. 368/2001, nell'abrogare la legge 18 aprile 1962, n. 230 e successive modificazioni nonché tutte le altre disposizioni di legge comunque incompatibili e non espressamente richiamate nel decreto, aveva confermato la tradizionale esclusione del personale artistico dai vincoli della proroga e della successione dei contratti a termine[534]. Alle fondazioni liriche pertanto non si sarebbe applicata la disciplina della proroga, della scadenza del termine, della successione di contratti e delle relative conseguenze sanzionatorie in termini di maggiorazione retributiva e conversione del rapporto a tempo indeterminato, nonché il limite complessivo di durata di 36 mesi e le altre disposizioni, introdotte con l'art.1, comma 40, dal d. lgs. n. 247/2007 negli artt. 4 e 5, d.lgs. n. 368/2001.

Emerge in tal modo una disciplina speciale derogatoria del lavoro a tempo determinato pur nel mutato contesto organizzativo privatistico dell'attività degli enti lirici, che si affianca al diritto comune di siffatti contratti. A cui si aggiungono poi ulteriori profili di specialità nel riordino della disciplina delle fondazioni lirico-sinfoniche avvenuto con il d.l. 30 aprile 2010, n. 64, convertito in L. 29 giugno 2010, n. 100.

L'intenzione di questo articolato provvedimento era quella di rafforzare le attività delle fondazioni, delegando il Governo ad adottare uno o più regolamenti finalizzati alla revisione del precedente assetto ordinamentale e organizzativo, al fine di favorire l'incremento dell'economicità; la

---

[532] In generale sulla riforma v. A. VALLEBONA - C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Commentario al d. lgs. n. 368/2001*, in *NLCC*, 2002; M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, p.8 ss.; L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002; M.TIRABOSCHI, *L'apposizione del termine nel contratto di lavoro dopo il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in C. Enrico - M. Tiraboschi (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano, 2005, p. 385 ss.

[533] V. A. GARILLI, *Il recepimento della direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento italiano*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa,* Torino, 2003, p. 41 ss.; G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, p.137 ss.; L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in AA.VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Trattato di diritto del lavoro diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2012, I, p. 239 ss.

[534] L. M. DENTICI, *Abrogazioni, disciplina transitoria e sanzioni nel d. lgs. n. 368/2001*, in A. Garilli - M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 180 ss.

valorizzazione di figure manageriali di comprovata e specifica esperienza; la rideterminazione della ripartizione del contributo statale finalizzata a potenziare i risultati delle relative gestioni, salvaguardando, al contempo, gli scopi culturali dei singoli enti.

Inoltre, con la legge 29 giugno 2010, n. 100, il legislatore intendeva riaffermare, pure nel periodo successivo alla trasformazione di questi enti, il risalente blocco delle assunzioni al fine di evitare aumenti dei contingenti numerici di personale stabiliti per legge, nella persistenza dei vincoli di bilancio gravanti sulle organizzazioni pubbliche ancorché gestite in forma privatistica[535]. La legge n. 100/2010 confermava quindi il perdurante divieto di conversione dei contratti a termine e, al pari della legislazione precedente, si collocava nel solco del sistema di controllo della finanza pubblica, ribadendo il ruolo cardine dell'art. 3, L. n. 426/77, quale fonte del regime speciale dei contratti a termine stipulati dagli enti lirici[536].

Inoltre, l'art. 3, comma 6, d.l. n. 64/2010, aveva altresì previsto l'inapplicabilità alle fondazioni lirico-sinfoniche delle disposizioni dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, la cui portata era stata, poi, chiarita dall'art. 40, comma 1 bis, d.l. n. 69/2013, secondo il quale "*l'articolo 3, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 100, si interpreta nel senso che alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle nome in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti".*

Il d.l. n. 91/2013, convertito in L. 7 ottobre 2013, n. 112, recante *"Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo",* all'art. 1 comma 19, aveva poi previsto che: "*il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso le fondazioni lirico-sinfoniche è instaurato esclusivamente a mezzo di apposite procedure selettive pubbliche*".

Dal contesto di siffatte particolari previsioni, si comprende come il legislatore abbia voluto ribadire che, anche dopo la loro apparente privatizzazione, gli enti lirici dovessero rimanere esentati da ogni disposizione che potesse implicare la conversione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato, anche attraverso l'ampliamento del regime derogatorio con la ritenuta inapplicabilità dell'art. 1, commi 1 e 2, d. lgs. n. 368/2001.

Se si guarda a questa peculiare normativa con animo sgombro dai pregiudizi, ci si rende quindi conto che il legislatore, sia pur con qualche forzatura, abbia voluto mantenere una regolamentazione settoriale del lavoro negli enti lirici, costantemente caratterizzata nel tempo dalla sua separatezza rispetto al diritto comune dei contratti a termine, allo scopo di evitare l'incremento dei contingenti numerici del personale con una impropria stabilizzazione dei rapporti di lavoro, in analogia con quanto previsto dall'art. 36, comma 5, d. lgs. n. 165/2001, per il lavoro privatizzato

---

[535] V. S. MAINARDI, D. CASALE, *Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto legge n. 64/2010*, in *Aedon*, n. 3/2010.

[536] V. ancora S. MAINARDI, D. CASALE, *Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto legge n. 64/2010*, cit., par. 6.

dei dipendenti pubblici[537].

Non per caso, l'art. 3, comma 6, L. n. 100/2010, costituisce una norma confermativa di disposizioni e principi già presenti nel nostro ordinamento, rinvenibili sia nel peculiare trattamento riconosciuto dalla legge alle prestazioni lavorative rese nelle fondazioni liriche, sia nella necessità di contenere la spesa pubblica per la persistente immodificabilità delle piante organiche di questi enti, i cui esiti e le medesime finalità si ritroveranno pure negli interventi assunti dal legislatore nel d.l. 28 giugno 2019, n. 59, conv. in L. 8 agosto 2019, n. 81.

5. La sentenza della Corte costituzionale n.260/2015.

In tale composito quadro normativo è intervenuta la Corte Costituzionale che, con la sentenza 11 dicembre 2015, n. 260, ha ritenuto illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., l'art. 40, comma 1 bis, d.l. n. 69/2013 nella parte in cui, fornendo un'interpretazione estensiva dell'art. 3, comma 6, d.l. n. 64/2010, ha applicato il divieto di stabilizzazione non solo alle ipotesi di rinnovi dei contratti a termine, come previsto dalla originaria disposizione dell'art. 3, L. n. 426/1977, ma anche alle ipotesi di vizi genetici del rapporto negoziale[538].

La questione di legittimità era stata sollevata dalla Corte d'appello di Firenze, che aveva ravvisato, dietro lo schermo dell'enunciata natura interpretativa della portata retroattiva della disciplina, un contrasto con i princípi di eguaglianza e di ragionevolezza, che si traduceva in un'arbitraria ingerenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale, nonché in una discriminazione fra i dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche e gli altri lavoratori del settore privato.

La Corte costituzionale, nella sentenza di accoglimento, ha affermato che la norma impugnata non consente una plausibile variante dell'art. 3, comma 6, primo periodo, d.l. n. 64/2010 e dell'art. 3, quarto e quinto comma, della legge n. 426/1977, poiché "la norma, oggetto di interpretazione, contiene un riferimento specifico ai rinnovi dei contratti a termine". Pertanto, a giudizio della Corte, "secondo il significato proprio delle parole, che è canone ermeneutico essenziale (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale), il vocabolo "rinnovo" evoca un concetto diverso rispetto a quello dell'illegittimità del termine, apposto al primo contratto. Se il rinnovo attiene alla successione dei contratti e all'aspetto dinamico del rapporto negoziale, la questione scrutinata nel giudizio principale verte su un vizio genetico, che inficia il contratto sin dall'origine".

In tal modo, la Corte costituzionale, proponendo un esame della norma impugnata in una "*prospettiva diacronica*" in ragione dei molteplici interventi legislativi che si erano succeduti, ha affermato, come peraltro sostenuto in precedenza dalla S.C.[539], che, dopo l'entrata in vigore del

---

[537] M. RICCI, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *LPA*, III, 2014, p. 461 ss.

[538] Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 260/2015 v., in vario senso, L. MENGHINI, *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, in *RGL*, 2016, p. 356 ss.; V. DE MICHELE, *Le ragioni oggettive "retroattive" del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *LG*, 2016, n. 2, p. 151 ss.; A. M. PERRINO, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro it.*, 2016, n. 1, I, c. 1; C. DE MARTINO, *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, in *VTDL*, 2016, 3, pp. 599-618.

[539] v. Sul rapporto tra la sentenza della Corte costituzionale n. 260/2015 e gli orientamenti della S.C., v. V. DE MICHELE, *La Corte costituzionale e la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro dei dipendenti saltuari dello spettacolo,* in *Dir. merc. lav.,* 2016, p. 185 ss.

d. lgs. n. 368/2001, i contratti di lavoro a termine stipulati dal personale delle fondazioni lirico-sinfoniche previste dal d. lgs. n. 367/1996, sono regolati dal d.lgs. n. 368/2001, con le uniche esclusioni costituite dall'art. 4, relativo alle proroghe, e dall'art. 5, sulle prosecuzioni ed i rinnovi. Pertanto la norma interpretativa, nell'estendere il divieto di conversione del contratto a tempo determinato oltre i confini originariamente tracciati, e includendo anche l'ipotesi di un vizio genetico del contratto a tempo determinato, è stata ritenuta in contrasto con le tutele accordate dall'ordinamento ai rapporti di lavoro, sebbene in un contesto già connotato in senso marcatamente derogatorio rispetto al diritto comune.

In definitiva, la sentenza della Corte costituzionale n. 260 del 2015 ha evidenziato come la disposizione impugnata, che non interferiva con il divieto di stabilizzazione nelle ipotesi di proroghe e di rinnovi illegittimi, operava in una latitudine circoscritta sovrapponendosi alle deroghe legislative con un'arbitraria ingerenza del legislatore.

Tuttavia, la stessa Corte costituzionale ha circoscritto la portata della sentenza n. 260/2015, escludendone l'applicazione nei riguardi della normativa introdotta dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nel frattempo sopravvenuta[540].

6. Il d.lgs. n. 81/2015 e la conferma della disciplina derogatoria del lavoro a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche.

Il d. lgs. 15 marzo 2015, n. 81 ha infatti disposto l'abrogazione del d. lgs n. 368/2001, come indicato nell'art. 55 del provvedimento, facendo salvo il solo art. 9, comma 28, d.l. n. 78/2010 (*Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico*), in tema di rapporti a termine nelle amministrazioni statali ed equiparate. Inoltre, il d. lgs n. 81/2015 ha introdotto una diversa disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, a decorrere dal 25 giugno 2015 e fino alle modifiche del d.l. 12 luglio 2018, n. 87, con l'esplicita previsione, contenuta nell'art. 29, comma 3, che *"al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, commi da 1 a 3, e 21".*

Ciò comporta l'inapplicabilità ai contratti di lavoro a termine stipulati dalle fondazioni lirico-sinfoniche della norma sulla durata massima del singolo contratto e delle eventuali proroghe, nonché della procedura concordata presso la DTL per la stipula di un ulteriore contratto della durata massima di dodici mesi fra gli stessi soggetti, in uno alla regolamentazione delle conseguenze della sua inosservanza. Restano invece in vigore le disposizioni del Capo III e segnatamente l'art. 19, comma 4, che prevede la necessità della forma scritta qualora la durata del contratto sia superiore ai dodici giorni; l'art. 20, sui divieti; l'art. 22, sulla continuazione del rapporto dopo la scadenza; l'art. 28, sulle decadenze e tutele.

---

[540] Si legge infatti nella sentenza n. 260/2015: *"Sul presente giudizio non incide la nuova disciplina in tema di contratti a tempo determinato delle fondazioni di produzione musicale, introdotta dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183). Per effetto dell'art. 57, tale disciplina (artt. 23, comma 3, e 29, comma 3) si applica soltanto dal 25 giugno 2015, giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, e pertanto non concerne i diritti sorti nel vigore della normativa antecedente".*

In tal modo, per le fondazioni di produzione musicale, si è prevista l'eliminazione del requisito causale, peraltro già introdotta, a determinate condizioni, dalla legge n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), anche se quell'intervento, all'epoca innovativo, ammetteva un contratto "acausale" in un contesto di eccezionalità, almeno sul piano formale, rispetto alla regola generale della specificazione delle ragioni giustificatrici[541]. Il d.l.gs. n. 81/2014, invece, recependo le soluzioni adottate nel d. l. n. 34/2014, convertito in L. n. 78/2014, ha sostituito il principio che ancorava la validità della clausola appositiva del termine alla sussistenza delle ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, con quello della *acausalità*, subordinata ad un limite di durata massima del rapporto di 36 mesi; limite peraltro inapplicabile alle fondazioni lirico-sinfoniche[542].

Il legislatore delegato ha così distinto, negli altri casi, la disciplina della durata massima del primo contratto a termine senza onere di causale giustificativa (art. 19, comma 1) e la disciplina della durata massima di una pluralità di rapporti a termine, fatte salve diverse disposizioni dei contratti collettivi (art. 19, comma 2). Altra rilevante innovazione è costituita dal fatto che il tetto dei trentasei mesi "per sommatoria" vada riferito allo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, in linea con la riforma dell'art. 2103 cod. civ., contenuta nello stesso decreto, mentre il precedente testo normativo faceva riferimento allo svolgimento di mansioni equivalenti. Il principio della libertà del ricorso alla stipula del contratto costituisce in ogni caso un trattamento giuridico uniforme per le categorie di lavoratori destinatari della disciplina regolata dal Capo III, tra cui anche i lavoratori assunti a termine dalle fondazioni lirico-sinfoniche, ai quali sono comunque inapplicabili l'art. 19, commi da 1 a 3, e l'art. 21, richiamati nell'art. 29, comma 3, d. lgs. n. 81/2015.

Si ribadiscono in tal modo le regole speciali sulle proroghe e sui rinnovi, con una scelta del legislatore che mantiene un trattamento differenziato al settore delle produzioni musicali e teatrali, in ragione della variabilità delle esigenze organizzative degli enti lirici, oltre che per la loro natura di soggetti beneficiari di finanziamenti pubblici che impongono vincoli di spesa funzionali alla limitazione dei costi nel settore.

In proposito, ci si potrebbe interrogare sulla compatibilità della scelta di eliminare le ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine con i vincoli stabiliti dalla direttiva comunitaria 99/70/CE, anche se la direttiva ha come obiettivi la garanzia del principio di non discriminazione e la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato.

La mancanza nell'ordinamento nazionale di una norma positiva che, a decorrere dal 25 giugno 2015, preveda l'obbligo della causale giustificatrice del ricorso al contratto a termine, non determina tuttavia la violazione della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro recepito nella

---

[541] V. A. GIULIANI, *Rapporti di lavoro a termine e livelli di tutela*, in A. Di Stasi (a cura di), *Tecniche ed ideologie nelle riforme del diritto del lavoro*, Torino, 2018, p. 77 ss.

[542] V. A. PRETEROTI, *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il jobs act,* Torino, 2016, p.12 ss.; C. ALESSI, *Il lavoro a tempo determinato dopo il d. lgs. n. 81/2015*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs act"*, Padova, 2016, p.19 ss.

Direttiva 70/1999/CE, dovendosi valutare il livello complessivo di protezione offerto[543]. Tale clausola rubricata "misure di prevenzione degli abusi ", peraltro, non si occupa della causale del primo contratto a termine bensì della giustificatezza della successione e/o dei rinnovi di una serie di contratti: con il risultato che gli stati nazionali possono introdurre o eliminare liberamente le causali per l'apposizione del termine per il singolo contratto, per la proroga o le proroghe[544].

Inoltre, secondo la direttiva, per prevenire gli abusi derivanti da una successione di contratti è sufficiente l'introduzione di una soltanto delle tre misure espressamente indicate: numero massimo di rinnovi; durata massima complessiva di più rapporti successivi; previsione di condizioni oggettive per il rinnovo. Sotto un altro punto di vista, l'attuazione della direttiva europea non deve costituire occasione per diminuire il livello di tutela garantito dalla legislazione nazionale (c.d. clausola di non regresso), ma il d.l.gs. n. 81/2015 non è direttamente attuativo della direttiva europea e, dunque, non viola la clausola di non regresso. Né è stata mai sollevata la questione di legittimità del principio della acausalità dinanzi alla Corte costituzionale.

7. Il d.l. 12 luglio 2018, n.87, conv. in L. 9 agosto 2018, n. 96, e la sentenza della Corte di Giustizia 25 ottobre 2018 (causa C-331/17).

Il decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2018, n. 96, ha apportato alcune modifiche alla legislazione precedente, superando quel più generale favore che il legislatore aveva manifestato nei precedenti provvedimenti per il lavoro a tempo determinato.

Con decorrenza dal 13 luglio 2018 si rinviene così una nuova formulazione dell'art.19, comma 1, d. lgs. n. 81/2015, che ha ripristinato la necessità di una giustificazione causale dopo i primi 12 mesi, con il limite massimo di 24 mesi e in relazione a qualsivoglia proroga, dovendosi così dimostrare, dopo una iniziale fase acausale, che l'assunzione derivi o da esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero da esigenze sostitutive di altri lavoratori o, ancora, da esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria.

Si tratta di una disciplina generica, ispirata ad una tecnica definitoria volta alla predeterminazione di ipotesi legali come nel passato, probabilmente poco oggettiva nella sua dimostrabilità, che non apporta nessun giovamento significativo in termini di tutele del lavoratore e di sostegno all'occupazione, né offre alcun contributo alla soluzione del problema del precariato, anche perché non impedisce la reiterazione dei contratti a tempo determinato, soprattutto se di durata temporale limitata. Non può escludersi, inoltre, che tale disciplina aumenti il rischio di far aumentare il *turnover* tra lavoratori assunti a termine, poiché la necessità di evitare le nuove causali potrebbe indurre i datori ad incentivare l'estinzione dei rapporti con l'assunzione di un nuovo lavoratore in sostituzione.

Con riguardo alla posizione delle fondazioni lirico-sinfoniche, va comunque rilevato il limitato

---

[543] V. E. ALES, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva,* in *RIDL*, 2015, II, p. 306 ss.

[544] V. Cass., sez. un., 31 maggio 2016, n. 11374, in *DRI*, 2016, 4, p. 1103, con nota di A. Alessi; *FI,* 2016, 10, I, c. 2994. Lo stesso principio di diritto sui contratti acausali di Poste italiane è stato ribadito dalla S.C. nelle successive decisioni: Cass., sez. un., sentenze nn. 13375-13376- 13529/2016; ordinanze nn.1874-6103-6281-10488-10590/2017; Cass. sentenza n. 14874/2017.

impatto del d. l. n. 87/2018, essendo rimasta inalterata la disposizione contenuta nell'art. 29, comma 3, d. lgs 81/2015, secondo cui *"al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, commi da 1 a 3, e 21",* anche se nel frattempo è intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia UE con la sentenza 25 ottobre 2018 (causa C-331/17, *Sciotto*) che, ancorché riferita ad una disciplina da tempo non più in vigore, ha fornito ulteriori argomentazioni interpretative sui contratti a termine nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche[545].

La questione pregiudiziale concerneva infatti svariati contratti di lavoro a termine ricompresi tra il giugno del 2007 e il giugno del 2011, per un periodo superiore alla soglia temporale massima consentita ai datori di lavoro dalle disposizioni all'epoca vigenti. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha affermato che l'assunzione temporanea di un lavoratore debba radicarsi in una "ragione obiettiva", ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, come già ribadito con le sentenze del 26 novembre 2014 (cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo e a.*, punto 91), nonché del 14 settembre 2016 (causa C-16/15, *Perez Lopez*, punto 44)[546].

Pertanto, al fine di limitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche dove è ammessa la possibilità di ricorrere ai rinnovi, la Corte ha precisato che la nozione di "ragioni obiettive" vada interpretata in termini restrittivi, dovendosi pertanto accertare la sussistenza di tale requisito con riguardo a circostanze precise e concrete, tali da giustificare l'utilizzo di una successione reiterata di contratti di lavoro a tempo determinato.

Peraltro già nella sentenza 26 febbraio 2015 (causa C-238/14, *Commissione europea c. Granducato del Lussemburgo*), resa con riguardo ai lavoratori saltuari dello spettacolo, la Corte di Giustizia aveva affermato che, nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato, rilevano le *"ragioni obiettive*" che giustificano siffatti contratti e la sussistenza di circostanze precise e concrete che contraddistinguano l'attività in esame[547]. Del resto, le esigenze artistiche o tecniche, connesse alla rappresentazione di uno spettacolo, possono essere tali da rendere necessaria un'assunzione temporanea con riguardo alla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, alle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, al perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro.

---

[545] V. Corte di Giustizia UE 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto*, in *Riv. giur. lav*., 2019, p. 392, con nota di F. SIOTTO, *Lavoro a tempo determinato e fondazioni lirico-sinfoniche. La prevenzione degli abusi secondo lo Schiaccianoci*; *GDir*, 2018, 49-50, p. 102; *FA*, 2018, 10, p. 1644; G. NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche dopo la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *DLM*, 2019, p. 319 ss.

[546] C. Giust. 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo e a*., può leggersi in *FA,* 2014, 11, p. 2725, con nota di L. FLORE, *La disciplina dei contratti a tempo determinato nella scuola pubblica italiana: stato della giurisprudenza e prospettive future*; *RIDL*, *2015,* II, p. 309, con note di L. CALAFA', *Il dialogo* multilevel *tra Corti e la dialettica prevalente: le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di Giustizia* e L. MENGHINI, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*; *FI*, 2014*,* 12*,* IV, c. 569, con nota di A. M. Perrino; *DML*, 2014, p. 463, con nota di V. ALLOCCA, *La Corte di Giustizia censura la normativa italiana applicabile ai precari della scuola*. Al riguardo, v. pure G. SANTORO PASSARELLI, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *ADL*, 2015, p. 189 ss.; A. ALLAMPRESE, *I precari della scuola tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in *LPA*, 2011, p. 254-271; F. GHERA, *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni*, in *GCost*,, 2015, p. 158 ss.; R. NUNIN, *«Tanto tuonò che piovve»: la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, *LG*, 2015, p. 146 ss.

[547] CGUE 26 febbraio 2015, causa C-238/14, in *RGL*, 2016, II, p.172, con nota di L. MENGHINI*, Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine.*

In definitiva, la CGUE ha rilevato come la normativa italiana sulle fondazioni lirico-sinfoniche consenta l'assunzione di lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione senza prevedere alcuno dei limiti indicati nella clausola 5, punto 1, lettera b) e c), dell'accordo quadro e ha censurato pertanto tali norme nella parte in cui ne prevedono l'esclusione dall'ambito di applicazione del diritto comune nazionale, che limita invece la conclusione di contratti di lavoro a termine in successione oltre una certa durata.

La sentenza della Corte di Giustizia 25 ottobre 2018 è stata gravata di molteplici significati, talora ultronei perché volti a censurare le persistenti diversità di tutela tra il precariato pubblico e quello privato[548], peraltro riaffermate dalla Corte costituzionale con la coeva sentenza 27 dicembre 2018 n. 248. Con questa decisione, la Corte costituzionale infatti ha categoricamente negato la possibilità che nel settore pubblico si possa convertire giudizialmente un contratto a termine, anche di fronte al superamento del limite massimo di durata (36 mesi) ed al superamento di una selezione pubblica, ancorché per soli titoli, per il reclutamento di personale a tempo determinato[549]. Del resto, la stessa Corte di giustizia, con la sentenza 7 marzo 2018 (C-494/16, *Santoro*), aveva pure affermato la compatibilità della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a termine con una normativa nazionale che sanzionasse il ricorso abusivo ai contratti a termine mediante il versamento al lavoratore interessato di una mera indennità risarcitoria[550].

Va poi osservato che a ben guardare, nel campo dei contratti a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche la Corte di giustizia con la sentenza 25 ottobre 2018 ha aggiunto ben poco a quanto già noto negli orientamenti della giurisprudenza interna di legittimità e di merito sul requisito di specificità della ragione obiettiva nella fase genetica e di svolgimento del rapporto o di una serie di rapporti a termine[551].

Non poche incertezze ha sollevato invece la sopravvivenza della norma del d. lgs. n. 81/2015 che esentava gli enti lirici dai limiti sulla durata massima del lavoro a termine e sulle proroghe, poiché la censura mossa all'utilizzo *ad libitum* della contrattazione a termine, nel suo eccessivo procrastinarsi oltre una durata certa e ragionevole, costituiva nella valutazione della Corte europea una elusione fraudolenta e alternativa alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

---

548 V. l'ampio saggio di V. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte UE e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro tra la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 383/2019.

549 C. cost. 27 dicembre 2018, n. 248, in *FI*, 2019, I, c. 365, con nota di A.M. Perrino.

550 V. Corte di Giustizia UE 7 marzo 2018, in *RIDL*, 2018, II, p. 683 ss., con nota di F. SIOTTO, *La via giurisprudenziale europea per la tutela risarcitoria dei precari pubblici;* sulla risposta della Corte quanto al principio di adeguatezza e di effettività v. P. TOSI, *La sentenza CGUE 7 marzo 2018 in causa C-494/16: ancora sul termine illegittimo nel lavoro pubblico*, in *LDE*, 2018, n.1.

551 V. per tutte Cass., Sezioni unite, 27 ottobre 2016, n. 21691, che, nel confermare l'orientamento della Sezione lavoro, ha affermato che «*In tema di assunzioni a termine dei lavoratori dello spettacolo, ai fini della legittimità dell'apposizione del termine, è necessario che ricorrano la temporaneità della occasione lavorativa rappresentata dalla trasmissione o dallo spettacolo (che non devono essere necessariamente straordinari o occasionali, ma di durata limitata nell'arco di tempo della programmazione complessiva, e quindi destinati ad esaurirsi), la specificità del programma (che deve essere quantomeno unico, ancorché articolato in più puntate o ripetuto nel tempo) e la connessione reciproca tra specificità dell'apporto del lavoratore e specificità del programma o spettacolo (per cui il primo concorre a formare la specificità del secondo o è reso necessario da quest'ultima specificità), di modo che l'assunzione riguardi soggetti il cui apporto lavorativo sia tale da realizzare un peculiare contributo professionale, tecnico o artistico, che non sia facilmente fungibile con il contributo realizzabile dal personale a tempo indeterminato dell'impresa. (Principio affermato ai sensi dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.)*».

Non per caso, l'ANFOLS e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative del settore, in data 8 dicembre 2018, hanno siglato un accordo con il quale si è stabilito che *"mantenendo il diritto di precedenza, (si) permette di assumere artisti e tecnici con decorrenza a partire dal 25 ottobre 2018 per un massimo di 12 mesi"* e che si *"avvii un percorso di stabilizzazione nelle singole Fondazioni liriche verificando le carenze rispetto alle piante organiche*". Con tale intesa si è voluto affrontare un quadro interpretativo reso incerto dal nuovo regime normativo scaturente dal d.l. n. 87/2018, conv. dalla l. n. 96/2018[552], anche per la mancanza di un regime transitorio, oltre che dagli effetti della sentenza della Corte di Giustizia 25 ottobre 2018. La problematica principale dei corollari desunti indirettamente dalla pronuncia riguardava infatti il vuoto normativo sussistente, poiché fino a quel momento le fondazioni liriche si erano regolate nelle assunzioni a termine in conformità alla disciplina derogatoria del d. lgs. n. 81/2015.

Inoltre, l'accordo dell'8 dicembre 2018 affrontava la questione di individuare la decorrenza di un termine certo per le future assunzioni, tenuto conto dei termini decadenziali previsti dalla normativa vigente che impone di impugnare ciascun contratto a termine alla data di ogni sua scadenza, così precludendo un possibile cumulo dei rapporti passati con quelli più recenti.

La soluzione prospettata nell'accordo sindacale appare peraltro pienamente conforme alla disposizione contenuta nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, dove si delinea un modello contrattuale che tende ad ampliare gli spazi riservati alla contrattazione collettiva con una norma di carattere generale che individua le fonti abilitate ad esercitare le specifiche deleghe conferite dal legislatore, sulla base della maggiore rappresentatività in termini comparativi. L'art.51 riconosce in tal modo un potere derogatorio alla contrattazione collettiva, non più costretta nei limiti delle sue tradizionali competenze, ma come fonte in grado di sviluppare autonome tutele soprattutto nella delicata materia della gestione flessibile della forza lavoro[553].

Per tali motivi, le parti sindacali hanno regolato una sorta di fase transitoria in attesa di una nuova e diversa disciplina legislativa, poi approvata con il d.l. 28 giugno 2019 n. 59, convertito in L. 8 agosto 2019, n.81.

8. La dotazione organica delle fondazioni lirico-sinfoniche e la disciplina dei contratti di lavoro a termine nel d.l. n. 59/2019, conv. in legge 8 agosto 2019, n.81.

Al variegato contesto legislativo e interpretativo dei contratti di lavoro a tempo determinato nelle fondazioni lirico-sinfoniche si è aggiunto ora il d.l. n. 59/2019 conv. in L. 8 agosto 2019 n. 81, con il quale si sono affrontate le molteplici questione legate alle incertezze intepretative sul precariato e sull'assetto delle dotazioni organiche del personale[554].

Il provvedimento ha ridisegnato, infatti, la procedura per la definizione della dotazione organica delle fondazioni lirico-sinfoniche, secondo uno schema tipo da adottarsi sulla base di un decreto

---

552 V. A. RICCOBONO, *Neoformalismo negoziale e tecniche di protezione: il caso della proroga del contratto a termine, WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona".IT – 403/2019, p.10 ss.

553 Cfr. A. GARILLI, *Il rapporto tra le fonti nel nuovo diritto del lavoro*, in *DML,* 2017, p. 425 ss.; F. SANTONI, *Autonomia collettiva e diritti individuali nel decentramento delle fonti sindacali, ibid.,* 2019, p. 298 ss.; L. ZOPPOLI, *Le fonti (dopo il* Jobs Act*): autonomia ed eteronomia a confronto*, *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona".IT – 284/2015, p. 15 ss.

554 V. V. PINTO *Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento,* in *DLM,* 2019 p. 499 ss.; G. NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche,* cit., p. 412 ss.; M. MARINELLI, *Il contratto a termine nelle fondazioni liriche*, p. 9 ss. (datt.).

del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, di concerto con il Ministro dell'economia. La proposta deve essere poi trasmessa ai medesimi Ministeri entro i successivi 60 giorni, previa delibera del Consiglio di indirizzo, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e approvata, entro 60 giorni dalla trasmissione, con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, adottato di concerto con il Ministro dell'economia, e previo parere – per le fondazioni che hanno presentato il piano di risanamento – del commissario straordinario. Le fondazioni possono presentare, con cadenza triennale, una proposta di modifica della dotazione organica e, qualora venga meno il requisito della sostenibilità finanziaria, attivare la procedura di revisione della dotazione precedentemente approvata, dandone tempestiva comunicazione ai Ministeri competenti.

Le assunzioni di personale a tempo indeterminato potranno avvenire mediante apposite procedure selettive pubbliche, con modalità stabilite da ciascuna fondazione e nel rispetto dei princìpi di trasparenza, pubblicità e imparzialità nonché degli altri princìpi in vigore nelle pubbliche amministrazioni ed essere contenute, oltre che nel limite della dotazione organica, entro un contingente corrispondente alla spesa complessiva del personale cessato nell'anno in corso e nei due anni precedenti, ferma restando le compatibilità di bilancio.

La legge n. 81/2019 ha, inoltre, introdotto una disciplina transitoria per il reclutamento di personale in presenza di vacanze rispetto alla dotazione organica. In tal caso, ciascuna fondazione può assumere a tempo indeterminato, con "diritto di precedenza", i candidati che, alla data di entrata in vigore della legge di conversione, risultino "vincitori" nell'ambito di graduatorie in corso di validità relative a procedure selettive precedentemente bandite. Inoltre, fino al 31 dicembre 2021, le fondazioni possono procedere, in misura non superiore al 50% dei posti disponibili, ad assunzioni a tempo indeterminato mediante procedure selettive riservate a soggetti che prestino servizio presso la stessa fondazione, o lo abbiano prestato fino ad un anno prima della data di entrata in vigore del decreto-legge, sulla base di contratti di lavoro a tempo determinato: nel caso del personale artistico e tecnico, per un periodo complessivo non inferiore a 18 mesi, anche non continuativi, negli 8 anni precedenti; nel caso del personale amministrativo, per un periodo complessivo non inferiore a 36 mesi, anche non continuativi, negli 8 anni precedenti.

Fino al 31 dicembre 2021, le fondazioni possono altresì avviare, per i residui posti disponibili rispetto alla dotazione organica, procedure selettive per titoli ed esami di personale artistico, tecnico e amministrativo, finalizzate a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata in virtù di precedenti rapporti di lavoro utilizzando le risorse previste per i contratti di lavoro a tempo determinato già in essere.

Infine, con l'introduzione di un comma 3-bis all'art 29 del lgs. n. 81/2015, si è riconosciuta alle fondazioni lirico-sinfoniche la possibilità di stipulare uno o più contratti di lavoro a tempo determinato: a condizione che vi siano esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico, ovvero dalla sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti; di durata complessiva non superiore a 36 mesi, calcolati a decorrere dal 1° luglio 2019, anche non continuativi e anche all'esito di successive proroghe o rinnovi, fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi; con atto scritto, a pena di nullità. L'atto deve contenere, tra l'altro, l'indicazione espressa della condizione che giustifica l'assunzione a tempo determinato, la proroga o il rinnovo, anche attraverso il puntuale riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli o produzioni artistiche cui siano destinati i lavoratori.

In proposito si è giustamente osservato che non è sufficiente, ai fini della legittimità dell'apposizione del termine, indicare soltanto lo spettacolo o la produzione in cui il lavoratore dovrà essere utilizzato, poiché il riferimento "puntuale" allo spettacolo, indicato nella legge, induce a ritenere che si debba indicare nel contratto quale sia la specifica esigenza che porta all'assunzione, così imponendosi la necessaria presenza di ragioni obiettive per l'apposizione del termine[555]. Fatta salva l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità, le restanti disposizioni non si applicano ai lavoratori impiegati nelle attività stagionali.

Una significativa innovazione introdotta dalla legge n. 81/2019 concerne poi le conseguenze della violazione delle norme riguardanti i contratti di lavoro a termine come regolati nel comma 3-bis, avendo il legislatore escluso la conversione in contratti a tempo indeterminato, con diritto per il lavoratore al solo risarcimento del danno e con la possibilità per le fondazioni di recuperare le somme pagate nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave (v. art. 29, comma 3 -ter, d. lgs. n. 81/2015). Riaffiora in tal modo l'anima pubblicistica delle fondazioni lirico-sinfoniche, già evidente nella disciplina della legge n. 100/2010, come riconosciuto pure dalla Corte costituzionale nella sentenza 21 aprile 2011, n.153. In tale nuovo contesto, il ricorso al contratto a termine deve attenersi alla *ratio* sottesa alle regole speciali di una normativa dettata tenendo ancora una volta conto delle limitazioni economiche e normative gravanti sulle fondazioni lirico-sinfoniche.

Il legislatore manifesta tuttavia la volontà di avviare comunque a soluzione la questione del precariato artistico attraverso procedure di stabilizzazione con "diritto di precedenza" per coloro che, alla data di entrata in vigore della legge di conversione, risultino inseriti come vincitori in graduatorie in corso di validità riferite a procedure selettive precedentemente bandite, ovvero mediante procedure selettive riservate a quanti prestino servizio o lo abbiano prestato fino ad un anno prima della data di entrata in vigore del decreto-legge, presso la stessa fondazione con contratti di lavoro a tempo determinato. Naturalmente l'avvio delle misure di stabilizzazione presuppone la determinazione delle relative piante organiche, da definirsi con le modalità indicate nella legge, tenuto conto della sostenibilità futura dei costi del personale.

Nel frattempo, il legislatore ha previsto la possibilità di stipulare contratti di lavoro a termine, in presenza di motivate esigenze contingenti e temporanee per una durata che non può superare complessivamente i trentasei mesi, anche non continuativi, a decorrere dal 1° luglio 2019. Tale nuova disciplina si adegua alle indicazioni della giurisprudenza comunitaria sulla necessità della presenza delle ragioni obiettive nella conclusione delle assunzioni a termine, nonché al limite complessivo di durata del rapporto di trentasei mesi, anche non continuativi, dal quale le fondazioni lirico sinfoniche erano in precedenza escluse.

L'art. 29, comma 3-ter, d. lgs. n. 81/2015, come modificato dall'art. 1, l. n. 81/2019, esonera invece le fondazioni dalla conversione del rapporto, nell'ipotesi di violazione delle norme in materia. Anche tale regola tende a riportare gli enti lirici nell'alveo dei rapporti di pubblico impiego, dove non si applica la conversione per via delle diversità delle situazioni giuridiche in relazione ai

---

[555] V. in proposito i rilievi di M. MARINELLI, *Il contratto a termine nelle fondazioni liriche*, cit., p. 8.

vincoli indicati nell'art. 97 Cost., che impone il ricorso alla procedura concorsuale, salvo i casi stabiliti dalla legge[556].

La stessa Corte di Giustizia, con la sentenza 23 aprile 2009, (cause riunite da C- 387-07 a C- 380-07, *Angelidaki e a.*), ha del resto confermato il principio, già espresso nelle sentenze 4 luglio 2006 (causa C-212/04, *Adeneler),* 7 settembre 2006 (causa C-180/04, *Vassallo)*, 7 settembre 2006 (causa C-53/04, *Marrosu e Sardino)*, che la Direttiva 1999/70 non prevede sanzioni espresse relative alla violazione della regola della reiterazione dei contratti a termine e che spetta alle Autorità nazionali la previsione di misure idonee a reprimere il fenomeno e a rendere effettivo il disposto della direttiva stessa[557].

Peraltro, la Corte di Giustizia ha anche affermato che è legittima la legislazione interna di uno Stato che non preveda la misura della conversione, potendosi ammettere anche una diversa misura purché efficace ed effettiva e che la valutazione di tali requisiti non compete alla Corte ma al Giudice nazionale. Sul punto, con sentenza 1 ottobre 2010 (causa C- 3/10, *Affatato*), la Corte di Giustizia ha chiarito che la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Direttiva 1999/70, non osta ad una normativa nazionale, come quella italiana prevista dall'art. 36 d. lgs. n. 165 del 2001, che, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato, esclude la sanzione della conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato[558].

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza 27 marzo 2003 n. 89, ha escluso la violazione del principio di uguaglianza in ragione della diversità delle situazioni e delle particolari esigenze di selezione dei dipendenti pubblici che impongono il ricorso alle procedure dei concorsi[559].

---

[556] V. D. MEZZACAPO, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in LPA, 2003, p. 514; Cass. 26 aprile 2013, n.10070.

[557] V. pure Cass. 13 gennaio 2012, n. 392.

[558] V. C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki e a.*, in *RGL*, 2009, II, p. 505; C. Giust. 12 giugno 2008, causa C-364/07, *Vassilakis*, *Racc*, 2008, p. 90; C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *FI*, 2007, IV, c. 72; C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, in *FI*, 2007, IV, c. 343, con nota di L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*; *RGL*, 2006, II, p. 602, con nota di A. GABRIELE*, Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P.A. al vaglio della Corte di Giustizia*; C. Giust. 7 settembre 2006, causa C- 53/04, *Marrosu* e *Sardino*, in *FI*, 2007, IV, c. 72, con nota di A.M. PERRINO, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*; C. Giust.1 ottobre 2010, causa C- 3/10, *Affatato*, in *FI*, 2011, IV, c. 69; *RIDL*, 2011, II, 859, con nota di M. BORZAGA, *L'intervento legislativo sul caso Poste italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di Giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano*. Al riguardo v. C. Giust. 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *RIDL*, 2014, II, 75, con nota di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni:* quousque tandem…; *FI,* 2014, 2, IV, 73*,* con nota di A.M. PERRINO, *La Corte di Giustizia come panacea dei precari?*, dove la norma italiana è stata ritenuta incompatibile con la clausola 5 dell'accordo quadro non tanto per l'assenza della sanzione della conversione del rapporto, quanto piuttosto per l'onere probatorio che accompagna il risarcimento del danno e che rende al lavoratore "impossibile" o comunque "eccessivamente" gravoso l'esercizio dei suoi diritti. Per approfondimenti, in dottrina, v. L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *RGL*, 2012, p. 699 ss.

[559] Sull'orientamento della Corte costituzionale, v. P. CHIECO*, I contratti flessibili della p.a. e l'inapplicabilità della sanzione" ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale*, in *LPA*, 2003, p. 489 ss.; E. MENEGATTI, *La persistente «specialità» del lavoro a termine nel pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale, ibid.;* in senso conforme si era espressa anche la Corte di Cassazione: v. Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, in *DRI*, 2012, p. 505, con nota di M. CERASI, *Divieto di conversione del rapporto di lavoro a termine e onere della prova del danno risarcibile ex articolo 36, decreto legislativo n. 165/2001*; *RIDL*, 2012, II, p. 138, con nota di S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*; Cass. 15 giugno 2010, n. 14350, in *LPA*, 2010, II, p. 708.

Per quanto riguarda i criteri della liquidazione di un simile danno, dopo alcune oscillazioni interpretative tra l'utilizzazione del parametro indicato dall'art. 8, l. 15.7.1966, n. 604 o di quello previsto nell'art. 18, l. 20.5.1970, n. 300,[560] la Corte di cassazione, a Sezioni Unite, ha definitivamente optato per il sistema indennitario *ex* art. 32, comma 5, l. 4.11.2010, n. 183, (ora art. 28, d.lgs. n. 81/2015), considerando sussistente un danno in *re ipsa* ancorché non identificabile nella perdita del posto di lavoro[561]. Tuttavia, se per un verso tale indirizzo porta il merito di fissare l'ammontare del risarcimento entro parametri determinati, dall'altro finisce per accordare una tutela ancorata ad una norma (art. 32, l. n. 183, ed ora art. 28, d.lgs. n. 81) che associa la sanzione pecuniaria alla conversione, sanzione invece espressamente esclusa nel settore pubblico dall'art. 36, d.lgs. n. 165.

Resta ferma però la possibilità di provare il danno ulteriore ai sensi dell'art. 1223 c.c., per la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della p.a., o come perdita di *chance*[562].

In conclusione, dopo la legge n. 81/2019, la disciplina dei contratti a termine per il personale artistico e tecnico nelle fondazioni lirico-sinfoniche si ripresenta con la sua caratteristica costante ed immutata della specialità e della separatezza rispetto al diritto comune dei contratti di lavoro, in ragione della riconosciuta peculiarità del settore che si differenzia radicalmente da quella degli altri ambiti organizzativi e produttivi per la necessità di rispettare i vincoli delle piante organiche e degli equilibri finanziari e patrimoniali connessi allo svolgimento delle loro finalità pubbliche.

---

[560] Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481, in *DRI,* 2015, p. 1108 con nota di D. MARINO*, Il "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a termine: conforme al diritto dell'Unione?*; Cass. 3 luglio 2015, n. 13655.

[561] Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, in *RIDL*, 2016, II, 619 ss., con nota di V. ALLOCCA*, Le Sezioni Unite chiariscono i criteri di liquidazione del danno risarcibile ai sensi dell'art. 36, comma 5, d. lgs. n. 165/2001;* R. NUNIN, *Dopo "Mascolo" (ed in attesa della Consulta…): un* obiter dictum *delle Sezioni unite su nullità del termine e sanzioni nel pubblico impiego*, in *LG*, 2015, 6, p. 588 ss. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite dalla stessa Corte di cassazione con ordinanza 4 agosto 2015, n. 16363, in *LPA*, 2015, 2, 307, con nota di A. ALLAMPRESE.

[562] Sul punto v. i rilievi di A. PRETEROTI, *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro, cit.*, p. 94 ss.; ID., voce *Contratti a termine (dir.lav.) 2. Pubblico impiego*, in *Enc. Giur.Treccani on line*, e ivi ulteriori riferimenti.

An internationally oriented interpretation of EU law on public procurement: strengthening labour clauses through ILO Convention no. 94*

Giulia Frosecchi- Giovanni Orlandini

1. Introduction. 210

2. Labour clauses in the EU legal order: primary and secondary sources. 210

3. The jurisprudence of the Court of Justice: the "*Rüffert* doctrine". 212

3.1 Bunderdruckerei Judgment: the non-exportability of the labour clause. 213

3.2 RegioPost: the legitimacy of the salary set by law. 214

3.3 The judicial principles on labour clauses. 215

4. The reforms approved in the aftermath of the Court of Justice case law. 216

5. ILO Convention no. 94: its genesis and a beneficial coexistence with the EU legal framework. 217

6. The controversial international norm: an extensive protection for workers employed in public contracts. 219

7. Conclusions. 223

References. 226

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 153/2020

1. Introduction.

Public procurement may represent an excellent occasion to enforce workers' rights and support virtuous companies[563]. The International Labour Organisation (ILO) attempts to foster such potential since 1949, when the Labour Clauses Convention has been adopted. A number of European Union (EU) Member States have ratified it. However, later in the 20th century, the EU legislator has intervened to regulate the matter, with a view to reinforcing the internal market. The international Convention, on the one hand, and the EU legal system, on the other, may enter into conflict at the detriment of the national progresses in the enforcement of workers' rights. The issue is particularly sensitive due to the recent evolution in the case law and legislation; which makes it worthwhile to proceed with an integrated analysis of EU relevant measures and ILO norms that may contribute not only to guarantee the enforceability of protective national norms, in compliance with the international source, but also to foster one of the aims of the EU Directive on public procurement, i.e.: "the best strategic use of public procurement to spur innovation", in order to improve "the efficiency and quality of public services while addressing major societal challenges"[564].

The essay aims to provide an understanding of EU norms which is consistent with ILO Convention no. 94, in order to allow a constructive coexistence of the two levels of sources and avoid the risk of denunciation of ILO Convention no. 94 from those EU Member States where it is in force. To this end, first, it identifies the main primary and secondary sources of EU law and it reviews the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), as well as the reforms of the relevant EU Directives that have followed. Second, it reflects on the normative profiles that EU law and ILO Convention no. 94 have in common. Third, it assesses the content of Article 2.1 of ILO Convention no. 94, which constitutes the provision that raises the major problems of compatibility with EU law. In the concluding chapter, on the grounds of the evolutionary approach of the CJEU, the essay develops an extensive interpretation of EU Directives, which may ensure full enforcement of ILO Convention no. 94 as well.

2. Labour clauses in the EU legal order: primary and secondary sources.

The European Union has competence over public procurement, since its regulation impacts on the functioning of the internal market. The award and performance conditions of a procurement process may limit the exercise of economic freedoms, which found the internal market. This is true also for the working conditions applied by the winning bidder. As a consequence, the Member States' norms that impose upon such companies the duty to comply with employments standards (so called labour clauses) must be compatible with EU law. The Court of Justice of the European Union represents the latest stage of this scrutiny.

The constraints imposed by the EU on the subject at issue stem from a complex net of primary and secondary sources, that is the norms of the Treaty on the Functioning of the European Union

[563] On the enforcement of social objectives through public procurement, see the comprehensive analysis by Corvaglia, 2017.
[564] Directive 2014/24, Recital 47. For a concise introduction to what is meant by "strategic public procurement" and its relationship with the EU 2020 Growth Strategy see Bovis C.H. (2018), Strategic Public Procurement in the EU and Its Member States. Editorial, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2: 87-90.

(TFEU) that protect economic freedoms (first of all, Article 56 on the freedom to provide services) and Directives 2014/24[565] (on public procurement) and 96/71 (on the transnational posting of workers). Both Directives have been interested by a reforming process: Directive 2014/24 has repealed and replaced Directive 2004/18, while Directive 96/71 has been reformed by Directive 2018/957. The legal framework has been further complicated by the evolving jurisprudence of the CJEU, which has concerned the provisions contained in the Directives, before they were reformed (even though the case law at stake is fairly recent). Therefore, it is necessary to assess the impact of such crucial Court of Justice cases, in an amended legal framework.

Ab origine, and at the basis of the Directives, remains Article 56 TFEU, which still represents a landmark for the judgments ruling on the legitimacy of labour clauses. This implies (since the *Säger* Judgment, from 1991[566]) that the obligation to comply with the standards of protection provided by the national law has to take account of two fundamental principles, applied by the Court in the assessment of national norms that hinder or obstruct the exercise of a fundamental freedom: the principle of non discrimination and the principle of proportionality (so-called *Gebhard* test[567]). The first entails that foreign companies (i.e. those established in another Member State) cannot be obliged to comply with legal constraints that do not bind national companies. The second implies that the obligations imposed upon the same companies cannot go beyond what is necessary to pursue "public interests", which are legitimate under EU law.

This second principle is particularly relevant for judging the legitimacy of labour clauses. The Court of Justice admits that the necessity to protect workers can justify restrictions to the freedom to provide services[568], also through the application of collective agreements, where appropriate[569]. However, the proportionality principle implies, in theory, that foreign companies cannot be obliged to entirely respect the working conditions applied to workers employed on the territory of another Member State. Otherwise, their freedom to provide services and, consequently, the possibility to access the market of the other Member State would be violated.

Both Directive 96/71 and Directive 2014/24 are expression of these principles, which scope they should contribute to clarify, by translating them into norms to be transposed in national legal orders. The first Directive contains provisions aimed to identify the working conditions applicable to workers posted in a Member State, from a company established in another Member State, possibly also to execute a public contract. The second Directive, which regulates public procurement, provides for specific norms concerning the working conditions to be applied to workers employed in a public contract. These provisions apply to any public tender of an EU Member State that has an intrinsic "transnational" relevance, given that the call for tender must allow the participation of foreign companies as well.

---

[565] The essay is developed solely on the grounds of Directive 2014/24, however the same analysis applies also to Directive 2014/25 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC.
[566] CJEU 25.7.1991, C-76/90, *Säger*.
[567] CJEU 23.5.1996, C-5/94, *Gebhard*, par. 37.
[568] CJEU 23.11.1999, C-369/96, *Arblade.*
[569] CJEU 27.3.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa,* par. 18.

3. The jurisprudence of the Court of Justice: the "*Rüffert* doctrine".

The problem of the possible conflict of labour clauses with EU law has emerged for the first time in relation to a case of transnational posting of workers: the renowned *Rüffert* case, of 3 April 2008[570]; subsequently it has been addressed by the Court (also) in light of the provisions on public procurement (in *Bundesdruckerei*[571] and *Regiopost*[572]).

The *Rüffert* case concerned a subcontracting that entailed the posting of workers in Germany (in the Lower Saxony *Länder*) from a Polish company. The *Länder*'s law provided for the obligation for the winning bidder to guarantee to the workers concerned at least the remuneration prescribed by the collective agreement applicable at the place where the public contract was performed; that is collective agreements at regional (*Länder*) level, not universally applicable (not *erga omnes*).

The Court ruled that an obligation as such is inconsistent with both Directive 96/71 and Article 56 TFEU, which, as said above, constitutes the legal basis of the secondary source. The Directive, in reconciling the workers' protection with the economic freedom of companies that post workers in another Member State, admits the application of the collective agreements in force in the host Member State to the posted workers, although under certain conditions.

First, collective agreements, for being applicable to posted workers, must be declared universally binding. Alternatively, they must be respected "in practice" by all companies of the sector concerned by the public contract, in compliance with the criteria set by Article 3.8 of Directive 96/71; namely, collective agreements "which are generally applicable to all similar undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned, and/or collective agreements which have been concluded by the most representative employers' and labour organizations at national level and which are applied throughout national territory, provided that their application …. ensures equality of treatment" between national and foreign companies "which are in a similar position". Second, the obligation to comply with collective agreements must be limited to the minimum standards relating to the subjects listed by Article 3.1, Directive 96/71 (in the case at issue, the minimum wage set by the sector level collective agreement).

These conditions mirror the principles of non discrimination and proportionality mentioned above. Eventually, the Court declared that the Lower Saxony law did not comply with such principles and, consequently, it was incompatible with Directive 96/71.

The conflict with EU law is then confirmed, according to the Court, by the general principles concerning the freedom to provide services. Indeed, Article 56 TFEU admits the possibility to limit the company's freedom in order to pursue the objective (of general interest) of the protection of workers. However, this objective cannot be invoked in order to impose the application of collective agreements not universally applicable (or anyway not generally applicable), precisely because they do not apply to a part of the workers in the sector concerned by the public contract (as those employed in private contracts and, in general, not employed in public contracts)[573]. Limitations to an economic freedom, that follow an obligation imposed to protect only workers employed in

[570] CJEU 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert.*
[571] CJEU 18.9.2014, C-549/13, *Bundesbruckerei.*
[572] CJEU 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost.*
[573] *Rüffert,* par. 39-40.

public contracts (and does not protect workers employed in private contracts), are not allowed, since they cannot be justified by reasons of public interest.

The *Rüffert* judgment has had a considerable impact on the German legal framework on public procurement, competence of the *Länder*. Adjustments to the EU law constraints have occurred in various *Länder*, which have fixed by law the minimum remuneration to be respected by companies performing public contracts[574]. Such reforms have been adopted before 2015, year in which the German government has approved the federal law on minimum wage.

The Court of Justice has ruled on the compatibility with EU law of the new legal framework, adopted in reaction to *Rüffert,* in *Bundesdruckerei*, of 18 September 2014, and *Regiopost,* of 17 November 2015. Let us see, in the next section, the evolution of the CJEU case law and the peculiar aspects of the latest judgments.

3.1 Bunderdruckerei Judgment: the non-exportability of the labour clause.

The *Bunderdruckerei* judgment concerned a tender relating to the digitalisation of documents of the city of Dortmund, which was imposing to the contracting company (and subcontractors) the application of the hourly minimum wage provided for by the law on public procurement of the Land of North Rhine-Westphalia. Given that, the performance of such contract does not entail the posting of workers to Germany, the Court has excluded the application of Directive 96/71 and it has ruled on the grounds of Article 56 TFEU. Indeed, the Directive provided for the general possibility to impose special conditions for the execution of the public contract, justified by "social considerations", "provided that these are compatible with Community law". As a consequence, the Court has analysed (again) the legitimacy of labour clauses on the grounds of the consolidated regulatory principles of the internal market.

The Court has recognised that the objective of the protection of workers may justify a "supplementary" burden on the winning bidder. It has clarified also that the rationale of such a constraint lies in the necessity to avoid social dumping and "the penalisation of competing undertakings which grant a reasonable wage to their employees"[575]. Nevertheless, the application of the labour clause to workers that perform a public contract in the territory of a country different from that of the public authority has not passed the proportionality test, as it would have entailed the application of remuneration levels not reflecting the cost of living of the State where the activity was effectively performed. In this case, the Court has ruled that the possibility for the contracting company to take advantage from the different remuneration levels of other Member States prevails over the necessity to combat social dumping, which is, in principle, recognized as a legitimate necessity by the same Court.

It follows from the *Bunderdruckerei* judgment that labour clauses are not "exportable", that is they cannot find application outside the territory of the contracting authority's State. The social dumping (i.e. wage dumping) does not justify, per se, limits to the economic freedoms, thus justifying a legitimate competitive instrument in the context of the internal market. A Member State can legitimately combat social dumping by using labour clauses, only if social dumping is perpetrated on workers posted on its own territory. Only in this latest case, the economic burden

[574] For an assessment of the reforms that have followed the *Rüffert* judgment in German Lands see, Bücker et al., 2011.
[575] CJEU 18.9.2014, C-549/13, *Bundesbruckerei,* par. 31.

imposed on the contracting company is justified, because of the different cost of living that posted workers have to bear in the host Member State.

3.2 RegioPost: the legitimacy of the salary set by law.

The *Bunderdruckerei* ruling does not solve the question of the legitimacy of labour clauses in public procurement, if applied to workers posted in the contracting authority's State.

In this respect, the Court takes a position in the next judgment: *RegioPost*, where it expressly admits their legitimacy. Indeed, the obligation to comply with the minimum wage levels set by a law of the *Länder* of Rhineland-Palatinate, imposed only for workers employed in public contracts (and not also in the context of private contracts) is judged consistent with both Directive 96/71 and Directive 2004/14, as well as with the principles of Article 56 TFEU, apparently in contradiction with what stated in the *Rüffert* judgment[576].

However, the *RegioPost* judgment cannot be read as a simple revision of the "*Rüffert* doctrine", able to overcome any problem of compatibility of labour clauses with EU material law. Indeed, several profiles of uncertainty on the possible consequences of the ruling remain, as demonstrated by the extensive academic debate originated from this judgment[577].

In reading the *RegioPost* judgment, it is immediately evident that the Court constantly refers to the *Rüffert* judgment, which, obviously, it does not want to disprove. In order to reconcile the two cases, the Luxemburg Judges underline the differences of the norms under scrutiny. It is precisely the different type of labour clause addressed in *Rüffert*, compared to the one in *RegioPost*, that allows the Court to rule for the compatibility of the labour clause assessed in *RegioPost* with both Directive 96/71 and Article 56 TFEU.

Under the first profile, in the Court's legal reasoning enters also (as in *Bunderdruckerei* and differently from *Rüffert*) Article 26 of Directive 2004/14. The norm is recalled in order to confirm the legitimacy of "specific" provisions, which aim to protect workers employed in public contracts[578]. The argument that allows to reconcile this conclusion with the constraints imposed by Directive 96/71 is based upon the nature of the source of the labour clause: the Court recalls that the condition of the "general applicability" is provided for by Article 3.8 of Directive 96/71 with reference to collective agreements and not the law[579]. The Court concludes that this directive does not prevent a Member State from imposing employment standards not universally applicable (that is applicable only in public contracts), if established (as in the case at issue) by law. On the other hand, the Court argues, these standards can be qualified as "minimum rates of pay", under – the previous – Article 3.1 of Directive 96/71, given that other legal provisions (generally binding) that set lower standards do not exist in the *Länder* of Rhineland-Palatinate[580] (which is again different from the *Rüffert* case).

Also in order to rule for the legitimacy of the contested norm with Article 56 TFEU, the Court

---

[576] *RegioPost* is often understood as a *revirement* of *Rüffert* by, among others, Nielsen 2017 and Kaupa 2016.
[577] See the contributions in Sánchez-Graells 2018.
[578] *RegioPost*, par. 65.
[579] *RegioPost*, par. 63.
[580] *RegioPost*, par. 62.

highlights the different source of the labour clause in the case at stake, compared to *Rüffert.* Indeed, *Rüffert* concerned a collective agreement applicable only to the construction sector, not binding for the private sector, since it was not generally applicable. While, in the *Länder* of Rhineland-Palatinate law, the same minimum standard must be applied in any public contract, independently from the sector and in the absence of a legal minimum wage universally binding[581]. Therefore, the principle of proportionality is not violated, as this principle admits obstacles to the freedom to provide services, if justified by the necessity to protect "public interests".

3.3 The judicial principles on labour clauses.

Even under the approach adopted in *RegioPost*, the framework of the constraints imposed by the Court of Justice on the use of labour clauses remains uncertain, because of the lasting necessity (confirmed also in *RegioPost*) to frame the terms of the labour clauses consistently with the limits imposed by Directive 96/71 and the principle of proportionality that stems from Article 56 TFEU[582].

The only certainty is that EU law is not violated by a law that sets the minimum standards (especially on minimum wage) applicable to the workers employed in – any – public contract[583] (see *RegioPost*). Alongside, it is possible to impose, as public contract's performance condition, the application of collective agreements either universally binding or in line with Article 3.8, Directive 96/71 (that is collective agreements respected, in practice, by all companies of the sector concerned by the public contract) (see *Rüffert*). Nevertheless, such obligations cannot be imposed upon a company that executes the public contract in a country different from the contracting authority's country (see *Bunderdruckerei)*.

The fact that norms that protect only workers employed in public contracts are legitimate does not necessarily imply an analogous legitimacy of the obligation to comply with collective agreements not generally binding. Nor that an obligation to implement higher standards than those provided for by Article 3.1, Directive 96/71, is allowed.

Moreover, the relationship between standards provided for by collective agreements and – potential – standards set directly by law remains unclear. Indeed, the restrictive interpretation of the proportionality principle by the CJEU can lead to conclude that the imposition of standards of protection via labour clause is admissible only in the absence of lower standards generally applicable and set by law. This would imply that not only the wage standards established by collective agreements, but also standards set by law for public contracts, would not be admitted (as "disproportionate"), where a law on minimum wage applicable to all workers in the national territory exists (a law that has been approved in Germany after *Regiopost*, as mentioned above).

Last, labour clauses that impose the compliance with local standards, set by regional laws or – *a fortiori* – territorial collective agreements (i.e. collective agreements of a lower level than the industry level) are, most likely, prohibited under EU law, if lower national standards exist[584].

---

[581] *RegioPost*, pars. 74-75.
[582] Davies 2018.
[583] Pecinovsky 2016.
[584] Nielsen 2017, 208-209.

Surely, territorial agreements are not applicable if the national law implementing Directive 96/71 refers to collective agreements signed by the most representative trade unions[585], given that Article 3.8 specifies that these must be "applied throughout national territory".

4. The reforms approved in the aftermath of the Court of Justice case law.

As previously said, the case law of the CJEU assessed so far has concerned a normative framework of EU secondary law, which is now different, due to recent reforms. Therefore, we need to understand whether the amendments to both the public procurement (via Directive 2014/24 that has replaced Directive 2004/14) and the posting of workers (with Directive 2018/957 that has amended Directive 1996/71) legal frameworks have legitimized the use of labour clauses in the EU legal system, notwithstanding the limits imposed by the CJEU, or, at least, contributed to clarify the still uncertain profiles.

Article 70 of Directive 2014/24 confirms the previous Article 26 of Directive 2004/14 as regards the "special conditions" relating to the performance of public contracts, which may include "social considerations" and, most specifically – and meaningfully – "employment-related" considerations, which can be read as a recognition of the legitimacy of labour clauses aimed to guarantee the continuity of employment in public procurement (an issue which is out of the scope of this essay). However, the most innovative provision is to be found in Article 18 on "Principles of procurement". Paragraph 2 reads as follows: "Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex X".

Annex X only lists ILO core conventions; hence, it does not include Convention no. 94. The Directive clearly refuses to implement the provisions of the Labour Clauses Convention. However, such an exclusion may be seen as justified by the fact that only certain Member States have ratified Convention no. 94.

The reference to "collective agreements" made in Article 18 is not sufficient to undermine the relevance of Article 3.8 of Directive 96/71 and the conditions set therein. The fact that the norm shall be read consistently with the constraints imposed by Directive 96/71 is confirmed by Recital 98, which states that "requirements concerning the basic working conditions regulated in Directive 96/71/EC, such as minimum rates of pay, should remain at the level set by national legislation or by collective agreements applied in accordance with Union law in the context of that Directive"[586]. Therefore, if Directive 2014/24 seems to admit (and even subscribe) the application of labour clauses in public procurement, it also confirms that these have to be applied in compliance with Directive 96/71 as interpreted by the Court of Justice. Consequently, Article 18 does not constitute a legal basis strong enough to overcome the "*Rüffert* doctrine".

The amendment of Directive 96/71 could have constituted an occasion to clarify the issues not

[585] As for the Italian Law on posting (art. 2. D.lgs. 136/06).
[586] Barnard 2018.

solved by *RegioPost*, as regards the impact of the posting of workers legal framework on the regulation of public procurement. However, the European legislator has not taken this chance: in Directive 2018/957 no reference is made to public procurement, nor, in general, the criteria to select the collective agreements applicable to posted workers, listed at Article 3.8, have been modified[587]. The most noteworthy novelty is the amendment of Article 3.1, Directive 96/71, which has replaced the concept of "minimum rates of pay" with "remuneration". Furthermore, the same article specifies that "the concept of remuneration shall be determined by the national law and/or practice of the Member State to whose territory the worker is posted and means all the constituent elements of remuneration rendered mandatory by national law, regulation or administrative provision, or by collective agreements or arbitration awards which, in that Member State, have been declared universally applicable or otherwise apply in accordance with paragraph 8".

We can observe that the amendment Directive extends the Member States' discretionality in determining the remuneration to be applied to posted workers, which is not anymore limited to the basic elements of the salary. As a consequence, also in public procurement, it is possible to impose remuneration standards that go beyond the minimum rates of pay. Nonetheless, it is confirmed that such standards (any standard) must be set by law or by collective agreements binding for all companies of a given sector, according to the criteria established by Article 3.8.

At the same time, Directive 2018/957 transposes into law what had already been recognised by the Court of Justice in *Ammattilitto*[588] (published before the reform). Here, the Court includes in the notion of "minimum rates of pay" also a number of elements, which go beyond the minimum wage, but are provided for by the Finnish collective agreement for the construction sector. However, in that case, two elements have been decisive: that the collective agreement had been declared universally applicable and no lower standard was set by law. Therefore, also the new concept of "remuneration" adopted by Directive 2018/957 does not solve the controversial aspects described above, as far as concerns the application of collective agreements not universally binding and the problems stemming from the relationship between legal and contractual minimum standards.

Moreover, the principles that the Court of Justice derives from Article 56 TFEU, which are used to confirm the limits imposed by Directive 96/71, still persist.

5. ILO Convention no. 94: its genesis and a beneficial coexistence with the EU legal framework.

The Labour Clauses (Public Contracts) Convention, no. 94, was adopted in 1949, at a time when the most booming economies, such as UK and US, were experiencing substantial government expenditures. The Convention was drafted with the aim to remove labour costs from the competition between bidders[589] and ensure that workers engaged in the execution of public contracts enjoy the most advantageous working conditions adopted in the same area and in the same trade

[587] Giubboni, Orlandini 2018.
[588] CJEU 12.2.2015, C-396/13, *Ammattilitto.*
[589] Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), France.

or industry[590]. However, "this instrument did not meet with widespread enthusiasm" and only 60 ILO Member States ratified it[591]. Over the years, "the Fair Wages approach" that had inspired Convention no. 94 lost consensus, to the point that UK, which had ratified the ILO tool in 1950, denounced it in 1982[592].

Notwithstanding the meagre interest towards the Labour Clauses Convention, this agreement still binds a number of States, including 9 EU Member States, namely: Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Finland, France, Italy, Spain.

Convention no. 94 applies to contracts signed by, at least, a public authority (belonging to an ILO Member for which the Convention is in force), which spends public funds, and a private contractor, which employs workers. The sectors covered by the Convention are: construction, alteration, repair or demolition of public works; the manufacture, assembly, handling or shipment of materials, supplies or equipment; or the performance or supply of services (Article 1.1)[593].

Various matters regulated by the Convention do not raise issues of compatibility with EU law. First of all, EU Directives do not prevent Member States from including labour clauses in procurement procedures, to the contrary, Articles 18.2 and 70, of Directive 2014/24, do allow for employment considerations in public contracts, even though by using different wordings[594]. In particular, the labour clauses provided for by ILO Convention no. 94 relate to the third phase of the procurement process, that is the contract performance conditions. Indeed, under the ILO Convention, a labour clause is understood as a "binding requirement concerning the future work to be undertaken"[595], even though, in the context of a bidding process it must be "included in tender documents", as well[596]. This profile does not cause any conflict with the EU procurement directive, which also allows the insertion of such clauses at the latest stage of the bidding process. On the one hand, "[T]he Convention does not relate to some general eligibility criteria, or prequalification requirements, of individuals or enterprises bidding for public contracts, but requires *a labour clause to be expressly included in the actual contract* that is finally signed by the public authority and the selected contractor"[597]. In fact, under Convention no. 94, any public contract within the scope of Article 1 must contain labour clauses, "whether or not these contracts are assigned through a bidding process"[598]. On the other hand, the already mentioned Articles 18.2 and 70 of Directive 2014/24 expressly refer to the contract performance stage[599]. An aspect that

---

[590] Observation (CEACR) - adopted 2009, published 99th ILC session (2010), Bulgaria.
[591] Interestingly, the Records of Proceedings for the adoption of ILO Convention no. 94 reveal an honest interest in a highly protective Convention also from the Italian employers' member "in view of the interest of Italy in the conditions of work of Italian emigrants abroad".
[592] Bruun et al. 2010, 475.
[593] For an introduction to Convention no. 94 see, inter alia, Nielsen 1995.
[594] From a Committe Ès Observation, we can infer that the French government suggests that the very fact of including labour clauses in public contracts violates EU law. See, Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), France.
595 Observation (CEACR) - adopted 2011, published 101st ILC session (2012), France.
[596] Practical Guide on the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94), and the Labour Clauses (Public Contracts) Recommendation, 1949 (No. 84), published by the ILO in September 2008, 15.
[597] Direct Request (CEACR) - adopted 2011, published 101st ILC session (2012), Israel, italics added.
[598] Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), Burundi.
[599] Corvaglia interprets this norm more extensively and argues that "[G]rounded on recital 40, the provision of Article 18(2) extends its scope of application to the different stages of procurement process, extending from the award stage to the verification of abnormally low tenders or the performance of the contract by the winning supplier" (Corvaglia 2018, 182)

has been stressed by the European Commission as well, which has emphasized that "social considerations regarding labour conditions are generally more appropriate to be included in the contract performance clauses, thus showing consistence with the international source"[600].

Second, as regards the role of social partners, the Convention adopts a highly inclusive approach. For instance, it states that the "terms of the clauses to be included in contracts and any variation thereof shall be determined by the competent authority …. after consultation with the organizations of employers and workers concerned" (Article 2.3). Such a supportive attitude towards social partners is strongly consistent with the EU legal framework, since, even though any EU norm provides for a duty to consult national social partners to establish the terms of labour clauses, no provision obstructs such a practice either. To the contrary, Article 152 TFEU promotes the social partners' role.

Last, not even the provision of Article 1.3, which extends the scope of application of the Convention to subcontractors frustrates the application of the EU Directive, which similarly covers the subcontracting chain and points out that "[O]bservance of the obligations referred to in Article 18(2) by subcontractors is ensured through appropriate action by the competent national authorities acting within the scope of their responsibility and remit" (Article 71.1).

While these – and other – profiles do not give rise to possible conflicts with EU norms, but rather contribute to fulfil EU obligations, the provision of Article 2.1 may be read as an obstacle to a proper implementation of EU Directives.

6. The controversial international norm: an extensive protection for workers employed in public contracts.

What raises the most serious doubts over the compatibility of ILO obligations with EU provisions relates to the core content of ILO Convention no. 94, which is worded in Article 2.1, establishing that the labour conditions applied to the workers concerned cannot be "less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on: (a) by collective agreement or other recognised machinery of negotiation between organisations of employers and workers representative respectively of substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned; or (b) by arbitration award; or (c) by national laws or regulations".

The Committee has always been consistent in interpreting this norm in such a way to guarantee the most substantial and extensive protection to workers employed in public contracts.

The obligation to provide for wages and other labour conditions, which are "not less favourable than the highest minimum standards" has been interpreted rigorously by the Committee, as well as by the International Labour Conference in the 97th session (2008)[601]. Under this view, wages and other labour conditions cannot be less favourable than "the highest minimum standards

[600] European Commission 2010, Buying Social A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, 7.
[601] I.e. the General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84) represents a cornerstone for the interpretation of ILO Convention, no. 94. Indeed, it is recurrently mentioned by the CEACR. One for all, Direct Request (CEACR) - adopted 2011, published 101st ILC session (2012), Italy.

established locally by collective agreement, arbitration award or laws and regulations"[602]. Therefore, the private contractor should apply to the workers concerned "local standards higher than those of general application", where they exist[603], or, at least, the "most advantageous pay and working conditions", which are established in the district concerned, for work of the same character[604]. In other words, the "best local practice" is the right parameter to identify wages and working conditions to be applied, understood as "collectively agreed standards covering a substantial proportion of employers and workers, even though the specific collective agreement containing such standards may not be applicable to the workers in question"[605]. As a – predictable – consequence, a national provision that allows the company party to a public contract to conclude a company agreement "providing for less favourable working conditions than those fixed under collective agreements applicable to a substantial proportion of employers and workers in the sector of economic activity concerned" infringes upon Article 2.1, Convention no. 94[606].

The Convention lists three possible kinds of sources from which to derive the applicable working conditions in the context of a public contract: collective agreement, arbitral award, national laws or regulations. However, it has been repeatedly stressed that Article 2.1, on the one hand, does not establish a hierarchy of sources and, on the other, does not offer an option "to *select* among three different ways of regulating the working conditions", provided that the public authority has to choose the source that provides for the "working conditions which are at least as advantageous as the best conditions among those established locally", independently from whether these are established by collective agreements, arbitral awards or laws and regulations[607].

Indeed, in order to guarantee working conditions that are "not less favourable" than those established by collective agreements, arbitration awards or national legislation, "the automatic result would be to require *the best conditions out of these three possibilities* under Article 2(1)(a)–(c) of the Convention"[608].

In particular, as far as concerns the three options envisaged by Article 2.1, the Committee has had more than one occasion to underline that this norm does not refer exclusively to collective agreements universally applicable. In a dense Observation on France, where the French Government had supported that "the compliance with collective agreements that have not been extended cannot be imposed on all public contract holders and subcontractors", as it would be contrary to community law also in light of the interpretation given by the Court in the *Rüffert* judgment, the Committee keeps stressing that "Article 2(1)(a) of the Convention refers to all collective agreements concluded between employers' and workers' organizations representing a substantial proportion of employers and workers in the trade or industry concerned, *and not only collective agreements that have been extended*". This point is repeated in various occasions, but

[602] Direct Request (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), Aruba.
[603] Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), France.
[604] Observation (CEACR) - adopted 2009, published 99th ILC session (2010), Bulgaria.
[605] Direct Request (CEACR) - adopted 2011, published 101st ILC session (2012), Israel.
[606] Observation (CEACR) - adopted 2012, published 102nd ILC session (2013), Spain.
[607] Observation (CEACR) - adopted 2013, published 103rd ILC session (2014), Spain; Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), France; Direct Request (CEACR) - adopted 2006, published 96th ILC session (2007), Finland.
[608] Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), Philippines, italics added.

what removes any doubt in this respect is the argument, put forward by the Committee, that "the insertion of labour clauses in public contracts may have positive advantages, particularly where collective agreements are not generally binding"[609].

Consistently with the arguments reviewed so far, the inclusion of labour clauses is independent from the general application of labour legislation also to workers employed in public contracts. The fact that employers are subject to analogous obligations in light of the general application of national labour law, social legislation and/or collective agreements is not enough for complying with Convention no. 94. To the contrary, specific labour clauses must be inserted, since "[S]uch inclusion ensures the protection of workers in cases in which the legislation only establishes minimum conditions of work (e.g. minimum pay rates) which may be exceeded by general or sectoral collective agreements". The rationale behind such a provision stems from the evidence that labour law, regulations and collective agreements generally applicable normally establish minimum standards, which can be improved by imposing the applicability of other instruments (related to the sector and the district concerned) via labour clauses[610].

Even though, as seen above, the EU Directives on public procurement do not reject – in principle – the enforcement of – certain – employment standards through public procurement procedures, Article 2.1 of the Convention no, 94, as interpreted by the CEACR, clearly raises problems of compatibility with the "*Rüffert* rule".

Furthermore, the attempt of the Committee to draw a clear distinction between EU Member States that have ratified the Convention and those who have not, in order to suggest that the peculiar situation of EU Member States which are also bound by Convention no. 94 would exempt them from the *Rüffert* doctrine[611], does not correspond to the Court of Justice approach, as regards the relationship between ILO sources and EU law. The relevant EU provision, in this respect, is Article 351.2 TFEU, which requires EU Member States to eliminate the incompatibilities existing between EU Treaties and international agreements, signed by the States before their date of accession, by taking "all appropriate steps", with the implicit aim to ensure full enforcement of EU law.

The CJEU has had a number of chances to discuss the scope of application of Article 351 TFEU. With particular regard to ILO Conventions, it is surely noteworthy to refer to the *Levy* case[612], where a French norm implementing ILO Convention no. 89 (1948) on women's night work was questioned before the EU Court for being in violation of Article 5 of Directive 76/207/EEC on the abolition of provisions contrary to the principle of equal treatment.

---

[609] Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), France, italics added.

[610] Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), France; Observation (CEACR) - adopted 2007, published 97th ILC session (2008), Bulgaria; Observation (CEACR) - adopted 2009, published 99th ILC session (2010), Bulgaria; Observation (CEACR) - adopted 2007, published 97th ILC session (2008), The Netherlands; Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018), Djibouti; See also: ILC, 2008, General Survey concerning Labour Clauses in Public Contracts, paragraphs 40 ff.

[611] In order to support its point, the Committee can only rely on a weak argument: it recalls the European Parliament resolution of 25 October 2011 calling for "an explicit statement in the directives on public procurement that they do not prevent any country from complying with ILO Convention No. 94, and it called on the European Commission to encourage all European Union Member States to comply with the Convention" (Observation (CEACR) - adopted 2012, published 102nd ILC session (2013), Norway).

[612] ECJ 2.8.1993, C-158/91, *Levy* on the Judgment see, Seifert 2013.

First, the Court refers to the application of Article 351 TFEU. Second, it focuses on the specific case of treaties signed by EU Member States with non-member countries, before the date of accession, provided that under these circumstances "that application of the Treaty does not affect the commitment of the Member State concerned to respect the rights of non-member countries under an earlier agreement and to comply with its corresponding obligations"[613]. A reasoning hardly applicable to ILO Conventions, for their peculiar conception and structure, which does not envisage mutual obligations aimed at enforcing mutual rights, but it rather – attempts to – build an international space where the rights to be respected belong to individuals.

Eventually, the EU Judge does not enter into the merit of the binding force of the ILO Convention at issue, nor it evaluates whether the international tool provides or not for obligations that France has to comply with in order to respect the rights of non-member countries, since it argues that it is for the national court to determine when an earlier agreement imposes obligations on the Member State concerned "so as to be able to determine the extent to which they constitute an obstacle to the application of Article 5 of the directive"[614].

Partially different is the attitude of the Luxemburg Court in Commission v. Austria[615], as concerns its role in relation to the relevant ILO Convention. Here the CJEU does not restrain its analysis to the relationship between the national and the EU norms, but it goes as far as to address the international treaty itself. And, most interestingly, it does so in order to, first, establish whether Austria had violated the prohibition of discrimination between man and women at work, as provided for by Directive 76/207, and, second, prescribe how the country shall behave towards the international treaty. Indeed, in Commission v. Austria the Court overcomes the *Levy* jurisprudence and takes the chance to clarify how a Member State shall act with respect to ILO Conventions signed prior to the accession and – obviously –, also, with non-member countries.

The contested national provision was adopted in 2001 and, *inter alia*, prevented women from working in the underground mining industry, which "goes beyond what is necessary in order to ensure that women are protected within the meaning of Article 2(3) of Directive 76/207"[616]. However, the Austrian norm was enforcing ILO Convention No. 45, ratified by Austria in 1937.

The already mentioned Article 351 applies also in these circumstances. Therefore, being the obligations imposed by Convention no. 45 incompatible with EU law, the Austrian government has "to take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities"[617].

On the grounds of its case law[618], the CJEU points out that the appropriate steps include the denunciation of the conflicting ILO Convention. Subsequently, it refers to Article 7 of ILO Convention no. 45, which allows the member States to the Convention to denounce it every ten years from the date of its entry into force (similarly to Article 14 of Convention no. 94). Considering that it

---

[613] *Levy*, par. 12.

[614] *Levy*, par. 21.

[615] ECJ 1.2.2005, C-203/03, Commission v. Austria.

[616] Commission v. Austria, par. 49.

[617] Commission v. Austria, par. 60.

[618] ECJ 4.7.2000, C-62/98, Commission v. Portugal.

was only on September 1998 that the Commission's first letter on the subject was sent to the Austrian government, the Luxemburg Court concludes that Convention No 45 could only be denounced on 30 May 2007, at the earliest. Eventually, the Court dismisses the appeal with a clear statement: "by maintaining in force national provisions such as those contained in the regulation of 2001, the Republic of Austria has not failed to fulfil its obligations under Community law"[619].

Therefore, the Court has excluded the violation of Article 351 exclusively upon the argument that the terms to denounce the ILO Convention had not expired at the time, yet. In conclusion, the Commission v. Austria Judgment implicitly confirms that, in case of an incompatibility between the obligations stemming from an ILO Convention and those imposed by EU law, which cannot be overcome, the State is bound to denounce the ILO Convention, since the denunciation represents the "appropriate step" indicated by Article 351.2 Tfeu[620].

7. Conclusions.

In order to move to some concluding thoughts, let us summarize the main problematic profiles raised by the overlapping of EU and ILO norms. First and foremost, the most serious risk of conflict between the supranational sources derives from the obligation imposed by ILO Convention no. 94, on the States where it is in force, to ensure to the workers concerned the highest labour standards applied in the area where the contract is performed, even if such highest standards are established by a collective agreement not generally binding. While EU Directives (as interpreted by the CJEU) seem to preclude EU Member States from including in public contracts the obligation to comply with collective agreements not generally binding.

A second controversial aspect concerns the application of standards set by local instruments, which are more protective than those established at national level. While ILO Convention no. 94 requires the more favourable (to the workers) source to be applied, whether of national or district level, EU law seems to allow only the application of the national standard, where it exists.

The recent evolution of EU law, both from the Court of Justice and the legislator, demonstrates a progressive opening towards the inclusion of labour clauses in public procurement, less dystonic with Convention no. 94. The *Rüffert* doctrine has been specified in such a way to allow Member States to impose certain labour standards only in public contracts (and not towards all workers); which represents a notable evolution, especially as regards minimum wage. However, the uncertainties about the extent of the discretionality left to national legislators remain, with reference to both the applicable protections (if higher than the minimum standards applicable in the national territory for the all public contracts) and the sources that can be indicated by the labour clause (especially relevant as regards collective agreements not generally applicable).

Therefore, the risk that EU law may come into conflict with Convention no. 94 is not overcome. Such a scenario may lead to the denunciation of the latter on the grounds of Article 351.2 TFEU, from those Member States that have ratified it, both if they have joined the EU after the ratification and (even more) if the ratification has occurred when the State at issue was already a member of the Union. Even though this is possible only consistently with the provisions of the Convention, i.e. when the "denunciation window" opens, and, according to Article 14, a member State

[619] Commission v. Austria, par. 64.
[620] Koutrakos 2015.

to the Convention can denounce it "after the expiration of ten years from the date on which the Convention first comes into force" (Article 14.1), otherwise it "will be bound for another period of ten years and, thereafter, may denounce this Convention at the expiration of each period of ten years" (Article 14.2).

The academic literature has suggested that a conclusion as such shall be rejected, since the Court of Justice would rather be bound to interpret EU law consistently with Convention no. 94, in so far as it is a norm of international law[621]. This thesis should be supported by both Article 351.1 TFEU and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights, which excludes the possibility to interpret the Charter "as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognized …. by international law and by international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party". An interpretation as such of the relationship between EU law and ILO Conventions, as much as desirable, can hardly be confirmed by the CJEU case law. As regards Article 351 TFEU, it is enough to emphasize that the Court in Commission v. Austria has not adopted this approach. On the other hand, Article 53 of the Charter does not seem to be applicable to the case at stake, since not all EU Member States are members of ILO Convention 94, nor this Convention can be understood as customary international law, provided that it does not fall among the fundamental ILO Conventions, which are binding for all ILO members, independently from their ratification.

Obviously, the main way to prevent the risk of denunciation would be a reform of the secondary sources of EU law addressed by the case law of the Court of Justice discussed above. Indeed, it would be appropriate, first, to include, explicitly, in Directive 2014/24 the possibility for the States to impose as contract performance condition the fulfilment of collective agreements applicable in the place where the public contract is executed, according to national law or practice; second, to specify in Article 3.8 of Directive 96/71 that Member States can impose, within public contracts, the application of the same labour standards as those demanded to national companies awarding the contract.

The conflict between ILO Convention no. 94 and EU law can be overcome also by way of interpretation. Indeed, as mentioned above, if ILO Convention no. 94 cannot be considered a legally binding source in the EU legal system, this does not mean that it can be considered irrelevant, nor that the Court of Justice can ignore its provisions once it is called upon to evaluate its compatibility with the internal market norms on public procurement. Even though ILO Conventions are not binding, they still constitute an interpretation tool for the Court of Justice, already applied several times in its case law[622].

Where the conflict between EU law and ILO sources can be overcome by way of interpretation, it should be avoided by the Luxemburg Court. In this respect, the reference to "all appropriate steps to eliminate the incompatibilities", included in Article 351.2, certainly encompasses also an interpretation of EU law obligations as coherent as possible with the obligations stemming from international conventions (interpretation that the Court of Justice should endorse).

In other words, the denunciation of a Convention should represent the *extrema ratio* for the

---

621 Bruun et al. 2010.

622 *Inter alias*, ECJ 18.12.2007, C-341/05, *Laval*, par. 90; ECJ 20.01.2009, C-350/06, *Gerhard Schultz-Hoff*, par. 38; 22.11.2011, C-214/10, *KHS AG*, par. 41.

States, which should occur only when the conflict with EU law is irremediable by way of interpretation. From this perspective, we can observe the difference between the norms of antidiscrimination law (as in Commission v. Austria) and those concerning public procurement. Differently from the first ones, the norms on public procurement are extremely ambiguous as regards the content of labour clauses, by allowing (or rather imposing) them, without clarifying how they should be applied not to violate the internal market principles. As already said, the Court of Justice itself has considerably modified its approach after the *Rüffert* judgment, even without explicitly disproving it. The legal framework and the principles on public procurement is, indeed, evolving and it cannot be said to be consolidated.

Therefore, in this context, there are margins for the Court of Justice to interpret the current legal framework so as to avoid any conflict with Convention no. 94. An interpretation as such (even if not imposed by international sources), would be coherent with the use of ILO Conventions as external parameter of interpretation of EU law, already made by the Court of Justice in its case law.

The necessity to strengthen the coherence between EU and International obligations, in order to allow the States to enact policies of protection of social instances, encourages us to reflect on the possibility to interpret the EU Directive on Public Procurement and the Posting of Workers Directive in such a way to allow the most virtuous Member States to fulfil their international commitments and guarantee a substantial protection of workers employed in public contracts, albeit within the boundaries of the EU legal framework.

Such kind of interpretation is possible by overcoming a "formalistic" understanding of Article 3.8 of Directive 96/71 and by promoting the rationale of the norm, which aims to avoid disparities in treatment between national and foreign companies, in relation to the applicable collective agreements. This rationale is, indeed, respected both when the law sets the labour conditions to be applied to workers posted in the context of a public contract (as the Court rules in *RegioPost*), and when it is the collective agreement to provide for such standards, irrespectively of its scope of effectiveness. For the same reason, nothing stands in the way of admitting the possibility to impose higher standards than the minimum conditions established at national level. This interpretation of Article 3.8 of Directive 96/71 would surely be more syntonic with Articles 18.2 and 70 of Directive 2014/24, which have a limited relevance if understood exclusively as aimed to impose the standards generally applicable to the whole national territory (either by law or collective agreement) [623].

However, even by interpreting Directive 96/71 as above, the problem of justifying the obligation to apply certain collective agreements in public procurement procedures, under Article 56 TFEU, remains. The principle of proportionality would anyway admit only the application of minimum protection standards, not to add burdens to the winning companies. However, in this respect, over the years the Court has applied the proportionality test with wide margins of discretionality. As in *Sähköalojen ammattiliitto*, where it has interpreted the proportionality principle less rigidly compared to *Laval*. Hence, it is also possible to justify a different application of the same principle, compared to the *Rüffert* judgment. It would be enough to recognise that the outcome of the proportionality test is not necessarily the same if the main contractor – which makes use of the

623 Davies 2018.

worker – is a private company or a public authority, which can pursue social aims, that cannot be imposed upon the private contractors. This is, once again, syntonic with the evolution of the relevant legislation. In *Regiopost*, the Court of Justice has already adopted a similar approach, by referring to Article 16, Directive 2004/18, which justified the imposition of "special conditions" with a social character in the performance of public contracts. Beyond any doubt, Directive 2014/24 has emphasised the relevance of social aims for public procurement; which (under an evolutionary perspective) can justify a different understanding of the principle of proportionality, and, therefore, allow for different and more incisive limits to the exercise of economic freedoms (compared to those imposed in the context of private contracts), in order to protect workers.

Nor Article 56 TFEU constitutes an insuperable obstacle to overcome the cautious attitude of the *Regiopost* judgment, as regards the possibility to impose to the winning companies also obligations not provided for by law or by generally applicable sources.

References.

Barnard C. (2018). *Fair's Fair: Public Procurement, Posting and Pay*. In: Sánchez-Graells A. (ed.), *Smart Public Procurement and Labour Standards. Pushing the discussion after Regiopost*. Oxford and Portland-Oregon: Hart Publishing, 203 ff.

Bruun N., Jacobs A., Schmidt M. (2010). ILO Convention No. 94 in the aftermath of the Rüffert case. *Transfer,* 16(4): 482 ff.

Bücker A., Hauer M., Walter T. (2011). *Workers rights and economic freedoms: symphony or cacophony? A critical analysis from a German perspective*. In: Bücker A., Warneck W. (eds.), *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after* Viking, Laval *and* Rüffert. Baden Baden: Nomos.

Corvaglia M. A. (2017). *Public Procurement and Labour Rights. Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation.* Oxford and Portland: Hart Publishing.

Davis A. C. (2018). *Government as a Socially Responsible Market Actor After Regiopost*. In: Sánchez-Graells A. (ed.), *Smart Public Procurement and Labour Standards. Pushing the discussion after Regiopost*. Oxford and Portland-Oregon: Hart Publishing, 185 ff.

Giubboni S., Orlandini G. (2018). Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi. *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 160(4): 923 ff.

Kaupa C. (2016). Public Procurement, Social Policy and Minimum Wage Regulation for Posted Workers: Towards a Moe Balanced Socio-Economic Integration Process?. *European Papers*, 1(1): 135 ff.

Koutrakos P. (2015). *EU International Relations Law.* London: Bloomsbury Publishing PLC.

Nielsen H. K. (2017). Labour Clauses in Public Contracts: ILO Convention No. 94 in the European Union after RegioPost. *Public Procurement Law Review*, 5: 201-236.

Orlandini G. (2013). *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro.* Milano: FrancoAngeli.

Pecinovsky P. (2016). Evolutions in the Social Case Law of the Court of Justice. The Follow-Up Cases of the Laval Quartet: ESA and RegioPost. *European Labour Law Journal*, 7(2): 307 ff.

Sánchez-Graells A. (ed.), (2018). *Smart Public Procurement and Labour Standards. Pushing the discussion after Regiopost*. Oxford and Portland-Oregon: Hart Publishing.

Seifert A. (2013). The Still Complex Relationship between the ILO and the EU: The Example of Anti-Discrimination Law. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1: 39 ff.

Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*

Stefano Giubboni

1. *Necessitas … habet legem*. 229
2. Diritto emergenziale e T.U. sulla sicurezza sul lavoro. 230
3. Il "riparo sicuro" dell'art. 2087 c.c. 234
4. L'infortunio da Covid-19 tra lex specialis e Testo Unico. 236

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 417/2020

1. Necessitas … habet legem.

Di fronte al susseguirsi convulso e ansiogeno delle misure emergenziali assunte dal Governo per contrastare la diffusione della pandemia da Covid-19, sono risuonati – non soltanto nelle critiche dell'opposizione – echi di dibattiti non nuovi, che hanno segnato i passaggi più drammatici della storia europea del Novecento[624]. Sono riecheggiate le parole fulminanti di Walter Benjamin sullo "stato d'eccezione come paradigma di governo"[625], capace – come ha scritto Agamben – di dislocare e ottundere il canone democratico in una prassi di "legislazione governamentale"[626] retta "da una generalizzazione senza precedenti del paradigma della sicurezza come tecnica normale di governo"[627].

Eppure, il giuslavorista che osservi con il necessario distacco la progressione – senza dubbio impressionante – di misure di precauzione e di regole di sicurezza emanate in varia guisa e con diversa fonte di legittimazione sulla base della dichiarazione dello stato di emergenza[628], non può non rintracciarvi il fondamento saldo e affidante dei principi che sorreggono classicamente l'intero impianto del diritto della salute e della sicurezza sul lavoro[629]. Ove rischiarata dalla luce di quei principi, l'intera vicenda emergenziale sa ritrovare una sicura coerenza sistematica e ordinamentale, senza smarrire il suo fondamento costituzionale, che ne risulta anzi rinsaldato.

Onde non vale ciò che è proprio dello stato di emergenza o di eccezione, e che viene tralaticiamente espresso con l'antico brocardo *necessitas legem non habet*[630]. Non conosciamo, infatti, alcuno "stato kenomatico, un vuoto di diritto"[631], una sospensione della legalità in stato di necessità; assistiamo, tutt'al contrario, ad una riaffermazione dei valori costituzionali, ad un ripristino

---

[624] V. ad es. C. GALLI, *Epidemia tra norma ed eccezione*, disponibile nel sito dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, all'indirizzo https://www.iisf.it/index.php/attivita/pubblicazioni-e-archivi/diario-della-crisi/carlo-galli-epidemia-tra-norma-ed-eccezione.html?tmpl=component&print=1 (29 aprile 2020).

[625] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 17. Il riferimento è a W. BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia* (1942), in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi con un saggio di F. Desideri, Torino, 2014, qui 79.

[626] Ivi, 28.

[627] Ivi, 24.

[628] Lo stato di emergenza nazionale è stato dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, visto il d.lgs. 2.1.2020, n. 1, ed in particolare gli artt. 7, co. 1, lett. c), e 24, co. 1 (cfr. D. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid-19 e disciplina ordinaria*, in *Dir. e giust*., 20 aprile 2020). Un elenco (aggiornato alla data in cui si scrive, ma destinato a rapido invecchiamento) si trova in G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-413/2020, e in P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto nel d.l. n. 19/20*, in *Dir. sic. lav*., 1/2020, 117 e ss. Le fonti sono assai varie e ramificate, di arduo coordinamento: dai decreti con forza di legge, che intendono costituire la base di autorizzazione generale dell'intero processo di normazione emergenziale, ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.), ai provvedimenti e alle ordinanze delle diverse autorità competenti (Ministero della Salute e autorità sanitarie, Dipartimento della Protezione civile, Regioni e Comuni, ecc.), sino ai protocolli e agli accordi collettivi di cui si dirà meglio *infra*, al § 2.

[629] Ove si voglia ormai attribuire a tale vasto e complesso ordinamento sezionale, che qui si intende comprensivo tanto della disciplina prevenzionistica quanto di quella previdenziale per gli infortuni e le malattie professionali, dignità di sottosistema dotato di uno spiccato grado di autonomia, anche scientifica, per le interconnessioni sistematiche tra ambiti disciplinari diversi, giuridici e non. È questa la prospettiva che ispira dalla nascita *Olympus*, l'Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro, diretto da Paolo Pascucci presso l'Università di Urbino "Carlo Bo", di cui è emanazione la rivista *Diritto della sicurezza sul lavoro*. Si veda più di recente – in tale ordine di idee – P. PASCUCCI (*et al*.), *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Il Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008 dopo il* Jobs Act, Fano, 2017.

[630] A. AGAMBEN, *op. cit*., 34.

[631] Ivi, 15.

della gerarchia che la Costituzione ha qui sicuramente voluto tra i diritti in potenziale conflitto[632], con la priorità assicurata alla salute e alla sicurezza delle persone (artt. 32 e 41, co. 2, Cost.), prima di tutto di quelle che lavorano (artt. 35 e 38 Cost.).

In quel che segue sostanzieremo questo argomento, valutando le principali implicazioni delle misure emergenziali assunte per il contrasto della pandemia da Covid-19 alla luce degli ordinari principi in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, tanto sul versante propriamente prevenzionistico (alla stregua del D.Lgs. n. 81/2008 e, soprattutto, dell'art. 2087 c.c.), quanto su quello previdenziale e *lato sensu* riparatorio.

2. Diritto emergenziale e T.U. sulla sicurezza sul lavoro.

Non è questa la sede per un'analisi puntuale dei contenuti delle misure precauzionali e delle regole prevenzionali introdotte per il contrasto della diffusione del contagio pandemico, a tutela della salute pubblica in generale, e a protezione di quanti operano negli ambienti di lavoro in particolare. Basti al riguardo osservare come un aggiornato compendio delle disposizioni generali minime a tutela della salute nei luoghi di lavoro si trovi – allo stato – nel "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali", del 24 aprile 2020. Detto Protocollo, che figura come allegato al D.P.C.M. assunto il 26 aprile[633], integra il precedente documento condiviso allo stesso fine da Governo e parti sociali il 14 marzo 2020, esso stesso sottoscritto su invito del Presidente del Consiglio e dei Ministri competenti in attuazione della misura già contenuta nel D.P.C.M. dell'11 marzo 2020.

Lo stretto rapporto con la fonte pubblicistica, a cui accede, attribuisce al Protocollo (ovviamente, già a quello del 14 marzo 2020) non soltanto quella estensione generale che scaturisce (indirettamente) dal rinvio in funzione integrativa del precetto di legge[634], ma – più ancora – efficacia "*lato sensu* normativa"[635]. Non si può pertanto dubitare che le previsioni contenute nel Protocollo – ad integrazione di precetti che rinvengono fonte diretta nei decreti legge e nella normazione secondaria nel frattempo stratificatisi[636] – condividano con questi ultimi la medesima natura di misure di tutela riconducibili alla nozione generale offerta dall'art. 15 del D.Lgs. n. 81/2008[637].

---

[632] Cfr. R. RIVERSO, *Salute, lavoro e coronavirus, nella ricorrenza del 1° maggio*, in *Questione giustizia* dell'1.5.2020, anche per una critica al relativismo intriso di *Realpolitik* di Corte costituzionale 9.5.2013, n. 85.

[633] Si tratta segnatamente dell'allegato 6 al D.P.C.M., contenente "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale", e pubblicato in *G.U*. n. 108 del 27.4.2020. L'art. 10 del decreto precisa che le disposizioni ivi contenute si applicano dalla data del 4 maggio 2020 in sostituzione di quelle di cui al D.P.C.M. del 10 aprile e sono efficaci – salve talune eccezioni – sino al 17.5.2020.

[634] Cfr. per tutti F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. 1. Il diritto sindacale*, Torino, 2018 (ottava ed.), 242. Ma v. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2014 (ed. aggiornata da L. Bellardi, P. Curzio e V. Leccese), spec. 161.

[635] P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., 123.

[636] Di "continuo succedersi ad affastellarsi di atti normativi finalizzati a far fronte ad un'emergenza sempre più devastante e difficile da gestire" parla P. PASCUCCI, *op. ult. cit*., 118, riferendosi in particolare al D.P.C.M. 22 marzo 2020 (cui ora si sostituisce quello, già richiamato alla nota 10, del 26 aprile) e al D.L. n. 19/2020.

[637] Su cui v. per tutti C. TIMELLINI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d.lgs. 81/2008 e il d.lgs. 106/2009*, Torino, 2009, 55 e ss.

Né è in fin dei conti rilevante, al riguardo, la distinzione – che pure è a rigore possibile fare in relazione alla natura specifica delle "direttive" tipizzate[638] – tra misure a carattere più propriamente precauzionale, ovvero rispondenti ad uno schema riconducibile a quel principio di precauzione da tempo acquisito nel sistema per il tramite dell'ordinamento euro-unitario[639], e vere e proprie regole di prevenzione, quali, ad esempio, quelle relative all'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale (DPI)[640]. E ciò perché il T.U. del 2008 assume trasversalmente anche le prime al proprio interno, a ben vedere nella stessa previsione generale di cui all'art. 15[641].

Questa osservazione deve guidare l'interprete anche nella soluzione della questione, da subito dibattuta tra i primi commentatori delle misure emergenziali[642], se detta disciplina imponga o meno al datore di lavoro – "ovviamente in contesti diversi da quelli 'sanitari'"[643], per i quali ciò è incontroverso[644] – un obbligo di aggiornamento del documento unico di valutazione dei rischi (DVR), di cui all'art. 28, D.Lgs. n. 81/2008[645]. L'opinione che lo esclude fa essenzialmente leva sulla natura generica del rischio biologico derivante dal Covid-19[646], reputando che dal sistema del T.U. emerga come soltanto per i rischi specifici – che sono cioè "connessi al *contesto strutturale, strumentale, procedurale e di regole* che il datore di lavoro ha concepito e messo in atto per il

---

638 Cfr. L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Riv. sic. lav.*, n. 2/2019, 122 e ss., spec. 129-130 (anche in nota). Ma la distinzione è evocata nello stesso testo del Protocollo, laddove si precisa che esso "contiene misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria".

639 V. solo la comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, COM(2000) 1 final, del 2.2.2000, spec. 10, ove se ne delinea il campo applicativo in termini assai ampi. Per il retroterra teorico del principio di precauzione è d'obbligo il rinvio al classico di U. BECK, *La società del rischio. Verso la seconda modernità*, trad. it., Roma, 2000, spec. 255 e ss.

640 Art. 18, co. 1, lett. d), D.Lgs. n. 81/2008. Sono tali, nel nostro caso, tipicamente, le mascherine e in genere i dispositivi indicati al punto 6 del Protocollo (quali guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, ecc.), i quali si rendono necessari – ovvero obbligatori – tutte le volte in cui "il lavoro imponga di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro e non siano possibili altre soluzioni organizzative". Per una recentissima conferma v. Trib. Firenze, sez. lav., decreto 1 aprile 2020, e Trib. Bologna, sez. lav., decreto 14 aprile 2020, con i quali viene ordinato alle convenute, note piattaforme della *food delivery*, di munire i propri *riders* di tali dispositivi di protezione individuale (mascherina protettiva, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti a base alcolica per la pulizia dello zaino, in quantità adeguata e sufficiente allo svolgimento dell'attività lavorativa), facendo applicazione della normativa anti-Covid per il tramite dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, nel testo in vigore all'esito della novellazione *ex* L. n. 128/2019.

641 Cfr. P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 2/2020; M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, di prossima uscita in *Riv. it. dir. lav.*, spec. alle note 8, 10 e 11, ove si richiamano, tra le altre, Cass. pen n. 27186/2019 e Cass. sez. un. n. 38343/2014. Ma, in senso (tendenzialmente) contrario, v. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., 132 e ss.

642 E oggetto, a livello locale, anche di diverse prese di posizione da parte delle pubbliche autorità interessate (si confrontino, ad es., le opposte valutazioni cui pervengono, da una parte, la Regione Veneto nelle "indicazioni operative" diramate il 26 marzo 2020 e, dall'altra, la Giunta regionale dell'Emilia-Romagna nelle ordinanze n. 44 e n. 47 emanate dal suo Presidente, rispettivamente il 20 e il 23 marzo 2020). Anche in una comunicazione del 13.3.2020 del Direttore dell'INL, avente ad oggetto "Adempimenti datoriali - valutazione rischio emergenza coronavirus", si propende, peraltro senza particolare approfondimento argomentativo, per la tesi negativa.

643 P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., 128.

644 Per questi, intesi in senso ampio e ovviamente comprensivo dei laboratori dove viene analizzato e trattato il virus, infatti, non si dubita che si sia in presenza di un rischio specifico, con tutte le conseguenze del caso. Né si può dubitare per quei casi nei quali l'obbligo è esplicitato dalle parti firmatarie dei protocolli di settore, come avviene per i trasporti (v. G. NATULLO, *Covid-19*, cit., 4).

645 E, di riflesso, se del caso, dello stesso modello organizzativo, come previsto dall'art. 30, D.Lgs. n. 81/2008 (ai fini di cui al D.Lgs. n. 231/2001).

646 Così, del resto, lo qualifica espressamente – appunto come "un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione" – lo stesso Protocollo condiviso da Governo e parti sociali.

perseguimento delle proprie finalità produttive"[647] – sussista un siffatto obbligo, ai sensi in particolare dell'art. 28 *juncto* art. 29, co. 3[648].

Secondo tale tesi, infatti, le misure emergenziali – e in prevalenza precauzionali – a tutela della salute pubblica, anche quando riguardino la sicurezza dei lavoratori, "*si affiancano provvisoriamente* – per la durata della fase di emergenza – a quelle ordinarie, conservando la propria distinta natura e funzione. *La valutazione di quel rischio è operata a monte dalla pubblica autorità*, ai cui comandi il datore di lavoro deve adeguarsi adattando a tal fine la propria organizzazione alle *misure di prevenzione dettate dalla stessa pubblica autorità*" [649]. Onde una tale riorganizzazione non sarebbe altro che "un adeguamento alle direttive pubbliche", senza costituire, come tale, "un vero e proprio aggiornamento della valutazione dei rischi *ex* art. 29 del d.lgs. n. 81/2008, con la conseguenza che l'eventuale inosservanza delle direttive pubbliche rileva non già ai sensi dell'art. 55 dello stesso decreto, bensì in relazione alle speciali sanzioni pubblicistiche sancite dalla pubblica autorità"[650].

Senonché, per quanto già accennato, ci appare più convincente l'opposta tesi[651], ancorata com'è a quella medesima valutazione sistematica e integrata, tra dispositivi emergenziali e disciplina a vocazione generale e tendenzialmente onnicomprensiva e inclusiva del T.U., alla quale si è *in apicibus* metodologicamente aderito[652]. L'intero apparato di misure – precauzionali e protettive – introdotto da detta disciplina, e che il Protocollo tra Governo e parti sociali demanda alla responsabilità attuativa delle imprese in ragione dello specifico contesto aziendale[653], si inserisce infatti armoniosamente nel T.U., in virtù dell'apertura sistemica che questo connota, integrandone i precetti anche laddove (art. 29, co. 3) esso impone obblighi di adeguamento e aggiornamento di quell'atto fondamentale, in quanto fondante l'intero processo di tutela della sicurezza sul lavoro[654], che è per l'appunto il DVR[655].

---

[647] Così ancora P. PASCUCCI, *op. ult. cit*., 129 (corsivi nell'originale), e già ID., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Dir. sic. lav*., n. 2/2019, 98 e ss. In senso conforme – con argomenti sostanzialmente sovrapponibili – L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori*, cit., 123 e ss.; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir. sic. lav*., n. 1/2020, 136 e ss.

[648] Ma viene richiamata, a conforto, anche la specifica disciplina relativa alla esposizione agli agenti biologici, di cui al Titolo X del T.U.

[649] Ancora P. PASCUCCI, *op. ult. cit*., 130 (corsivi sempre nell'originale).

[650] *Ibid*.

[651] Sostenuta, tra gli altri, da R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, e-book, Milano, 2020, 10 e ss.; G. NATULLO, *Covid-19*, cit., 8 e ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute*, cit., par. 1; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati i dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in *Giustizia civile.com*, del 18 marzo 2020; G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica dal covid-19*, e S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, entrambi in *Giustizia insieme* del 22 aprile 2020.

[652] *Supra*, § 1.

[653] Donde, a cascata, gli ormai numerosi protocolli settoriali, come quelli di sanità e trasporti, in *parte qua* pure allegati al D.P.C.M. 26 aprile 2020, e quelli sottoscritti a livello aziendale, elaborati con il medesimo metodo concertativo e affidati all'amministrazione congiunta degli appositi comitati a composizione paritetica previsti dal Protocollo "generale".

[654] Cfr. per tutti L. GALANTINO, *Il Testo Unico novellato in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro: note introduttive*, in EAD. (a cura di), *Il Testo Unico*, cit., 1, spec. 14 e ss.; M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Torino, 2017, 41 e ss.

[655] E, per i rischi interferenziali, nascenti cioè dalla interferenza tra le attività dell'appaltante e dell'appaltatore, il DUVRI (art. 26 T.U.): cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute*, cit., 154 e ss.

Appaiono del resto cogenti – in tale direzione interpretativa – molteplici dati normativi, anche strettamente testuali. L'art. 2, alla lett. q), nel dettare la definizione normativa della "valutazione dei rischi", la riferisce globalmente a *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione produttiva. L'art. 15, co. 1, lett. a), esige – parimenti – la valutazione di *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori e l'art. 17 ribadisce il principio. L'art. 28 – *sedes materiae* – è ancor più esplicito: la valutazione del rischio, anche nella sistemazione dei luoghi di lavoro (come, si può aggiungere, nelle opzioni organizzative), deve riguardare *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza de lavoratori, inclusi quelli da stress-lavoro correlato[656]. La medesima disposizione, al secondo comma, lett. a), precisa ulteriormente che il DVR deve contenere "una relazione sulla valutazione di *tutti* i rischi per la sicurezza e la salute *durante* l'attività lavorativa". Onde – come è stato efficacemente osservato – è la valutazione eminentemente temporale e circostanziale, più che quella causale-spaziale sulla quale si appunta la distinzione tra rischi endogeni ed esogeni fatta valere dall'altra tesi, a rilevare a tal fine: "qualunque rischio che afferisca all'attività lavorativa, nel senso che derivi direttamente da essa o sia comunque connesso al tempo e al modo in cui l'attività viene espletata, deve essere valutato dal datore di lavoro. Ogni rischio che, in altre parole, trovi la propria 'occasione' di manifestarsi nell'organizzazione del lavoro"[657].

Del resto, anche chi propende per l'altra tesi, opportunamente rileva come "sarebbe più corretto fondare questa distinzione non tanto sull'origine interna o esterna all'azienda del fattore di rischio, quanto piuttosto sul fatto che l'attività lavorativa, intesa sia come condizioni di lavoro che come mero contesto ambientale in cui viene a svolgersi la prestazione, comporti un innalzamento del livello di esposizione al rischio rispetto a quello socialmente accettato nella comunità cui appartiene il lavoratore"[658]. Ma se è così, considerato che la prima misura precauzionale – e di prevenzione – stabilita dalle fonti emergenziali, e ribadita nel Protocollo condiviso da Governo e parti sociali, è quella rappresentata dall'opzione per il lavoro da remoto in modalità "agile"[659], è

---

[656] V. in particolare il primo comma della disposizione. E si noti, *per incidens*, che stessa "paura del contagio" – specie per i soggetti più "fragili" ed esposti alle conseguenze potenzialmente più gravi della eventuale malattia, secondo quanto prevede lo stesso Protocollo per farli destinatari di una speciale misura di cautela affidata all'attenzione del medico competente – diventa, a ben vedere, nel contesto pandemico, fattore di stress-lavoro correlato meritevole di valutazione. Per spunti utili a inquadrare in generale tale problematica sia consentito il rinvio a S. GIUBBONI, *Salute mentale del lavoratore e tutela previdenziale delle malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2010, I, 611 e ss.

[657] G. DE FALCO, *La normativa*, cit., 5-6, che poco sopra – altrettanto perspicuamente – rileva come l'art. 15, lett. b), nel definire la nozione di "prevenzione", prefiguri "una sorta di permeabilità tra organizzazione lavorativa e ambiente in senso ampio", poggiando su di un concetto di "salute 'circolar È, alla cui stregua garantire al cittadino lavoratore il pieno rispetto del diritto alla salute, *ex* art. 32 Cost.", e visualizzando "un rapporto bidirezionale tra i 'rischi interni' e quelli 'esterni' all'ambiente di lavoro". Avremo modo di osservare (*infra*, al § 4) come tali coordinate definitorie e normative trovino pieno riscontro in quelle che fissano, in senso altrettanto ampio e inclusivo, l'ambito operazionale della tutela previdenziale della "malattia-infortunio" da Covid-19.

[658] L.M. PELUSI, *Tutela della salute*, cit., 126.

[659] Le varie disposizioni emergenziali – i diversi D.P.C.M. succedutisi, a partire da quello del 23 febbraio 2020 (art. 3), attuativo del D.L. n. 6/2020; il D.L. n. 18/2020 "Cura Italia", ora convertito nella L. n. 27 (all'art. 39 e all'art. 87); e naturalmente il Protocollo condiviso da Governo e parti sociali, già in premessa – fanno riferimento al "lavoro agile" *ex* L. n. 81/2017, ancorché in termini che accentuano – oggettivamente – la difficoltà di tenerlo distinto dal telelavoro, visto che, fondamentalmente, si prevede che la prestazione debba essere resa da remoto, in modo fisso, dal domicilio del lavoratore: un tratto, quest'ultimo, sul quale, anche ai fini della individuazione della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza dei prestatori, la dottrina aveva appuntato l'attenzione per richiedere, semmai, l'applicazione delle più stringenti previsioni sul telelavoro; cfr. R. PESSI, R. FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 227 e ss., nonché la circolare INAIL n. 48/2017 (in specie relativamente all'art. 22 della già citata L. n. 81/2017). Il problema non può essere

giocoforza concludere che lo stesso svolgimento della prestazione lavorativa in azienda costituisce fattore tipico di aggravamento del rischio "socialmente accettato" nella comunità di riferimento. In altri termini – come si dirà anche più avanti –, è il fatto stesso di dover continuare a prestare l'attività lavorativa in ambito aziendale, nella impraticabilità della modalità agile da remoto, a costituire di per sé "fattore di accrescimento del rischio sanitario"[660], non fosse altro per l'aumento delle occasioni di contagio *in loco* e *in itinere*.

Peraltro, la dialettica di opinioni sulla necessità di adeguare il DVR non va, a ben vedere, eccessivamente enfatizzata. Anche chi in principio esclude, allo stato, un obbligo di aggiornamento in senso proprio del DVR, ammette, infatti, che ove, come appare ormai probabile, la situazione di forzata "convivenza" con il rischio di contagio da Covid-19 dovesse protrarsi a lungo nel tempo, ben oltre l'attuale fase emergenziale, obbligando (almeno sino a quando non disporremo di un vaccino efficace) ad una gestione precauzionale per così dire "a regime" (per quanto a intensità "attenuata" o "allentata"), sarebbe inevitabile una corrispondente riconsiderazione delle misure richieste anche ai sensi degli artt. 28 e 29 del D.Lgs. n. 81/2008[661].

3. Il "riparo sicuro" dell'art. 2087 c.c.

Ma, più al fondo, è la corretta considerazione della norma elastica di "chiusura del sistema"[662] – l'art. 2087 c.c., autentica valvola di controllo automatico delle interconnessioni sistemiche tra dispositivi emergenziali e regimi ordinari di tutela – a dover dissipare ogni residua incertezza al riguardo. È infatti necessario muovere dalla premessa – fondata appunto su tale norma-chiave – "che il datore di lavoro è garante della salute e sicurezza in azienda ed è tenuto ad adottare le misure necessarie ad evitare che l'ambiente lavorativo divenga – in via diretta o per interferenza – occasione di contagio. In questa premessa 'si compendia la filosofia e la prassi operazionale della prevenzione' secondo l'art. 2087 c.c. e da questa, in definitiva, partono i percorsi attuativi del T.U. del 2008"[663].

Nessuno dubita, d'altra parte, che, a prescindere dalla soluzione che si voglia dare alla questione dell'adeguamento del DVR, il datore di lavoro sia tenuto a garantire la puntuale attuazione – ai

---

approfondito ai limitati scopi di questo contributo, se non per osservare che il ricorso allo *smart work*, da un lato, evita quell'aggravamento del rischio biologico generico da Covid-19, cui è invece esposto il lavoratore che presta la sua attività nell'ambiente di lavoro, e, dall'altro, che l'adozione (obbligatoria o "automatica", come la qualifica già l'art. 3 del D.P.C.M. del 23 febbraio 2020) della modalità agile di svolgimento della prestazione pare – comunque – rientrare nell'ambito di quelle modifiche organizzative cui fa riferimento l'art. 29, D.Lgs. n. 81/2008, ai fini dell'obbligo di aggiornamento del DVR. Sullo speciale rilievo assunto dal lavoro agile in tempi di Covid-19 v., ad ogni modo, B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working*?, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav*.

660 S. DOVERE, *Covid-19*, cit., 5. In senso conforme P. TULLINI, *Tutela della salute*, cit., par. 1, nota 8 e testo corrispondente, chiarisce che "quanto meno si dovrà riconoscere che sussiste un rischio generico aggravato, perché – se è vero che il pericolo di contagio incombe su ogni cittadino – tuttavia coinvolge in misura maggiore, per intensità e frequenza, coloro che nel periodo dell'emergenza e nella fase successiva sono e saranno tenuti a prestare lavoro" (naturalmente *in presentia*).

661 Per un cenno in tal senso v. P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., 134.

662 Formula ormai tralatizia, questa, sorretta da un men che granitico *acquis* giurisprudenziale (ad es., di recente, Cass. sez. lav. n. 8911/2019) e dottrinale (per tutti P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, ne *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 77 e ss.).

663 P. TULLINI, *op. loc. cit*., che si rifà a sua volta a L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in ID. (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2011, 10.

sensi dell'art. 2087 c.c. – di tutte le misure e le cautele tipizzate dai diversi provvedimenti emanati per contrastare la diffusione del contagio da Covid-19, adattandole – come vuole il Protocollo sottoscritto da Governo e parti sociali – allo specifico contesto produttivo e organizzativo aziendale[664]. Né è dubitale, quindi, che, in assenza della effettiva adozione di quelle misure, il lavoratore – titolare di un diritto soggettivo perfetto ad un ambiente di lavoro sicuro alla stregua dell'art. 2087 c.c. – abbia facoltà di opporre al datore di lavoro, in forza dei comuni principi[665], il rifiuto di svolgere una prestazione insicura[666].

Il datore di lavoro dovrà anzi a tal fine elaborare, di norma, un proprio protocollo aziendale, secondo quelle modalità concertate che sono state definite a livello nazionale; le misure di prevenzione e di sicurezza stabilite nella sede generale troveranno qui la concreta attuazione che è richiesta nel contesto organizzativo e nell'ambiente lavorativo di riferimento[667].

Per fare un esempio concreto, visto che, come già ricordato, la prima regola di precauzione anticontagio è, tutte le volte in cui sia possibile, l'adozione di modalità di lavoro "agile" da remoto[668], il protocollo aziendale dovrà anzitutto definire gli ambiti e le posizioni per le quali è praticabile – e quindi obbligatorio – il ricorso all'attività lavorativa prestata a distanza dal domicilio del lavoratore. Subito dopo, per tutte le prestazioni che debbono essere rese *in presentia* nel luogo di lavoro, beninteso per quelle attività produttive di cui è consentito lo svolgimento[669], il protocollo dovrà dettagliatamente prevedere l'attuazione di tutte le cautele, misure, precauzioni e protezioni (dal distanziamento interpersonale di almeno un metro sino ai DPI) che pure sono state tipizzate dalla normativa in esame. E sono queste – anche quelle di carattere organizzativo – misure che rientrano pacificamente nell'ombrello applicativo dell'art. 2087 c.c., dovendo essere tecnicamente considerate come regole "nominate" di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore[670].

Altro discorso è se le misure sin qui tipizzate dal diritto "emergenziale", nella sua complessa articolazione, esauriscano – sotto il profilo dei contenuti – lo spettro dell'obbligo di sicurezza imposto dall'art. 2087 c.c. È infatti sin troppo noto come, in linea di principio, l'art. 2087 c.c., in quanto norma riflessivamente e dinamicamente "aperta" all'evoluzione del quadro di rischi e delle connesse tecniche di prevenzione, imponga all'imprenditore l'adozione anche di tutte quelle misure che, pur innominate o non tipizzate, siano comunque necessarie, secondo la particolarità del

---

664 V. ad es. e per tutti M. MARAZZA, *L'art. 2087*, cit., par. 3.

665 Ma può venire in rilievo anche l'art. 44, D.Lgs. n. 81/2008, ritenuto peraltro una specificazione dei principi posti dal diritto comune con gli artt. 1218 e 1460 c.c.: per gli opportuni riferimenti v. il commento alla disposizione di P. ALBI in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro - Grandi Pera*, Milano, 2018.

666 V. ad es. Cass. sez. lav. n. 11664/2006 e n. 21479/2005.

667 Di qui anche – in termini se si vuole banalmente pratico-operativi – l'opportunità che il datore provveda comunque all'aggiornamento del DVR.

668 *Supra*, nota 36 e testo corrispondente.

669 Attività che, nella cosiddetta "fase 2", a decorrere dal 4 maggio 2020, risultano, come noto, considerevolmente ampliate.

670 Per una singolare astuzia della ragione, la norma codicistica conserva, così, ed anzi vede potenziato il suo ruolo baricentrico nel sistema di protezione della salute dei lavoratori, anche di fronte alla sfida pandemica, assorbendo dentro la propria logica operazionale i dispositivi messi in campo nella gestione emergenziale della crisi.

lavoro, l'esperienza e la tecnica, a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori[671]. Se, dunque, almeno in via di principio non sarebbe astrattamente consentito limitare l'obbligo datoriale di sicurezza – e la corrispondente posizione di garanzia – a quelle sole misure sin qui emerse nella gestione emergenziale, è tuttavia anche ragionevole ritenere che, allo stato, l'autorità pubblica, con il concorso delle parti sociali che hanno elaborato i diversi protocolli fin qui sottoscritti, abbia dettato, "in modo esaustivo", le misure necessarie alla prevenzione del rischio da Covid-19 "secondo l'esperienza e la tecnica ad oggi nota"[672]. Per cui, allo stato, spetta all'imprenditore un obbligo essenzialmente attuativo/traspositivo di quelle misure – al massimo livello di sicurezza tecnica disponibile – nello specifico contesto aziendale. Onde anche il perimetro della sua responsabilità *ex* art. 2087 c.c. dovrà ragionevolmente dirsi contenuto, ed esaurito, oggi, nell'obbligo di "puntuale e diligente adempimento delle specifiche misure di sicurezza tempo per tempo previste dal Protocollo e dalla normativa emergenziale in evoluzione" [673]; non potendosi – allo stato attuale delle conoscenze scientifiche (peraltro in rapida evoluzione) sul Covid-19 – esigere oggettivamente più di questo.

Al datore che abbia rispettato e puntualmente attuato quelle misure non potrà dunque essere imputata alcuna responsabilità in caso di contagio avvenuto in occasione di lavoro. Soccorrerà in tali casi quella specifica forma di socializzazione del rischio pandemico che il legislatore – anche quello emergenziale – fa transitare per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro[674].

4. L'infortunio da Covid-19 tra lex specialis e Testo Unico.

Il decreto "Cura Italia" contiene come noto un'apposita previsione per l'infortunio da Covid-19. L'art. 42, co. 2, D.L. n. 18/2020[675] prevede, infatti, che, "nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-Cov-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di

---

[671] La problematica della latitudine dell'obbligo dell'imprenditore in relazione alle misure innominate è particolarmente sentita e dibattuta in ambito penalistico, in relazione alla esigenza di ancorare la responsabilità penale datoriale ai requisiti di tassatività o, meglio, di determinatezza della fattispecie incriminatrice. È, come ovvio, problematica non affrontabile in questa sede: v. ad ogni modo, recentemente, per un riepilogo dello stato dell'arte, E. D'IPPOLITO, *Omicidio colposo*, in *Trattato di diritto penale. Legislazione speciale - Diritto penale del lavoro*, diretto da A. Cadoppi *et al*., Torino, 2015, 855 e ss., spec. 862 e ss.

[672] Le parole tra virgolette nel testo sono di M. MARAZZA, *op. cit*., par. 71. In senso analogo anche P. TULLINI, *op. loc. cit*., la quale pure osserva che "il legislatore non richiede di applicare conoscenze medico-scientifiche che allo stato non sono acquisite. La normativa emergenziale e il Protocollo condiviso hanno positivizzato alcune misure precauzionali di base, applicabili all'intero territorio nazionale, rinviando al datore il compito di attuarle e adeguarle secondo le specifiche esigenze della salute e della sicurezza in azienda".

[673] Ancora M. MARAZZA, *op. loc. cit*.

[674] Occorre d'altra parte rammentare che, ai fini della imputazione di una responsabilità risarcitoria *ex* art. 2087 c.c., in capo al lavoratore danneggiato è richiesta, oltre all'allegazione dell'inadempimento datoriale (*i.e*., della nocività dell'ambiente di lavoro, per l'omissione delle misure *de quibus*) e del danno (qui, la malattia dovuta al contagio da Covid-19), anche la prova del nesso causale tra la detta violazione e l'evento dannoso. Prova certamente ardua, per lo meno al di fuori dei casi di ricorrenza del rischio professionale specifico (qual è, elettivamente, quello tipico del medico e del sanitario). È questa la ragione che, come vedremo tra breve (al par. seguente), ha spinto il legislatore emergenziale (con l'art. 42 del decreto "Cura Italia") a canalizzare sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e sulle prestazioni previdenziali dell'INAIL la risposta indennitaria al contagio, socializzando le conseguenze dannose sulla salute dei lavoratori.

[675] Cui la legge di conversione, n. 27/2020, ha apportato una precisazione solo formale all'ultima parte, laddove si prevede che gli eventi infortunistici regolati dalla disposizione in esame gravano sulla gestione assicurativa (e dunque restano mutualizzati all'interno di questa) e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico *ex* art. 19 e ss. – ed è qui la precisazione – dell'allegato 2 al D.M. 27 febbraio 2019, recante modalità per l'applicazione delle tariffe.

infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato"[676]. La previsione normativa si iscrive a pieno titolo nell'ambito di quella penetrante operazione di socializzazione delle conseguenze economiche della pandemia realizzata, in proporzioni che non hanno precedenti nella storia delle crisi repubblicane, dal legislatore dell'emergenza, costituendo, anzi, come osserveremo tra un istante, una delle espressioni più significative di questa ritrovata funzione protettiva dello "Stato salvatore"[677].

Peraltro, come nel caso delle disposizioni emergenziali di natura prevenzionistica, anche questa previsione si colloca saldamente nel quadro dei principi generali che *ab origine* governano l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Come ha subito correttamente precisato l'INAIL nella sua circolare n. 13 del 3 aprile 2020, l'art. 42 del decreto "Cura Italia" estende espressamente al Covid-19 "l'indirizzo vigente in materia di trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie"[678], a sua volta tributario di quella giurisprudenza che, in applicazione della generale nozione di infortunio sul lavoro *ex* art. 2, D.P.R. n. 1124/1965[679], ha equiparato la causa virulenta a quella violenta[680]. Onde si può ben dire che – salva naturalmente l'opportunità di una previsione espressa come quella dettata dall'art. 42, co. 2, D.L. n. 18/2020 – comunque il contagio da Covid-19 in occasione di lavoro avrebbe dovuto esser inquadrato e tutelato come malattia-infortunio alla stregua della generale previsione del T.U. del 1965[681].

L'importanza della norma *ad hoc* non deve tuttavia essere per questo sottostimata. Ove infatti prescrive al medico certificatore, che accerti l'infezione da coronavirus in occasione di lavoro, di redigere il consueto certificato di infortunio, la disposizione in esame dà una precisa direttiva di tutela sociale, la cui rilevanza emerge forse non del tutto compiutamente dalla citata circolare n.

---

[676] La disposizione aggiunge poi che, nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro, l'INAIL eroga le dovute prestazioni "anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro". Per un primo commento v. G. CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell'INAIL in caso di contagio del lavoratore*, in *Questione giustizia* del 1° aprile 2020; L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Dir. sic. lav.*, 1/2020, 1.

[677] Per evocare il titolo di un saggio che indagò il ruolo delle istituzioni pubbliche nella grande crisi economico-finanziaria deflagrata nel 2008: G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, n. 11, 1083 ss. Oggi, di fronte alle conseguenze devastanti della pandemia planetaria, con una caduta senza precedenti del PIL in tutte le principali economie mondiali, il ruolo dello Stato è persino esaltato, con una riscoperta di funzioni, non soltanto protettive e redistributive (si pensi all'intervento pubblico per la produzione delle mascherine e dei ventilatori), che ha richiamato alla mente il *New Deal* rooseveltiano. S'intravede, *in nuce*, almeno la possibilità di un movimento eguale e contrario a quello che ha dominato negli ultimi decenni – con le nefaste conseguenze sociali che ben conosciamo – la visione del ruolo dello Stato nella economia politica neoliberale della globalizzazione: una sorta di contro-movimento che inverta quella che è stata chiamata la "grande traslazione del rischio", dal capitale al lavoro, propria appunto di quel paradigma (si allude a J.S. HACKER, *The Great Risk Shift. The New Economic Insecurity and the Decline of the America Dream*, Oxford, 2019, seconda ed.). Non v'è tuttavia modo per sviluppare il ragionamento in questa sede: sia concesso, per qualche spunto, il rinvio a S. GIUBBONI, *Considerazioni sul diritto del lavoro oltre lo Stato (con una postilla su pandemia e de-globalizzazione)*, in corso di pubblicazione in *Dir. e soc.*, 1/2020.

[678] Cfr. le *Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie* di cui alla circolare INAIL 23 novembre 1995, n. 74. Ma v. anche la lettera circolare diramata dall'Istituto il 1° luglio 1993 sulle *Modalità di trattazione dei casi di epatite virale a trasmissione parentale e di AIDS*.

[679] Sui cui v., per tutti, e principalmente, A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020 (quarta ed.), 111 e ss., nonché, volendo, S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020 (seconda ed.), al cap. 3.

[680] V. Cass. sez. lav. n. 5764/1982, n. 8058/1991 e n. 3090/1992.

[681] Come ben spiega L. LA PECCERELLA, *Infezione*, cit., 1, la disposizione del decreto "Cura Italia" non ha pertanto "carattere costitutivo o innovativo del diritto all'indennizzo, essendo lo stesso già previsto dal D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124".

13/2020 dell'IINAIL. La circolare chiarisce infatti le conseguenze applicative della qualificazione come infortunio sul lavoro della infezione da Covid-19 in termini che, a nostro avviso, probabilmente non esprimono per intero e fino in fondo il raggio di tale direttiva legislativa.

Nell'attuale situazione pandemica, l'INAIL precisa in primo luogo – e correttamente – che "l'ambito della tutela riguarda anzitutto gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico. Per tali operatori vige, quindi, la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto l'elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus"[682]. Per gli operatori sanitari – e in genere per chi opera a diretto e costante contatto con la fonte dell'infezione, essendo esposto al rischio biologico specifico da Covid-19 – possiamo peraltro ben dire che quella "presunzione semplice di origine professionale" sia, in realtà, assoluta, perché non vincibile dalla prova contraria. Il medico, l'infermiere, l'operatore di laboratorio o il farmacista che contraggano il virus vanno, in altre parole, sempre ammessi alle prestazioni dell'INAIL come infortunati sul lavoro, senza che possa attribuirsi rilevanza a circostanze esterne all'occasione lavorativa[683].

La circolare dell'Istituto estende il medesimo criterio presuntivo – per l'elevato rischio di contagio – anche alle "altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, etc. Anche per tali figure vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari" [684]. Anche per costoro – e come ha giustamente voluto precisare l'INAIL l'elenco è soltanto esemplificativo (si pensi solo agli operatori delle residenze sanitarie assistenziali o le case di cura e riposo per anziani) –, stante l'elevato rischio (professionale) di contagio, per la frequenza qualificata con la quale vengono a contatto potenzialmente con il virus, vale la medesima presunzione rafforzata di cui si è testé detto.

Ad ogni modo, le indicate situazioni non esauriscono l'ambito della tutela previdenziale antinfortunistica dischiuso dall'art. 42, co. 2, D.L. n. 18/2020. Come precisa la stessa circolare dell'INAIL, residuano infatti "quei casi, anch'essi meritevoli di tutela, nei quali manca l'indicazione o la prova di specifici episodi contagianti o comunque indizi 'gravi precisi e concordanti' tali da far scattare ai fini dell'accertamento medico-legale la presunzione semplice". La tutela si estende, infatti, anche "alle ipotesi in cui l'identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica", dovendo per esse essere seguita "l'ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale"[685].

In tali ipotesi "residuali", pertanto, secondo l'Istituto, non opererà alcuna presunzione semplice

---

[682] Così la circolare n. 13/2020, 7.

[683] E "ciò in adesione al principio secondo il quale, sebbene alcune infezioni si possano contrarre anche in condizioni estranee al lavoro, per quei lavoratori che operano in un determinato ambiente e sono adibiti a specifiche mansioni, con una ripetuta e consistente esposizione ad un particolare rischio, la presunzione dell'origine lavorativa è così grave da raggiungere quasi la certezza": G. CORSALINI, *Coronavirus*, cit., 3.

[684] Circolare n. 13/2020, 7.

[685] *Ibid*.

di origine professionale della infezione da Covid-19. È qui che la circolare manca di cogliere, a nostro avviso, la piena portata operativa della previsione normativa in commento. Se – come abbiamo argomentato sopra[686] – il lavoro prestato durante la fase emergenziale è di per sé fattore di aggravamento del rischio di contagio, occorre coerentemente assumere che anche per tali categorie "residuali" – ovvero per tutti quanti hanno continuato a prestare la loro opera (s'intende *in presentia* e non "virtualmente" da remoto) – valga una presunzione semplice di origine professionale. Una presunzione che, in tal caso, a differenza di quanto vale per le categorie esposte al rischio specifico di infezione (sanitari, etc.), potrà tuttavia essere superata dalla prova contraria fornita dall'Istituto, anche in base al ricorso ad elementi indiziari che conducano ad escludere l'occasione professionale del contagio. L'impostazione accolta sul punto dall'INAIL va, dunque, a nostro sommesso avviso, ribaltata, onde attribuire alla norma "emergenziale" quell'ampia portata di socializzazione del rischio da contagio da Covid-19, che essa deve possedere in coerenza con la sua *ratio* protettiva.

Del resto, essendo l'infezione da Covid-19 qualificata come infortunio sul lavoro, valgono pienamente, anche per tale fattispecie, le previsioni di cui all'art. 12, D.Lgs. n. 38/2000[687]. È cioè protetto anche l'infortunio da Covid-19 occorso *in itinere*, secondo le regole generali. E visto che il rischio di contagio è anche in tal caso aggravato dalla necessità degli spostamenti tra l'abitazione e il luogo di lavoro, deve valere anche sotto questo profilo l'estensione di quella presunzione semplice che si vuole operante anche per le categorie "residuali" delle quali abbiamo appena detto[688].

I limiti principali dell'operazione di socializzazione del rischio pandemico realizzata con il decreto "Cura Italia" non risiedono dunque nella copertura oggettiva – che è come detto ampia, ove ben intesa e applicata –, ma nelle lacune di protezione soggettiva *ratione personae* dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Che producono in questo caso conseguenze paradossali e intollerabili, visto che i soggetti più esposti al rischio di contagio – come ad esempio i medici che non siano titolari di un rapporto di lavoro subordinato – sono esclusi dall'ambito di applicazione soggettiva della tutela, alla quale non dà accesso, in tali casi, neppure la previsione dell'art. 5, D.Lgs. n. 38/2000. Questa, infatti, nell'individuare i lavoratori parasubordinati destinatari della tutela, opera come noto un rinvio all'art. 49, co. 1, lett. a) – oggi all'50, co. 1, lett. c-bis) – del T.U. delle imposte sui redditi, che tuttavia esclude l'assimilazione ai fini fiscali a quello di lavoro subordinato del reddito prodotto dalle attività di collaborazione

---

[686] Al § 2, spec. nota 37 e testo corrispondente.

[687] V. la circolare INAIL n. 13/2020, 11.

[688] In senso conforme anche L. LA PECCERELLA, *Infezione*, cit., 3, secondo il quale la stessa presunzione di origine professionale che opera, tra gli altri, per i sanitari deve valere anche per i "lavoratori che abbiano contratto l'infezione da coronavirus per avere utilizzato mezzi di trasporto pubblico. Anche in questo caso, considerata la maggiore intensità e frequenza del contatto sociale riscontrabile nei mezzi di trasporto pubblico, una volta comprovata la necessitata utilizzazione degli stessi per finalità lavorative, non sembra potersi escludere l'applicabilità della presunzione semplice di origine professionale, considerato il carattere pandemico e ubiquitario dell'infezione *de qua*, ufficialmente dichiarato dall'O.M.S., e l'elevata probabilità di una rilevante numerosità di soggetti infetti asintomatici o paucosintomatici che fa passare in secondo piano le differenze di contaminazione epidemiologica nei diversi territori delle persone con accertata infezione da coronavirus". Ne dà indiretta conferma la più volte citata circolare n. 13/2020, 12, laddove prevede che, "poiché il rischio di contagio è molto più probabile in aree o a bordo di mezzi pubblici affollati, al fine di ridurne la portata, per tutti i lavoratori addetti allo svolgimento di prestazioni da rendere in presenza sul luogo di lavoro è considerato necessitato l'uso del mezzo privato per raggiungere dalla propria abitazione in luogo di lavoro e viceversa".

coordinata e continuativa, quando queste abbiano ad oggetto l'esercizio dell'arte o della professione: come, appunto, nel caso dei medici[689].

[689] Sottolinea giustamente l'urgenza di superare questo limite, che determina una patente situazione di illegittimità costituzionale, L. LA PECCERELLA, *op. cit*., 4.

Il diritto come progetto politico: Gino Giugni e lo Statuto dei lavoratori*

Roberto Voza

1. "Dove sei, libertà…". 242
2. Un giurista impuro. 248
3. Nella fucina delle regole. 256
4. Doppia cittadinanza. 264
5. Tre metri sotto il cielo. 269
Riferimenti bibliografici. 277

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 418/2020

1. "Dove sei, libertà…".

In quel prato di aghi sotto il cielo che qualcuno ha chiamato Storia[690] non è mai facile trovare i segni del tempo che verrà, le ragioni del divenire.

Lo Statuto dei lavoratori vide la sua preistoria nella fase immediatamente successiva al secondo conflitto mondiale.

La retorica della Liberazione ha aiutato la gente a stare meglio, alimentando un immaginario poi fattosi memoria collettiva. Ma lo storico sa bene che è suo dovere distinguere il film dalla realtà, evitando di far credere che la libertà fu distribuita al popolo come le sigarette e la cioccolata regalate dai soldati americani.

Per le forze sociali che avevano animato la Resistenza non durò a lungo il sonno beato dei vincitori. Ubriacata di parate e di bandiere[691], la Liberazione aveva infiammato i cuori, promettendo una palingenesi che non fu in grado di realizzare. E così quelli – fra i vincitori – che avevano sperato in un mondo nuovo, si svegliarono di soprassalto, scossi dalla paura che l'appuntamento con la rivoluzione (con la sua promessa di futura umanità) non fosse solo rinviato, ma irrimediabilmente mancato.

Tornarono le divisioni e le distanze. Dopo la rottura della coalizione antifascista seguita all'inizio della Guerra Fredda (fu quello il colpo di grazia), i valori della Resistenza smarrirono la loro «capacità di fornire una limpida piattaforma etica alla nuova Repubblica» e «l'essenza della politica italiana» tornò ad essere, com'era avvenuto per tanta parte della sua storia, «una lotta contro un nemico interno»[692].

A tutela dell'ordine pubblico non scomparve la 'cassetta degli attrezzi' ereditata dal fascismo, che aveva avuto le sue radici – non dobbiamo dimenticarlo – «nelle torsioni autoritarie di un liberalismo dubbioso dei suoi valori»[693] e bisognoso di respingere l'assalto del Quarto Stato. Non scomparvero neppure i fascisti, solo in minima parte epurati; anzi, per molti anni dopo la guerra, «i posti di potere, non solo nella burocrazia, continuano ad essere occupati dalle stesse persone che c'erano prima, in molti casi legate a filo doppio con l'abbattuto regime»[694].

Con decreto del governo Badoglio la polizia fu nuovamente militarizzata (r.d.l. 31 luglio 1943, n. 687) e poco dopo furono ripristinate le funzioni del Prefetto (l. 8 marzo 1949, n. 277). I due organi, quello di polizia e quello prefettizio, promossero indisturbati la loro azione di controllo e di repressione, anche attraverso gli strumenti del passato regime. Basti pensare al testo unico di

---

690 Il riferimento è al noto brano di Francesco De Gregori, *La storia siamo noi* (1985).

691 «*Dove sei, libertà/Ubriaca di parate e di bandiere*»: canta Renato Zero in *Che bella libertà* (1982).

692 DUGGAN, 2008, 623.

693 ROMAGNOLI, 2017, 778. Non trovo parole migliori per confutare la visione crociana del fascismo come morbo intellettuale o morale o 'parentesi', nella storia della libertà avviata dal Risorgimento (CROCE, 1963); una visione, che – del resto – la stessa «storia del diritto del lavoro» contribuisce a smentire (come osserva GAETA, 2020, 87, nt. 4).

694 GAETA, 2020, 95. «Nel 1960 si calcolò che sessantadue dei sessantaquattro prefetti italiani avevano servito sotto Mussolini e lo stesso poteva dirsi di tutti i 135 questori e dei loro 139 vice, senza eccezioni. Analogamente, ai vertici dell'esercito e della magistratura erano in molti ad aver fatto carriera negli anni del fascismo» (DUGGAN, 2008, 627). Il caso più eclatante è quello di Gaetano Azzariti, che dal 1957 al 1961 fu Presidente della Corte costituzionale, dopo aver presieduto il Tribunale della Razza.

pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), su cui si innestò il divieto sistematico di riunioni fuori e dentro la fabbrica e la repressione del proselitismo attraverso lo strillonaggio e l'affissione di scritti e manifesti politici e sindacali[695].

Dove non arrivarono le leggi, ci pensarono le circolari del Ministero degli Interni (all'epoca, Mario Scelba). Quella dell'8 luglio 1947 sottopose la legittimità delle riunioni dei lavoratori in azienda all'autorizzazione e al controllo di pubblica sicurezza; quella dell'8 settembre 1948 qualificò le iniziative di protesta come atti insurrezionali, invitando i prefetti a vigilare sulle agitazioni sindacali.

Furono processati per direttissima i dirigenti sindacali e i lavoratori accusati di reati contro l'ordine pubblico, a cui venivano ricondotti persino l'affissione di manifesti e la vendita del quotidiano *l'Unità*.

Furono gli anni degli eccidi contadini e operai.

Si poteva morire anche solo celebrando il lavoro, come a Portella della Ginestra il 1° maggio 1947, per mano di banditi di mafia, esecutori di oscuri mandanti.

Nelle manifestazioni capitava che le forze dell'ordine, armate come in guerra, sparassero sui dimostranti, come a Melissa, in Calabria, nell'ottobre 1949 (tre furono i morti e quindici i feriti). Lo ricorda Lucio Dalla, in una sua canzone, *Passato, presente* (1973):

> Il passato di tanti anni fa
> Alla fine del quarantanove
> è il massacro del feudo Fragalà
> Sulle terre del Barone Breviglieri
> Tre braccianti stroncati
> Col fuoco di moschetto
> In difesa delle proprietà.
> Sono fatti di ieri.

Per i morti di Reggio Emilia non è un canto della Resistenza. Fu composto all'indomani del 7 luglio 1960, quando alcuni agenti delle forze dell'ordine («prendendo con cura la mira», come si evince dalle fotografie prodotte nel processo[696]) uccisero cinque lavoratori nel corso di una manifestazione sindacale, all'apice dei moti popolari contro il governo di Fernando Tambroni (destinato, poco dopo, a cadere).

Dalle piazze alla fabbrica il passo fu breve. Come è stato documentato, nell'Italia democratica e repubblicana fu stretta – perlomeno fino al 1955 – una «sistematica e palese collaborazione fra le autorità di Pubblica Sicurezza e gli ambienti imprenditoriali, ai fini di controllo sull'orientamento

---

695 Un quadro efficace di quel periodo è tracciato da ROMAGNOLI-TREU, 1977, 55 ss.

696 Lo riferisce TURONE, 1976, 329. Di tiro «al bersaglio» contro i manifestanti parlò anche ACCORNERO, 1972, 74. Sull'intera vicenda, v. NICOLAI, 1960.

politico dei lavoratori»[697].

La «situazione di repressione, l'ondata di rappresaglie, di licenziamenti, di discriminazioni» (che «acquistò caratteri clamorosi alla Fiat», ma si registrò «un po' dappertutto»), era – principalmente – il riflesso della tensione internazionale prodotta dalla divisione del mondo in blocchi; insomma, «tutte le operazioni antisindacali di quegli anni erano operazioni che non avevano come obiettivo di fondo e primario il sindacato ma i comunisti e i socialisti allora ancora legati dal patto di unità d'azione»[698].

Non si spiega altrimenti come fu possibile licenziare (nel dicembre 1951, ma con effetto dal 1° gennaio 1952) – l'ing. Giovanni Battista Santhià, direttore dei servizi sociali della Fiat, testualmente dichiarando – come motivazione del licenziamento – che «non poteva ulteriormente essere trascurata l'incompatibilità esistente tra la sua posizione di direttore Fiat e i suoi obblighi di alto esponente di un partito di cui è ben noto il costante atteggiamento di ostilità e di lotta a scopo distruttivo nei confronti della Fiat»[699].

Sfogliando le cosiddette 'schedature' operate dalla Fiat attraverso una fitta rete di informatori tra le forze dell'ordine e altri impiegati pubblici (secondo quanto emerso a seguito di una perquisizione disposta dall'autorità giudiziaria nei primi anni '70), sembra di precipitare nel film *Le vite degli altri*. Si può ormai attingere a piene mani a quell'archivio, ma riporto una selezione delle schede operata da Giorgio Benvenuto[700].

> «*F.R. (1959)* Già di tendenza socialista nenniana (…) in questi ultimi tempi, almeno nelle manifestazioni apparenti, appare ravveduto e propende per il socialismo democratico saragattiano; si è anche riavvicinato alla chiesa, alcuni però lo ritengono opportunista e sono convinti che nutra tuttora sentimenti socialisti (…). Nel 1968 è ritenuto orientato verso il Psu già Psi.
>
> *F.V. (1968)* Reputazione pessima; trattasi di capellone, di elemento che esige vivere indipendente e non offre sufficienti garanzie per una eventuale assunzione presso azienda meccanizzata (…) non consta si sia interessato di politica apertamente, ma è ritenuto simpatizzante Pci.
>
> *F.A. (1952)* (…) impiegata Fiat Mirafiori (…) simpatizza per il Pci (…) risulta che all'atto del matrimonio era in stato di avanzata gravidanza (…) Seria onesta di comune intelligenza e di buoni sentimenti. Però arrogante e piena di alterigia (…) I famigliari sono tutti di idee estremiste più o meno moderate (…) di sentimenti poco religiosi, tanto è vero che la sera del 31 maggio 1950, durante il passaggio della Madonna Pellegrina (che avviene ogni secolo) si rifiutarono di partecipare con gli altri inquilini

---

[697] Come scrive TURONE, 1976, 221-222, i commissariati di polizia raccoglievano su appositi formulari dati relativi alla condotta morale e politica, che trasferivano agli uffici del personale delle aziende.

[698] GIUGNI, 1974, 202-203. È noto il ricatto delle commesse USA alle aziende italiane che avessero una forte presenza 'socialcomunista' fra i lavoratori, reso esplicito dall'ambasciatrice Luce (lo riferisce ACCORNERO, 1974, 25; la Relazione sulla riunione fra l'ambasciatrice e Vittorio Valletta è riportata in PUGNO-GARAVINI, 1974, 171 ss.).

[699] CASTRONOVO, 1999, 860. Il caso Santhià fu al centro del dibattito (riassunto da VAIS, 1964, 31-32) svoltosi sulle pagine della rivista *Società*, 1952, 299 ss., intorno alla liceità del licenziamento motivato da ragioni politiche.

[700] BENVENUTO, 2010, 282; le schede sono raccolte in GUIDETTI SERRA, 1984, ove vi è anche una ricostruzione dell'*iter* processuale a cui facevo cenno nel testo. Più in generale, sul clima di repressione dei lavoratori nella Fiat negli anni Cinquanta, v. CAROCCI, 1960; ACCORNERO, 1959; PUGNO-GARAVINI, 1974; MIGONE, 1974.

> all'illuminazione dello stabile. Consta inoltre che al nonno materno (…) venne fatta sepoltura civile con conseguente cremazione.
>
> *G.A. (1955)* La suocera è donna di pessima moralità, vive saltuariamente presso la figlia o presso un amante, elemento di cattiva condotta, in un paese del Vercellese.
>
> *L.M. (1970)* Sua madre è passata a seconde nozze nel luglio scorso; durante la vedovanza ha lasciato a desiderare per la condotta morale e civile ed ha avuto anche un aborto.
>
> *R.A (1970)* Giovane seria, riservata, volenterosa, di facile comando e amante dell'ordine.
>
> *B.M. (1969)* Donna riservata e volenterosa, disciplinata, docile al lavoro».

In realtà, la strategia della Fiat (e di altre grandi fabbriche) si nutriva non solo di brutale repressione (si pensi alla creazione – a partire dal 1952 – dei reparti-confino, tra cui la famosa Officina Sussidiaria Ricambi, ribattezzata Officina Stella Rossa), ma anche – e proprio Di Vittorio lo riconobbe[701] – di una capillare azione paternalistica, fatta di concessioni economiche (premi, sussidi, prestiti, colonie per bambini, abitazioni per lavoratori, ecc.) per comprare la pace sociale e dividere i lavoratori[702].

E per i docili e i timorati poteva capitare che una buona parola la mettesse il vicino parroco, che – come si legge in un documento dell'epoca – attestava la «buona condotta» di un parrocchiano desideroso di essere assunto nello stabilimento di Mirafiori. La funzione di collocamento da parte del clero era pressoché esplicita, come in quel volantino distribuito negli stessi anni, in cui il prete ammoniva i «grandicelli»[703]:

> «Non sveliamo nessun segreto, lo sanno tutti. Quando cercate un lavoro, un impiego in una Ditta seria, c'è sempre chi viene a cercare da noi notizie sul vostro conto. Se siete iscritti sui nostri elenchi, se frequentate e partecipate alla nostra vita…diremo (e quante ne abbiamo dette) diremo una parola incoraggiante. Altrimenti…"non lo conosciamo". Pensateci».

La storiografia sullo Statuto dei lavoratori comincia sempre da un punto, ossia dal congresso dei chimici della CGIL (9-12 ottobre 1952), in cui Giuseppe Di Vittorio lanciò l'idea di uno *Statuto dei diritti, delle libertà e della dignità dei lavoratori nell'azienda*, poi compiutamente sviluppata nella relazione al III congresso della Confederazione, tenutosi a Napoli dal 26 novembre all'8 dicembre dello stesso anno.

Al fondo, c'era l'aspra denuncia di uno stato di cose. «I padroni – lamenta in quegli anni il sindacalista cerignolano – agiscono nelle aziende come se la Costituzione non esistesse. Essi concepiscono l'azienda come il proprio feudo, entro il quale hanno diritto di uso e di abuso, sulle cose e sulle persone, secondo il proprio libito». Minuziosamente, Di Vittorio racconta che

---

[701] Nell'analizzare le ragioni della clamorosa sconfitta della Fiom alla elezione della Commissione interna in Fiat nel 1955 (DI VITTORIO, 1955a, 237).

[702] RICCIARDI, 1975a, 64.

[703] La riproduzione fotografica del certificato, datato 5 ottobre 1955, rilasciato dalla Parrocchia di S. Maria Assunta di Pieve Selenghe, è reperibile in CAROCCI, 1960 (tra pp. 32 e 33), ove si dà pure notizia del volantino riportato nel testo (ivi, 42).

> «i padroni e i dirigenti delle aziende giungono a impedire ai lavoratori, nei luoghi di lavoro – e fuori dalle ore lavorative – la libera espressione del proprio pensiero, la lettura e la distribuzione di giornali ed opuscoli non graditi al padrone, di raccogliere i contributi sindacali, ecc.
>
> Si è giunti a voler infliggere ai lavoratori la mortificazione di perquisirli all'*entrata* dell'azienda, per controllare che non vi si introducano stampati "non permessi" dal padrone. Durante la sospensione del lavoro, l'operaio non può leggere il giornale di sua scelta, ma solamente quelli che sono graditi al padrone.
>
> Padroni e dirigenti di azienda si arrogano spesso il potere di sopprimere il diritto di sciopero, licenziando degli operai che abbiano esercitato questo loro diritto, o coloro che se ne sono resi ferventi sostenitori. […]
>
> Non tutti sanno che per esercitare un controllo così vessatorio sui lavoratori, in alcuni grandi complessi industriali sono stati formati dei veri e propri corpi di polizia privata, con compiti di spionaggio e di minaccia d'ogni genere. In alcuni casi si è giunti a formare persino una specie di "tribunale aziendale" composto di dirigenti, che sottopone gli operai a lunghi interrogatori, non solamente sull'adempimento dei loro compiti professionali nell'azienda, ma anche sul sindacato o sul partito cui appartengono, sulla stampa che leggono, sugli amici che frequentano, ecc. Questi "tribunali aziendali", dunque, si arrogano poteri che in Italia non ha nemmeno la polizia, neppure la magistratura!» [704]

Ne derivò un testo a metà strada fra un Manifesto politico e un articolato normativo, suddiviso in quattro capitoletti, ciascuno dei quali richiamava tra parentesi le norme della Costituzione che intendeva far entrare in fabbrica, secondo un'immagine ormai fissata nella teca delle citazioni. Era «una proposta aperta, se si vuole tecnicamente grezza, ma l'idea di fondo era sufficientemente precisa» [705]: si voleva congiungere la battaglia politica generale a quella condotta nei luoghi di lavoro, nella ferma convinzione che «se la democrazia è uccisa nella fabbrica essa non può sopravvivere nel paese»[706].

Il progetto – si sa – ebbe il suo massimo ascolto nel corso del *Convegno nazionale di studio sulle condizioni del lavoratore nell'impresa industriale*, promosso dalla Società Umanitaria di Milano (4-6 giugno 1954), che può considerarsi «un primo punto alto della stagione del censimento dei diritti della persona violati nelle aziende, preparatoria della riforma che sarà recata dal titolo I dello Statuto del 1970»[707].

La riflessione su quei temi proseguì lo stesso anno in un convegno tenutosi il 20 e 21 novembre, provocatoriamente proprio a Torino, la città della Fiat di Vittorio Valletta. Il convegno era intitolato '*La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*': sull'onda del caso Santhià, l'interrogativo posto

---

[704] DI VITTORIO, 1955b, 80-81.

[705] GAROFALO, 2010.

[706] DI VITTORIO, 1952, 223. Sul discorso pronunciato da Di Vittorio al Congresso di Napoli del 1952, v. HOROWITZ, 1966, 492 ss.

[707] ICHINO, 2008, 25 (gli Atti in AA.VV. 1954).

al centro della discussione riguardò la possibilità di rintracciare nella Costituzione una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, non solo nei confronti dei pubblici poteri, ma anche nei confronti dell'*autorità privata* dell'imprenditore[708]. Erano i prodromi di quella linea 'costituzionale', che avrebbe poi ispirato il Titolo I dello Statuto dei lavoratori.

Ad aprile del 1955 fu istituita una Commissione parlamentare per l'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia, che – per alcuni anni – si impegnò in un'imponente raccolta di documentazione, ma nel corso della terza legislatura (1958-1963) non si parlò più dello Statuto dei lavoratori.

È pur vero che – con l'insediamento (nel febbraio 1962) del primo governo di centro-sinistra (DC-PRI-PSDI, con l'appoggio esterno del PSI) – si cominciò a ridurre «in modo abbastanza sensibile l'incidenza poliziesca nel paese»[709]. Come osservò anni dopo Luciano Lama, lo spostamento dell'asse di governo costituì «un fatto nuovo della situazione generale», che – pur non ponendo fine alle pratiche discriminatorie (ancora in quegli anni si veniva licenziati se, ad esempio, sorpresi con due libri di Marx![710]) – contribuì ad un «mutamento di clima», ad un cambiamento del «quadro nel quale si sviluppavano le lotte»[711].

Nell'agenda normativa il primo segnale arrivò con la formazione del successivo governo, che questa volta vide la partecipazione diretta dei socialisti (assieme alla DC, al PRI e al PSDI). Era il 5 dicembre 1963. Il Presidente del Consiglio era un professore laureatosi in Giurisprudenza nell'Università di Bari: Aldo Moro.

Nel discorso programmatico alle Camere egli annunciò il proposito (in verità, nell'ambito di un fin troppo vasto piano di riforme) di definire, sentite le organizzazioni sindacali, uno Statuto dei diritti dei lavoratori al fine di garantire dignità, libertà e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Il vento della Storia ormai soffiava in quella direzione.

Il secondo Governo Moro (in carica del 23 luglio 1964) confermò l'impegno assunto in precedenza, ma ancora non sfociato in alcun disegno di legge. Nel frattempo, però, la spinta propulsiva e innovativa del centro-sinistra andava affievolendosi. Il Piano Solo del Generale De Lorenzo (1964) contribuì a fare arroccare le forze democratiche in una sorta di 'stato di necessità', che congelò l'impeto riformista iniziale.

Un accenno fugace alla definizione di uno Statuto dei lavoratori, di cui la l. 15 luglio 1966, n. 604 sui licenziamenti individuali fu considerata «la prima realizzazione», comparve nel paragrafo 41 del 'Programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970' (approvato con l. 27 luglio 1967, n. 685). Ma nulla di più.

I primi disegni di legge sullo statuto dei lavoratori furono presentati dall'opposizione di sinistra, ovvero dal PCI (*Norme per la tutela della libertà e della dignità dei lavoratori e per l'esercizio dei diritti costituzionali all'interno dei luoghi di lavoro*) e dal PSIUP (*Norme per la tutela della sicurezza, della libertà e della dignità dei lavoratori*), nella medesima data, il 7 luglio 1967. L'anno successivo

---

[708] AA.VV., 1955.

[709] TURONE, 1974, 223. Nello stesso anno vi fu, però, l'uccisione di un operaio durante una manifestazione di protesta per la serrata di un saponificio a Ceccano (Frosinone).

[710] L'episodio è narrato da CRAINZ, 2003, 48.

[711] LAMA, 1971, 113-114.

i due progetti furono ripresentati (quello comunista il 7 giugno e quello del PSIUP il 12 luglio) e ad essi si aggiunse quello ad iniziativa di alcuni senatori socialisti (10 ottobre 1968).

Con l'avvio della V legislatura, il Presidente del Consiglio Rumor ribadì (il 16 dicembre 1968) l'impegno programmatico di definire in via legislativa, nella garanzia della libertà contrattuale dei sindacati e con la loro consultazione, una compiuta tutela dei lavoratori che assicuri dignità, libertà e sicurezza nei luoghi di lavoro, con particolare riferimento alla libertà di espressione del pensiero, alla salvaguardia dei lavoratori singoli e della loro rappresentanza in azienda e delle riunioni sindacali.

Giunse la fiammata del biennio 1968-1969, in cui si registrò un colpo di coda della repressione antioperaia, spesso indicato come fattore di accelerazione dei passi che portarono allo Statuto.

Si udirono ancora «gli spari antichi della gendarmeria sui braccianti»[712], il 2 dicembre 1968 ad Avola. L'eccidio (a cui seguì quello di Battipaglia, il 9 aprile dell'anno successivo) fu duramente condannato dal Ministro del lavoro dell'epoca, Giacomo Brodolini, il quale proprio nella sala consiliare del Municipio di Avola, il 4 gennaio 1969, ribadì solennemente – anche come risposta ai tragici fatti – l'impegno a varare lo Statuto dei lavoratori, all'interno di una più ampia «politica legislativa per i lavoratori»[713].

Quel giorno, accanto al «Ministro dei lavoratori»[714], c'era un professore di diritto del lavoro, al quale i braccianti donarono «un bellissimo cesto di limoni e arance», rimasto impresso nella sua memoria[715].

Era Gino Giugni.

C'è la sua straordinaria vicenda umana e intellettuale nel percorso che condusse all'approvazione della legge n. 300/1970.

2. Un giurista impuro.

Giurista egli diventò quasi per caso e non smise di comportarsi da free lance del diritto.

Basterebbero ad esprimere questa sua inclinazione 'atipica' verso il diritto, le parole che Giugni pronunciò il 3 novembre 1969 in una tavola rotonda organizzata a Firenze dall'A.I.D.La.S.S.

> «Mi chiedo quanti dei presenti siano stati spinti a scegliere la nostra materia dalla parola "diritto" e quanti dalla parola "lavoro". Quanti, cioè siano arrivati al diritto perché erano interessati dei problemi del lavoro, cioè non perché fossero giuristi "puri", appassionati alla logica dei concetti, ma perché trascinati dalla tematica sociale, storica, ecc.»[716].

---

712 PASSANITI, 2009, 123.

713 Il discorso è riportato in FORBICE, 1979, 253.

714 RIGHETTI, 2009. La definizione nasce dalla frase pronunciata da Brodolini nella notte del 31 dicembre 1968, trascorsa assieme ai lavoratori della fabbrica romana Apollon, chiusa per dissesto: «da una parte sola, dalla parte dei lavoratori».

715 GIUGNI, 2007, 79.

716 GIUGNI, 1970a, 86.

Ma torniamo indietro nel tempo.

Al tempo degli studi universitari, egli avrebbe voluto iscriversi a Scienze politiche, che – però – a Genova, dopo la caduta del fascismo, non esisteva più[717], assorbita da Giurisprudenza, nella quale si ritrovò, anche per assecondare il desiderio paterno. Dell'esperienza universitaria non ha mai riferito con entusiasmo: «Dio solo sa – sono sue parole – quanto penai a studiare l'ipoteca e l'enfiteusi». Non gli pareva un gran posto l'Università: ai suoi occhi, «era una degna sede dove rispettabili professori facevano lezione ma non si curavano minimamente di far scuola»[718].

Anche l'incontro con il diritto del lavoro fu quasi accidentale e, comunque, mediato dalla vocazione politica e dalla passione per la storia moderna e la sociologia, coltivata negli anni universitari. Non a caso, la sua «prima lettura di diritto del lavoro»[719] era stata un libro di storia del diritto sindacale, un'opera di Giuliano Mazzoni, *La conquista della libertà sindacale* (1947).

Una volta chiesta la tesi in diritto penale a Giuliano Vassalli e concordato come argomento il processo di Norimberga, Giugni si imbatté, sulla bancarella dei libri allestita in occasione di un congresso socialista, nella *Storia del movimento operaio* di Rinaldo Rigola (primo segretario generale della Confederazione generale del lavoro), un vecchio testo di storia del sindacalismo ormai dimenticato. Fu la lettura del capitolo sullo sciopero ad appassionarlo e a dirottarlo verso il diritto penale del lavoro e, precisamente, verso una tesi dal titolo '*Dal delitto di coalizione al diritto di sciopero*': un tema, allora, quasi inesplorato e privo di bibliografia, se si fa eccezione per alcuni testi pubblicati all'estero e praticamente irreperibili[720].

Laureatosi nel 1949 con il massimo dei voti e dignità di stampa della tesi, dopo essere stato nominato assistente volontario di diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza di Genova (a decorrere dal 1° maggio 1950), a soli ventiquattro anni ottenne una borsa di studio per gli Stati Uniti. Si imbarcò sulla motonave *Vulcania* e lì nacque il sodalizio umano e intellettuale con Federico Mancini.

Sabino Cassese – nel richiamare quella vicenda – ha evocato un altro celebre viaggio negli USA, quello del ventiseienne Tocqueville. Entrambi partirono con «domande confuse alle quali cercavano una risposta» ed entrambi tornarono «con idee chiare e grandi propositi»: i loro viaggi contribuirono «alla scoperta di una cultura e a libri destinati a restare nella cultura europea»[721].

---

[717] La circolare del Ministro della pubblica istruzione n. 1120 del 27 novembre 1944, sospese – per l'anno accademico 1944/45 – le iscrizioni alle Facoltà di Scienze politiche e dispose l'immatricolazione dei relativi studenti alle Facoltà di Giurisprudenza. L'intenzione era di sopprimere le «Facoltà superflue, come quelle delle Scienze politiche, che si erano prestate nel ventennio, sia con gli insegnamenti che vi vennero impartiti, sia con i docenti che furono chiamati alle relative cattedre con metodi sempre rigidamente autoritari e incontrollati, a servire l'ideologia fascista, divenendo rapidamente, anziché centri di cultura scientifica, incubatrici di gerarchi del regime» (CALVARIO, LEUZZI, 2001, 147-149).

[718] GIUGNI, 1987, 215.

[719] GIUGNI, 1983, 3.

[720] In risposta ad una richiesta del laureando Giugni, Rigola si doleva «di non avere oggi sottomano almeno un elenco di pubblicazioni che ti possano servire di guida nel tuo lavoro» (lettera del 14 aprile 1949, in *Archivio Storico Fondazione Pietro Nenni*, Fondo Giugni, Serie Attività Giovanile 1947-1962, busta 2, fascicolo 8).

[721] CASSESE, 2012, 185.

Nella domanda per la borsa *Fulbright* Giugni aveva chiesto di essere assegnato a una Università nella quale si approfondissero i problemi del lavoro in genere, sempre perché il suo interesse alla scienza giuridica era a quell'epoca molto mediato. Finì così alla Facoltà di Economia dell'Università del Wisconsin (a Madison), a quel tempo «uno dei centri più noti di ricerca e di preparazione intorno ai problemi del lavoro nella società contemporanea»[722], ove, sotto la guida di Selig Perlman, Giugni imparò a studiare «l'economia da un punto di vista giuridico», ma anche «il diritto dal punto di vista economico»[723].

Al suo rientro in Italia (nel giugno del 1952) fu pervaso dal dubbio se continuare gli studi giuridici o passare definitivamente a quelli economici. Di questo travaglio lo stesso Giugni fornì una lettura utile a ricostruirne la personalità intellettuale di giurista (all'epoca) anomalo, perché aperto alle sollecitazioni delle altre scienze sociali.

> «In un primo tempo avevo avuto infatti la sensazione che lo studio del diritto fosse perfettamente inutile dal punto di vista della trasformazione della società: chi doveva cambiare la società doveva studiarne le strutture economiche, era inutile studiare quelle giuridiche. Può sembrare un giudizio ispirato da un marxismo mal digerito, ma la verità in fondo è un'altra: quel diritto, quella scienza giuridica, che dominavano in Italia, e cioè la dogmatica e il formalismo, erano veramente inadatti a una concezione del diritto come progetto politico».

Dopo l'esperienza americana egli si riaccostò agli studi giuridici essenzialmente grazie alla lettura degli scritti di Tullio Ascarelli, capendo di aver sbagliato nel giudizio «circa la funzione politica del diritto»[724].

La fase di resistenza alla scienza giuridica era definitivamente superata, ma non la tensione verso la ricerca di una costruzione metodologica innovativa, che implicava l'apertura di percorsi tematici fino ad allora inesplorati.

Il torpore nelle riflessioni scientifiche sul fenomeno sindacale fu scosso dal breve ma fondamentale saggio dei due giovani pionieri, reduci dall'esperienza negli Stati Uniti: *Per una cultura sindacale in Italia*[725]. Quello scritto diventerà «negli anni un punto di riferimento, quasi un manifesto delle priorità da seguire nel cammino di un diritto del lavoro in trasformazione»[726].

In una sorta di tacita suddivisione dei compiti al servizio di «una strategia comune contro la vecchia dogmatica e contro i residui della cultura giuslavoristica corporativa»[727], mentre Federico Mancini si preoccupava di ricostruire in termini esclusivamente contrattuali il rapporto di

---

[722] ROMANI, 1976, 46.

[723] GIUGNI, 1992, 416-417.

[724] GIUGNI, 1992, 420.

[725] GIUGNI-MANCINI, 1954.

[726] SCIARRA, 2012, 696. L'immagine del viaggio, altrove adoperata dalla stessa Autrice (SCIARRA, 2009), sembra suggerita proprio da GIUGNI-MANCINI, 1954, 45: «gli autori di questo articolo sarebbero lieti se, alla maniera degli antichi viaggiatori, fossero riusciti a rivelare le ricchezze potenziali di quella terra, invogliando qualcuno a intraprendere verso di essa un nuovo viaggio per l'inizio di un suo più razionale sfruttamento».

[727] ICHINO, 2008, 47.

lavoro[728], Gino Giugni si impegnava a cercare nuove basi su cui poggiare i profili collettivi della materia.

Era fermamente convinto che il futuro del diritto del lavoro «non poteva essere assicurato da libri scritti a mezzo di altri libri»: occorreva interrogare i fatti e, in particolare, «stabilire contatti diretti con la quotidianità del mondo della produzione»[729].

Questo approccio traspare splendidamente in una lettera che egli inviò ad Adriano Olivetti il 23 novembre 1954[730], intendendo perorare la pubblicazione di uno studio sul «diritto dei contratti collettivi in Italia».

> «Il diritto del lavoro [...] è 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».

E, in conclusione, egli ci teneva a ribadire agli occhi del grande imprenditore (in un confronto fra due innovatori per antonomasia) 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».

In quel periodo (la prima metà degli anni Cinquanta) l'attenzione culturale del giovane Giugni era già pienamente rivolta ai problemi sociali, in una dimensione non circoscritta alla visuale tecnico-giuridica, ma orientata ai bisogni della realtà.

Nel 1953 egli fu coinvolto nella realizzazione, per iniziativa di Paolo Emilio Taviani, di un Centro di preparazione politico-amministrativa (CPPA), avente il compito di rigenerare la formazione della classe dirigente italiana, unendo «alla conoscenza dei mezzi tecnici la capacità di valutare i presupposti e le conseguenze del loro impiego, e pertanto di formulare giudizi di opportunità politica, anziché di mera validità tecnica o di rispondenza ad astratti modelli ideologici»[731].

La relazione tenuta da Giugni al primo convegno per l'organizzazione del Centro (19 luglio 1953)[732] mostrava già una profonda consapevolezza critica dei limiti del sapere accademico rispetto «alle esigenze dello sviluppo moderno e democratico del nostro Paese», con particolare riguardo alla formazione del personale dirigente.

> «Data l'attuale struttura universitaria italiana, esso è composto in larga prevalenza di funzionari dotati di una preparazione giuridica, conoscitori cioè della statica amministrativa, che è costituita dal diritto, ma all'oscuro dell'effettiva situazione

---

728 MANCINI, 1957.

729 ROMAGNOLI, 2017, 769-770.

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

731 Come si legge nel programma, in *Archivio Storico Fondazione Pietro Nenni*, Fondo Giugni, Serie Attività Giovanile 1947-1962, busta 3, fascicolo 19.

732 Parzialmente pubblicata ne *il Mulino*, settembre 1953.

> storico-sociale sulla quale sono chiamati ad operare».

La sua attenzione si concentrò sulla inadeguatezza delle Facoltà di Giurisprudenza a preparare i futuri dirigenti, i quali, per la maggior parte,

> «conducono con sé, per tutta la vita professionale, il sottofondo di una preparazione che, come è quella delle nostre facoltà giuridiche, trascura lo studio dell'economia politica, antepone, spesso, il diritto finanziario alla scienza delle finanze, ha cancellato da mezzo secolo tra le materie di insegnamento la scienza dell'amministrazione, tende, per una certa formazione culturale dei nostri maestri di diritto, a fornire del diritto una accezione tecnico-formalista, che probabilmente è discutibile, ma che è certamente dannosa per chi non acceda alla carriera forense o non entri in magistratura – e forse è dannosa anche per questi ultimi».

L'anno successivo (1954) Giugni collaborò ad una ricerca sociologica – commissionata dall'UNESCO – sugli esiti della riforma agraria del 1950, su proposta di Manlio Rossi-Doria. Furono i suoi primi passi in Puglia (a Gravina, per l'esattezza), una tappa importante della sua formazione culturale, in cui egli si confrontò con il sofferto e contraddittorio sviluppo economico, sociale e politico del Mezzogiorno nel secondo dopoguerra[733].

In quello stesso anno cominciò a collaborare con l'Ufficio Studi e Formazione di Firenze (promosso dalla CISL e diretto da Mario Romani, professore di storia economica alla Università Cattolica di Milano) e, conseguentemente, con la relativa Scuola di formazione sindacale (dove insegnò fino al 1958), in cui si ritrovò assieme a «tutta una leva nuova di economisti che vengono a parlare un linguaggio nuovo, quello dell'economia moderna, che in Italia non era affatto conosciuto»[734].

Ad affinare la sua sensibilità verso le dinamiche concrete del mondo del lavoro, contribuì fortemente l'esperienza all'IRI (avviata il 1° giugno 1957), come funzionario nel 'Servizio studi del lavoro' appena creato da Giuseppe Glisenti (già direttore dell'ufficio studi della CISL). Fino ad allora era del tutto inesplorata l'idea che il diritto del lavoro potesse essere centrale nello sviluppo di una moderna cultura d'impresa e fosse in grado di contribuire all'innovazione del sistema imprenditoriale pubblico.

A questo punto, è tutto chiaro al giovane ma già maturo studioso. Si guarda intorno. Avverte l'esigenza di aprire le finestre della conoscenza al vento che soffiava impetuoso dalla realtà economico-sociale in cui vive la regolazione del lavoro.

Ma era «un autodidatta e un isolato»: nulla lasciava presagire che il futuro lo avrebbe visto «a capo del "*main-stream*" della cultura giuslavoristica italiana»[735].

Eppure, per Giugni fu un «privilegio» – secondo la felice intuizione di Paolo Grossi – «non avere un maestro» e «non essere inserito in nessuna scuola accademica, perché orfanità – nel suo caso

---

[733] Egli intuì che «per superare la crisi i problemi da affrontare erano di due tipi: l'occupazione e il rinnovamento delle classi dirigenti politico-sindacali a livello locale» (MISIANI, 2001, 337).
[734] GIUGNI, 1974, 211. E tra gli allievi vi furono alcuni futuri dirigenti nazionali della CISL, tra cui Pierre Carniti e Franco Marini. Sull'esperienza del Centro Studi, v. BAGLIONI, 2011, 86 ss.
[735] CASSESE, 2012, 186.

– significa libertà di scelte, libertà di azione intellettuale, libertà – insomma – di cercare la propria identità senza condizionamenti»[736].

Si apprezza il grande contributo di rottura e di innovazione fornito da Giugni, collegandolo alla peculiare posizione del diritto del lavoro nel panorama giuridico del secondo dopoguerra: «è il metodo a porsi come motore della trasformazione e a imporre una profonda rilettura della tradizione»[737].

Fino agli anni '50 si sentiva aria di chiuso da quelle parti: era ancora evidente l'ancestrale tributo a quel formalismo dogmatico, che riconduceva l'assetto del moderno rapporto di lavoro, nato nella società industriale, a quanto «già scritto nel libro della perenne saggezza giuridica dei Romani»[738].

Dal canto suo, il diritto sindacale, rimasto sotto le macerie del corporativismo, viveva ancora in attesa della legge di attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost. A Gino Giugni bisogna riconoscere di essere stato «il primo giurista italiano a presagire che il provvisorio sarebbe diventato permanente»[739] e, conseguentemente, ad «allestire un modello sistematico capace di riempire lo spazio lasciato vuoto dalla mancata attuazione delle norme costituzionali»[740].

Il punto di partenza fu l'insuperabile definizione di interesse collettivo, come «interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune», con cui Francesco Santoro Passarelli aveva già riportato il fenomeno sindacale nell'alveo dell'autonomia privata[741].

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»[742].

La monografia di Giugni del 1960, che segnerà per sempre la sua fama scientifica (oltre a valergli la libera docenza), giunse quando ormai l'approccio dogmatico a cui era abituata la generazione di Santoro-Passarelli non riusciva più a governare concettualmente un sistema contrattuale (quello sprigionato dalle relazioni collettive nel campo dei rapporti di lavoro), che si era ampiamente sviluppato al di fuori della dimensione statuale del diritto.

Allora, si può ben dire 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

---

736 GROSSI, 2007, 251.
737 CAZZETTA, 2009, 9.
738 GIUGNI, 1989, 255.
739 ROMAGNOLI, 2017, 807.
740 GHERA, 2007, 267.
741 SANTORO PASSARELLI, 1965, 21.
742 LISO, 2009, 128.

> in un'epoca in cui essa era generalmente considerata una sfida o una minaccia»[743].

Fu un modello di analisi in grado di dimostrare che «l'adesione acritica all'ottocentesca concezione stato-centrica del diritto penalizza arbitrariamente la vitalità dell'autonomia privato-collettiva, negandone l'attitudine a creare un ordinamento *iure proprio*»[744]. Da allora in poi, fu possibile riconoscere al diritto spontaneo dei gruppi organizzati la sua intrinseca natura normativa, non più subordinata al riconoscimento da parte dell'ordinamento statuale.

Quel libro racchiude benissimo l'atmosfera di grande trasformazione, che segnò l'arrivo di Giugni a Bari, chiamato (il 7 luglio 1960) come libero docente di diritto del lavoro, in luogo di Gustavo Minervini.

Si sa che la materia non si era ancora affrancata dell'immagine di «Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza»[745]. Pur conservando l'attributo di insegnamento fondamentale, il diritto del lavoro era stato travolto dalla reazione di rigetto verso il corporativismo, animata più da paure che da consapevolezze nell'interrogare il passato.

Quello fu il tempo in cui

> «la demonizzazione del fascismo giuridico impediva di vederne le connessioni col presente e la mitizzazione dell'incontro del lavoro col suo diritto avvenuto in epoca prefascista alimentava la retorica dell'*heri dicebamus* che pretendeva non solo di riallacciare discorsi giuridici interrotti, come se fosse possibile riprodurre l'eguale nel diseguale, ma anche di occultarne i legami col corporativismo e le sue degenerazioni autoritarie»[746].

Rare erano le libere docenze e, ancor più, i concorsi[747]; i trattati, i testi e i corsi universitari cercavano il diritto del lavoro soltanto nel libro quinto del codice civile, ignorando totalmente i prodotti negoziali delle parti sociali.

Giugni approda a Bari e si insedia nell'Istituto di diritto privato, «dietro una piccola scrivania in coabitazione con altri colleghi», in una «soffitta ricavata dalle stanze più alte di un edificio costruito nella seconda metà degli anni '20»[748].

Egli appare come «un giurista-sociologo, cultore del nuovo indirizzo della politica del diritto (con Rodotà, Tarello, Cassese)» e, per questo, inizialmente viene «tenuto in sospetto politico dell'ambiente accademico locale, non certamente dei più avanzati, dove si teneva in sospetto la

---

[743] ROMAGNOLI, 2018, 141.

[744] ROMAGNOLI, 2017, 788.

[745] ARDAU, 1947. La caduta del fascismo aveva inciso anche sull'ordinamento universitario: per effetto del R.d.l. 27 gennaio 1944, n. 58, dall'anno accademico 1943-44 non si tennero più corsi di diritto corporativo, sostituiti da corsi di diritto del lavoro. Quelli effettivamente attivati furono quasi ovunque tenuti per supplenza da professori di altre discipline, «per lo più poco entusiasti di questa zavorra» (GAETA, 2020, 96).

[746] ROMAGNOLI, 2008, IX-IX.

[747] Precisamente, dopo un primo concorso di diritto del lavoro bandito nel 1951, in cui – però – non ci furono vincitori, si dovette attendere il concorso del 1956, per avere tre nuovi professori della materia (R. Corrado, V. Carullo e G. Ardau).

[748] È la suggestiva (e del tutto fedele) descrizione di VENEZIANI, 2019, 36, al quale rinvio per una ricostruzione del ruolo di Giugni nella fondazione e nello sviluppo della *Scuola* barese.

sociologia stessa perché in qualche modo richiamava alla mente il socialismo»[749].

Eppure, in quegli anni, anche grazie a lui, a Bari cambia il modo di insegnare e di fare ricerca; si avvia un'operazione di svecchiamento culturale dell'accademia, in senso antidogmatico e antiformalistico.

Si badi, l'interdisciplinarità (una delle parole-chiave in cui si può riassumere l'intero profilo culturale di Giugni) e l'apertura alle altre scienze sociali per la comprensione e lo sviluppo del diritto del lavoro non significarono affatto una confusa sovrapposizione tra di esse: «quando uno studia la propria materia deve usare il metodo che le è proprio», egli ripeteva[750].

La principale novità della scuola giuslavoristica barese fu l'avvio delle ricerche di taglio empirico, aperte allo studio di materiali extra-legislativi, dalla contrattazione collettiva alle consuetudini e prassi aziendali: una vera eresia per la tradizione del giuspositivismo formalista, impenetrabile alle altre scienze sociali e ancora imperante nelle facoltà giuridiche e nella dottrina dominante.

Comparivano 'arnesi' nuovi nelle mani del giurista. Si valorizzava l'indagine sul campo, l'osservazione dei fenomeni reali, la conoscenza (se non addirittura la partecipazione diretta alle vicende) delle relazioni sindacali. Era una radicale innovazione di metodo: si andava «a vedere come le cose effettivamente funzionano, come gli interessi e i conflitti si traducano in nome e istituzioni e a loro volta vengano da queste influenzati e condizionati»[751].

L'impegno didattico barese testimonia l'originalità e la versatilità della personalità scientifica di Giugni: la vitalità del suo insegnamento si manifestava attraverso la pluralità e la ricchezza delle esperienze formative nelle quali coinvolgeva i propri studenti anche fuori delle mura universitarie[752].

Le aule si aprirono alle testimonianze del mondo sindacale (basti pensare, per fare solo un nome, a Luciano Lama), di *managers* del settore pubblico e privato, di esponenti politici: la metodologia didattica cambiava profondamente, assumendo una connotazione sperimentale, e «la diversità del linguaggio» adoperato dai docenti «serviva ad ampliare a dismisura le curiosità e ad accrescere la voglia di apprendere»[753]. In tal senso, una menzione particolare merita l'esperienza della *Scuola di perfezionamento in Diritto del Lavoro e Previdenza Sociale*, di cui Giugni assunse la direzione il 15 gennaio 1964.

In quegli anni e di lì in poi, Giugni non si limitò a studiare e spiegare il diritto, ma contribuì a costruirlo, in uno straordinario processo di osmosi tra pensiero e azione, in cui si è realizzata «una combinazione tra giurista, legislatore, politico che è eccezionale, non solo in Italia»754.

---

[749] GIUGNI, 1992, 427; quel nuovo indirizzo si tradusse, anni dopo, nella fondazione della rivista *Politica del diritto*, avvenuta nel 1970, ad iniziativa di Rodotà e con l'apporto di Giugni, Cassese, Mancini ed altri (lo ha ricordato, recentemente, AMATO, 2019, 7).

[750] GIUGNI, 1992, 428.

[751] COSTA, 2009, 40.

[752] Tra i vari esperimenti didattici è il caso di citare la visita alla Olivetti di Ivrea (nella primavera del 1964), in cui un gruppo di studenti di Giugni partecipò ad un ciclo di seminari tenuti dal sociologo Luciano Gallino, assieme allo 'stato maggior È aziendale.

[753] SCIARRA, 2019a, 12. Sull'esperienza della Scuola di perfezionamento e, in generale, sul ruolo di Giugni nell'Ateneo barese, v. VOLPE, 2013.

[754] TREU, 2011, 14.

In questa osmosi risiede il senso ultimo della sua missione di giurista. Certamente, egli non fu, semplicemente, un tecnico del diritto, una figura che considerava «tipicamente subalterna»:

> «il giurista, che deve svolgere una missione civile altissima, non è tecnico. Chiamiamo le cose con il loro nome: il giurista è un politico del diritto»[755].

Non ha mai avuto esitazioni né imbarazzi a demistificare la presunta «neutralità del giurista», impegnandosi a «rendere chiaramente esplicite le proprie premesse di politiche del diritto», come «atto di onestà intellettuale»:

> «vorrei che lo facessero anche quelli che continuano a ritenersi giuristi imparziali, perché, a mio avviso, giuristi imparziali non ce ne sono. Accettare una qualificazione ideologico-politica non è un'offesa alla dignità del giurista, l'essenziale è che ci sia l'accettazione reciproca del fatto di essere chiaramente da una parte o dall'altra, essere in grado di svolgere un civile dialogo a carte scoperte e, in questo modo, dare un corso evolutivo allo sviluppo della scienza e dell'interpretazione giuridica»[756].

Fu questo il piglio con cui portò il suo sapere scientifico nei luoghi di produzione del diritto.

Un'altra pagina da raccontare.

3. Nella fucina delle regole.

Dopo aver seguito, nel corso della sua esperienza professionale all'IRI, la vicenda del distacco delle aziende a partecipazione pubblica dalla Confindustria (art. 3, legge 22 dicembre 1956, n. 1589), culminata nella costituzione dell'Intersind (1960), Giugni collaborò alla realizzazione dello storico Protocollo Intersind-Asap, firmato il 5 luglio 1962, ove si stabilivano le regole generali di un nuovo sistema di contrattazione collettiva, la cosiddetta contrattazione articolata. Con quell'accordo, «la vera pietra fondativa delle moderne relazioni industriali»[757], si tentò di «porre in essere, con la parte più illuminata del management pubblico, una governance multilivello in grado di razionalizzare un sistema di relazioni industriali ancora anchilosato su assetti totalmente centralizzati di confronto interconfederale»[758].

Fu il primo passo del cammino verso ruoli di responsabilità sempre crescente nei luoghi di produzione delle regole della nostra materia.

Di lì a breve, infatti, comincerà la lunga gravidanza dello Statuto dei lavoratori.

Nel corso del secondo Governo Moro il Ministro del lavoro, Delle Fave, avviò la fase dell'ascolto delle organizzazioni sindacali, a cui fu somministrato un questionario, articolato su tre questioni principali: i licenziamenti individuali, le Commissioni interne, l'esercizio dei diritti sindacali nell'azienda[759]. La redazione del disegno di legge governativo fu affidata ad una commissione

---

[755] In AA.VV., 1971, 104. In relazione al contributo progettuale dei giuristi riformisti alla elaborazione dello Statuto, Federico Mancini rilevò «un fenomeno non troppo frequente nei rapporti tra giuristi e classe politica in Italia […]: quello di studiosi che, anziché agire da "segretari del principe", e cioè mettere la loro tecnica al servizio delle forze istituzionali, operano come autentici specialisti della razionalizzazione sociale, elaborando una politica del diritto e favorendone l'accoglimento da parte di tali forze » (in AA.VV., 1971, 18).

[756] GIUGNI, 1976a, 217.

[757] CELLA, 2019, 11/12, 35.

[758] LEONARDI, 2009, 23.

[759] Il questionario è riportato in *RIDL*, 1964, III, 237 ss.

tecnica a cui Giugni prese parte, su indicazione del socialista Giuseppe Tamburrano, all'epoca consigliere politico di Nenni (gli altri componenti erano Federico Mancini, Giuliano Mazzoni, Ubaldo Prosperetti e Mario Grandi).

Ne scaturì il primo capitolo del progetto di Statuto dei diritti dei lavoratori, vale a dire la legge 15 luglio 1966, n. 604.

L'anno precedente, precisamente il 29 aprile 1965, un accordo interconfederale – fortemente voluto dalla CISL e dalla Confindustria – aveva ribadito (sulla scia di precedenti accordi del 7 agosto 1947 e del 18 ottobre 1950) la fine del recesso *ad nutum* nel rapporto di lavoro, previsto dal codice civile. Quella disciplina pattizia provava ad evitare un intervento legislativo sulla materia dei licenziamenti, che – viceversa – dopo solo qualche mese la Corte costituzionale solleciterà (con la sentenza n. 45 del 9 giugno 1965), sia pure respingendo l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 2118 c.c.

Infatti, sul primato della soluzione contrattuale la CISL aveva costruito la propria identità politico-culturale, riassumibile nello slogan *Il nostro Statuto è il contratto*[760], che emerse in occasione della consultazione governativa avviata dal secondo Governo Moro. Nelle risposte al citato questionario inviato dal Ministero del lavoro, il sindacato di Via Po, in coerenza con il *Patto di unificazione delle forze sindacali democratiche* (che faceva da premessa allo Statuto Confederale approvato al Congresso di Napoli, 11-14 novembre 1951), richiamava «il metodo e i principi, sulla base dei quali essa ha sempre concepito e realizzato, in termini di sostanziale autonomia, l'azione sindacale ordinaria», i quali

> «indicano, in via primaria, nella libera e responsabile contrattazione collettiva lo strumento più idoneo, da un lato per far partecipare i lavoratori, in condizioni di effettiva autonomia e in ragione del loro indispensabile apporto alla produzione, alla distribuzione del reddito, a livello di settore e a livello di impresa, attraverso una razionale politica salariale fondata sui due livelli integrati di negoziazione; dall'altro, per arricchire la sfera dei loro diritti e delle loro libertà nei luoghi di lavoro, attraverso l'ampliamento dei contenuti di tutela del contratto collettivo».

Come detto, la fama scientifica di Giugni (ormai diffusasi negli ambienti sindacali) era legata alla linea astensionistica propugnata nella sua Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva, rispetto ad una legge di attuazione dell'art. 39 Cost., reputata invasiva dell'autonomia organizzativa e contrattuale dei sindacati.

Giugni, che non è mai stato un intellettuale 'organico' al sindacato (nel senso comunemente attribuito a questo termine), ma semmai «un uomo-cerniera fra il movimento sindacale e le istituzioni democratiche»[761], non si fece condizionare dal *feeling* culturale maturato con la CISL, negli anni precedenti[762]. Prevalse la sua «attitudine sempre pragmatica e realistica», che – nel contesto

---

[760] D'obbligo è il riferimento a GRAZIANI, 2007.

[761] ICHINO, 2009.

[762] Rientrato dal viaggio negli Stati Uniti, Giugni maturò presto una «oggettiva consonanza di posizioni culturali su alcuni aspetti importanti dell'azione collettiva» (GRANDI, 2007, 293) con la neonata CISL. I riferimenti comuni non erano certo alla dottrina ecclesiale del tempo e alla sua «impronta organicistica e decisamente anticonflittuale» (BAGLIONI, 1975, 11). Piuttosto, in quella fase Giugni

specifico– lo induceva a sostenere l'utilità della legge, nonostante l'ostilità della CISL, la quale – è Mario Napoli a riconoscerlo molto tempo dopo – «non si accorse, forse per il forte influsso ideologico, che il legislatore inaugurava un nuovo modello di rapporti tra contrattazione collettiva e legge, poiché di fatto la legge recepiva il precedente accordo interconfederale»[763].

Questo fu uno degli argomenti con cui Giugni non esitò a schierarsi pubblicamente a favore dell'intervento legislativo nel corso di un dibattito svoltosi a Roma, nel teatro Eliseo, esattamente tre mesi prima dell'approvazione della legge n. 604, ad iniziativa della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* e della rivista *Democrazia e diritto*. A ciò si aggiunse, nella stessa circostanza, la consapevolezza della insostituibilità dello strumento legislativo per la «difesa della libertà», che è «un problema che per propria natura precede la contrattazione, e non si può pensare di affrontarla o risolverla attraverso quest'ultima»[764].

Infine (ed era questo il terzo argomento), si stava rivelando utile la ricerca empirica sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro[765], condotta dalle scuole di Bari e Bologna (rispettivamente guidate da Gino Giugni e Federico Mancini), un esempio virtuoso di studio non meramente speculativo, ma concretamente orientato a definire possibili linee di azione. Da essa emergevano, proprio mentre Giugni collaborava alla stesura della legge, le «gravi carenze» nell'esperienza applicativa dell'accordo interconfederale[766].

Il dissidio si trasferì nelle aule parlamentari, tant'è che sedici deputati democristiani di area cislina – dopo aver fatto addirittura ostruzionismo[767] – si astennero al momento dell'approvazione della legge da parte della Camera, ritenendo che essa fosse «destinata a diventare […] una grande sagra paesana dei giuristi e degli avvocati del nostro paese» e che distogliesse «la confidenza del lavoratore verso il sindacato»[768].

Quella «tenace opposizione» fu registrata – un anno dopo, dallo stesso Giugni – come espressione di una «insidiosa incrinatura dello schieramento sindacale», proprio mentre la legge n. 604/1966 riscuoteva un ampio consenso tra le forze politiche in Parlamento, evidentemente perché «corrispondeva alla coscienza del tempo»[769].

Il testo finale della legge ricalcò, in buona misura, i contenuti dell'accordo interconfederale, tanto

---

mostrava una «forte sintonia con la visione della funzione produttivistica dell'azione sindacale che caratterizza la Cisl degli anni '50 e l'area del "laburismo cristiano"» (LISO, 2018, 8, nt. 24). Risultavano cruciali, in quest'ottica, la centralità del legame del sindacato con la fabbrica, la sua autonomia da condizionamenti esterni e la spinta a superare la dimensione fortemente centralizzata della contrattazione, ancora preponderante nel corso degli anni '50 in Italia.

763 E, dunque, «il legislatore interveniva, ma mutuando i contenuti dell'autonomia collettiva, che perciò veniva esaltata, non mortificata» (NAPOLI, 2014, 34).

764 GIUGNI, 1966, 127-128.

765 Poi raccolta in AA.VV., 1968, ma v., ancora prima, VENETO, 1965.

766 LISO, 2018, 25.

767 Lo ricorda CAZZOLA, 2017, 35.

768 Sono parole dell'on. Armato, in *Atti della Camera dei deputati*, *Discussioni*, IV Legislatura, 22564 e 22568; v., pure, il successivo intervento dell'on. Scalia, ivi, 22781 ss.

769 GIUGNI, 1967, 18-19. Egli precisava che «l'azione del sindacato non si svolge nel vuoto istituzionale ed un accorto uso dell'azione legislativa è reso opportuno vuoi per consolidare le conquiste sindacali, vuoi per rimuovere ostacoli alla realizzazione di esse».

da indurre qualcuno – ma senza seguito – a prospettare stravaganti dubbi di incostituzionalità[770].

Ma del tutto nuovo fu un punto, che può considerarsi (il più) cruciale, ossia la nozione di giustificato motivo oggettivo, una «invenzione» dello stesso Giugni, pensata allo scopo di contribuire a liberare la costruzione teorica del lavoro nell'impresa dai retaggi culturali del periodo corporativo riflessi nel lessico prescelto dal codice civile:

> «volevo impedire che si utilizzasse l'espressione "interesse dell'impresa", che avrebbe potuto essere intesa come un avallo legislativo alle teorie istituzionalistiche; quella frase nasceva direttamente da *Mansioni e qualifica*»[771].

E, infatti, nella monografia del 1963 egli aveva teorizzato che, «il richiamo ad esigenze oggettive dell'organizzazione si risolve in un criterio tipico di valutazione dell'interesse proprio del soggetto che ha predisposto l'organizzazione per il raggiungimento dei suoi fini»[772].

Due anni dopo l'approvazione della legge n. 604/1966, Giugni passò a capo dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale. Si era insediato il (primo) governo Rumor e a capo di quel Dicastero c'era il socialista Giacomo Brodolini.

E così, «per un paradosso della storia»[773], un teorico dell'astensionismo legislativo come Gino Giugni (nella sua rielaborazione dell'insegnamento di Otto Kahn-Freund) si ritrovò a guidare il percorso che, passando dalla legge n. 604/1966, condurrà il nostro Paese alla grande riforma del 20 maggio 1970.

A Giugni fu chiesto dal Ministro di elaborarne il progetto, presiedendo una commissione, insediatasi il 23 gennaio 1969, composta da «persone particolarmente qualificate, scelte più per i loro meriti scientifici che per l'appartenenza politica»[774], in una vera corsa contro il tempo, da un certo momento in poi accelerata dalle drammatiche condizioni di salute del Ministro Brodolini, consapevole di essere prossimo alla morte.

Reduce da un altro soggiorno negli Stati Uniti, nel 1966, aveva potuto «verificare gli effetti positivi di una legislazione di tutela come il *Wagner Act* rooseveltiano, che imponeva agli imprenditori il riconoscimento del sindacato e un continuo dialogo con esso»[775]. L'impostazione 'promozionale' era per lui un patrimonio culturale consolidato, che riversò nella costruzione del nuovo progetto di legge.

E su questo punto si consumò un acceso confronto (che sarebbe più onesto definire scontro) con i giuristi di area CGIL, facenti capo alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*[776], le

---

[770] SERMONTI, 1966 e MAZZONI, 1968.

[771] GIUGNI, 1992, 438-439.

[772] GIUGNI, 1963, p. 318.

[773] Sono parole di GAETA, 2020, 115.

[774] GIUGNI, 2007, 81. I componenti erano: Giuseppe De Rita, Giuseppe Tamburrano, Federico Mancini, Ubaldo Prosperetti, Luciano Spagnuolo Vigorita, Giuseppe Pera (poi sostituito da Antonio D'Harmant François), Luciano Ventura e Antonio Freni.

[775] GIUGNI, 2003, 22.

[776] Con quella rivista Giugni aveva avuto dissidi già in occasione della pubblicazione, nel marzo 1951, di un articolo tratto dalla sua tesi di laurea, sottoposta a «significativi tagli» redazionali, tali da farla sembrare un testo «impregnato di una cultura di impronta comunista, se non addirittura stalinista» (GIUGNI, 2007, 42). Dieci anni dopo, una nota comparsa sulla *Giuridica*, a firma di M.V. (quasi

cui posizioni – nella Commissione ministeriale – erano rappresentate da Luciano Ventura.

Si erano ormai arenati i vari progetti di legge presentati (a partire dal 1967) dal PCI e dal PSIUP, essenzialmente incentrati sulla «difesa delle libertà sindacali, civili e politiche nell'azienda», ma in una dimensione individualistica, e, per questo, avversati da Giugni, il quale li riteneva espressione di una linea di retroguardia, tarata «sulle lotte difensive degli anni '50 o sui rapporti di egemonia politica formatisi dopo il 1945»:

> «lo statuto dei diritti dei lavoratori resta una formula povera di contenuto, se non è basato sul presupposto che tali diritti debbono esercitarsi essenzialmente in forma collettiva, vanno radice non in astratte enunciazioni precettive, ma in concreti rapporti di forza»[777].

Per le opposizioni rimaneva, dunque, la battaglia in aula sul disegno di legge governativo n. 738, definito (ma solo dopo «un primo, sommario esame del testo») da Ugo Natoli – sulle colonne de *Il Giorno*, il 1° luglio 1969 – «assai deludente ed inidoneo a fare, finalmente, entrare la Costituzione nelle fabbriche».

In un articolo nella *Giuridica*, lo stesso Direttore ebbe modo di articolare meglio il suo pensiero, senza però cambiare i toni del giudizio. Quel progetto gli sembrava «totalmente inadeguato al fine di una effettiva tutela delle libertà nelle fabbriche, ponendosi piuttosto in funzione sostanzialmente limitativa di esse»; per di più, in esso scorgeva «un'assai opinabile istituzionalizzazione delle organizzazioni sindacali (sia pure per il momento al livello aziendale)» e, conseguentemente, «una regolamentazione, sotto vari aspetti, d'autorità della loro attività». Insomma, a suo dire, il legislatore avrebbe dovuto tutelare i diritti fondamentali dei singoli lavoratori (a cui dedicava soltanto 7 dei 25 articoli), anziché «quelli dei sindacati», i quali – così istituzionalizzati e rafforzati – si vedevano attribuire «una funzione sotto vari aspetti limitativa o, addirittura, esclusiva dei diritti dei lavoratori *uti singuli*». In particolare, la polemica si concentrò sul riconoscimento del diritto di assemblea in capo alle rappresentanze sindacali aziendali, a cui si imputava «l'esclusione di eventuali riunioni extrasindacali e, possibilmente, aventi ad oggetto argomenti attinenti alla concreta disciplina della situazione aziendale», con l'evidente intendimento di «escludere ogni possibilità di dibattito comunque politico»[778].

Le parole di Natoli si saldarono pienamente con alcune sortite parlamentari del Partito comunista, che, in verità, pur mantenendo – per onore di bandiera – posizioni opposte alla maggioranza, nei lavori della X Commissione al Senato seppe ripiegare su alcune soluzioni intermedie, che concorsero a variare, in alcuni punti (anche significativi) il disegno governativo. Complessivamente, quest'ultimo, nel corso dei lavori parlamentari, subì «una corposa integrazione ispirata dalla

---

certamente, Marco Vais, responsabile dell'ufficio legale nazionale della CGIL), definì la monografia di Giugni del 1960 «documentata, abile, interessante ma […] equivoca», a causa del «frequente civettare con le teorie del trapassato corporativismo». In seguito, un articolo dell'allievo Bruno Veneziani in tema di organismi paritetici in agricoltura, tutto impregnato del metodo e delle idee del Maestro (VENEZIANI, 1969, 351), fu pubblicato integralmente, ma accompagnato da una nota redazionale dissenziente, che suscitò il forte disappunto di Giugni.

[777] GIUGNI, 1968, *passim*.

[778] NATOLI, 1969, 320-321.

cultura del garantismo individuale»[779].

Nel frattempo, nella CGIL già nel corso del 1969 prevalsero nettamente «le preoccupazioni di carattere unitario», che smussarono molto l'antico richiamo al primato della linea 'costituzionale'[780].

Tra le varie questioni su cui si consumò il dissenso dell'opposizione di sinistra, oltre alla esclusione delle piccole imprese dal campo di applicazione della legge (e, in particolare, dei vincoli in materia di licenziamenti) e alla mancata regolamentazione dei licenziamenti collettivi, la critica più aspra riguardò il futuro art. 20 dello Statuto, letto quasi come se fosse una norma proibitiva, contenente un divieto, ossia la privazione del diritto di svolgere attività politica in fabbrica. Nella visione comunista l'assemblea rappresentava uno dei principali strumenti per aprire la fabbrica al partito e per 'politicizzare' le vertenze sindacali[781].

Dal canto suo, Giugni era convinto che, poiché i diritti costituzionali «non sono tutti esercitabili in qualsiasi circostanza di tempo e di luogo», sarebbe stato incongruo imporre all'imprenditore di collaborare alle attività politiche in senso stretto, «ponendo a disposizione locali o muri per affissioni o concedendo tempi liberi di permessi e così via». Per di più, egli ammoniva circa il «potenziale negativo» che l'assemblea politica in fabbrica avrebbe avuto «sugli sviluppi dell'unità sindacale»[782].

Tali argomenti si condensarono nel dibattito parlamentare – per bocca del deputato comunista Giuseppe Sacchi – il giorno prima del voto alla Camera[783].

> «L'articolo 20 stabilisce che i lavoratori, in assemblea, possono discutere solo di materia attinente agli interessi sindacali e di lavoro. Ebbene, cos' è questa pretesa se non una sfacciata interferenza nella vita sindacale? Ma chi dà a noi il diritto di stabilire per legge ciò che i sindacati devono discutere? Io vorrei chiedere chi dovrebbe controllare se venga rispettato il tema, l'ordine del giorno. Il lavoratore deve forse presentare il testo dell'intervento o della relazione alla direzione, o sarà forse presente di diritto alle assemblee dei lavoratori la polizia, con i registratori in mano?».

Lo stesso tema fu ripreso dall'on Alini del Partito socialista di unità proletaria, il quale – pur scorgendo nella legge «un primo parziale successo delle lotte operaie» – considerava la «discriminazione tra diritti sindacali e diritti politici» come «un assurdo giuridico e costituzionale».

Il giorno successivo (14 maggio) [784], prese la parola il Ministro del lavoro, Carlo Donat-Cattin. Dopo aver ringraziato il professor Giugni e gli altri collaboratori dell'ufficio legislativo ministeriale, replicò ruvidamente ad una interruzione di Mario Pochetti (deputato comunista), che lamentava il mancato riconoscimento dei «diritti politici»:

> «Non è possibile prevedere che la affermazione dei diritti politici di un paese sia

---

779 LISO, 2018, 40.

780 Il passaggio è ben spiegato da STOLFI, 1976, 76 ss. Sulla evoluzione della posizione della CGIL in merito al sostegno legislativo al sindacato, v. RICCIARDI, 1975b.

781 STOLFI, 1976, 139.

782 GIUGNI, 1969, 386-388.

783 Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, V Legislatura, Discussioni, Seduta antimeridiana del 13 maggio 1970.

784 Atti Parlamentari - Camera dei Deputati, V Legislatura, Discussioni, Seduta antimeridiana del 14 maggio 1970.

> connessa al fatto che negli asili infantili, nelle chiese o nelle fabbriche si debba usare del diritto di assemblea politica».

Chiuse il suo discorso, dedicando la legge «all'onorevole Brodolini e a tutti coloro che hanno pagato un prezzo più o meno alto per l'affermazione dei diritti di libertà e di democrazia che il movimento operaio ha portato avanti».

In quella stessa circostanza emerse con chiarezza (nelle parole del deputato socialista Bruno Corti) che l'opzione politica sottesa al testo della norma si legava ad un argomento ormai divenuto centrale nel dibattito politico, ossia il tentativo di preservare l'equilibrio tra le centrali sindacali:

> «poiché, purtroppo, oggi i lavoratori sono divisi sul piano politico, sul piano ideologico, pensiamo che l'introduzione del dibattito politico in fabbrica oltre che avere riflessi sull'andamento produttivo – e questo è un fatto che ci interessa solo indirettamente – avrebbe un pericoloso effetto sugli stessi rapporti sindacali tra lavoratori e dunque potrebbe avere riflessi negativi proprio per quella ricerca, che stiamo portando avanti nel paese, di avvicinamento e di unità sindacale».

Ma, sulla questione dei 'diritti politici' in fabbrica il Partito comunista non intese arretrare di un millimetro. Anzi, Giuliano Pajetta rincarò la dose:

> «La libertà politica in fabbrica dà fastidio, disturba. Una volta si diceva: qui non si fa politica, si lavora. Il tono dei vostri interventi è questo: in fabbrica non si deve far politica, ma svolgere attività sindacale».

Come è noto, alla fine fu l'astensione la (sofferta) scelta di voto del PCI, del PSIUP e della Sinistra indipendente: «non se Di Vittorio avrebbe gradito», commentò – a tal proposito – Gino Giugni tanti anni dopo[785].

Per la verità, l'opposizione di sinistra aveva rinunciato a presentare emendamenti nella discussione alla Camera dei deputati, tutto sommato «per favorire la rapida approvazione di una legge che, pure con gravi limiti», era considerabile «pur sempre un successo delle lotte dei lavoratori»[786].

Scriveva *l'Unità* del 15 maggio 1970 (pag. 2) che «il Pci si è astenuto per sottolineare le serie lacune della legge e l'impegno a urgenti iniziative che rispecchino la realtà della fabbrica», posto che «il testo definitivo contiene carenze gravi e lascia ancora molte armi, sullo stesso piano giuridico, al padronato», aggiungendo, però, che «non è tuttavia privo di valore che alcuni di questi diritti vengano generalizzati nella grande maggioranza delle aziende e codificati».

Qualche giorno dopo (il 22 maggio), il settimanale di partito, Rinascita, in una nota dal titolo Uno Statuto con molti limiti (pag. 10), pur riconoscendo che era stato «l'impulso delle grandi lotte operaie» a far superare allo Statuto «le ultime resistenze incontrate sul cammino parlamentare», proprio in relazione a questo dato constatava l'arretratezza della legge «rispetto alle punte più avanzate delle conquiste operaie».

Innanzitutto, si definiva «aberrante» il criterio della soglia occupazionale – mutuato dalla legge n.

---

[785] GIUGNI, 2007, 79-80.

[786] RICCIARDI, 1975a, 120.

604/1966 (ma modificato nelle cifre) – per delimitare il campo di applicazione delle tutele, in particolare, quelle contro i licenziamenti, rispetto alle quali – però – si ammetteva l'avvenuto irrigidimento delle sanzioni con riferimento ai licenziamenti dettati da motivi politici o sindacali.

Si lamentava, poi, l'assenza di «una disciplina delle sospensioni e dei licenziamenti collettivi», come pure la mancata estensione della sanzione (l'ammenda) prevista per trattamenti economici collettivi discriminatori, anche ai trattamenti di natura individuale (anche se, per onestà, si richiamava la norma sulla nullità di qualsiasi patto o atto discriminatorio).

Emergeva, nel finale, il limite di fondo dello Statuto, in perfetta sintonia con i rilievi mossi dal PCI nelle aule parlamentari, ovvero il mancato riconoscimento del diritto «ad esercitare un'attività politica organizzata, di partito, all'interno dei luoghi di lavoro». L'argomento con cui la maggioranza di Governo aveva rintuzzato tale richiesta, ossia le ripercussioni sull'unità sindacale che un simile riconoscimento avrebbe avuto, veniva ricondotto al «timore, che oggi domina il Governo, per la difficoltà di realizzare un nuovo rapporto col sindacato nel momento in cui prende corpo la sua autonomia e gli stessi partiti governativi perdono le rispettive cinghie di trasmissione».

E, infine, la stoccata finale:

> «Da qui, nello *Statuto*, l'arbitrio anticostituzionale e l'illusione di poter quasi erigere anche per *legge* una "muraglia cinese" tra lotta sindacale e lotta politica».

Dal canto suo, la sinistra extraparlamentare – soffiando sul fuoco del dissenso – arrivò a definire lo Statuto (per bocca del Comitato milanese di lotta e difesa contro la repressione) una legge «per padroni e sindacati»[787], ritenendolo colpevole di aver imbrigliato le lotte dei lavoratori, senza alcun «passo avanti verso l'abbattimento dello Stato borghese e la conquista del potere da parte della classe operaia e del proletariato»[788].

Evidentemente – come Giugni e Mancini osservarono prontamente – aveva preso piede la tendenza a «interpretare lo statuto a destra per poterlo attaccare a sinistra»[789]. Anche Romano Canosa (che, semmai, interpretò 'a sinistra' lo Statuto nella sua nota giurisprudenza, ascritta al filone dei 'pretori d'assalto') riconobbe che «lo Statuto non ha affatto ingabbiato le lotte che si sono svolte in fabbrica e ciò è tanto vero che anche coloro che si muovono a sinistra dei sindacati hanno spesso utilizzato molto delle sue norme»[790].

Non a caso, i cosiddetti 'padroni' non festeggiarono affatto l'approvazione dello Statuto, contro il quale la Confindustria aveva provato a battersi, temendo che ne derivassero effetti negativi sugli interessi delle imprese: intralcio alla produzione, assenteismo, insubordinazione, ecc.

Del resto, come ha riconosciuto lo stesso Giugni, «l'elaborazione dello Statuto si svolse nell'ambito quasi esclusivo dell'asse ministero del lavoro-sindacati-Senato. Nel particolare clima

---

[787] In un articolo presentato al Congresso dell'Associazione Nazionali Magistrati del 1970 (AA.VV., 1970). Altrove si parlò, con ironia, di «statuto dei diritti dei sindacati» (*Lotta continua*, 6 dicembre 1969, 5) o, persino, di «statuto delle beffe» (CONVERSO, 1970, 102).

[788] AA.VV., 1974, 61.

[789] MANCINI, 1971, 102, ma già GIUGNI, 1970b.

[790] CANOSA, 1972, 357.

sociale e quindi politico in cui il progetto venne discusso e cioè nel corso dell'autunno caldo, gli interessi imprenditoriali, e la stessa Confindustria, apparvero singolarmente spiazzati»[791].

Un episodio emblematico denotò lo stato d'animo con cui la Confederazione degli industriali seguiva l'andamento dei lavori parlamentari. Dopo l'approvazione del disegno di legge in Senato, il Presidente Angelo Costa inviò un allarmato telegramma al Capo dello Stato (Saragat), poiché l'articolo 1 sulla libertà di opinione nei luoghi di lavoro, era stato integrato da un emendamento «socialcomunista», con cui era stato soppresso l'inciso «nel rispetto delle altrui libertà e in forme che non rechino intralcio allo svolgimento delle attività aziendali» (lasciando, quindi, solo il limite del «rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge», che compare nel testo vigente).

> «Industria italiana segue con viva preoccupazione iter legislativo statuto diritti lavoratori. Approvazione da parte Senato proposta socialcomunista di escludere da articolo uno, affermante diritto lavoratori manifestazione pensiero sui luoghi di lavoro, limiti rispetto all'altrui libertà et non intralcio svolgimento attività aziendale, già previsti disegno di legge governativo, rafforza timori che nuova legge più che assicurare tutela dignità e libertà lavoratori […] legittimi tendenza a esercizio accennato diritto in forme abusive e contrastanti con legalità. Est mio dovere rappresentare che esistenza stessa industria privata est condizionata al rispetto principi libertà e autonomia aziendale costituzionalmente sanciti».

Anche a distanza di anni dall'approvazione dello Statuto una parte del fronte imprenditoriale continuò a imputare alla legge la responsabilità della conflittualità presente nel mondo del lavoro. Evidentemente, non si voleva riconoscere che una legge non può mai aver fatto «scoppiare conflitti di lavoro se non vi erano e non vi sono ragioni profonde determinanti questi conflitti di lavoro». Allora, «lo Statuto dei lavoratori può avere agevolato la trasformazione dei conflitti latenti in conflitti attuali, ma li ha anche incanalati nella giusta direzione», affidando al sindacato la funzione di «proporre razionalmente le rivendicazioni e le domande che stanno al fondo di questi conflitti»[792].

4. Doppia cittadinanza.

In ambito accademico, non si placarono le polemiche neppure dopo l'approvazione della legge. Anzi, si spostarono nel principale luogo di incontro della comunità giuslavoristica, il convegno nazionale dell'A.I.D.La.S.S., quell'anno tempestivamente programmato qualche giorno dopo l'approvazione della legge n. 300/1970. Nel corso delle giornate di studio di Perugia la linea del sostegno e della promozione del sindacato nei luoghi di lavoro e quella del garantismo individuale di matrice costituzionale trovarono un'ampia occasione di confronto[793].

Era evidente che i toni e gli argomenti della discussione fossero (almeno in parte) sospinti dalla *trance* agonistica dovuta all'immediatezza dell'esito legislativo raggiunto.

---

[791] GIUGNI, 1976b, 8.
[792] GIUGNI, 1976a, 208.
[793] AA.VV., 1971.

Il punto più alto dello scontro fra le rispettive opzioni di politica del diritto (ben al di là del giudizio sullo Statuto) fu raggiunto, quando – nello stesso anno – apparve il saggio di Giugni su *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*[794], che fu definito da Ugo Natoli (in un vero scoppio d'ira) «un nuovo, tanto gratuito quanto virulento, attacco alla nostra *Rivista* – e più in particolare a me – da parte di uno dei giovani "puma" del nuovo diritto del lavoro o, per essere più precisi, di un nuovo ordinamento sindacale "extra legale", "pretercostituzionale" e, soprattutto, non "giustiziabile"»[795].

Niente da fare. Come sempre, bisognò chiedere al tempo di farsi galantuomo.

Del resto, una volta entrata in vigore la legge, bisognava, per così dire, andare avanti e farne non un punto di arrivo, ma – semmai – un punto di partenza, applicandola e facendola applicare, attraverso la forza del sindacato e dei lavoratori[796].

Infatti, bastò poco e anche nella schiera dei giuristi vicini alla CGIL si iniziò ad affrontare con spirito diverso la fase nuova e si invitò a «credere in questo Statuto», dissentendo dal duro giudizio espresso nel citato scritto di Natoli, «anche se non può essere dimenticato il momento nel quale l'articolo venne scritto e le finalità che esso si proponeva (e cioè di ottenere miglioramenti della legge non ancora approvata)»[797].

Iniziò il tempo dei bilanci. Si studiò l'applicazione – all'epoca si amava dire l'*effettività* – dello Statuto, le sue conseguenze sul fronte del lavoro, ma anche dell'impresa.

Cinque anni dopo il convegno di Perugia, Federico Mancini ripartiva dalla dicotomia fra l'anima garantista e quella promozionale, ma riconoscendo ora – alla luce di «studi successivi e più approfonditi» – pari dignità ai due «blocchi normativi», i quali – egli precisava – «benchè fossero in origine ispirati a modi diversi se non contrapposti di intendere il ruolo della legge nella disciplina dei rapporti di lavoro a livello aziendale, sono in realtà complementari o, meglio ancora, si integrano. Tra interesse collettivo e interesse dei singoli, infatti, non c'è separazione, ma continuità»[798].

In verità, lo Statuto dei lavoratori riassume e conclude il percorso compiuto dal diritto del lavoro nel periodo post-costituzionale, ponendosi come il luogo della sintesi tra «strategie diverse, ma complementari, sostenute da un presupposto condiviso e da un comune disegno: il senso della subalternità operaia, la tensione irriducibile fra lavoro e proprietà e l'esigenza di attuare una costituzione che aveva promesso, in nome della centralità etico-sociale del lavoro, un incremento

---

[794] GIUGNI, 1970c.

[795] NATOLI, 1970, I, 265.

[796] V., in proposito, i coevi contributi di BONI, 1970 e VINAY, 1970.

[797] Sono parole di COSSU, 1970, 20-21. Già a Perugia, Marco Vais, facendosi «interprete del pensiero della CGIL», aveva sottolineato «gli aspetti largamente positivi dello Statuto» (in AA.VV., 1971, 79-80). Nella stessa circostanza, Luciano Ventura riconosceva che «molte disposizioni della legge n. 300 del 1970 vanno in una direzione del tutto opposta rispetto a quella che può essere auspicata da chi chieda al legislatore di garantire soltanto un libero scontro tra parti eguali, con il sostegno della parte più debole (ivi, 120)».

[798] MANCINI, 1977, 11: la relazione fu tenuta il 18 dicembre 1975 al Convegno su *Statuto dei lavoratori e movimento operaio. 1970-1975*. In quel primo quinquennio dall'approvazione della legge, gli effetti dello Statuto furono dibattuti in numerosi consessi: ad esempio, AA.VV., 1973a e 1973b.

dell'eguaglianza nella partecipazione di tutti al patrimonio comune»[799].

Si ruppe definitivamente «la tradizione delle libertà come le intendevano i classici del liberalismo»[800]: il legislatore riconobbe la dimensione sociale del luogo di lavoro, facendosi portatore di principi di civiltà giuridica, dai quali l'impresa provava a restare immune, quasi fosse una sorta di zona franca rispetto ai diritti fondamentali, «un minuscolo ordinamento autoconcluso con un proprio legislatore, un proprio giudice, proprie regole di comportamento»[801].

In nome della libertà, nella sua duplice declinazione – individuale e collettiva – lo Statuto intese mettere in discussione quella dose di potere di cui l'imprenditore dispone non tanto in qualità di contraente, quanto piuttosto in qualità di titolare dell'impresa-istituzione, per la soddisfazione del proprio interesse economico.

Il codice civile del 1942 pronuncia due volte la parola «capo», nell'art. 144 per il marito, e nell'art. 2086 per l'imprenditore. Famiglia e impresa erano i luoghi di un ordine sociale costruito sulla soggezione all'autorità e su quella visione comunitaria che li reputava organismi portatori di interessi superiori a quelli individuali, fusi nella retorica della prosperità (economica e demografica) della Nazione, in cui si esprimeva la modernizzazione reazionaria avviata dal regime[802].

Anche dopo la caduta del fascismo nel dibattito fra i giuristi continuò ad aleggiare «l'avvicinamento dell'impresa alla famiglia, occasionato dal rilievo dei comuni caratteri che distinguono i rapporti sui quali rispettivamente si fondano»[803].

Con lo Statuto dei lavoratori, la coeva legge sul divorzio e la successiva riforma del diritto di famiglia, i diritti fondamentali fecero «il loro ingresso in luoghi come la famiglia, tradizionalmente sottratti, siccome luoghi "privati", alla soggezione del diritto e alla garanzia dei diritti». Insomma, alla tradizionale dimensione verticale dei diritti fondamentali, quali diritti dell'individuo nei confronti dello Stato, si aggiunse «una loro dimensione orizzontale; quali diritti dell'individuo nei confronti di altri soggetti privati»[804].

La logica promozionale, di sostegno all'azione sindacale dei luoghi di lavoro, non contraddice questo approccio, lo completa, nella convinzione, tutta imputabile al magistero di Giugni, che «non c'è più un solo potere limitato dai diritti; vi sono due poteri, il potere dell'imprenditore e il contropotere dei lavoratori organizzati, posti sullo stesso piano di legittimità che trovano un loro equilibrio dinamico attraverso il conflitto»[805]. E, infatti, nello statuto dei lavoratori – a un anno dalla sua approvazione, nel convegno A.I.D.La.S.S. di Saint Vincent – egli rintracciava «l'atto di nascita» del diritto sindacale, da quel momento divenuto «diritto applicabile nelle sedi giudiziarie, vale a

---

799 COSTA, 2009, 42.

800 ROMAGNOLI, 2001, 127.

801 ROMAGNOLI, 1979, 4.

802 Su questi temi, vi è il poderoso lavoro di PASSANITI, 2011 (in particolare cap. VII).

803 Sono parole di BALZARINI, 1955, 14.

804 FERRAIOLI, 2001, 118. L'abbinamento «codificazione del diritto del lavoro/mutamenti della famiglia» è evidenziato, in chiave storiografica, da PASSANITI, 2009, 126, nt. 41.

805 GAROFALO, 2009, 189.

diritto "giustiziabile", o diritto statuale nel senso più rigoroso del termine»[806].

Insomma, è proprio felice la recente sintesi di Umberto Romagnoli, quando – intervistato da Giovanni Cazzetta – definisce lo Statuto come «la legge delle due cittadinanze. Del sindacato e, al tempo stesso, del lavoratore in quanto cittadino di uno Stato di diritto»[807].

Anche sul fronte sindacale, lo Statuto unì molto più di quanto divise.

Infatti, alla progettualità riformista che lo aveva animato era riuscita la «mediazione fra le due culture sindacali in competizione»[808], tanto da costituire una tappa fondamentale nella maturazione di una visione sindacale protesa a legare tra loro le grandi confederazioni e ad emancipare il sindacato in quanto tale dal condizionamento della sfera politica. Come ha riconosciuto molti anni dopo lo stesso Giugni,

> «fu subito evidente alle tre confederazioni che il sostegno legale dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro sarebbe stato il trampolino per realizzare una aspirazione delle confederazioni che le lotte dell'autunno caldo avevano già reso manifesta: l'autonomia dai partiti e la definizione di nuove forme di rapporto diretto tra governo e sindacato e tra imprenditori e sindacato»[809].

Erano questi gli ideali che Gino Giugni ha sempre coltivato, considerandoli un presidio di libertà per l'intera società. La valorizzazione della specificità dell'esperienza sindacale. La difesa della peculiarità del sindacato quale canale di rappresentanza del mondo del lavoro, pur nella consapevolezza dell'esistenza di un'area di sovrapposizione tra sistema politico e relazioni industriali, che si manifesta attraverso lo svolgimento di un'azione politica da parte del soggetto sindacale (che fa politica, restando sindacato). L'alterità e la pari dignità tra sindacati e partiti.

Nella indipendenza del sindacato dai partiti e dai governi egli rintracciava – storicamente – un fattore di resistenza nei confronti dei regimi autoritari. Menzionava, a questo proposito, la diffidenza di Mussolini persino verso lo stesso sindacalismo fascista nella sua anima «troppo indipendente dalla politica»: una velleità di indipendenza che il Duce contrastò, dissolvendo «il sindacato nell'idea di Nazione come sindacato dei sindacati».

Da tale vicenda storica Giugni traeva una considerazione più generale, collegandola ad eventi storici successivi al fascismo:

> «Cosa altro significa questo se non che nemmeno il *totus politicus* dei regimi totalitari riesce ad asservire completamente l'indipendenza del soggetto sindacale? Da dove è partito, del resto, quel grande sommovimento che avrebbe portato alla dissoluzione del blocco sovietico, se non dalle fabbriche di Danzica, e […] dagli scioperi

---

806 GIUGNI, 1972, 175.

807 ROMAGNOLI, 2017, 817.

808 CELLA, 2019, 34. Insomma, lo Statuto «seppe tenere insieme le due tendenze di fondo del sindacato italiano, riconducibili con qualche approssimazione alla Cisl e alla Cgil: la prima, volta a radicare l'azione sindacale nei luoghi di lavoro per una rappresentanza tipicamente associativa, la seconda incline a valorizzare una rappresentanza generale di tutti i lavoratori, nell'ottica del sindacato di "classe"» (DE LUCA TAMAJO, 2008, 88).

809 GIUGNI, 2003, 17.

> del 1977? E chi fu il solo comunista autorevole che riuscì a dichiarare senza reticenze, senza contorsioni, il suo "no" alla repressione sovietica in Ungheria, che era anzitutto una repressione anti-operaia? Fu Giuseppe Di Vittorio, cioè un sindacalista»[810].

Non si spara sui lavoratori, è la famosa frase attribuita al sindacalista cerignolano. A proposito, fu Giacomo Brodolini a redigere il noto documento, fatto proprio da Di Vittorio e votato all'unanimità il 27 ottobre 1956 dalla segreteria nazionale della CGIL, con cui quest'ultima, differenziandosi nettamente dal PCI, criticò l'intervento militare sovietico in Ungheria[811].

Secondo la testimonianza diretta di Piero Boni:

> «In quella famosa mattina del 27 ottobre ci eravamo incontrati Brodolini ed io nella sede della Confederazione in Corso d'Italia e convenimmo che la CGIL non potesse rimanere insensibile di fronte alla gravità di un avvenimento quale l'invasione dell'Ungheria da parte delle truppe russe e alla violenta repressione che ne era seguita. Si decise pertanto di chiedere la convocazione immediata della Segreteria e di proporre una mozione di condanna di quanto era avvenuto. Giacomo Brodolini provvide alla stesura di un testo in cui si affermava "la condanna storica e definitiva di metodi anti democratici di governo e di direzione politica ed economica. Sono questi metodi – si diceva – che determinano il distacco tra i dirigenti e le masse popolari". Portammo il testo a Lizzadri il quale lo approvò immediatamente e insieme andammo da Giuseppe Di Vittorio non con l'intensione di proporre la dichiarazione come iniziativa di parte ma come posizione dell'intera Confederazione. Di Vittorio, dopo averla letta attentamente più di una volta, disse "va bene". Alla fine era più convinto di noi»[812].

Fu un primo segnale di libertà e di autonomia della CGIL dal partito politico di riferimento che rafforzò il sindacato agli occhi della Storia.

Nella forza del sindacato Giugni rintracciava – acutamente – il maggior antidoto al «conflitto indiscriminato» e al «sovversivismo radicale», quello – ad esempio – che contraddistingueva forze come l'autonomia operaia della fine degli anni Settanta, che – non a caso – contemplava «le grandi centrali sindacali nella lista dei nemici da abbattere»[813].

Forte, indipendente e (possibilmente) unito: questo è il sindacato con cui Giugni avrebbe sempre voluto confrontarsi.

---

[810] GIUGNI, 2003, 101.

[811] «La segreteria della CGIL di fronte alla tragica situazione determinatasi in Ungheria […] ravvisa in questi luttuosi avvenimenti la condanna storica e definitiva di metodi antidemocratici di governo e di direzione politica ed economica, che determinano il distacco fra dirigenti e masse popolari […]. La CGIL, fedele al principio di non intervento di uno Stato negli affari interni di un altro Stato, deplora che sia stato richiesto e si sia verificato in Ungheria l'intervento di truppe straniere» (*Presa di posizione della CGIL sugli avvenimenti di Ungheria*, in *L'Unità*, 28 ottobre 1956, p. 1).

[812] BONI, 2010, 90-91.

[813] GIUGNI, 2003, 36.

5. Tre metri sotto il cielo.

Lo Statuto dei lavoratori fu, dunque, il trampolino che favorì il balzo in avanti del sindacalismo confederale e della sua unità. Si trattò della spinta finale, perché la rincorsa era cominciata durante le vicende convulse del cosiddetto 'secondo biennio rosso' (1968-1969).

Non è una semplificazione leggere lo Statuto come «il frutto di una felice congiunzione fra la cultura giuridica e il movimento di massa»[814]; ma a patto di cogliere la complessità delle spinte che quest'ultimo fu in grado di esprimere.

Infatti, quel biennio nacque in una dimensione di aspro conflitto tra «il sindacalismo istituzionale e il più generale movimento dei lavoratori»[815].

Il «tuono a sinistra» si udì forte. Ormai «la base non taceva più e si rifiutava di essere rappresentata: si era costruita un linguaggio aspro e perentorio, intendeva parlarlo senza intermediari, e il suo tono si faceva ogni giorno più minaccioso»[816].

Nella primavera del 1968, a Milano l'azione del neonato Comitato unitario di base (CUB) della Pirelli-Bicocca (seguito via via da Rex, Ignis, Marzotto, Fiat, Candy, Alfa Romeo, ecc.) segnò l'emergere di un nuovo spontaneismo operaio e studentesco, caratterizzato da forme acutissime di conflitto (innanzitutto, lo sciopero selvaggio e a oltranza), che mettevano sotto accusa (e, a volte, sotto scacco) il sindacato tradizionale, «concepito come organizzazione ormai integrata nel sistema capitalistico e quindi non più disponibile né direttamente utilizzabile per una lotta di classe contro il sistema[817]».

Secondo un testimone eccellente di quegli anni, Aris Accornero, «tutto nacque dalla profonda autocritica che i movimenti di lotta operai e studenteschi del 1968-1969 avevano provocato nei confronti dei sindacati, di fronte agli scarsi successi e ai modesti riconoscimenti ottenuti fino ad allora»[818].

Indubbiamente, il caso italiano è caratterizzato dall'incontro, ben più accentuato che altrove, fra mobilitazione studentesca e azione operaia, in una particolare congiuntura politica, economica e sociale sul piano nazionale e internazionale, utile a far detonare i processi in corso.

La saldatura fra le lotte cercava una strategia comune (che condizionò il fatidico problema delle alleanze), in verità difficile e generica nei contenuti, al di là della condivisa matrice anticapitalistica protesa verso l'unità di classe e la ricomposizione della frattura tra dimensione sindacale e

---

[814] Giugni, 1977, 101.

[815] Siotto, 2018, 83.

[816] È il celebre passo della relazione di Federico Mancini, in Aa.Vv., 1971, 27.

[817] De Cristofaro, 1972, 106, il quale compie un'analisi approfondita dei CUB nel contesto delle forme di organizzazione spontanea dei lavoratori (in cui include assemblee e delegati).

[818] Accornero, 1992, 51. Il CUB è stato definito «quel gruppo informale di base – operaio e studentesco – che, in un momento di crisi del sistema di relazioni industriali nel Paese, si è assunto il compito di sviluppare la lotta nella fabbrica e di incoraggiare l'autogestione operaia della stessa come espressione di una spinta anticapitalistica» (Bianchi-Frigo-Merli Brandini-Merolla, 1971, 11). In verità, l'esperienza dei CUB rimase circoscritta nelle città sedi universitarie (Scheggi Merlini, 1977, 93) e fallì qualunque tentativo di creare un coordinamento a livello nazionale.

dimensione politica.

Si provò a sfidare l'uso borghese e 'neutrale' della scienza, responsabile della mercificazione del sapere, che collocava sul mercato del lavoro lo studente-merce, pronto ad essere nuovamente mercificato nella fabbrica. Era il «processo di produzione di merci per mezzo di merci», denunciato dal Movimento studentesco nei suoi *Documenti della rivolta universitaria* (editi da Laterza, proprio nel 1968):

> «lo studente "saponetta Cadum" seduce tre volte, e può adesso essere collocato sul mercato, venduto, consumato».

Le lotte studentesche, segnate da «una opposizione estrema, che mira *immediatamente* al fine ultimo»[819], puntarono contro il 'riformismo' dei partiti di sinistra e dei sindacati, ma ben presto si trovarono alle prese con la difficoltà di garantire continuità al movimento (in assenza di un chiaro obiettivo unificante) e, soprattutto, di dotarsi di una forma organizzativa capace di tradurre la ribellione in un'agenda programmatica, al di là della generica prospettiva dello scontro di classe.

Gli studenti si protesero verso i cancelli delle fabbriche, cercando una base materiale della propria azione nel sostegno alla condizione operaia. Facevano volantinaggio all'esterno dei luoghi di lavoro, organizzavano i picchetti nel corso degli scioperi, anche perché immuni alle rappresaglie datoriali (ma non alle cariche della polizia). Provavano a conoscere la condizione del lavoro in fabbrica, interrogando gli operai attraverso lo strumento dei questionari. Molto nota, ad esempio, fu l'Inchiesta tra i giovani lavoratori della Fiat di Mirafiori[820], articolata in cinque domande:

1. che cosa pensi del tuo lavoro?
2. quali sono le tue rivendicazioni?
3. quale forma di lotta e di organizzazione pensi che sia più efficace?
4. quale aiuto può dare il movimento studentesco alle prossime lotte degli operai?
5. pensi che sia utile fare un'organizzazione di massa unitaria di giovani lavoratori e di studenti?

Sempre a Mirafiori si dette vita, nella primavera del 1969 (l'anno dei rinnovi contrattuali nazionali), ad un nuovo organismo autonomo, l'Assemblea operai e studenti, che provava a dare corpo ad un movimento unitario, capace di compiere il salto *dalla fabbrica alla società*.

Ciò che univa nella lotta era un orizzonte di senso, rappresentato dalla contestazione dell'autoritarismo in fabbrica come nei luoghi del sapere (Scuola e Università) e in ogni genere di istituzione e comunità.

La contestazione investiva apertamente tutte le istituzioni e anche le organizzazioni di massa (partiti e sindacati), mettendone in difficoltà gli apparati burocratici.

L'atteggiamento delle centrali sindacali nei confronti del movimento studentesco fu assai cauto. Mentre il PCI cercava un difficile dialogo con gli studenti (a marzo 1969 avviene l'incontro fra Luigi Longo e una loro delegazione), nella CGIL si cominciò a lavorare (a settembre 1969) su un

---

819 MASI, 1968, 69.

820 AA.VV., 1969. Sul rapporto tra le lotte operaie e il movimento studentesco, v., pure, CIAFALONI, 1968 e SCLAVI, 1969.

documento utile a costruire una possibile strategia di rapporti tra operai e studenti, che – però – non fu mai approvato, a causa delle resistenze interne[821].

Furono le federazioni di categoria dei metalmeccanici a mostrarsi più sensibili al dialogo. Al XV Congresso nazionale della Fiom, nel luglio del 1970, «senza alcuna riserva», Bruno Trentin riconosceva che

> «il nostro giudizio sugli anni trascorsi non può ignorare […] né l'apporto insostituibile che ha recato alla crescita del movimento sindacale la dura critica che era esplicitamente e soprattutto oggettivamente contenuta nei grandi movimenti di massa degli studenti del 1967 e del 1968, né il valore che ha avuto per noi l'esperienza delle assemblee studentesche come risposta specifica al carattere repressivo della scuola di classe e della società in cui viviamo».

L'apertura implicava anche la disponibilità all'autocritica, posto che, secondo il grande *leader* sindacale,

> «il mancato incontro, dunque, che pure in Italia aveva ed ha maggiore possibilità che in qualsiasi altro paese europeo, fra un grande movimento di massa degli studenti e l'organizzazione sindacale, tutti questi fatti, *di cui – è bene riaffermarlo – portiamo anche noi una parte grande di responsabilità*, non possono oscurare il valore delle lotte studentesche»[822].

Non era facile per le organizzazioni 'strutturali' della classe operaia (che alcune avanguardie intellettuali cominciavano a considerare forme organizzative già superate) fronteggiare la critica radicale di ogni mediazione istituzionale, che accomunava le forme e i luoghi della contestazione e si traduceva nella pratica assembleare, nell'autogestione attraverso i 'collettivi' operai-studenti, nel rifiuto di ogni forma di rappresentanza delegata e di qualunque ingabbiamento della protesta.

Il conflitto si dotò – spontaneamente e improvvisamente – di pratiche e rituali nuovi. Le lotte operaie (a cui si aggregarono impiegati e tecnici coinvolti nel processo di 'proletarizzazione') si radicarono nel perimetro della fabbrica, che divenne – come si usava dire – l'*università della lotta*.

All'interno del singolo stabilimento/reparto (e non più solo nelle piazze), il travolgente strumento del corteo interno, corredato di bastoni, urla, tamburi, fischietti, megafoni, consegnò «nelle mani dell'agguerrita *minorité agissante* dei nuovi delegati un'arma potentissima per dotare la lotta operaia di una partecipazione di massa». Si conquistavano spazi di libertà (non necessariamente riempiti dalla lotta politica, proprio come nelle scuole e nelle università occupate), in cui l'intera popolazione lavorativa «veniva coinvolta nel flusso di una conflittualità dove la partecipazione attiva finiva col confondersi, sfumandosi, con quella passiva»[823].

Ha raccontato uno dei dirigenti di quelle lotte che «*la gente ci trovava non tanto un mezzo per ottenere più soldi e ferie, quanto la libertà*»[824].

Come fiumi in piena, nei loro eccessi (a volte, nei loro deliri) i rabbiosi cortei interni trascinavano

---

821 Utili informazioni sono disponibili in ACCORNERO, 1992, 86, nt. 2.

822 TRENTIN, 1977, 232.

823 BERTA, 2001, 299-301.

824 Sono parole di Luciano Parlanti, riportate da POLO, 1989, 64.

e reclutavano (anche, forzatamente, attraverso il brutale sistema delle corde) chiunque incontrassero lungo il percorso, buttando fuori capi e crumiri.

Ad essere scompaginata era la razionalità della struttura industriale, l'ordine di fabbrica e persino le abitudini della cultura sindacale tradizionale, spiazzata dalle esplosioni di collera dei nuovi riti, che nei gesti sembravano riecheggiare i vecchi moti insurrezionali contadini, anche se si riempivano di slogan nuovi (magari appresi all'esterno, dagli studenti): *Ho-Ho-Hochiminh, Agnelli l'Indocina ce l'hai in officina*.

Ben presto, lo sciopero interno si trasformò da gesto inconsulto di rivolta a vera e propria tecnica di lotta sindacale, con cui un gruppo di scioperanti riusciva a bloccare l'intera produzione: Se ne accorse anche il canto di protesta, fonte non trascurabile di documentazione storica del movimento operaio. Scriveva e cantava Fausto Amodei, nel suo *Sciopero interno* (1969):

> Abbiam trovato un metodo d'azione/per romper meglio le scatole al padrone/ è il sistema più rapido e moderno/e che si chiama lo sciopero interno/Sciopero interno da dentro all'officina/noi perdiam poco e Agnelli va in rovina/se si sta a scioperar dentro i cancelli/chi ci rimette è soprattutto Agnelli/Basta che siamo duecento scioperanti/tutta la FIAT non può più andare avanti/ci rimette la paga poca gente/ma tutti gli altri non producon niente/Sciopero interno caliamo il rendimento/ed abbassiamo il cottimo giù a cento/chè con lo scasso della produzione/noi riusciremo a battere il padron/Sciopero interno vuol dire che in sostanza/oggi io lotto e non che sto in vacanza/ma che incontro i compagni con lo scopo/di migliorar la lotta il giorno dopo/Sciopero interno facciamo l'assemblea/ai nostri capi gli viene la diarrea/nel veder che senza chiedere permesso/noi comandiamo in fabbrica già adesso/Sciopero interno facciamo anche i cortei/i nostri capi stan lì come babbei/nel vedere che dentro queste mura/noi altri non abbiamo più paura/Forza compagni facciam sciopero interno/non c'è demonio e non c'è padreterno/che ci possa oramai più trattenere/d'andare avanti e prendere il potere.

L'acutezza dello scontro giungeva a saltare la fase del negoziato, puntando all'autogestione del risultato, in una sorta di ritorno alla imposizione unilaterale delle condizioni di lavoro, praticata agli albori del movimento dei lavoratori. In particolare, attraverso il rallentamento dei ritmi di produzione, si provava a conquistare direttamente nella lotta (senza attendere l'apertura delle trattative) «l'obiettivo di controllare l'erogazione del proprio lavoro: non si chiede ad una controparte, ma si impone direttamente un mutamento del rapporto di lavoro», secondo il motto 'praticare l'obiettivo', che si provò a realizzare anche fuori dalla fabbrica (mediante lo sciopero dell'affitto, l'autoriduzione delle tariffe dei trasporti e dell'energia elettrica)[825].

Semplificando un percorso complesso e non sempre lineare, si può dire che nell'Autunno caldo le spinte spontaneistiche della base operaia (indubbiamente, contagiate dalla più ampia stagione di lotte a cui aveva concorso il movimento studentesco) innervarono le forme della democrazia sindacale (facendo germogliare il sindacato dei Consigli di fabbrica) e trasferirono nelle

[825] REYNERI, 1977, 863.

piattaforme per i rinnovi contrattuali nazionali la linea rivendicativa sperimentata nelle grandi aziende[826].

Un documento dell'epoca[827] delinea assai bene lo spirito che accompagnò l'emersione della figura del delegato, liberamente scelto dai lavoratori attraverso la pratica assembleare (mutuata, appunto, da quanto accadeva, fra gli studenti, nelle Università), senza alcun vincolo di designazione da parte dei sindacati esterni (la modalità d'elezione più diffusa era quella su scheda bianca, ossia senza indicazione degli eleggibili).

> «L'assemblea è lo strumento attraverso cui gli operai, uniti per squadra, per reparto, per officina, discutono e decidono gli obiettivi da raggiungere, i modi per raggiungerli e per affermare il loro potere e il controllo sul lavoro. Riteniamo inaccettabile qualsiasi forma di regolamentazione e di limitazione dell'assemblea […] L'assemblea nomina il delegato è può revocarlo in qualsiasi momento […] Non è né proposto né nominato da nessuna organizzazione esterna alla fabbrica, ma è esclusivamente l'espressione della volontà dell'assemblea».

Il delegato rappresentava un certo ambito produttivo omogeneo, come il reparto, la squadra, la linea, la catena, caratterizzato da problemi comuni (tariffe di cottimo, carichi e ritmi di lavoro, nocività ambientale, inquadramento professionale, ecc.). Furono, dunque, le condizioni materiali della produzione a favorire il radicamento delle nuove forme organizzative, nel senso che «i lavoratori, oggettivamente tra loro aggregati dall'imprenditore nelle cellule elementari del processo produttivo, riscoprono in tale pretesa oggettività null'altro se non l'assoggettamento a forme di sfruttamento (cottimo, nocività, ecc.) comuni e pertanto, ripercorrendo alla rovescia i tracciati dell'organizzazione capitalistica della produzione, maturano anche soggettivamente la loro unità di lotta»[828].

Ci si è interrogati a lungo sul rapporto tra il sindacalismo tradizionale e il fenomeno dei delegati, ricostruito ora in termini polemici o quantomeno dialettici, ora in termini di naturale e consapevole evoluzione: non è del tutto assodato se «si trattò di una mera scelta tattica per cavalcare la tigre dello spontaneismo operaio, o di un processo di rigenerazione già avviato che quel fenomeno aveva portato soltanto a rapida maturazione»[829].

Quello che è certo che, a seguito del rapido sfaldamento dei comitati di base, vittime del loro stesso radicalismo rivendicativo, la figura del delegato fu «la pedina vincente del sindacato», che gli consentì in poco tempo di «prendere la testa del movimento» e di ricostituire «un nutrito stato maggiore del sindacato in fabbrica»[830].

Alle centrali confederali riuscì quella che Giugni chiamò – con un'espressione che reputo efficacissima – la «sindacalizzazione della contestazione»[831], che – in qualche misura – funzionò da

---

826 AA.VV., 1976, 144, a cui si rinvia per la ricostruzione dei contenuti e dei metodi di quella stagione di 'conflittualità permanent È.

827 Riportato in DINA, 1970, 247. Sono utili, per comprendere il fenomeno, le opere realizzate, in quegli anni, attraverso lo strumento delle interviste 'sul campo': v., ad esempio, BIANCHI-AGLIETA-MERLI BRANDINI, 1970 e Aa.Vv., 1973c.

828 Sono parole di Giorgio Ghezzi, in AA.VV., 1971, 85-86; insomma, «il delegato è tale in quanto è espressione del gruppo operaio omogeneo, cioè corrisponde all'organizzazione del lavoro del padrone, *rovesciata*» (GARAVINI, 1969, 19).

829 STOLFI, 1976, 115. Per un quadro di riferimenti dottrinali, v. GABRIELE, 2017, 49 ss.

830 GIANNOTTI, 1981, 449.

831 GIUGNI, 1973a, 12.

antidoto (o, se si vuole, da freno) al tentativo di politicizzazione ad ogni costo delle rivendicazioni operaie, propugnato soprattutto dalla sinistra extraparlamentare.

Già prima dell'estate del 1969 fu avviata una capillare consultazione della base dei lavoratori per l'elaborazione del rinnovo contrattuale dei metalmeccanici, a cui partecipò – attraverso assemblee e referendum – quasi la metà dei lavoratori interessati. Non fu «un mero omaggio formale alla domanda di partecipazione che saliva dal basso», ma «un sostanziale rinnovamento di metodo, destinato a riflettersi in tutte le fasi della trattativa», come risultò chiaro dal complesso delle rivendicazioni racchiuse nella piattaforma di luglio: aumenti salariali uguali per tutti, riduzione dell'orario di lavoro a 40 ore settimanali, parificazione normativa fra impiegati e operai in caso di infortunio, malattia e ferie, diritto di assemblea in fabbrica per 10 ore retribuite, ecc.[832].

All'Assemblea operai e studenti della Fiat, che era stata protagonista delle lotte di primavera, quella soluzione non stava bene. In un suo volantino, distribuito l'8 settembre 1969, si leggeva che «il contratto è una gabbia per la lotta operaia, e per questo lottiamo anche contro il contratto»[833].

Avevano preso piede il germe del settarismo e la logica del frazionamento in gruppi: i contrasti interni al Movimento operai-studenti porteranno, proprio nell'autunno di quell'anno, alla sua scissione e alla costituzione di *Lotta Continua* e *Potere Operaio*. Per quelle e altre formazioni politiche (tra cui *Avanguardia operaia*, movimento sorto dai CUB della Pirelli), all'epoca molto agguerrite (una galassia da cui poi, nel corso degli anni '70, alcuni satelliti precipitarono nella nefasta orbita della violenza armata), anche la contrattazione appariva come una pratica 'borghese': «il contratto per noi è un pezzo di carta», dirà due mesi dopo Francesco Tolin, Direttore responsabile del settimanale *Potere operaio*[834].

Per quanto possibile, la riacquistata egemonia del sindacalismo confederale, ossia la rimonta del gatto domestico sul gatto selvaggio (secondo una nota immagine dell'epoca), aiutò a evitare che l'epica, originariamente sincera, del *Vogliamo tutto* si risolvesse nella sterile (e, per questo, subalterna) pratica del 'contestiamo tutto', in un impasto di rabbia e ideologia (all'insegna della lotta 'sempre più dura'), che il sindacato stesso fu nel tempo chiamato a controllare e, finanche, a contrastare, facendosi presidio di legalità democratica.

A conti fatti, l'autunno caldo fu un'esperienza trionfale per il movimento sindacale italiano, che produsse risultati negoziali di importanza storica, da cui «usciremo tutti diversi», come disse il nuovo Ministro del lavoro Donat-Cattin (succeduto al defunto Brodolini) dalla tribuna del V congresso nazionale della UIL, nell'ottobre del 1969.

Nelle fumose stanze del Ministero del lavoro c'era proprio Giugni a condurre la delicata opera di mediazione (esiste, di quella vicenda, un documentario televisivo che il Maestro mostrò ai suoi

---

832 STOLFI, 1976, 116.

833 Lo riferisce, in un documentato saggio, GIACHETTI, 2000, 59.

834 Sulle pagine del numero del 13-20 novembre 1969: lo riporta Mancini, in AA.VV., 1971, 28. Qualche anno dopo Sofri dirà che «la creazione dei delegati è appunto la risposta sindacale – e padronale – al pericoloso sviluppo delle lotte spontanee, alla negazione della legalità contrattuale» (citato da COUFFIGNAL, 1979, 238, nt. 36).

studenti baresi[835]).

Come egli stesso ha riconosciuto, un supporto notevole alla mediazione ministeriale fu fornita dal concomitante avanzamento dell'*iter* legislativo dello Statuto dei lavoratori. Fu quella una mediazione non «neutrale: «ma quando mai la mediazione di un responsabile politico è neutrale? E se deve essere neutrale, che bisogno c'è di porre in mezzo un'autorità politica?»[836]. Fu, piuttosto, «un eccezionale esperimento di osmosi politica, in cui la corrente fluì di continuo dal Parlamento al Paese e in direzione inversa, in una sincronia probabilmente irripetibile[837]».

La cronologia degli eventi è quanto mai suggestiva. Il progetto fu approvato in Senato nella seduta pomeridiana dell'11 dicembre 1969, qualche giorno prima la chiusura dell'accordo sui metalmeccanici, avvenuta il successivo 21 dicembre, simbolicamente il giorno in cui finisce l'autunno e, soprattutto, finiva quell'autunno. Prima, però, ci fu la strage di Piazza Fontana (12 dicembre): «o chiudiamo subito le trattative o arrivano i colonnelli», pare abbia mormorato (lo riportano diverse fonti[838]) Donat-Cattin, al cospetto delle delegazioni trattanti.

Dall'approvazione del progetto di Statuto dei lavoratori giunse forte e chiara al tavolo del negoziato una indicazione di politica legislativa, che finì per condizionare le parti stesse:

> «i sindacati furono agevolati nelle proposte concernenti il riconoscimento dell'organizzazione sindacale nell'azienda e i datori di lavoro furono posti in condizioni di difficile difesa di fronte a una dichiarata intenzione del governo di procedere in questa direzione per mezzo dello strumento legislativo. Vi fu perciò una diretta interazione fra l'elaborazione dello Statuto dei lavoratori e l'azione sindacale e questa interazione si sviluppò in due sensi. Da un lato i contenuti del progetto di legge fornirono materia per i contenuti della contrattazione, mentre questa stessa precedente la legge e fornì materiale per emendamenti al testo originario del governo, che uscì abbastanza trasformato dal dibattito parlamentare. Lo Statuto dei lavoratori quindi costituisce anch'esso uno dei fattori fondamentali nello svolgimento di questa importante svolta nel sistema di relazioni industriali»[839].

Fu durissima la reazione della Confindustria, che arrivò ad accusare il Ministro (democristiano) di aver violato la libertà sindacale delle imprese, schierandosi dall'altra parte: «non vi è libertà sindacale - si disse - quando il governo, a mezzo del ministro del Lavoro, interviene nella controversia dichiarando che non può essere imparziale»[840].

Alla fine, le lotte del secondo biennio rosso mancarono l'assalto al cielo, magari solo per qualche metro, ma raggiunsero risultati concreti, come spesso accade quando i movimenti di massa sfrangiano le punte più acuminate e incanalano il furore della protesta nella faticosa pratica della

---

835 Lo racconta, in un suggestivo ricordo, SCIARRA, 2019b, 19.
836 GIUGNI, 1973a, 20-21.
837 STOLFI, 1976, 128.
838 Di recente, ROMAGNOLI, 2017, 784.
839 GIUGNI, 1973b, 83-84.
840 Dichiarazioni riportate da P. CONTI, 2019.

mediazione politica.

Torna in mente il consueto richiamo alla *bipolarità* dell'organizzazione sindacale, ovvero all'ambivalenza della sua azione. Il sindacato nasce come movimento spontaneo e – nei suoi momenti migliori – alla spontaneità attinge per trovare la forza di operare *nel* sistema (e non esserne una pedina subalterna), insomma per costruire «*un'egemonia che trova la sua legittimazione nella spontaneità*»[841].

Certamente, all'epoca il movimento operaio ottenne molto più di quello studentesco, il quale ben presto si spense e vide (quando, ormai, era spenta la fiammata sessantottina) solo nei decreti delegati sulla scuola (emanati in attuazione della legge-delega n. 477/1973) una parziale risposta alle istanze di partecipazione democratica.

Sul fronte del lavoro, ci fu una redistribuzione di reddito e di potere. Ci fu una evoluzione della struttura del sindacato: i delegati di reparto e i consigli di fabbrica – nati e dilagati spontaneamente al posto delle Commissioni interne, quasi come *pendant* operaio dell'assemblearismo studentesco – furono riassorbiti all'interno prima delle federazioni dei metalmeccanici[842] e poi dell'intero sindacalismo confederale, che ne razionalizzò la carica rivendicativa e li riconobbe – nel Patto federativo del 24 luglio 1972 – come la «istanza sindacale di base con poteri di contrattazione sui posti di lavoro» (secondo la celebre formula di quell'accordo).

Anche le dinamiche della contrattazione collettiva furono rigenerate dalla spinta delle lotte operaie, attraverso le dinamiche espansive della contrattazione non vincolata, una volta sancito – proprio nei rinnovi contrattuali dell'Autunno caldo – il superamento dei vincoli formali al contratto aziendale.

Sul piano legislativo, la dimensione dell'effettività nella tutela del lavoro aveva bisogno di un'altra grande riforma, alla quale Giugni fornì un contributo meno noto, ma non meno incisivo, nella veste di consulente giuridico del Ministero, avvalendosi della collaborazione di Mauro Cappelletti, autorevole studioso del processo civile, allievo di Piero Calamandrei.

Sto pensando, ovviamente, alla legge n. 533/1973, che fu «il completamento, sul piano processuale, del quadro di tutele riconosciute ai lavoratori con una serie di leggi importanti, tra le quali spicca lo Statuto dei lavoratori»[843].

Furono gli anni ruggenti della nostra materia: «un'innovazione chiamava l'altra»[844]. L'istanza di protezione del lavoro riuscì a contaminare persino il processo, da sempre tempio del diritto impassibile di fronte ai litiganti, di cui a stento vuole conoscere il volto: grazie alla riforma del '73 *Δίκη*, con la sua bilancia perfettamente in equilibrio, e *Cipputi*, con la sua tuta blu, presero a

---

841 Sono parole di Federico Mancini, in AA.VV., 1971, 41. Come fu detto sempre in quegli anni, al sindacato tra contestazione e partecipazione non è dato scegliere, «ma solo *occupare* un'area che tenga dell'una e dell'altra» (PERSIANI, 1970, 66 ss.).

842 Per la FIOM due tappe importanti di questa «rivoluzione culturale» (la definizione è di ROMAGNOLI-TREU, 1977, 88) furono la conferenza di Sesto S. Giovanni sulla democrazia sindacale (13-15 dicembre 1968) e il convegno di Bologna sui delegati (giugno 1969).

843 CURZIO-DI PAOLA-ROMEI, 2017, VII.

844 GIUGNI, 2003, 27. Un fatto autobiografico giustifica il «*feeling* tutto particolare» con quella legge: «mio padre – egli racconta – passò gli ultimi anni della sua vita a rodersi la bile, selvaggiamente sfruttato dagli avvocati, in una interminabile causa contro il suo datore di lavoro. La riforma della giustizia del lavoro fu per un omaggio alla sua memoria» (GIUGNI, 1992, 441).

guardarsi negli occhi.

La stagione legislativa, che fu aperta dalla legge n. 604/1966 e terminata con la riforma del processo del lavoro, racchiuse una delle pagine più intense dell'intera storia del diritto del lavoro italiano, integralmente coincidente con gli anni in cui il Maestro insegnò a Bari. Con una punta di inusuale orgoglio, egli riconobbe – anni dopo – che «tra la metà degli anni Sessanta e i primi anni Settanta fu realizzato molto in poco tempo»[845].

Noi continueremo a ricordarlo.

Riferimenti bibliografici

Aa.Vv. (1954), *Convegno nazionale di studio sulle condizioni del lavoratore nell'impresa industriale*, Giuffrè, Milano.

Aa.Vv. (1955), *Atti del Convegno su La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Aa.Vv. (1968), *La disciplina dei licenziamenti nella industria italiana (1950-1964)*, il Mulino, Bologna.

Aa.Vv. (1969), *La Fiat è la nostra Università. Inchiesta fra i giovani lavoratori della Fiat*, Feltrinelli, Milano.

Aa.Vv. (1970), *Uno statuto per padroni e sindacati*, in *Quaderni Piacentini*, n. 42, 75 ss.

Aa.Vv. (1971), *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori*, Atti delle giornate di studio di Perugia, 22-23 maggio 1970, Giuffrè, Milano.

Aa.Vv. (1973a), *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, F. Angeli, Milano.

Aa.Vv. 1973b), *Economia e Statuto dei lavoratori*, Atti del IX Congresso nazionale dei Comitati di Azione per la Giustizia, CELUC, Milano.

Aa.Vv. (1973c), *Delegati e consigli di fabbrica in Italia*, F. Angeli, Milano.

Aa.Vv. (1974), *Statuto dei lavoratori e legislazione sulle fabbriche – linee di un bilancio politico*, Documento del comitato di difesa e lotta contro la repressione, in *Critica del Diritto*, n. 2, 61 ss.

Aa.Vv. (1976), *Gli anni della conflittualità permanente. Rapporto sulle relazioni industriali nel 1970-1971*, F. Angeli, Milano.

Accornero A. (1959), *Fiat confino. Storia della O.S.R.*, Edizioni Avanti!, Milano.

Accornero A. (1972), *Le lotte operaie degli anni '60*, in B. Bezza, *Lavoratori e movimento sindacale in Italia dal 1944 agli anni '70*, Morano, Milano, 70 ss.

Accornero A. (1974), *Il sindacato negli anni della guerra fredda (1949-1956)*, in *Sindacato e lotta di classe (1944-1974)*, Editrice sindacale italiana, Roma, 23 ss.

Accornero A. (1992), *La parabola del sindacato. Ascesa e declino di una cultura*, il Mulino, Bologna.

[845] GIUGNI, 2007, 75. Non solo per dovere di cronaca, occorre aggiungere il contributo da lui fornito alla importante legge di riordino del collocamento agricolo (L. 11 marzo 1970, n. 83).

Amato G. (2019), *Una vita insieme*, in *Mondoperaio*, n. 11/12, 5 ss.

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

Baglioni G. (1975), *Il sindacato dell'autonomia. L'evoluzione della Cisl nella pratica e nella cultura*, De Donato, Bari.

Baglioni G. (2011), *La lunga marcia della Cisl. 1950-2010*, il Mulino, Bologna.

Balzarini R. (1955), Relazione, in *Atti del Convegno su La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, 20-21 novembre 1954, Giuffrè, Milano, 4 ss.

Benvenuto G. (2010), *Premessa* alla Tavola Rotonda *Lo "Statuto dei lavoratori" e le politiche di protezione sociale nel XXI secolo*, in *Una stagione del riformismo. Giacomo Brodolini a 40 anni dalla sua scomparsa*, a cura di E. Bartocci, *Quaderni della Fondazione G. Brodolini*, Roma, 281 ss.

Berta G. (2001), *I lavoratori dell'«autunno caldo»: mobilitazione conflittuale e identità operaia*, in *Classe operaia. Le identità: storia e prospettiva*, a cura di P. Favilli e M. Tronti, Franco Angeli, Milano, 289 ss.

Bianchi G., Aglieta V., Merli Brandini P. (1970), *I delegati operai. Ricerca su nuove forme di rappresentanza operaia*, Coines, Roma.

Bianchi G., Frigo I., Merli Brandini P., Merolla A. (1971), *I cub: comitati unitari di base*, Coines, Roma.

Boni P. (1970), *Applicare e far applicare lo Statuto dei lavoratori*, in *Rass. sind.*, n. 194, 19 ss.

Boni P. (2010), *Il sindacalista Giacomo Brodolini*, in *Una stagione del riformismo. Giacomo Brodolini a 40 anni dalla sua scomparsa*, a cura di E. Bartocci, *Quaderni della Fondazione G. Brodolini*, Roma, 89 ss.

Calvario P., Leuzzi V.A. (2001), *L'Università di Bari. Nuove Facoltà, lotte studentesche e politiche dell'istruzione. 1943-1945,* Progedit, Bari.

Canosa R. (1972), *La gestione dello Statuto dei lavoratori*, in *Politica del diritto*, 357 ss.

Carocci G. (1960), a cura di, *Inchiesta alla Fiat. Indagine su taluni aspetti della lotta di classe nel complesso Fiat*, Parenti, Firenze, 1960.

Cassese S. (2012), *Legge e contratto nel primo Giugni*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 185 ss.

Castronovo V. (1999), *Fiat. Storia di un'impresa 1899-1999*, Rizzoli, Milano.

Cazzetta G. (2009), *Giuslavoristi e costruzione della memoria nell'Italia repubblicana*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 5 ss.

Cazzola G. (2017) *Storie di sindacalisti*, ADAPT Labour Studies e-Book series n. 67.

Cella G.P. (2019), *Riformismo e concertazione*, in *Mondoperaio*, n. 11/12, 31 ss.

Ciafaloni F. (1968), *Le lotte operaie alla Fiat e il movimento studentesco*, in *Quaderni piacentini*, n. 35, 73 ss.

Converso A. (1970), *Lo statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Quale giustizia*, n. 2, 102 ss.

Conti P. (2019), *1969 Tutto in un anno*, Laterza, Roma-Bari.

Cossu B. (1970), *Lo Statuto dei lavoratori e le lotte operaie del 1968/1969*, in *Rass. sind.*, 19 ss.

Costa P. (2009), *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 21 ss.

Couffignal G. (1979), *I sindacati in Italia*, Editori Riuniti, Roma.

Crainz G. (2003), *Il Paese mancato. Dal miracolo economico agli anni ottanta*, Donzelli, Roma.

Croce B. (1963), *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, Laterza, Bari.

Curzio P., Di Paola L., Romei R. (2017), *Prefazione*, in Aa.Vv., *Processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, VII ss.

De Cristofaro M. (1972), *L'organizzazione spontanea dei lavoratori*, Cedam, Padova.

De Luca Tamajo R. (2008), *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino, Giuffrè, Milano, 79 ss.

Dina A. (1970), *Un'esperienza di movimento di massa. Le lotte interne alla Fiat (fine 1968-giugno 1969)*, in *Classe*, n. 2, 247 ss.

Di Vittorio G. (1952), *Relazione al III Congresso della CGIL*, Napoli, 26 novembre-8 dicembre 1952, ora in *La CGIL di Di Vittorio 1944-1957. Scritti e interventi di Giuseppe Di Vittorio commentati da Luciano Lama*, a cura di F. D'Agostini, De Donato, Bari, 1977, 221 ss.

Di Vittorio G. (1955a), *La svolta della politica della CGIL*, Relazione al Comitato direttivo della CGIL, 26 aprile 1955, in L. Lama, *La CGIL di Di Vittorio. Scritti e interventi di Giuseppe Di Vittorio*, De Donato, Bari, 233 ss.

Di Vittorio G. (1955b), in Aa.Vv., *I sindacati in Italia*, Laterza, Bari, 9 ss.

Duggan C. (2008), *La forza del destino. Storia d'Italia dal 1796 ad oggi*, Laterza, Roma-Bari.

Ferraioli L. (2001), *Lo Statuto dei lavoratori: un mutamento di paradigma in senso pubblicistico del rapporto di lavoro*, in *Quad. rass. sind.*, 117 ss.

Forbice A. (1979), a cura di, *Giacomo Brodolini dalla parte dei lavoratori*, Lerici, Cosenza.

Gabriele A. (2017), *I diritti sindacali in azienda*, Giappichelli, Torino.

Gaeta L. (2020), *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Giappichelli, Torino.

Garavini S. (1969), *Strutture dell'autonomia operaia sul luogo di lavoro*, in *Quad. rass. sind.*, n. 24.

Garofalo M.G. (2009), *Diritti e poteri nell'analisi giuslavoristica*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 183 ss.

Garofalo M.G. (2010), *Lo Statuto ieri e oggi*, in *Rass. sind.*, 29 aprile.

Ghera E. (2007), *Gino Giugni e il metodo giuridico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 265 ss.

Giachetti D. (2000), *Gli anni della riscossa operaia*, in *Cento…e uno anni di Fiat. Dagli Agnelli alla General Motors*, a cura di A. Moscato, supplemento al quotidiano *Liberazione*, Massari editore, Bolsena, 47 ss.

Giannotti R. (1981), *Il movimento operaio in Piemonte: un bilancio (1960-1980)*, in *Storia del movimento operaio, del socialismo e delle lotte sociali in Piemonte*, vol. IV, *Dalla ricostruzione ai giorni nostri*, a cura di A. Agosti, G.M. Bravo, De Donato, Bari.

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

Giugni G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.

Giugni G. (1966), *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, I, 123 ss.

Giugni G. (1967), *Le ragioni dell'intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, in *Economia & Lavoro*, n. 2, 18 ss.

Giugni G. (1968), *La legislazione promozionale dell'attività sindacale*, in *Economia & Lavoro*, n. 3, 275 ss.

Giugni G. (1969), *Lo statuto dei lavoratori: continuità di una politica*, in *E&L*, n. 4, 377 ss.

Giugni G. (1970a), *Intervento*, in Aa.Vv., *La sistemazione didattica del diritto del lavoro nell'insegnamento universitario*, Atti della Tavola rotonda di Firenze, 3 novembre 1969, Giuffrè, Milano, 84 ss.

Giugni G. (1970b), *I tecnici del diritto e la legge «malfatta»* in *Politica del diritto*, 479 ss.

Giugni G. (1970c), *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *RTDPC*, 369 ss.

Giugni G. (1972), *Intervento*, in *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Atti del IV Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Saint Vicent, 3-6 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 175 ss.

Giugni G. (1973a), *L'«autunno caldo» sindacale*, in *il Mulino*, 1970, 24 ss., ora in Id., *Il sindacato fra contratti e riforme*, De Donato, Bari, 11 ss.

Giugni G. (1973b), *Le tendenze evolutiva della contrattazione collettiva in Italia*, in *Revue International du Travail*, n. 6, 307 ss., ora in Id., *Il sindacato fra contratti e riforme*, De Donato, Bari, 67 ss.

Giugni G. (1974), *L'unità operaia in Italia dagli anni cinquanta agli anni sessanta*, in *Lezioni di storia del movimento operaio*, a cura di A. Riosa, De Donato, Bari, 197 ss.

Giugni G. (1976a), *Il nuovo assetto sindacale*, in Aa.Vv., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, F. Angeli, Milano, 3ª ristampa, 203 ss.

Giugni G. (1976b), *Prefazione*, in E. Stolfi, *Da una parte sola. Storia politica dello Statuto dei lavoratori*, Longanesi, Milano, 7 ss.

Giugni G. (1977), *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, De Donato, Bari, 101 ss.

Giugni G. (1983), *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, in Aa.Vv., *Prospettive del diritto*

del lavoro per gli anni '80, Atti del VII congresso nazionale di diritto del lavoro, Bari, 23-25 aprile 1982, Giuffrè, Milano, 3 ss.

Giugni G. (1987), *Minimia personalia*, in *Belfagor*, 2, 213 ss.

Giugni G. (1989), *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1 ss., ora in Id., *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 245 ss.

Giugni G. (1992), *Intervista*, a cura di P. Ichino, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 411 ss.

Giugni G. (2003), *La lunga marcia della concertazione*, il Mulino, Bologna.

Giugni G. (2007), *La memoria di un riformista*, a cura di A. Ricciardi, il Mulino, Bologna.

Giugni G., Mancini F. (1954), *Per una cultura sindacale in Italia*, ne *il Mulino*, 28 ss.

Grandi M. (2007), *Gino Giugni e l'esperienza associativa della Cisl nel suo primo ciclo storico (1950-1970)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 293 ss.

Graziani G. (2007), *Il nostro Statuto è il contratto. La Cisl e lo Statuto dei lavoratori (1963-1970)*, Edizioni Lavoro, Roma.

Grossi P. (2007), *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 247 ss.

Guidetti Serra B. (1984), *Le schedature Fiat. Cronache di un processo e altre cronache*, Rosemberg&Sieller, Torino.

Horowitz D.L. (1966), *Storia del movimento sindacale in Italia*, il Mulino, Bologna.

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

Ichino P. (2009), *Intervento* svolto nella seduta pomeridiana del Senato del 6 ottobre 2009, in www.*lavoce.info*.

Lama L. (1971), *Dieci anni di processo unitario*, intervista a *Rassegna sindacale*, Quaderno n. 29, marzo-aprile, ora in E. Montali, *Luciano Lama. Il riformatore unitario. Antologia di scritti*, Ediesse, Roma, 2017, 106 ss.

Leonardi S. (2009), *Giurista del lavoro e teorico delle relazioni industriali*, in *Quad. rass. sind.*, n. 4, 15 ss.

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

Liso F. (2018), *Gino Giugni: appunti per la storia di un progetto di modernizzazione mancato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1 ss.

Mancini F. (1957), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Mancini F. (1971), *Sul metodo di alcuni giuristi della sinistra extraparlamentare*, in *Pol. dir.*, 99 ss.

Mancini F. (1977), *Relazione*, in *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, De Donato, Bari, 11 ss.

Masi E. (1968), *La «nuova sinistra» e il problema dell'organizzazione*, in *Quaderni piacentini*, n. 35, 66 ss.

Mazzoni G. (1947), *La conquista della libertà sindacale*, Edizioni Leonardo, Roma.

Mazzoni G. (1968), *Intervento*, in Aa.Vv., *Problemi di diritto del lavoro: sulla legge 1966 relativa ai licenziamenti individuali*, Milano, Giuffrè, Milano, 93 ss.

Migone G.G. (1974), *Stati Uniti, Fiat e repressione antioperaia negli anni cinquanta*, estratto da *Rivista di storia contemporanea*, n. 2, Loescher, Torino.

Misiani S. (2001), *La cultura*, in *La CGIL e la costruzione della democrazia*, a cura di A. Pepe, P. Iuso, S. Misiani, Ediesse, Roma, 247 ss.

Napoli M. (2014), *La Cisl e il diritto del lavoro*, in Id., *Diritto del lavoro in trasformazione*, Giappichelli, Torino.

Natoli U. (1969), *Luci e ombre del disegno di legge n. 738 sui diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1969, I, 315 ss.

Natoli U. (1970), *Epifenomenologia e «Statuto dei diritti dei lavoratori» (con una postilla)*, in *Riv. giur. lav.*, I, 263 ss.

Nicolai R. (1960), *Reggio Emilia 7 luglio 1960*, Editori Riuniti, Roma.

Passaniti P. (2009), *Lo Statuto dei lavoratori nel novecento giuslavoristico*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 117 ss.

Passaniti P. (2011), *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Giuffrè, Milano.

Persiani M. (1970), *Il sindacato tra partecipazione e contestazione*, in *Quaderni d'azione sociale*, n. 1, 66.

Polo G. (1989), *I tamburi di Mirafiori: testimonianze operaie attorno all'autunno caldo alla Fiat*, CRIC, Torino.

Pugno E., Garavini S. (1974), *Gli anni duri alla Fiat. La resistenza sindacale e la ripresa*, Einaudi, Torino.

Reyneri E. (1977), *Comportamento di classe e nuovo ciclo di lotte*, in *Problemi del movimento sindacale in Italia 1943-1973*, a cura di A. Accornero, *Annali della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli*, Feltrinelli, Milano, 2ª edizione, 839 ss.

Ricciardi M. (1975a), *Il processo di formazione dello Statuto dei lavoratori*, in *L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, a cura di T. Treu, il Mulino, Bologna, 59 ss.

Ricciardi M. (1975b), *La CGIL e lo Statuto dei lavoratori*, in Aa.Vv., *I 30 anni della CGIL*, Editrice sindacale italiana, Roma, 157 ss.

Righetti G. (2009), *Il ministro dei lavoratori*, in *Mondoperaio*, 61 ss.

Romagnoli U. (1979) Sub *art. 1*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13*. *Commentario del Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., Bologna-Roma, 2ª ed., 1 ss.

Romagnoli U. (2001), *Ripensare il sindacato per ripensare lo Statuto dei lavoratori*, in *Quad. rass. sind.*, 2001, 125 ss.

Romagnoli U. (2008), *Prefazione* a P. PASSANITI, *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Lacaita, Manduria, IX ss.

Romagnoli U. (2017), *«Ragionevoli utopie» cultura giuridica del lavoro e cittadinanza sociale*. Intervista a Umberto Romagnoli di Giovanni Cazzetta, in *Quaderni fiorentini*, XLVI, 761 ss.

Romagnoli U. (2018), *Giuristi del lavoro nel Novecento italiano. Profili*, Ediesse, Roma.

Romagnoli U., Treu T., (1977), *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)*, il Mulino, Bologna.

Romani M. (1976), *Il sindacato in regime democratico*, in Id., *Saggi sul movimento sindacale*, Annali della Fondazione Giuli Pastore, Giuffrè, Milano, 39 ss.

Santoro Passarelli F. (1965), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 17ª edizione.

Scheggi Merlini L. (1977), *Il sindacato difficile. Dieci anni di movimento sindacale prima durante e dopo l'autunno caldo*, Buffetti, Roma.

Sciarra S. (2009), *Gino Giugni viaggiatore*, in *Sociologia del diritto*, 199 ss.

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

Sciarra S. (2019a), *Prefazione*, in R. Voza, *Gino Giugni. Il coraggio dell'innovazione*, Radici Future, Bari, 9 ss.

Sciarra S. (2019b), *Legge e conflitto industriale*, in *Mondoperaio*, 11/12, 19 ss.

Sclavi G. (1969), *Lotte studentesche e movimento operaio*, in *Problemi del Socialismo*, n. 39.

Sermonti A. (1966), *La legge sui licenziamenti individuali (una miniera di controversie)*, in *Dir. lav.*, I, 343 ss.

Siotto F. (2018), *Ordinamento sindacale democratico. La prospettiva interna*, Giappichelli, Torino.

Stolfi E. (1976), *Da una parte sola. Storia politica dello Statuto dei Lavoratori*, Longanesi, Milano.

Trentin B. (1977), *Da sfruttati a produttori. Lotte operaie e sviluppo capitalistico dal miracolo economico alla crisi*, De Donato, Bari.

Treu T. (2011), *Ricordo di Gino Giugni*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, 4-5 giugno 2010, Giuffrè, Milano, 2011, 13 ss.

Turone S. (1974), *L'unità operaia negli anni sessanta*, in *Lezioni di storia del movimento operaio*, a cura di A. Riosa, De Donato, Bari, 215 ss.

Turone S. (1976), *Storia del sindacato in Italia (1943-1969). Dalla resistenza all'«Autunno Caldo»*, Laterza, Roma-Bari.

Vais M. (1964), *Lo Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, I, 27 ss.

Veneto G. (1965), *Gli accordi interconfederali 18 ottobre 1950 e 8 maggio 1953: bilancio di una*

esperienza, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1761 ss.

Veneziani B. (1969), *Note sugli organismi paritetici in agricoltura (Osservazioni in margine al contratto collettivo provinciale per i braccianti avventizi della provincia di Siracusa del 5 gennaio 1969)*, in *Riv. giur. lav.*, I, 331 ss.

Veneziani B. (2019), *La Scuola di Bari*, in *Mondoperaio*, n. 11/12, 36 ss.

Vinay G. (1970), *Lo Statuto: un punto di partenza*, in *Rassegna sindacale*, n. 188-189, 11 ss.

Volpe L. (2013), *Gli studi giuridici e la teoria del diritto: protagonisti e linee di sviluppo dalla fondazione della facoltà di giurisprudenza fino agli anni '60*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, vol. 17, 175 ss.

Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*

Anna Rita Tinti

1. Il lavoro agile, la legge, la conciliazione dei tempi. 286

1.1. Le parole e le intenzioni. 286

1.2. La "conciliazione senza aggettivi": ipotesi e confronti. 290

1.3. Su binari paralleli. 297

2. La disciplina legislativa al filtro della finalità conciliativa e a confronto con la direttiva 2019/1158. 300

2.1. Agilità in entrata: la virata apparente delle "priorità". 303

2.2. Un accordo "su misura"? 306

2.3. Diritti fragili e agilità in uscita: la conciliazione virtuale. 308

3. Quando l'emergenza riscrive le conclusioni. 313

3.1. Tutti a casa: l'agilità confinata. 313

3.2. Conciliazione, l'equivoco che ritorna. 318

Riferimenti bibliografici. 323

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 419/2020

1. Il lavoro agile, la legge, la conciliazione dei tempi.

L'idea che lavorare "senza precisi vincoli di orario o di luogo" costituisca di per sé la migliore condizione per armonizzare il tempo dedicato all'attività lavorativa con gli "altri" tempi della vita personale, presentandosi con l'evidenza del luogo comune, implicitamente sfida a verificare l'apparente ovvietà. Dal 2017 il legislatore, promuovendo con quelle caratteristiche "il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato", ha appunto reso palese la finalità – non esclusiva – di "agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" (legge n. 81/2017, art. 18, co. 1).

Una sollecitazione ulteriore a riflettere sul binomio lavoro agile/conciliazione dei tempi giunge poi dalla direttiva UE 2019/1158 "relativa all'equilibrio tra attività professionali e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza". Questa, approvata dopo un *iter* lungo e tormentato che ha condotto a risultati per certi versi inferiori alle aspettative, ha comunque riportato il tema dell'equilibrio dei tempi al centro dell'attenzione: lo ha fatto in una prospettiva insolitamente ampia quanto alla definizione della finalità, agli strumenti e ai soggetti destinatari e – profilo di immediato interesse in questa sede – ha conferito al lavoro flessibile orientato alla conciliazione (incluso il lavoro "a distanza") un rilievo che non aveva nelle precedenti normative europee.

Analizzare in tale prospettiva la disciplina in materia di lavoro agile, e raccogliere la sfida di cui si diceva all'inizio, significa innanzitutto ricostruire l'orizzonte regolativo su cui si è mosso il Capo II della legge 81: dunque interrogarsi sul significato assunto, nel 2017 e in rapporto con la pregressa normativa in materia di conciliazione dei tempi, dall'inclusione esplicita di tale finalità nella *ratio* della legge (in questo paragrafo); e significa proporre – tenendo conto dello spirito della nuova direttiva in attesa della sua implementazione – una valutazione della disciplina, riguardata sotto il duplice profilo dell'idoneità rispetto alla finalità dichiarata, e della funzione che l'enunciazione stessa dell'obiettivo può svolgere nell'interpretazione delle singole norme (*infra*, par. 2).

L'analisi *non* riguarderà invece, se non per pochi accenni, i modelli di lavoro a distanza affermatisi attraverso la contrattazione collettiva indipendentemente dall'intervento del legislatore (prima), e (poi) anche "all'ombra" di questo: non perché si pretenda di condurre un'osservazione *in vitro* e artificialmente depurata dagli apporti collettivi, ma perché è il legislatore stesso che ritiene di poterne prescindere, e tale circostanza non è priva di conseguenze (*infra*, par. 1.3).

1.1. Le parole e le intenzioni.

È ancora utile cominciare dalle parole. Quelle con cui la legge 81/2017 ha designato la nuova creatura – "lavoro agile" – che già al momento dell'entrata in vigore del provvedimento tanto nuova non era; e quelle che identificano la finalità qui oggetto di attenzione –"conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" – parole che tanto vecchie non sono ma logorate dall'uso sì[846].

Nel lessico del legislatore l'espressione "lavoro agile" – metafora vagamente ginnica accolta

[846] Tanto che se ne assimila spesso l'uso corrente, senza percepire lo stridore di un'espressione che sembra non considerare i tempi del lavoro come partecipi dei tempi della vita: lo rileva Del Punta (2018, p. 232).

autorevolmente[847] come "un perfetto equivalente" di *smart working* – ebbe la meglio sull'anglicismo già in uso. Le due espressioni sono correntemente impiegate in modo promiscuo, anche se c'è chi riserva quella inglese alle esperienze di matrice contrattual-collettiva maturate prima dell'entrata in vigore della legge e/o proseguite e moltiplicatesi nel solco di quei precedenti[848].

La questione semantica, per quanto priva in sé di conseguenze giuridiche, non è culturalmente futile: a maggior ragione quando si centri l'attenzione sul tema della conciliazione dei tempi, poiché già il dibattito intorno al *nomen* forniva indizi circa il significato attribuito a tale finalizzazione sia nei lavori preparatori sia, poi, nei commenti degli interpreti.

In entrambe le espressioni l'aggettivo – "agile", "*smart*" – letteralmente qualifica il lavoro, ma è soprattutto nel primo caso che l'attributo tende a slittare sul soggetto che lavora. "Agili" saranno allora il lavoratore e la lavoratrice che sapranno gestire spazi mobili e tempi flessibili dribblando ostacoli e raggiungendo obiettivi plurimi e potenzialmente in conflitto (Manzella, Nespoli 2016). Così, però, "lavoro agile" finisce con l'esprimere una nozione adattiva – e più immediatamente riconducibile alle tematiche di *work-life balance* – laddove invece con *smart working* l'accento cadrebbe piuttosto sulle caratteristiche della prestazione, resa "intelligente" e innovativa grazie a strumenti/tecnologie/sistemi/connessioni di cui si evoca l'uso proattivo, ma con una ricaduta solo eventuale e comunque indiretta sulla conciliazione dei tempi e una portata assai più vasta in termini di trasformazione qualitativa del lavoro.

Se si ritorna su una questione che, a tre anni dalla entrata in vigore della legge, può ben dirsi superata, è solo per ricordare che in alcune critiche alla scelta terminologica del legislatore gli si attribuiva una certa ristrettezza di vedute di cui proprio l'approccio alla conciliazione diventava l'indizio rivelatore. Secondo tale lettura, insomma, optando per "lavoro agile" il legislatore avrebbe mantenuto lo sguardo rivolto all'indietro, restando ancorato a un "vecchio tema" (Tiraboschi 2017, p. 12) – la conciliazione, appunto – importante ma circoscritto, invece di cogliere l'occasione di affrontare con la dovuta consapevolezza la "grande trasformazione" del lavoro 4.0.

Ammesso che la conciliazione sia stata così determinante nell'intervento legislativo sul lavoro agile, perché mai si tratterebbe di un "vecchio tema"? Escludendo che lo si considerasse archiviabile come questione risolta[849], un frammento di risposta si può cercare nei lavori preparatori. La piccola polemica riproduce infatti un tratto particolare della dialettica fra i progetti da cui prese

---

[847] Ma in modo alquanto sbrigativo, dal *Gruppo Incipit* costituito presso l'Accademia della Crusca: v. il (citatissimo) *Comunicato stampa n. 3* del 1° febbraio 2016 in www.accademiadellacrusca.it. Cfr. Manzella, Nespoli 2016; Tiraboschi 2017; Timellini 2018.

[848] Si veda, ad es., la successione degli accordi Ducati Motor Holding s.p.a.: l'accordo del 14 settembre 2018, presentando un "programma di introduzione sperimentale dello *smart working*", si riferisce al "lavoro agile" semplicemente per indicarne la cornice legislativa, e il successivo *Contratto integrativo e di partecipazione* siglato il 5 marzo 2019 richiama il precedente continuando a usare l'espressione corrente anglofona. Secondo alcuni autori, invece, la scelta terminologica del legislatore sarebbe rivelatrice di una precisa intenzione di contrapporre al modello contrattuale di *smart working* un diverso – e "più avanzato" – modello legislativo: v. Fenoglio 2018b, p. 638; ma già Zilio Grandi, Biasi 2018, p. 9 s.

[849] Ché, anzi, agli osservatori attenti è apparso subito chiaro come dalle trasformazioni del modo di lavorare e dalle conseguenti contaminazioni dei tempi sia ragionevole attendersi "non il superamento del problema, bensì il suo potenziale aggravamento" derivante dall'esposizione della vita non lavorativa "all'invasione della vita lavorativa e delle pressioni che questa comporta" (Del Punta 2018, p. 232 s.): il che dovrebbe indurre piuttosto alla riproposizione del problema in termini nuovi e alla ricerca di strumenti di conciliazione innovativi e adeguati al diverso contesto.

forma la disciplina del lavoro agile nel Capo II della legge 81/2017[850].

La conciliazione dei tempi compariva come finalità del provvedimento – genericamente espressa in apertura e poi ripresa solo in un punto, con altrettanta vaghezza – nel progetto governativo[851]; mentre nel coevo e concorrente disegno di legge (d.d.l. 2229) era richiamata solo nella Relazione: là dove si avvertiva che l'intervento non aveva l'obiettivo di correggere le rigidità che si frapponevano alla diffusione del lavoro da remoto "anche in chiave di (sola) conciliazione dei tempi di vita e di lavoro delle donne" [852], giacché la conciliazione, che pure "resta centrale", "riguarda oggi tutte le persone, in tutte le fasi della vita, e si estende ai temi del benessere, della salute, della previdenza e dell'apprendimento continuo sollecitando la costruzione di un nuovo *welfare* della persona che risponda alla domanda, sempre più centrale, di garantire la sostenibilità a tutte le persone e in tutte le dimensioni"[853].

Insomma, il tema della conciliazione, nonostante i rituali riconoscimenti di "centralità", nel dibattito sul lavoro agile si candida piuttosto, fin dall'inizio, alla marginalità, e la corrispondente nozione è trattata con una sorta di tranquilla *nonchalance*: se assunta direttamente fra le finalità dell'intervento legislativo (insieme all'incremento della competitività ma senza chiarezza sulla relazione fra i due obiettivi: così nel progetto governativo e, poi, nell'art. 18 della legge) resterà pressoché priva di appigli normativi che permettano di approfondire il significato di un'espressione per nulla scontata (su questo si tornerà fra pochissimo); se destinata a essere riassorbita dal nuovo che avanza (come nel citato d.d.l. 2229), sarà liquidata come approccio *rétro*, per essere semmai recuperata in una accezione – certo lungimirante e pervasiva ma – talmente rarefatta da determinarne l'uscita dalla *ratio* del provvedimento.

Si affaccia sullo sfondo l'idea – non da subito né sempre compiutamente espressa – che il tema

---

[850] Ci si riferisce al d.d.l. governativo (Poletti) "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" (A.S. n. 2223, 8 febbraio 2016), e al d.d.l. "Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale" (A.S. n. 2229, 3 febbraio 2016), primo firmatario il sen. Sacconi, che, in qualità di Presidente della Commissione Lavoro del Senato, redigerà poi la Relazione congiunta per i due testi: assumendo il testo governativo come testo base e auspicando la traduzione dei contenuti del secondo testo in emendamenti al primo. Per quanto entrambi i progetti adottassero la denominazione di "lavoro agile", la sintesi regolativa è risultata nettamente sbilanciata sul primo, senza assimilare i tratti caratterizzanti del d.d.l. Sacconi (segnatamente, l'applicazione al lavoro subordinato e autonomo – una sorta di preludio al superamento della stessa distinzione –, la centralità della contrattazione "di prossimità", il ruolo della certificazione): anche se l'approccio al tema della conciliazione risulterà, nei fatti, sostanzialmente convergente. L'espressione *smart working* compariva invece nella Relazione alla – antecedente – proposta di legge "Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro" (Camera dei Deputati, n. 2014, prima firmataria on. Mosca, presentata il 29 gennaio 2014). Per un confronto delle diverse impostazioni di tali proposte cfr. Spinelli (2018a, p. 86 ss.); v. anche, sul progetto che stava prendendo forma, le puntuali osservazioni critiche di Donini (2017a, p. 86 ss.).

[851] Precisamente nel punto in cui si riconosce come infortunio *in itinere* quello occorso al lavoratore che si sposta da/per il luogo di lavoro prescelto, purché la scelta stessa "sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza" (art. 19 d.d.l. n. 2223, poi ripreso tal quale dall'art. 23, co. 3, della l. 81/2017).

[852] Il riferimento implicito è probabilmente alla prima proposta di legge in materia di *smart working* (d.d.l. Mosca, v. nota 5), dichiaratamente rivolta al miglioramento della conciliazione attraverso la diffusione di forme flessibili di lavoro a distanza che non presentassero le rigidità proprie del telelavoro. Nel dibattito sviluppatosi un po' in sordina intorno alla tale proposta si faceva largo uso di un argomento – la produttività non si misura con la presenza sul posto di lavoro – certo pertinente e molto presente nella pubblicistica in materia di lavoro delle donne e pari opportunità: evocativo di una flessibilità (finalmente) scelta ed economicamente non penalizzante, eppure non privo di implicazioni rischiose.

[853] Così la Relazione al d.d.l. n. 2229, e lo stesso passo ritorna nella Relazione congiunta al d.d.l. unificato (cfr. *supra*, nota 5)

del *work-life balance* sia destinato a cedere spazio a un *work-life blending*[854] inteso a un tempo quale conseguenza inevitabile delle trasformazioni del lavoro nell'economia digitale e – a seconda dei punti di vista e del livello di approfondimento critico – quale opportunità di superamento o circostanza di aggravamento dei problemi di conciliazione dei tempi. Di questo vasto scenario, dominato – nel diritto del lavoro – dal problema generale di come predisporre tutele adeguate per il lavoro digitale svolto in una condizione di presunta "autonomia" da cui talora troppo sbrigativamente si fanno discendere conseguenze giuridiche[855], il lavoro agile non rappresenta che un frammento: se non marginale, certo apparentemente meno drammatico sotto il profilo dell'urgenza delle tutele, vista la scelta chiara del legislatore di ritagliarne la disciplina all'ombra della subordinazione (Malzani 2018, p. 20; Spinelli 2018a; De Simone 2019). Tuttavia, poiché anche questa "digitalizzazione 'gentile' delle relazioni lavorative"[856] si muove comunque "nella direzione di regole sempre meno collettive e sempre più individualizzate, con un contenuto derogatorio rispetto al lavoro *standard*", proprio l'esplicita finalizzazione conciliativa dovrebbe indurre a considerare il lavoro agile come una sorta di apripista per i problemi (vecchi e nuovi) legati alla ricerca dell'equilibrio dei tempi e della qualità del lavoro e della vita nell'era della "commistione".

Eppure, mentre la *querelle* terminologica sulla "agilità" richiamata sopra ha avuto all'inizio quel suo – effimero – spazio nella letteratura di commento alla legge 81/2017[857], il riferimento alla "conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" contenuto nel comma 1 dell'art. 18 non ha ricevuto grande attenzione critica, né dal punto di vista semantico né da quello dei contenuti evocati [858].

L'occasione, invece, merita di esser colta: non solo perché il legislatore va preso sul serio, ma anche perché, come si è ricordato, la direttiva UE 2019/1158 pone in una luce particolare la flessibilità del lavoro come strumento di riequilibrio dei tempi.

---

[854] La narrazione banalizzante di chi, accostando per assonanza le due espressioni inglesi, parla di "passaggio dalla conciliazione alla commistione" (così, da tempo e ricorrentemente, sulla rivista *Forbes*: cfr. già R. Askenas, *Forget Work-Life Balance: It's Time for Work-Life Blend*, e, più di recente: S.V. Joseph, *Forget Work-Life Balance. Try Achieving Work-Life Blend Instead,* in www.forbes.it, rispettivamente 19.10.2012 e 17.10.2019), contiene un evidente errore logico, trattandosi di concetti affatto eterogenei: il primo esprimendo la tensione verso un obiettivo che richiede un esercizio di contemperamento fra interessi contrapposti, il secondo la descrizione di un (più o meno diffuso) stato di fatto nel quale lo stesso conflitto e la stessa esigenza di contemperamento non sono risolti ma soltanto sdrammatizzati o riassorbiti, in realtà spostati e caricati sulla persona del lavoratore/della lavoratrice. Si vedano invece le condivisibili riflessioni critiche di Militello (2019). Altra cosa è sottolineare il mutamento del contesto organizzativo in cui il problema di equilibrio dei tempi si dispiega, da quello della separazione fra tempo di lavoro e tempo di vita a quello della commistione: v. già il *Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa* presentato dalla Commissione europea (Bruxelles, 26.4.2017 COM(2017) 206 final, p. 20).

[855] Comunque non appaganti, nemmeno dopo la legge 128/2019: si veda, da ultimo, anche per ampi riferimenti, D'Ascola 2020.

[856] Così Donini (2017b, p. 101), che sottolinea quanto in fondo sia corta la distanza fra il lavoro *smart* e il *crowdworking*, segnati entrambi, sia pure in gradi diversi, dall'allontanamento dei lavoratori "dal centro operativo, materiale e umano costituito dall'azienda e dal contenuto regolatorio della disciplina lavoristica", al punto che "anche la possibilità di conciliare vita e lavoro è fondata esclusivamente sulle opzioni tecnologiche e su una gestione solitaria delle scelte lavorative".

[857] Copiosa la letteratura generale sulla disciplina del lavoro agile: si vedano *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale* (2018), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale* (2018), Spinelli (2018a), Ricci G. (2018), oltre ai numerosi contributi su aspetti specifici che saranno richiamati nel corso della trattazione.

[858] L'idoneità della modalità agile di farsi veicolo di effettiva conciliazione dei tempi è stata presa in considerazione prevalentemente dal punto di vista dell'esigenza di evitare il fenomeno della c.d. *time porosity* e dunque, quanto agli strumenti di tutela, con riferimento al diritto alla disconnessione: una prospettiva essenziale, ma non sufficiente (*infra*, par. 2 ss.).

Quale "conciliazione dei tempi" la legge intende dunque "agevolare" attraverso il lavoro agile?

1.2. La "conciliazione senza aggettivi": ipotesi e confronti.

La domanda posta in chiusura del paragrafo che precede non è retorica.

Senza voler ricostruire i percorsi, non sempre lineari, seguiti dal diritto del lavoro in questa materia, va almeno ricordato, infatti, che il riferimento alle esigenze di "conciliazione" – presente nelle fonti europee dagli anni 90[859], accolto e approfondito in letteratura, ma entrato solo trasversalmente nel lessico del legislatore italiano, che ne assimila i contenuti principali senza dedicarvi ufficialmente una norma specifica fino a una decina di anni fa[860] – non è privo di ambiguità, e l'accezione con cui il termine "conciliazione" compare nella legge 81/2017 non è necessariamente la stessa di quella con cui è richiamato in altri provvedimenti, anche recenti.

Non si tenta nemmeno di ricostruire – operazione ad alto rischio di frustrazione – in base alla legislazione italiana, o a quella europea, o alle teorizzazioni degli interpreti, una nozione univoca e soddisfacente di "conciliazione"[861]. Più utile è intenderla come il progressivo avvicinamento a un insieme variabile di bisogni, sviluppatosi negli anni per approssimazioni successive e nel segno dell'incertezza, e consolidatosi però attorno ad alcuni punti fermi che potremmo considerare una sorta di *acquis* conciliativo.

L'idea di conciliazione fatta propria dal diritto del lavoro – e tributaria anche di altri ambiti disciplinari – mette al centro la persona e il suo universo di relazione e coinvolge una pluralità di diritti e di destinatari diversi (Calafà 2007), a partire *sempre* – per non negare se stessa – dal diritto al lavoro. Presuppone l'esistenza – e reclama di volta in volta la composizione – di un conflitto di potere che ruota in prevalenza attorno alla gestione del tempo ma investe tematiche più vaste, mobilitando il principio costituzionale di eguaglianza in tutte le sue declinazioni (Calafà 2007, Tinti 2009a). Non è mai soltanto un affare privato e postula la partecipazione solidale di più soggetti e delle istituzioni; evoca tematiche generali ma richiede anche interventi specifici e mirati, a pena di irrilevanza. Per l'importanza sociale rivestita e il coinvolgimento di diritti fondamentali più ampi di quelli di cui sono portatori diretti lavoratori e lavoratrici, e per l'implicazione diretta con le politiche occupazionali (e con quelle demografiche), nel diritto del lavoro tale approccio assegna un rilievo primario al potenziale conflitto fra i tempi del lavoro e quelli della cura – non solo, ma innanzitutto, di quella genitoriale, dato l'evidente intreccio con tutte le tematiche storiche del lavoro femminile: dalla tutela della maternità, a quella antidiscriminatoria, alla promozione delle pari opportunità – e, dall'inizio del millennio, tende a orientare gli interventi, non senza arretramenti e contraddizioni, nel senso della "riconciliazione" o "conciliazione condivisa"[862], paritaria e mai neutra: dove l'apparente ossimoro racconta come lo scenario nel quale ci si muove sia

---

[859] Dalla direttiva 96/34 (primo Accordo quadro sul congedo parentale) – passando per lo snodo decisivo della Risoluzione del Consiglio del 29 giugno 2000 sulla partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare e l'art. 33 della Carta dei diritti sociali fondamentali – fino all'ultimo approdo rappresentato dalla direttiva 2019/1158, trova conferma, nell'ordinamento UE, un'idea di conciliazione orientata al tema della cura (ormai non più solo parentale), con una crescente consapevolezza delle implicazioni che vanno oltre la – pur determinante – funzione promozionale dell'occupazione femminile.

[860] In occasione della riscrittura dell'art. 9 della legge 53/2000 ad opera della l. n. 69/2009, art. 38 (Tinti 2009b).

[861] V. in generale Calafà 2004 e 2007, Ballestrero 2009, Tinti 2009a, Novella 2009.

[862] Oltre ai contributi citati alla nota 16, v. Malzani 2015, Pasquarella 2017, Alessi 2018.

necessariamente quello della divisione sociale del lavoro e delle responsabilità in base al genere, scenario che è attraversato dalle regole del lavoro e con esse interagisce. E il fatto che la direttiva 2019/1158 preferisca dichiararsi rivolta all'"equilibrio fra attività professionale e vita familiare" piuttosto che alla "conciliazione" non fa che confermare che la condivisione – intesa come "equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne" (*considerando* 6) costituisce un passaggio essenziale.

La conclamata assenza di una nozione unitaria induce di solito il legislatore nazionale a preferire un approccio pragmatico, impiegando il termine "conciliazione"[863] non in funzione definitoria ma come riferimento generale, da riempire di contenuti a seconda degli istituti disciplinati. I tratti caratterizzanti della "conciliazione" sono così di volta in volta disegnati attraverso almeno due livelli di selettività, uno di "ambito" e uno di "spessore". A un primo livello si individua il "tempo altro", potenzialmente confliggente con quello del lavoro, che si sceglie di far emergere: con la considerazione prevalente, come si diceva, dei tempi della cura nella duplice accezione parentale/familiare o di attenzione per particolari condizioni personali di congiunti o dello stesso lavoratore direttamente coinvolto (ma con la possibile estensione ai tempi della formazione, dello studio, della partecipazione sociale, della vita di relazione…). A un secondo livello saranno le disposizioni specifiche a chiarire la qualità e l'intensità con cui si intende perseguire l'obiettivo: attribuendo diritti soggettivi (potestativi), o fissando priorità a beneficio di determinate categorie di soggetti, o sottoponendo determinate decisioni a obblighi procedurali, o stabilendo modalità incentivanti, o rinviando ad altra fonte con più o meno stringenti criteri direttivi.

Se la domanda posta sopra non è retorica è perché nel Capo II della legge 81/2017 dedicato al lavoro agile per la prima volta accade qualcosa di diverso: nel testo originario, infatti, la conciliazione dei tempi si presenta come un richiamo iniziale generico e isolato, con una doppia pretesa di autoevidenza.

Innanzitutto, il legislatore del 2017 sceglie di non individuare esigenze conciliative specifiche né destinatari privilegiati, rifuggendo anzi – si potrebbe dire – da ogni "paternalistica" gerarchia di valori. Insomma, di fronte alla possibilità di svolgere la prestazione in modalità agile non ci sono bisogni più rilevanti rispetto ad altri, e dunque – poniamo – rivendicare il tempo per accompagnare i figli a scuola, per dedicarsi alla pittura *en plein air* alle otto del mattino, per allenarsi in vista della maratona di New York, per accudire un genitore anziano, risultano essere aspirazioni personali egualmente perseguibili e meritevoli di essere "agevolate". Un segno di rispetto per la persona del lavoratore di cui si favorisce una gestione del tempo libera e responsabile? Oppure l'indizio di un mutamento di rotta nelle scelte dell'ordinamento in ordine ai bisogni delle persone? O ancora, più semplicemente, un piccolo segnale dell'incapacità di vedere quanto complessi sono gli interessi sottostanti al macro-obiettivo "conciliazione"?

Si può anche lasciare l'interrogativo in sospeso, tanto più che l'anno successivo il legislatore corregge il tiro introducendo un accesso preferenziale alla modalità agile, in determinate condizioni, per le lavoratrici madri e i lavoratori genitori di figli con disabilità[864]: una disposizione, come si

---

[863] All'inizio, come si è detto, con grande parsimonia: nella stessa legge 53/2000, che a livello nazionale a tutt'oggi rappresenta ancora il tentativo più ampio e ambizioso di affrontare una materia per sua natura complessa e sfuggente, il termine, nel testo originario, non compare mai.

[864] La modifica è intervenuta con la legge di bilancio per il 2019: l. 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, co. 486, (*infra*, par. 2.1.).

vedrà meglio più avanti, che non pare comunque avere in sé la forza sufficiente – né la qualità necessaria – a modificare il significato dell'impostazione originaria.

In secondo luogo – ed è l'aspetto più rilevante – la finalità (conciliazione dei tempi) appare evocata in funzione meramente dichiarativa e non orientativa rispetto alla disciplina dell'istituto (lavoro in modalità agile): come dire che il "mezzo" (modalità agile) si presume in sé corrispondente allo scopo. Altra cosa, infatti, sarebbe intenderlo come strumento di per sé neutro e solo potenzialmente idoneo a soddisfare l'esigenza indicata, poiché in tal caso andrebbe orientato a questo fine e plasmato attraverso la disciplina specifica.

Certo, l'ipotesi che il lavoro agile sia inteso dalla legge come conciliativo "di per sé"[865] va verificata. Ma già dall'impostazione l'istituto appare predisposto all'ambiguità e qualche eco si avverte della vecchia e mai risolta questione relativa al ruolo del *part time* come preteso strumento di conciliazione[866]: pur nella consapevolezza che l'analogia si ferma qui, ché anzi il lavoro agile potrebbe, in certe condizioni, costituire un'alternativa rispetto alle soluzioni che comportano riduzione di reddito.

Dunque, la regolazione del lavoro agile introduce un riferimento alla "conciliazione" che si presenta con modalità fin qui inusuali nel lessico legislativo, distinguendosi innanzitutto per la sua indeterminatezza. L'ipotesi da cui muovere è che questa "conciliazione senza aggettivi" segnali un possibile mutamento nel modo in cui la legge intende affrontare il particolare contemperamento di diritti – richiesto dal sottostante conflitto di poteri – che la "conciliazione dei tempi" esprime.

Qualche confronto aiuta a mettere meglio a fuoco la novità ipotizzata e le sue implicazioni.

Primo. Del tutto evidente è la distanza che separa l'approccio alla conciliazione *ex* l. 81/2017 da quello, tuttora prevalente nella legislazione nazionale, caratterizzato dalla (modesta) rivisitazione degli strumenti tipici di sostegno per le esigenze di cura: i diritti potestativi nella forma privilegiata dei congedi, con qualche allargamento – soggettivo e nei tempi di fruizione – e qualche misura di flessibilizzazione. Limitatamente all'esperienza recente, ci si riferisce soprattutto al d.lgs. 80/2015 (nella parte in cui interviene sul d.lgs. 151/2001, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, co. 8 e 9, della legge n. 183/2014, c.d. *Jobs Act*): peraltro molto criticato, oltre che per le svariate imperfezioni del testo, per aver lasciato irrisolti i veri nodi problematici della materia (dal problema della condivisione dei compiti di cura al mancato raccordo con le discipline antidiscriminatorie), perdendo fra l'altro l'occasione di una razionalizzazione e semplificazione della normativa in questione[867].

---

[865] Come sembrano confermare le opinioni degli interpreti che ritengono ovvia e non problematica l'attitudine conciliativa del lavoro agile: v., fra gli altri, Proia (2018, p. 178), Chietera (2018).

[866] L'ambiguità del *part time* rispetto alla conciliazione dei tempi presenta tratti complessi e a lungo intrisi di non-detto: a partire dalla intima contraddittorietà con il concetto stesso di conciliazione da parte di un tipo contrattuale che si definisce per sottrazione di lavoro (e di reddito), fino alle ben note questioni sulla volontarietà e sull'idoneità conciliativa di un tipo di flessibilità che, nonostante qualche correttivo, resta fortemente sbilanciata sulle esigenze aziendali. Da ultimo – e verrebbe da dire: finalmente – la direttiva 2019/1158 nei confronti del *part time* manifesta un chiaro atteggiamento di cautela, sottolineando le ricadute delle prolungate riduzioni di orario sul piano contributivo e pensionistico e insistendo sul diritto alla reversibilità delle misure di flessibilità del lavoro (cfr. *considerando* 35 e art. 9, co. 3).

[867] Sul d.lgs. 80/2015 v. *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro* (2016); in particolare sulla difficoltà di rintracciare nell'ordinamento italiano un coerente modello di "conciliazione condivisa", v. Pasquarella (2017).

Nella legge 81/2017, al contrario, la conciliazione dei tempi non si persegue attribuendo diritti, poiché essa piuttosto "consegue" – effetto virtuoso e scontato – dalla particolare modalità di svolgimento della prestazione lavorativa: ne risulterebbe la più radicale delle "semplificazioni", poiché il lavoro agile non ha nemmeno bisogno di presentarsi come una "misura" conciliativa. Resta tutta da indagare, però, la relazione che si stabilisce fra la fruizione dei diritti conciliativi "tradizionali" e questo equilibrio dei tempi presuntivamente incorporato nella nuova modalità di lavorare. La semplificazione potrebbe essere solo apparente.

Secondo. Operazione più naturale e immediata, ma più problematica, è accostare il richiamo alla conciliazione presente nell'art.18, co.1, l. 81/2017 con quelli contenuti in disposizioni che introducono espressamente a questo fine forme di flessibilità organizzativa, riguardanti soprattutto (ma non solo) l'orario di lavoro. I termini di raffronto attuali sono, di nuovo, alcune disposizioni del *Jobs Act*, anche se non si può evitare l'interferenza da parte di una norma risalente, l'art. 9 della legge 53/2000[868], che – pur di fatto abbandonata, o forse proprio per questo – richiama tutte le difficoltà del nesso conciliazione-flessibilità.

Va considerata, innanzitutto, la formulazione che compare fra i "principi e criteri direttivi" della delega di cui all'art. 1, co. 8, della legge n. 183/2014, laddove si prevede "l'incentivazione di accordi collettivi volti a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego di premi di produttività al fine di favorire la conciliazione tra l'esercizio delle responsabilità genitoriali e dell'assistenza alle persone non autosufficienti e l'attività lavorativa, anche attraverso il ricorso al telelavoro" (co. 9, lett. *d*). Tale formulazione riecheggia vagamente proprio quella dell'art. 9, co. 1, lett. *a*, della legge 53/2000 (Gottardi 2016, p. 8): rispetto alla quale ora interessa comunque mettere in luce una differenza di fondo e due analogie. La differenza consiste nell'ancoraggio al concetto di azione positiva, presente nel solo art. 9 l. 53/2000, di cui si sono invece perse le tracce nella legge 183: come dire che si è andata dissolvendo l'aspirazione a promuovere non una

---

[868] Originariamente rubricato "Misure a sostegno della flessibilità di orario", e poi, solo dal 2009, "Misure per conciliare tempi di vita e tempi di lavoro", l'art. 9 l. 53/2000 intendeva perseguire lo scopo attraverso l'erogazione di contributi in favore di datori di lavoro che attuassero *accordi contrattuali* contenenti vari tipi di *azioni positive*, fra cui "progetti articolati per consentire alle lavoratrici e ai lavoratori di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro, quali part time reversibile, telelavoro e lavoro a domicilio, banca delle ore, orario flessibile in entrata o in uscita, su turni e su sedi diverse, orario concentrato, con specifico interesse per i progetti che prevedano di applicare, in aggiunta alle misure di flessibilità, sistemi innovativi per la valutazione della prestazione e dei risultati" (co. 1, lett. *a*: che è appunto la formulazione alla quale ci si riferisce nel testo; corsivi di chi scrive). L'esperienza di questa forma di sostegno alla conciliazione, rivelatasi deludente nonostante le promettenti aspettative (Calafà 2005), si è andata esaurendo nel tempo, sia per difetti di funzionamento intrinseci e difficilmente superabili, sia per le ambiguità della gestione (passata dal Ministero del lavoro al Dipartimento per le politiche per la famiglia istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri), sia, infine, per il progressivo abbandono – nonostante un intervento correttivo (nel 2006: v. Tinti 2009a), e una successiva riscrittura (*ex* l. n. 38/2009, art. 38: su cui v. Tinti 2009b) – segnato dalla cessazione dei finanziamenti. Fino ad accreditare l'idea di una definitiva "cancellazione" dell'esperienza dall'orizzonte del legislatore, dato il silenzio della delega *ex* l. 183/2014 (Calafà 2016, p. 154). E invece, dato per disperso, l'art. 9 è ricomparso nella manovra di bilancio per il 2019: là dove si riformulano le destinazioni dei finanziamenti cui è preordinato il "Fondo per le politiche per la famiglia" (l. n. 145/2018, art. 1, c. 482), si menzionano (lett. *n*) le "iniziative di conciliazione del tempo di vita e di lavoro…comprese le azioni di cui all'art. 9 della legge 8 marzo 2000, n. 53". Si tratta però di una riapparizione – per ora – evanescente. Non è infatti propriamente nel nome dell'art. 9 che, a distanza di qualche mese, il Dipartimento per le politiche della famiglia ha messo a disposizione delle imprese cospicui fondi per sostenere progetti, in senso lato, di conciliazione: l'Avviso pubblico "#Conciliamo" (emanato a fine agosto 2019; revocato prima della scadenza; poi ripubblicato, corretto con l'estensione alle imprese minori precedentemente escluse, l'8 novembre scorso: una partenza a singhiozzo segnata dall'avvicendarsi degli ultimi due Governi), richiama, sì, l'art. 9 l. 53/2000 tra i riferimenti normativi, ed esemplifica le iniziative attivabili in parte sul modello della vecchia norma, ma gli obiettivi sono destinati ad essere perseguiti attraverso progetti di *welfare* aziendale non necessariamente prenegoziati. Per le implicazioni in materia di lavoro agile v. *infra*, par. 1.3).

conciliazione purchessia, ma una misura orientata all'eguagliamento delle opportunità di genere e alla conciliazione condivisa[869]. Le analogie riguardano invece la selezione dei destinatari (puntualmente disegnata dall'art. 9, co. 2; con maggiore genericità espressa nella recente legge delega: ma comunque ristretta a lavoratori e lavoratrici gravati di compiti di cura); e riguardano il coinvolgimento, seppure attraverso meccanismi molto diversi, della fonte collettiva.

Quest'ultimo punto richiede tuttavia un supplemento di attenzione.

Applicato alla conciliazione, il ruolo della contrattazione collettiva si carica, infatti, di valenze plurime. C'è quella di sempre, di protezione/riequilibrio dei poteri, a fronte, qui, di esigenze che possono rendere lavoratori e (soprattutto) lavoratrici portatori di una debolezza aggiuntiva, dovuta alle rigidità proprie di alcuni tempi non comprimibili della cura. C'è, poi, nel caso della conciliazione da realizzarsi attraverso interventi organizzativi, più spesso a livello aziendale, la necessità di un bilanciamento ulteriore, di tipo orizzontale, riguardante la pluralità degli interessi – fisiologicamente difformi – alla flessibilità dei tempi all'interno della platea dei lavoratori coperti dal contratto: ed è appena il caso di ricordare che l'inclusione della dimensione di genere in tale bilanciamento, anche all'interno delle strategie rivendicative del sindacato, non può mai considerarsi scontata né indolore. C'è infine, sottostante a tutto ciò, l'implicito riconoscimento che la conciliazione è un obiettivo perseguibile non solo attraverso le misure standardizzate disposte direttamente dalla legge, ma richiede anche interventi mirati, che la legge può (deve) orientare e favorire: in tal senso la dimensione collettiva si muove in un equilibrio dinamico fra l'autonomia individuale, che porrebbe problemi di debolezza contrattuale e, all'altro estremo, la rigidità, che potrebbe risultare eccessiva, di certe misure legislative[870].

Riprendendo dunque il raffronto fra la conciliazione che il Capo II della l. 81/2017 afferma di agevolare attraverso il lavoro agile e quella perseguita dalle due disposizioni (quella recente e quella risalente) in materia di flessibilità temporale/organizzativa or ora prese ad esempio, constatiamo innanzitutto che dalla normativa sul lavoro agile emerge una conciliazione definitivamente "neutra" che sembra confermare l'acquisita estraneità del legislatore all'approccio delle azioni positive[871].

---

869 Una aspirazione sostenuta nelle più generose interpretazioni dell'art. 9 (Calafà 2001), secondo cui le "azioni positive per la conciliazione" per potersi qualificare tali dovevano contenere il germe della "preferenzialità" (essere cioè orientate verso la conciliazione condivisa): aspirazione, però, destinata ad essere presto frustrata dalla scarsa valorizzazione, se non dalla vera e propria banalizzazione, dello strumento dell'azione positiva, anche da parte della normazione secondaria che avrebbe dovuto guidare e orientare il contenuto dei progetti (Tinti 2009a, spec. p. 183, nt.23).

870 Ciò non significa sostenere che la contrattazione abbia sempre corrisposto a tutte e tre le esigenze; anzi, la sua frequente incapacità di interpretare in modo soddisfacente le esigenze concrete della conciliazione è stata oggetto di ricerche *ad hoc* e più volte messa in luce: cfr. Costantini (2009) a proposito della contrattazione nazionale, e Tinti (2009a) sul ruolo poco significativo svolto dagli accordi collettivi nell'esperienza applicativa del "vecchio" art. 9, l. 53/2000. Resta il fatto che proprio quest'ultima norma, per come costruita sulla presentazione e il finanziamento di progetti adattati alle singole situazioni, mostrava già una percezione accentuata della peculiare esigenza di concretezza delle soluzioni conciliative: peccato che spesso l'intervento collettivo si limitasse a ratificare a posteriori l'accordo intervenuto fra il datore di lavoro e il/i soggetto/i interessati al progetto, e che tutto finisse lì, con sperimentazioni che non riuscivano a produrre frutti ulteriori o, peggio, si risolvevano in rinunce per l'eccessivo allungamento dei tempi. L'insufficienza e l'inefficienza di un approccio – della legge e della contrattazione – ritenuto troppo standardizzato ha ispirato la proposta, avanzata da Novella (2009), di forme di flessibilizzazione e/o individualizzazione delle soluzioni conciliative, basata tuttavia su una articolazione di fonti che non avrebbe dovuto azzerare il ruolo della autonomia collettiva.

871 Estraneità non smentita, come vedremo (*infra*, par. 2.1), dall'innovazione apportata dalla legge 145/2018.

Quanto poi alla finalità di corrispondere il più possibile a istanze conciliative per loro natura particolari e individualizzate, l'impressione è che una certa enfasi spesso posta su tale obiettivo abbia contribuito ad alimentare, negli anni recenti, quella retorica della "sartorialità" come modello ideale di contratto di lavoro costruito su misura delle esigenze particolari dei contraenti[872], modello la cui idoneità a rispondere effettivamente ai bisogni di conciliazione andrebbe quanto meno verificata, e che tuttavia trova nella l. 81/2017 una puntuale corrispondenza: qui infatti la scorciatoia imboccata è semplice e diretta proprio nel consentire di tagliar fuori dal lavoro agile la mediazione collettiva (comunque presente sia nell'art. 9 l. 53/2000 sia nella legge delega del 2014) e puntare alla regolazione individuale (*infra*, par. 2.2.).

Nel passaggio dalla legge delega 183/2014 al già citato d.lgs. delegato 80/2015 la flessibilità organizzativa orientata alla conciliazione – sempre incardinata su due elementi: la predisposizione di qualche forma di incentivo e l'imprescindibilità della dimensione collettiva – offre ulteriori e più specifici termini di confronto utili ad avvalorare quel mutamento qualitativo nell'approccio alla conciliazione che si è ipotizzato di attribuire al legislatore del 2017.

Il primo accostamento è con le "disposizioni in materia di telelavoro" dell'art. 23 del d. lgs. 80/2015: laddove non il telelavoro in quanto tale, ma quello a cui si fa ricorso "per motivi legati ad esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" e "in forza di accordi collettivi stipulati da associazioni sindacali più rappresentative" è "premiato" dall'incentivo normativo consistente nella possibilità di non computare i lavoratori ammessi al telelavoro nei limiti numerici previsti da leggi e contratti per l'applicazione di particolari normative o istituti. Qui non interessa tanto soffermarsi sulla natura – discutibile, e non certo inedita – di un incentivo che in prospettiva addebita ai lavoratori e alle lavoratrici il costo, in termini di livelli e qualità delle tutele, del riconoscimento di bisogni e diritti legati alla persona quali sono quelli riconducibili all'idea di conciliazione. Le considerazioni rilevanti ai fini del nostro confronto sono altre. Da un lato risalta l'idea ampia di conciliazione, non circoscritta (a differenza di quella della legge delega) alla dimensione della cura (Vallauri 2016, p. 131), che contraddistingue la disposizione sul telelavoro, analoga in questo alla genericità del richiamo presente nella legge 81/2017. Dall'altro lato va invece sottolineata la distanza fra le due disposizioni, quando si consideri che, nella prima, l'incentivo normativo condizionato alla conciliazione dovrebbe imporre una lettura orientata e restrittiva di ciò che va inteso per "ricorso all'istituto del telelavoro per motivi legati ad esigenze di conciliazione": appare infatti convincente la tesi secondo cui per attivare l'incentivo non basta che il contratto collettivo enunci la finalità conciliativa del telelavoro, ma serve un ancoraggio specifico alle esigenze di conciliazione dei propri dipendenti e una conformazione delle caratteristiche del lavoro a distanza che garantiscano quella compatibilità con le stesse esigenze che non può mai darsi per scontata (cfr. ancora Vallauri 2016, p.133 ss.). La legge 81/2017, invece, non appresta strumenti specifici atti a plasmare il lavoro agile in senso conciliativo.

Resta il fatto, tuttavia, che la norma sul telelavoro denota, sotto l'apparenza di una certa noncuranza per le implicazioni del tema della conciliazione, uno slittamento di significati che potrebbe preludere allo slittamento di diritti, e ciò non è irrilevante ai fini del nostro confronto: sia per il

---

[872] Utilizzata in ambienti confindustriali, la metafora del contratto di lavoro adattabile alla singola situazione "come un abito tagliato su misura" è spesso ripresa dalla dottrina giuslavoristica: v., ad esempio, Del Punta (2014, p. 34).

richiamo generale alla conciliazione abbinato proprio a una forma di lavoro a distanza[873] che si è inteso distaccare dalle altre misure organizzative di conciliazione economicamente incentivate (di cui si dirà fra un attimo: e la differenza è marcata, non a caso, da un incentivo di natura diversa e potenzialmente capace di affievolire le tutele); sia per le incertezze applicative (risolvibili, come si è appena ricordato, solo mobilitando cospicue risorse interpretative) legate a un rinvio alla contrattazione poco rigorosamente congegnato. Un rischio di cedimento di diritti non troppo diverso – lo vedremo – da quello che è dato scorgere nel lavoro agile, come disciplinato dalla l. 81/2017.

Un secondo raffronto va stabilito con l'art. 25 dello stesso d.lgs. 80/2015 che destinava "alla promozione della conciliazione tra vita professionale e vita privata", "in via sperimentale" nel triennio 2016-18 una quota delle risorse per l'incentivazione della contrattazione di secondo livello. Il decreto (d.m. 12 settembre 2017) emanato ai sensi del co. 2 – a distanza di pochi mesi dalla legge 81 – aveva poi previsto sgravi contributivi legati all'introduzione, attraverso contratti collettivi aziendali (anche di recepimento di quelli territoriali), sottoscritti e depositati, di "misure conciliative innovative e migliorative" rispetto a quanto stabilito dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, in aree di intervento predeterminate[874]. Di nuovo si può proporre, come per la disposizione della legge delega – ma in modo ancor più diretto: per la struttura della norma, lo schema della condizionalità[875], la tematizzazione degli interventi – l'accostamento con il "vecchio" art. 9: rispetto al quale la differenza consiste sempre nel definitivo abbandono del riferimento all'azione positiva, che invero già nell'applicazione dell'art. 9 si era fatto evanescente (nella migliore delle ipotesi riassorbito nel carattere "migliorativo e innovativo" dell'intervento); mentre una dimensione collettiva rimane, pur diversamente strutturata avendo perso il carattere di fonte di recezione di "progetti" che richiedevano tempi lunghi di esame e approvazione; e rimane soprattutto l'ancoraggio a una nozione di conciliazione legata agli impegni di *care* (qui, genitoriale) e/o impegnativa sul piano dell'organizzazione del lavoro.

Dunque, anche nell'art. 25 del d.lgs. 80/2015, letto insieme alle disposizioni di attuazione, affiorano assonanze con la vecchia norma, pure se, rispetto a quella, i bisogni conciliativi sono ora affidati a un diverso meccanismo di validazione collettiva e di (meno diretto ma virtualmente più esteso) sostegno economico[876].

Non potrebbe invece risultare più stridente il confronto con la genericità del rinvio alla conciliazione presente nella legge 81/2017. Si tratta però di un confronto complicato. L'attenzione deve infatti spostarsi sull'intreccio che si stabilisce fra la normativa di applicazione del *Jobs Act* in

---

[873] Esula dai propositi di questo lavoro la disanima del problema della differenziazione, tutta italiana, fra la fattispecie del lavoro agile e quella – di origine negoziale – del telelavoro, nonché di quello, conseguente, della possibile sovrapposizione, in tutto o in parte, delle relative discipline: fra gli altri, v. Donini 2017a, Spinelli 2018a.

[874] Specificamente, aree dedicate: A) alla genitorialità (estensione dei congedi di paternità o parentale e/o indennità, nidi e servizi simili, formazione al rientro dai congedi, buoni per *baby sitting*); B) alla flessibilità organizzativa (lavoro agile, flessibilità oraria in entrata o in uscita, *part time*, banca ore, cessione solidale di permessi con integrazione aziendale); C) al *welfare* aziendale (sotto forma di convenzioni per servizi e cure, buoni di cura, ecc.); con la condizione di mettere in atto almeno due misure, di cui una rientrante nelle aree A o B.

[875] Ora per l'incentivazione contributiva, allora per il finanziamento del progetto: anche l'ultimo regolamento di attuazione dell'art. 9 (d.p.c.m. 23 dicembre 2010, n. 277) richiedeva infatti l'innovatività dell'azione positiva per la conciliazione e il suo carattere migliorativo rispetto a quanto stabilito dalla legge o dal contratto collettivo.

[876] Modesto, peraltro, risulta essere stato, almeno all'inizio, il ricorso agli incentivi in materia di conciliazione previsti dal d.m. 12 settembre 2017, presumibilmente per la ristrettezza della finestra disponibile per presentare le richieste (v. *Italia oggi*, 7 maggio 2018; v. anche Fenoglio 2018b, p. 636, nt. 27).

materia di conciliazione con la disciplina del lavoro agile nel frattempo intervenuta, essendo, come si è visto, il lavoro agile annoverato fra le misure di conciliazione di carattere organizzativo attivabili proprio ai sensi del d.m. 12 settembre 2017 citato sopra.

Si sarebbe tentati di concludere che l'insieme delle norme appena citate in materia di conciliazione (l'art. 25 dl d. lgs. 80/2015 e il d.m. 12 settembre 2017) finisce col contribuire comunque a definire meglio la *ratio* conciliativa della disciplina del lavoro agile. Sarebbe infatti logico dedurre che quest'ultimo, per essere incentivato in quanto misura conciliativa, oltre a essere negoziato collettivamente, dovrebbe contenere un *quid pluris* – di innovazione e miglioramento – rispetto a quanto stabilito dalla scarna normativa di base della legge 81. Ma il raccordo fra le due discipline è troppo esile e mal costruito, e la conclusione non rassicura. Innanzitutto perché la *ratio* conciliativa nella legge 81 dovrebbe poter prescindere dalla concessione di benefici, non essendo subordinata ad alcun rinvio e limitandosi la legge a riconoscere l'applicabilità di *eventuali* normative incentivanti "in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza" (art. 18, c. 4)[877]; e poi per la fragilità intrinseca della disciplina incentivante appena citata: sperimentale, transitoria, e, fra l'altro, sprovvista di un verosimile meccanismo di controllo sull'effettivo orientamento in senso conciliativo di alcune misure (il *part time* e, appunto, il lavoro agile) a più alto rischio di ambiguità[878].

Come dire che la logica che anima il Capo II della legge 81 – il *mantra* del lavoro agile conciliativo *di per sé* – finisce col condizionare anche il lavoro agile *incentivato in quanto* specificamente conciliativo: creando le premesse affinché, anche ai fini della richiesta/erogazione dell'incentivazione, ci si accontenti della semplice attivazione della modalità agile laddove prima non c'era.

1.3. Su binari paralleli.

L'intervento legislativo sul lavoro agile va dunque a incidere su un complesso di esperienze, di elaborazioni, e anche di normative, in parte preesistente e comunque in divenire: come lo fa (e cosa *non* fa) non è indifferente rispetto alla verifica qui proposta sulla qualità della risposta *sub specie* di conciliazione dei tempi.

L'eterogeneo panorama di "ciò che c'era" è sintetizzabile intorno a tre nuclei principali.

C'erano (e ci sono) le esperienze aziendali – anche importanti – di innovazione organizzativa

---

[877] Si noti che il comma 4 dell'art. 18 non fa esplicita menzione degli incentivi finalizzati alla conciliazione, come se tale obiettivo fosse riassorbito in quelli di "produttività" ed "efficienza"; del resto "il ricorso al lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato" compariva già nel d. Min. lavoro 29 aprile 2016 in materia di agevolazioni fiscali per i premi di risultato legati agli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione, misurabili e verificabili attraverso criteri fissati dai contratti collettivi (*ex* art. 1, co. 182, legge 208/2015).

[878] Chi stabilisce, infatti, la sussistenza del requisito di innovatività/miglioramento nelle misure di conciliazione che giustificano l'applicazione dell'incentivo? Dalla circolare esplicativa INPS n. 163/2017 si apprende che "la conformità del contratto collettivo aziendale alle disposizioni contenute nel decreto interministeriale è oggetto di dichiarazione di responsabilità del datore di lavoro al momento della presentazione della domanda di accesso al beneficio e potrà essere oggetto di controllo da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro": controllo evidentemente così remoto da non far ritenere opportuno renderne noti e trasparenti i criteri di valutazione. Il che basta a giustificare il (blando, in verità) disappunto espresso in ambienti sindacali proprio a proposito dell'inserimento, fra le misure, del lavoro agile senza nessuna indicazione o condizione o garanzia (ulteriore, rispetto alla legge) che lo indirizzi senza equivoci a bisogni conciliativi identificabili: si veda ad esempio la *Scheda di lettura*, a cura di S. Stefanovichj e R. Benaglia (www.cisl.it/attachments/article/6927/Scheda%20decreto%20contrattazione%20conciliazione%20vita-lavoro%20.pdf).

mediante *smart working*, alcune introdotte per iniziativa unilaterale delle aziende, altre che avevano trovato nella contrattazione collettiva una prima regolazione: per quanto inizialmente meno diffuse di quanto l'interesse suscitato lasciasse immaginare, esse si presentavano come pioniere di un fenomeno in grande crescita grazie alle opportunità offerte dalla tecnologia[879], e appena trattenuto – si sosteneva allora – dall'incertezza circa l'orientamento di un intervento legislativo che tardava a venire; di qui le pressioni per una disciplina leggera che consentisse lo sviluppo di un lavoro a distanza non "appesantito" dai vincoli (derivanti soprattutto dalle norme in materia di sicurezza) che caratterizzavano la disciplina del telelavoro.

C'era una normazione secondaria, in parte preesistente alla legge, e che avrebbe manifestato attitudine a riprodursi anche dopo, disposta ad accogliere "nuove" forme di lavoro a distanza fra le innovazioni organizzative suscettibili di produrre vantaggi plurimi (in termini, a seconda dei casi, di produttività, possibilità conciliative, efficienza in generale…) e in quanto tali ritenute meritevoli di incentivazione e sostegno[880].

Soprattutto era già presente a livello legislativo, nell'ambito del lavoro pubblico, un'impostazione che collocava all'interno delle misure di "promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche", oltre alla fissazione di obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro, "la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa" (l. 124/2015, art. 14, c.1). Dalla direttiva di attuazione, poi intervenuta in contemporaneità con il perfezionamento dell'iter della legge 81 (Dir. PCM n. 3, 1 giugno 2017*)* – e dalle linee guida che la accompagnano – scaturisce un modello che, rispetto a quello legislativo, si caratterizza per essere minutamente orientato da disposizioni vincolanti in direzione degli obiettivi di conciliazione dei dipendenti[881].

Punto per punto, le risposte del legislatore si segnalano per leggerezza e disimpegno[882].

---

[879] Il fenomeno si impone all'attenzione dei giuslavoristi soprattutto grazie ad alcune ricerche (v. spec. Tiraboschi, Dagnino, Tomassetti, Tourres 2016) e ai periodici rapporti dell'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano. Per una mappatura dei contenuti degli accordi aziendali precedenti la legge cfr. Dagnino, Menegotto, Pelusi, Tiraboschi 2017.

[880] Dai menzionati decreti ministeriali 29 aprile 2016 sulle agevolazioni fiscali per i premi di risultato e 12 settembre 2017 in materia di incentivi alla conciliazione, fino al più recente Avviso pubblico *"#Conciliamo"* (cit. alla nota 23).

[881] Oggetto di specifiche disposizioni sono infatti la scelta della modalità agile da parte dei singoli lavoratori, la limitazione quantitativa dei tempi "agili", l'impegno per una certa percentuale di attivazioni (10% in un triennio), i criteri e le priorità orientati alla conciliazione, la valutazione per obiettivi. Sugli intrecci fra obiettivi di conciliazione, innovazione organizzativa e ruolo della contrattazione collettiva nella p.a. cfr. Calafà 2018. Il modello è variamente riprodotto nei diversi settori del lavoro pubblico. Si vedano, ad esempio: la direttiva 6 marzo 2018 in materia di lavoro agile presso il MIUR, che prevede la tipizzazione delle attività possibili, il limite di cinque giorni al mese ampliabili a otto anche per esigenze del lavoratore, la reperibilità limitata a tre ore giornaliere, le priorità da rispettare in fase di accesso alla modalità agile (prima la conciliazione, ultima l'appartenenza ai ruoli), la durata determinata dell'accordo (max sei mesi, rinnovabile), l'interruzione con preavviso e specifica motivazione; l'accordo 13 marzo 2019 per l'avvio di un progetto pilota di lavoro agile presso il Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

[882] Leggerezza – peraltro non sufficiente ad avviso di Ichino (2017) – e disimpegno nel senso che la volontà di disturbare il meno possibile ciò che esiste conduce a disposizioni da un lato povere di garanzie, dall'altro costellate di raccordi non ben definiti con altre norme lavoristiche, con l'inevitabile e contraddittoria conseguenza del moltiplicarsi di dubbi interpretativi, fin dall'inizio segnalati dai commentatori: è sufficiente ricordare i problemi legati alla distinzione dal telelavoro e alla possibile sovrapposizione parziale delle discipline (Ricci 2018, p. 638 s, Donini 2018, Spinelli 2018a), al difficile coordinamento con il d.lgs 66/2003 a proposito dei limiti massimi di orario (Donini 2018, p. 114 ss., Fenoglio 2018b), alla definizione del contenuto dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro (Peruzzi 2017, Malzani 2018).

In primo luogo, le esperienze in corso vengono apparentemente ignorate e l'autonomia collettiva resta esclusa dall'orizzonte regolativo della modalità di lavoro flessibile più densa di innovazione. Pur non trattandosi di una preclusione[883], il trattamento senza precedenti (Treu 2017, p. 21) riservato alla contrattazione[884] – che pure del lavoro agile era, e continua a essere, il principale "incubatore" – assume, accanto alle ovvie implicazioni di carattere generale, un triplice significato relativo alla finalità di conciliazione dei tempi.

Infatti, *a*) con l'assenza di rinvii alla fonte collettiva si favoriscono relazioni di lavoro caratterizzate da uno squilibrio contrattuale accentuato per i portatori di esigenze di conciliazione; *b*) ciò equivale al disconoscimento dell'esigenza di qualsivoglia mediazione fra interessi plurimi in materia di flessibilità scelta: certo non è detto che tale ruolo sia sempre congeniale alla contrattazione collettiva, né che le esperienze sul punto siano sempre state soddisfacenti; ma se era questo il dubbio si poteva usare la tecnica del rinvio non in bianco e accortamente indirizzato dalla legge; *c*) infine, sul piano dei contenuti, ignorare le esperienze contrattuali è uno spreco di risorse: significa non aver voluto prendere in considerazione la possibilità di accogliere, estendendole e/o rimodulandole, soluzioni sperimentate e certo riproducibili almeno sotto il profilo del metodo (qualche esempio: la previsione di un ventaglio plurimo di criteri di accesso[885], la presenza di procedure di esame congiunto in caso di cattiva riuscita della sperimentazione della modalità agile, l'offerta di forme alternative di flessibilità conciliativa in caso di impossibilità di prosecuzione dell'esperimento, la definizione di criteri per la disconnessione, l'individuazione di fasce orarie di reperibilità, ecc.). "Agevolare" la conciliazione potrebbe significare (anche) rendere fruibile lo strumento del lavoro agile là dove la contrattazione non arriva: occorre tuttavia prendere atto che il legislatore non ha inteso favorire alcuna osmosi fra le soluzioni negoziali sperimentate e quelle attivabili in base alla sola legge.

In secondo luogo, se è pur vero che l'apporto negoziale collettivo appare recuperato nei casi in cui il lavoro agile sia introdotto in base alle previsioni contenute in normative incentivanti che presuppongono l'esistenza di accordi collettivi – ma innanzitutto presuppongono la disponibilità di risorse – la legge stabilisce nei confronti di queste un rinvio eventuale in cui il raccordo specifico con la finalità di conciliazione addirittura si perde (art. 18, co. 4). Non stupisce allora che nella più recente iniziativa governativa di sostegno a progetti conciliazione non figuri nemmeno la denominazione di "lavoro agile": l'Avviso pubblico "*#Conciliamo*"[886], infatti, non solo non menziona fra

---

[883] Come sottolineato da più parti (Santoro Passarelli 2017, p.10, Ricci 2018, p. 649, Proia 2018, p.183, Cairoli 2018, p. 21 s., Spinelli 2018a, p.114 ss., Malzani 2018, p. 33, Fenoglio 2018a, p. 561 s.), a volte con toni di ottimistico affidamento alla fonte collettiva di cui è auspicato l'intervento a fronte della povertà, sotto diversi profili, del dettato legislativo: ma il legislatore evidentemente non la pensava così.

[884] Il ruolo della contrattazione si manifesta solo indirettamente e attraverso i riferimenti a due ordini di garanzie minime "esterne": il rispetto dei "limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale" (art. 18, co.1) e il "trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato" ai lavoratori che svolgono, all'interno dell'azienda, le medesime mansioni in attuazione dei contratti collettivi *ex* art. 51, d.lgs. 81/2015. Nel senso di una valorizzazione dei richiami alla contrattazione collettiva presenti nella disciplina del lavoro agile, cfr. Recchia (2018), anche per la ricostruzione della vicenda del "rinvio perduto" nel corso dei lavori preparatori. Cfr. altresì Lamberti (2018, p. 198 ss.).

[885] Cfr. ad esempio l'accordo Barilla del 2 marzo 2015, su cui v. Marchi 2018, p.44.

[886] V. nota 23. Il bando è scaduto il 9 gennaio 2020 (è del 10 marzo il decreto di nomina della commissione di valutazione delle proposte progettuali) e, dato il suo porsi come una sorta di erede di fatto dell'art. 9 della l. 53/2000, desta un naturale interesse circa la qualità e la quantità delle esperienze che saprà suscitare.

i propri riferimenti normativi la legge 81, ma, quando esemplifica le proposte progettuali di welfare aziendale finanziabili (per inciso: unilaterali delle imprese o codeterminate con le r.s.a., ma senza alcuna preferenzialità), annovera, nell'ambito della flessibilità oraria e organizzativa, il "lavoro da remoto" tipizzandolo in "telelavoro o *smart working*". Poiché comunque fra i criteri di valutazione delle proposte figura, anche qui, l'"innovatività dell'azione"[887], per progetti di *smart working* il primo termine di paragone dovranno essere, oltre ad eventuali norme collettive, le garanzie disposte dalla legge 81 in materia di lavoro agile: ma quanto più tali garanzie risultano flebili e vaghe, tanto meno stringente sarà il requisito preteso.

Infine, un mero simulacro di dialogo a distanza è quello che si stabilisce fra la disciplina legislativa del lavoro agile e le disposizioni in materia dettate per il lavoro pubblico (Spinelli 2018b; Calafà 2018; Sartori 2018; Zilli 2018; Talamo 2018). A queste ultime, imperniate sulle esigenze di innovazione organizzativa e conciliazione dei tempi, la legge 81 espressamente si richiama (art. 18, co. 3), dichiarando le norme legislative applicabili "in quanto compatibili" ai rapporti di lavoro nella p.a.; a sua volta la direttiva di attuazione dell'art. 14 co.1 della l. 124/2015 fa ripetutamente riferimento alla legge (allora in dirittura di arrivo: infatti è citata sotto forma di d.d.l. Senato), a mo' di autocertificazione della propria compatibilità. Ma fra due modelli di riferimento, che non potrebbero essere più diversi, non si stabilisce alcun tipo di permeabilità.

Insomma, il legislatore lascia correre su più binari il lavoro agile che esiste già: stabilisce con tali esperienze – da cui non trae linfa e che non si preoccupa di coordinare né di ricondurre a sistema – alcuni raccordi, tali da recare, nelle intenzioni, il minimo ingombro. E poi va oltre, allestendo un ulteriore binario parallelo sul quale far viaggiare una possibile soluzione – per il lavoro privato – di ispirazione tutt'affatto diversa da quelle: è un modello al quale la specificità e la varietà delle esigenze conciliative finisce col fornire l'alibi perfetto per uno spostamento di disciplina fortemente sbilanciato sull'accordo individuale.

Ne risulta un quadro d'insieme segnato da una strana disinvoltura delle fonti in una materia che, per la delicatezza e la complessità degli interessi coinvolti, richiederebbe invece il massimo del coordinamento. Perciò l'attenzione sarà ora rivolta a quel nucleo regolativo della legge 81, Capo II, che dovrebbe consentire al lavoro agile, anche prescindendo dall'intervento collettivo, di farsi strumento di conciliazione dei tempi.

2. La disciplina legislativa al filtro della finalità conciliativa e a confronto con la direttiva 2019/1158.

La duplice finalità enunciata all'art.18, co.1 ("incrementare la competitività e agevolare la conciliazione di tempi di vita e di lavoro") evoca benefici multipli (cfr., fra gli altri, Ricci 2018, p. 643 ss., Monterossi 2018, p. 24 ss.) in grado di alimentarsi reciprocamente: di qui la *vulgata* del lavoratore *smart* che concilia i tempi del lavoro con quelli personali, dunque è più felice e produttivo, riduce le assenze, consente ulteriori risparmi nei costi della postazione di lavoro (al datore) e nei costi sociali della mobilità (alla collettività). Una narrazione che presume la tenuta del primo anello di quella perfetta catena *win win*: vale a dire la rispondenza della disciplina al più complesso e meno misurabile dei due obiettivi enunciati. Perché, se pure è vero che la legge 81 "non impone una necessaria compresenza delle due finalità" (Monterossi 2018, p.25), potendo le parti liberamente

[887] Intesa come "introduzione di pratiche o servizi nuovi o di sviluppo rispetto a quelli già realizzati in base alla legislazione vigente, al contratto collettivo e alle azioni già poste in essere all'interno del luogo di lavoro…" (art. 11).

accentuare l'una o l'altra nell'accordo sulla modalità agile, occorre prendere atto che conciliazione e competitività non possono stare sullo stesso piano. Certo, la conciliazione "senza aggettivi" risulterebbe funzionale anche a questo, indirizzare l'attenzione verso due obiettivi presentati come equiparabili, fungendo da premessa per un assetto regolato dalle sole parti individuali e infittendo il velo che nasconde la disparità dei contraenti[888]. Ma anche senza aggettivi, anche non condizionata a compiti di *care*, la conciliazione deve poter includere la cura: e allora è comunque troppo intrisa di diritti della persona e troppo collegata a nuclei forti della tutela lavoristica (quella antidiscriminatoria, *in primis*), per poter essere evocata con un auspicio *en passant.*

Tanto basterebbe a considerare la finalità conciliativa un filtro necessario per l'analisi del Capo II della l. 81. Ad avvalorare tale approccio sono poi intervenuti i due fatti nuovi già ricordati: la modifica legislativa testuale che riguarda direttamente la finalità di conciliazione orientata alla cura genitoriale (in particolare materna: *infra*, par. 2.1.) e, soprattutto, l'emanazione della direttiva 2019/1158.

Quest'ultima, di cui non si può qui dar conto compiutamente[889], per l'ispirazione di fondo e alcuni tratti specifici di disciplina appare in grado di condizionare l'interpretazione della normativa in esame e di suggerire, nella (auspicabile) prospettiva di un recepimento non meccanico o minimale[890], interventi di adeguamento.

Dei profili generali che più "interpellano" la disciplina sul lavoro agile è opportuno tracciare di seguito una rapida sintesi.

a) La direttiva opta per una nozione di conciliazione espressa in termini di "equilibrio tra attività professionale e vita familiare", tesa al conseguimento della parità di genere attraverso "la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza fra uomini e donne" (*considerando* 6). Dunque una conciliazione *selettiva* (in quanto centrata sulle esigenze di cura) e *finalizzata* (perché chiamata a incidere su dinamiche occupazionali e demografiche attraversate dalla diseguaglianza di genere): inequivocabilmente *con* aggettivi.

b) Nonostante l'orientamento selettivo sugli obiettivi, la prospettiva degli interventi di conciliazione è *ampia*; quanto ai destinatari, l'ampiezza si esprime in particolare attraverso la categoria virtualmente molto inclusiva dei "prestatori di assistenza"; quanto agli strumenti di conciliazione, ciò si traduce in una importante diversificazione: infatti, andando oltre la materia dei "congedi" (comunque arricchita nella tipologia) con cui a lungo la conciliazione in Europa si è pressoché identificata, si prendono in considerazione le "modalità di lavoro flessibili" (art. 3, lett. *f*) in quanto strumento autonomo (Eurofound 2017), e non soltanto (come nella precedente direttiva 2010/18) come soluzione accessoria/complementare rispetto ai congedi e fruibile al momento del rientro.

c) Fra le modalità di lavoro flessibili acquistano centralità quelle – incluso il lavoro a distanza – che non comportano riduzioni di reddito – e relativi riflessi sul piano della sicurezza sociale – mentre

---

888 Sintomatico che, con un totale capovolgimento di prospettiva, si sia potuto affermare che nell'accordo sulla modalità agile le parti sono equilibrate proprio usando l'argomento della presenza della conciliazione fra le finalità della legge: Fiorillo (2018, p.7 s.). Sostanzialmente nello stesso senso cfr. Martone (2018, p. 463 ss.).

889 Ma v. ampiamente, e con particolare attenzione al profilo di genere, Izzi 2020.

890 Del resto, la direttiva non pone tempi stretti per il recepimento: l'art. 20 fissa il termine al 2 agosto 2022 e allunga i tempi (al 2 agosto 2024) per alcuni aspetti del trattamento economico del congedo parentale.

si avanzano salutari cautele nei confronti del *part time* e delle riduzioni d'orario e, in generale, si afferma il ruolo di garanzia che può essere affidato alla tecnica della temporaneità/reversibilità (*considerando* 35 e 36; art. 9, co.3).

d) Dall'insieme risulta una inedita – e innovativa – "fluidità" nella strumentazione, finalizzata a consentire ai *carers* di "rimanere a far parte della forza lavoro" adattando "il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali" (*considerando* 34): e sono proprio le modalità di lavoro flessibili a rappresentare plasticamente tale fluidità, in quanto rivendicabili sia dai lavoratori genitori[891] sia dai prestatori di assistenza (a fronte dell'accesso a una fetta ridotta della torta dei congedi, destinata in gran parte ai genitori). Senza dubbio la portata dell'innovazione si ridimensiona se si considera la cautela con cui è espresso questo embrionale diritto alla flessibilità conciliativa in rapporto all'esercizio del potere datoriale: è un "diritto di chiedere" a fronte di un dovere di "prendere in considerazione", nulla di più; ma è anche un diritto di ricevere risposta "entro un periodo di tempo ragionevole", e di ricevere una motivazione[892] in caso di rifiuto o rinvio: nulla di meno, e questo prima non c'era (art. 9, par. 2)[893].

e) Ci si avvicina, infine, a un risultato ambizioso e discusso: la possibilità di configurare come discriminazioni in senso proprio le violazioni dei diritti in materia di conciliazione. Ma non è ancora un approdo sicuro e alcune disposizioni oscillanti riguardano, non a caso, il lavoro flessibile in funzione conciliativa. Da un lato, infatti, l'art. 11 allarga il divieto di trattamenti meno favorevoli a quelli "causati" (oltre che dalla richiesta o fruizione di congedi e assenze) dall'esercizio dei diritti relativi alle modalità di lavoro flessibili; e l'obbligo per gli Stati di adottare le misure atte a "vietare il licenziamento e la preparazione di un licenziamento" è parimenti esteso agli atti "causati… dall'esercizio del diritto di chiedere modalità di lavoro flessibili" (art. 12, par.1); dall'altro lato, però, la volontà di andare fino in fondo viene meno nel punto in cui al lavoratore che ritiene di essere stato licenziato per la sua richiesta di flessibilità non si riconosce il diritto alla motivazione *scritta* del licenziamento (par.2) né, soprattutto, lo spostamento sul datore dell'onere della prova (negativa) (par.3)[894].

Insomma: prospettive ambiziose, alcune disposizioni innovative, coraggio non sempre all'altezza e qualche frenata di troppo. Dopo un silenzio decennale della normativa UE in questa materia e in assenza di accordo fra le parti sociali forse non ci si poteva aspettare di più. Tanto più importante sarebbe un recepimento capace di assorbire lo spirito espresso nei *considerando*, di valorizzare il ruolo di supporto pure evocato, anche se in forme non certo incisive, per le parti sociali

---

[891] Con figli fino a una determinata età, non inferiore a otto anni (art. 9, par. 1): limite abbassato rispetto alla proposta originaria di direttiva che lo fissava a dodici anni.

[892] Se pure non si parla espressamente, in questo punto, di motivazione resa "per iscritto" (come invece avviene in caso di rifiuto della richiesta di fruire in modalità flessibili del congedo parentale: art. 5, par. 6), pare difficile ipotizzare una forma diversa.

[893] Va segnalata, perché pertinente rispetto al lavoro agile, una sbavatura testuale relativa proprio al "lavoro a distanza": che è testualmente incluso nella definizione delle "modalità di lavoro flessibili" (art. 3, lett. *f*), e dunque dovrebbe ritenersi incluso nella regolazione dell'art. 9, rubricato allo stesso modo: senonché il par.1 – al quale fanno riferimento anche i paragrafi successivi – parla di "diritto di chiedere *orari di lavoro flessibili* per motivi di assistenza". Non pare però sostenibile una lettura restrittiva, incomprensibile sul piano della *ratio*, poiché, in contraddizione palese con i *considerando* 34, 40 e 41, essa escluderebbe la richiesta del lavoro a distanza (in forme non comportanti flessibilità nell'orario ma solo nel luogo di lavoro) dall'applicazione dell'art. 9, dell'art. 11 in tema di discriminazione, e dell'art. 12, par. 1 e 2, in materia di licenziamento.

[894] Anche in materia di motivazione scritta del licenziamento e onere della prova si registra un arretramento rispetto alla proposta di direttiva, che equiparava in tutto il licenziamento causato dalla richiesta di modalità di lavoro flessibili a quello causato dall'esercizio dei diritti relativi ai congedi.

(*considerando* 50), e previsto per gli organismi di parità (art. 15) e, in definitiva, di cogliere l'occasione per ricondurre a sistema una normativa in materia di *work-life balance* cresciuta in modo disordinato, per sovrapposizioni e contraddizioni successive, negli ultimi due decenni.

E evidente che non di sola semplificazione si sta parlando, ma di costruire le condizioni per intendere la conciliazione non tanto come settore (oltre tutto, finora, marginalizzato) *del* diritto del lavoro quanto come approccio pervasivo *al* diritto del lavoro. In tale prospettiva la disciplina del lavoro agile sarebbe coinvolta in modo non marginale.

2.1. Agilità in entrata: la virata apparente delle "priorità".

Una modifica additiva alla disciplina del lavoro agile introdotta a fine 2018 mette alla prova le considerazioni fin qui svolte sulla "conciliazione senza aggettivi": i datori di lavoro che stipulano accordi per l'esecuzione del lavoro in modalità agile sono ora tenuti "in ogni caso" a dare priorità alle richieste avanzate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del congedo di maternità, e dai lavoratori con figli in condizione di disabilità[895].

La virata è brusca: da una conciliazione indefinita, perfetta per assecondare gli ottimismi del *work-life blending* virtuoso, si passa a una priorità nell'accesso dal sapore ultratradizionale, centrata sulle madri lavoratrici. Non bisogna però enfatizzare: si tratta pur sempre di una semplice priorità, il datore di lavoro non è "tenuto" – nemmeno sussistendo la possibilità tecnica di farlo – ad attivare nulla.

Quanto alla scelta di orientare le priorità alla conciliazione, va notato come il legislatore (di nuovo) non raccolga nessuna indicazione proveniente da altre esperienze o fonti: non si ispira alla (più ampia) lista di soggetti meritevoli di attenzione prevista nel *part time* per la trasformazione del contratto o per il ripensamento sulle clausole elastiche (d. lgs. 81/2015, artt. 6, co. 7, e 8, co. 3-5); non tiene conto delle articolazioni di criteri e priorità che vanno emergendo in materia di lavoro agile nella p.a.; e tanto meno trae spunto dalla contrattazione collettiva in materia di lavoro agile/*smart working*, in cui le "preferenzialità", ancorché non sempre presenti, sono ancor più variegate (Cozzi 2019).

La priorità riservata alle sole lavoratrici, nei tre anni successivi alla conclusione del congedo di maternità può intendersi come misura di diritto diseguale volta a minimizzare l'impatto dell'evento maternità sulla situazione lavorativa della madre. Certo, nell'arco di tempo in cui più spesso le madri, anche a causa delle carenze di servizi per la prima infanzia, usufruiscono del congedo parentale, o richiedono il *part time*, o abbandonano il lavoro[896], la facilitazione per il lavoro agile può essere un'opzione allettante e utile a conservare non solo il posto di lavoro ma la pienezza del reddito. La logica ispiratrice del nuovo comma 3 *bis* appare così la stessa che ha suggerito l'altra – discutibile, anche se non se ne può discutere qui – innovazione in materia di maternità presente nella stessa legge 145/2018, cioè la possibilità (condizioni di salute permettendo) di lavorare fino al momento del parto usufruendo successivamente di tutti e cinque i mesi

---

[895] In base al comma 3 *bis* inserito nell'art. 18 legge 81/2017 ad opera della l. n. 145/2018 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale 2019-2021*), art. 1, co. 486.

[896] Per un'analisi dei dati risultanti dalle Relazioni annuali sulle dimissioni di lavoratrici e lavoratori di bambini fino a tre anni si rinvia a Tinti 2017.

di congedo, e dunque, ancora, di ridurre – o rinviare – il bisogno di sospensione o contrazione dell'impegno lavorativo.

Ma non tutto torna. Se *Wonder Mom*[897], che ha lavorato fino al parto, finiti i cinque mesi di congedo obbligatorio riprende a lavorare "agilmente" (da casa, si suppone), che immagine di conciliazione trasmette? In tale – apprezzabile, ma non è questo il punto – sequenza di vita quanto è davvero favorita la libertà di scelta? Anche le risposte (tutte, per ora, al condizionale) si possono snocciolare in sequenza. Sarebbe libera – quella scelta – se fosse davvero un'opportunità in più e non fosse implicitamente svalutante nei confronti di altri diritti di conciliazione *hard* ai quali la madre può essere di fatto indotta a rinunciare (il congedo parentale, troppo modestamente compensato per essere competitivo; ma anche le pause per la cura, a rischio di riassorbimento nei tempi presuntivamente autogestiti della modalità agile); lo sarebbe se la definizione dei termini dell'accordo individuale fosse circondata da cautele specifiche (relative, ad esempio, alla definizione dei risultati attesi, ai rischi di sovraccarico nella sovrapposizione con i compiti di cura, alla effettiva disponibilità flessibile del tempo, alla durata dell'accordo e alle condizioni del "rientro" nella modalità standard, ecc.); e lo sarebbe se ci fosse, in generale, un consapevole orientamento della legislazione verso la condivisione di genere delle responsabilità di cura attraverso la predisposizione di una pluralità di strumenti dedicati, nel senso auspicato dalla direttiva: perché il lavoro agile, di per sé, quanto a propensione per la condivisione, pare proprio la soluzione più insidiosa. Paradossalmente (ma non troppo), volendo adottare l'impostazione del diritto diseguale tanto valeva riservare, nello stesso periodo, la priorità per i padri lavoratori.

L'innovazione è di solito criticata soprattutto per altri motivi, a partire dalle difficoltà applicative. Se ne stigmatizza la rigidità eccessiva e l'appesantimento sul piano organizzativo, poiché il datore di lavoro sarebbe di fatto costretto a stabilire una sorta di graduatoria non prevista dalla legge[898] (ma ciò è vero anche per le priorità esistenti per il *part time*), nonché il difficile coordinamento dei criteri stabiliti dalla legge con quelli eventualmente provenienti dalla contrattazione. Si sottolinea poi che la priorità non è condizionata alla idoneità delle mansioni ad essere svolte in modalità agile (ma tale idoneità non sarebbe comunque una condizione implicita?). Infine, introducendo nell'art. 18 le priorità del comma 3 *bis* si sarebbe attribuito troppo rilievo alla conciliazione a scapito della competitività (su questi e altri rilievi, Menegotto 2019).

In realtà, ciò che sconcerta è piuttosto il carattere posticcio dell'innovazione, che appare un fuor d'opera in una legislazione che rimane diversamente impostata, e rappresenta una garanzia insufficiente proprio per i soggetti che vuole favorire, esponendo la soluzione al doppio rischio di cattiva riuscita e, in assenza di altre misure, di esito potenzialmente segregante per le madri. La genericità dell'obiettivo conciliazione continua infatti a caratterizzare il contesto generale della disciplina, e se si voleva incidere su questo si è scelta la via peggiore: non sono tanto le priorità nell'accesso, quanto le misure regolative dell'assetto di interessi nella parte del rapporto che si svolge in modalità agile a essere decisive.

---

[897] L'uso dell'epiteto è rubato a Calafà 2019.

[898] Si ricorda che la legge (a parte, appunto, il caso dell'art. 18, co. 3 *bis*) non parla mai di "richiesta", da presentarsi da parte del lavoratore, di accedere alla modalità agile, né di procedure da seguire: a differenza di quanto accade nel lavoro pubblico (si veda, ad esempio, l'Accordo MIBAC 13 marzo 2019, in cui la procedura si apre con la presentazione di una "manifestazione di interesse" da parte del lavoratore, cui fa seguito la predisposizione da parte di quest'ultimo di un "progetto individuale": art. 5) e, talvolta, nella contrattazione collettiva: v., da ultimo, l'Accordo HBG, in *Boll. ADAPT*, 10 febbraio 2020, n. 6.

Si capisce così che l'accesso preferenziale per le madri non può che sollecitare la riflessione critica sulla fonte privilegiata – l'accordo individuale – e quindi sulle condizioni in cui la lavoratrice richiede, riceve risposta, sottoscrive l'accordo. L'urgenza di non interrompere la cura del figlio, l'esigenza di non penalizzare il reddito, l'alternativa "agile" – allettante rispetto al congedo – che predispone ad accettare qualunque condizione contrattuale interiorizzando l'obiettivo della doppia *performance* – la produzione del risultato e la cura – senza nemmeno la certezza di ricevere una formazione mirata (che resta una semplice possibilità, art. 20, co. 2): insomma, la solitudine di sempre.

In generale, innestare la preferenzialità per soggetti ritenuti "più" bisognosi di conciliazione su una regolazione tutta individuale è una tecnica (antica) che, se non è integrata da altre misure, presenta il rischio di indebolire soggetto e diritti: ma su questo è necessario rinviare al cuore della disciplina (*infra*, par. 2.2).

Peraltro, quest'unica integrazione apportata in senso espressamente conciliativo al Capo II della legge 81/2017 non appare in linea, sotto diversi profili, con lo spirito né con la lettera della direttiva 2019/1158, e su questo vanno svolte alcune osservazioni.

a) Va rilevata innanzitutto la limitatezza delle situazioni considerate e dei soggetti destinatari delle priorità: non solo con riguardo all'ingiustificata esclusione dei padri (e alla "dimenticanza" circa l'opportunità di estendere la priorità materna almeno alla situazione dei genitori soli o portatori di esigenze particolari: cfr. il *considerando* 37 della direttiva, che pure si limita a rivolgere un "incoraggiamento" in tal senso agli Stati), ma anche perché la direttiva va oltre la genitorialità e tiene conto delle dinamiche demografiche, e dunque anche l'altra priorità prevista (i genitori di figli disabili, nella ristretta ipotesi dell'art. 3 l. 104/1992) appare insufficiente. Si dirà che la tecnica utilizzata dalla norma in esame è diversa da quella prevista dalla direttiva, poiché quest'ultima non prevede priorità ma "solo" un "diritto di richiedere" la soluzione flessibile. Vero, ma la priorità qui stabilita lascia l'iniziativa nelle mani del datore di lavoro essendo rivendicabile solo se il datore decide di attivare qualche (almeno uno) accordo di lavoro agile, e allo stesso tempo, però, interferisce trasversalmente sulla più vasta platea di coloro che, ai sensi della direttiva, sarebbero destinatari di un diritto alla flessibilità conciliativa: un diritto che andrebbe, dunque, altrimenti configurato.

b) La stessa priorità resta uno strumento debole in assenza di un obbligo di motivazione in caso di rifiuto della eventuale richiesta di flessibilità conciliativa rivolta al datore, (cosa che la direttiva comunque prevede all'art. 3, par. 2). La autonoma rilevanza che la direttiva conferisce al diritto di ricevere risposta motivata in tempi ragionevoli ha due corollari importanti: primo, il modo in cui il datore di lavoro assolve all'obbligo di motivazione è valutabile in sede di eventuale accertamento dell'esistenza di discriminazione; secondo, la pretesa di tempi "ragionevoli" – generica quanto si vuole – significa almeno che una risposta negativa (ingiustificata o) ritardata in modo irragionevole (vale a dire in modo tale da costringere chi l'ha formulata a cercare soluzioni alternative gravose prima di averla ricevuta: quelli della cura sono tempi pressanti) pregiudica l'esercizio del diritto.

c) Infine, ciò che sembra mancare, in questo "aggiustamento" della legge italiana, è la consapevolezza che il lavoro agile va maneggiato con cura se si vuole finalizzarlo alla conciliazione (almeno, possiamo ora dire, nel senso auspicato dalla direttiva): attribuito alle donne in modo preferenziale esso rischia di deprimere, anziché favorire, un *work-life balance* davvero orientato alla

"equa ripartizione delle responsabilità" di cura genitoriale e di assistenza.

2.2. Un accordo "su misura"?

La conciliazione dei tempi come finalità espressa della disciplina del lavoro agile, pur oggetto in generale di scarsa considerazione critica, è invece diventata, in alcune ricostruzioni dottrinali, un tassello importante di una lettura delle tendenze del diritto del lavoro recente in chiave di "soggettivazione regolativa": alla accentuazione dei profili di libertà e responsabilità nello svolgimento dell'attività lavorativa corrisponderebbe un più ampio spazio lasciato alla autonomia individuale nella definizione delle condizioni contrattuali, compresa la inclusione di obiettivi afferenti alla dimensione extralavorativa[899]. Nel nostro caso: sottoscrive un accordo per lavorare in modalità agile il lavoratore, o la lavoratrice, che ha interesse a inserire nello scambio contrattuale un elemento in più consistente nella definizione di un bilanciamento personalizzato dei tempi del lavoro con il tempo dedicato ad "altro", dove ciò che è "altro" attiene alla sfera insindacabile del soggetto.

La teoria è suggestiva, anche perché la conciliazione vi è risolutamente collocata al centro, come *la* finalità del lavoro agile. A tale prioritario obiettivo risulterebbe infatti funzionalizzata la scarna disciplina del Capo II della legge 81, e in particolare la devoluzione all'accordo individuale (senza mediazione collettiva) di quanto attiene alle "forme di esercizio del potere direttivo" – che da unilaterale diventerebbe prevalentemente consensuale[900] – e all'esercizio dei poteri di controllo e disciplinare sulla prestazione lavorativa da remoto. I vantaggi per l'impresa (in termini di migliore produttività e competitività, riduzione dell'assenteismo, risparmio sull'allestimento delle postazioni di lavoro), sarebbero benefici sicuri e indotti dall'organizzazione nella modalità agile: come se il lavoratore che negozia col proprio datore di lavoro le condizioni della prestazione da remoto plasmate sulle proprie esigenze di *work-life balance* fosse finalmente in grado di farlo ad armi pari, anche in virtù della maggior forza contrattuale derivantegli dalla possibilità di assicurare alla controparte risultati migliori. L'implicazione di fondo consisterebbe in un vero e proprio arricchimento della causa del contratto (Perulli 2018b, p. 40 ss., Perulli 2018a, p.58), la quale dunque nel lavoro in modalità agile (e solo in quello) si allargherebbe a svolgere una funzione economico-sociale ulteriore rispetto al mero scambio lavoro-retribuzione. Lo spessore teorico di tale ultima questione[901] lascia però in ombra un aspetto irrisolto, che rappresenta il centro d'interesse di questo scritto.

I teorici della soggettivazione, cogliendo il buon appiglio fornito a tale ricostruzione dalla legge 81/2017, non hanno ritenuto utile esplorare la "densità variabile" della nozione di conciliazione, e proprio qui sta il limite di un'operazione altrimenti accattivante: nel fatto che un *work-life*

---

[899] Il riferimento principale, a proposito dell'inserimento del lavoro agile in tale linea evolutiva – letta nel quadro della teoria delle *capabilities* di Amarthya Sen – è a Perulli (2018b, al quale si rinvia per gli ampi riferimenti teorici), che definisce come "*soggettivazione regolativa* quella particolare manifestazione dell'autonomia individuale che si sviluppa entro schemi preordinati dal legislatore al fine di realizzare nel rapporto di lavoro subordinato quei cambiamenti liberatori che consistono in un maggior grado di libertà dei soggetti, segnatamente nell'attribuzione di nuove capacità individuali e di effettive alternative di funzionamenti in capo alla parte tradizionalmente "debole" del rapporto" (p. 7 s.). V. già Del Punta 2014 e Caruso 2018a, spec. p. 116.

[900] Coerentemente Perulli (2018b, p. 38 ss.) rifiuta le (prevalenti) letture minimizzanti secondo le quali il potere direttivo non perderebbe (né potrebbe perdere) la sua connotazione unilaterale, mentre la consensualità riguarderebbe la regolazione delle sole modalità di comunicazione delle direttive al lavoratore: Proia 2018, p. 192; per una rassegna critica delle opinioni sul punto v. Spinelli 2018a, p. 96 ss.

[901] Che non può essere approfondita qui: ci si potrebbe interrogare, fra l'altro, se l'"arricchimento" non riguardi, piuttosto, l'oggetto del contratto, conducendo un'indagine simile a quella svolta da Balandi (2007) a proposito del ruolo svolto dalla formazione nel contratto di lavoro.

balance senza aggettivi e senza confini (o, se si vuole, sconfinante nella aspirazione alla felicità) rischia di veder annacquata e indebolita la sua componente più bisognosa, se non di inderogabilità, almeno di prudenza. Le esigenze di conciliazione con i tempi di cura genitoriale e di assistenza in una disciplina del lavoro agile che corre sul crinale dell'autonomia individuale possono infatti risultare schiacciate dalla disparità di forza contrattuale almeno tanto quanto sono – virtualmente – esaltate dalla possibilità di mettere in pratica soluzioni mirate e innovative.

Il punto vero della questione, infatti, consiste in ciò: seguendo la teorica della soggettivazione, la conciliazione dei tempi diventa un *optional* attivabile nell'ambito di un contratto di lavoro che si dota dell'accordo sulla modalità agile. Certo, in questa partita non entrano in gioco i diritti che in tale ambito l'ordinamento specificamente definisce (congedi *et similia*), e che restano fermi e fruibili dagli "aventi diritto": come se costituissero il modello-base o *standard* di conciliazione, sempre disponibile per tutti coloro che si trovino nelle condizioni previste dalla legge. Insomma, proprio la teoria che si fa portatrice di una concezione "avanzata" di *work-life balance* ad ampio raggio e adattabile alle multiformi aspirazioni individuali[902], finisce col dare per presupposta una visione rigida (e in fondo piuttosto arcaica) di conciliazione: con demarcazioni nette operanti sia sul piano oggettivo (da una parte il diritto dei congedi, dall'altra strumenti di *welfare* e flessibilità organizzativa: opzionali e negoziabili o anche elargibili unilateralmente), sia sul piano soggettivo (l'insieme ristretto dei titolari di diritti, ritagliato all'interno dell'insieme vasto di "tutti i lavoratori", potenzialmente interessati a qualche dose aggiuntiva di conciliazione *ad personam*).

Senonché, il *work-life balance* non è *già più* questo. Non è più così nemmeno per un diritto UE tuttora reticente e avaro di risultati, che tuttavia riconosce una certa fluidità negli strumenti attivabili: per ragioni di equilibrio lavoro-cura si può aver bisogno di un congedo, di tempo ridotto, di flessibilità oraria, di lavoro a distanza, insomma di soluzioni conciliative che, pur avendo diversa configurazione giuridica – alcune inderogabili come il diritto potestativo ai congedi, altre soggette a bilanciamento con le esigenze dell'impresa – sono accomunate da un divieto di trattamenti discriminatori per chi ne ha fatto richiesta o ne ha usufruito, a conferma della centralità dei diritti (fondamentali) coinvolti.

Tale fluidità si rispecchia nel già rilevato alto tasso di scambio tra le diverse soluzioni e nel fatto che chi deve conciliare lavoro e cura molto probabilmente prenderà in considerazione un mix di soluzioni: tutte meritevoli di attenzione sotto il profilo dell'adempimento dei doveri di solidarietà sociale cui sono chiamati anche i datori di lavoro, pur nelle diverse intensità stabilite dalla legge (dalla presa d'atto della fruizione del congedo al dovere di risposta motivata alla richiesta di flessibilità).

Detto altrimenti, la teoria della soggettivazione legge il lavoro agile presupponendo la separazione rigida degli strumenti conciliativi e disinteressandosi dei bisogni, mentre segnali diversi arrivano dall'ordinamento: che da sempre seleziona innanzitutto questi ultimi (la cura *in primis*), e da ultimo, specie a livello UE (dir. 2019/1158), conferisce fluidità agli strumenti e – in parte, anche – ai soggetti. Insomma la separazione non corre fra chi chiede conciliazione e chi no, ma fra chi la chiede per la cura, o per bisogni selezionati dall'ordinamento, e l'interesse generico di tutti i lavoratori ad avere tempo per sé: il fatto che il lavoro agile renda virtualmente possibile il

[902] Secondo una nozione molto vicina a quella enunciata nella relazione Sacconi (*supra*, nota 8) e presentata in contrapposizione a una (presunta) conciliazione *old style.*

soddisfacimento di esigenze conciliative in modo indistinto non significa che l'ordinamento non debba operare, sulla base di valori costituzionali, una selezione che attribuisca alla conciliazione per la cura un rilievo peculiare.

Tale rilievo, però, non è detto che debba tradursi (soltanto, o principalmente) in priorità nell'accesso, quanto in strumenti di garanzia della effettiva agibilità della conciliazione per la cura attinta attraverso il lavoro agile, vale a dire in qualità della tutela. Che è appunto ciò di cui la teoria della soggettivazione *non* si preoccupa, assumendo *a*) che della nozione di conciliazione non serva rilevare l'intima complessità, come se i bisogni conciliativi fossero virtualmente tutti uguali e il loro contenuto non incidesse sulla forza contrattuale di chi ne è portatore, e *b*) che il congegno normativo che si autodefinisce teleologicamente orientato a soddisfare l'interesse del lavoratore o della lavoratrice basti *sempre* a costituire l'equilibrio negoziale adatto a plasmare le condizioni di lavoro "su misura".

2.3. Diritti fragili e agilità in uscita: la conciliazione virtuale.

È significativo il fatto che, nella stessa costruzione teorica considerata nel paragrafo precedente, vengano accostati, come esempi della rilevata tendenza alla "soggettivazione", il demansionamento concordato previsto dall'art. 2103, co. 6, c.c., e l'accordo sul lavoro in modalità agile (Perulli 2018b, pp. 27 ss. e 37 ss.). Una apparente bizzarria: il patto in deroga sulle mansioni comporta per il lavoratore uno svantaggio (professionale ed economico) che – per quanto compensato da benefici attesi, tipizzati dalla legge – non ha corrispondenza nella definizione negoziata della modalità agile, che anzi è provvista di una garanzia di trattamento non inferiore rispetto a quello spettante al lavoratore standard. È infatti alla verifica della genuina sussistenza di uno degli interessi prefigurati dal legislatore, e dell'idoneità del patto di demansionamento a raggiungerlo, che è rivolta l'assistenza prevista dalla legge nella stipulazione del patto: assistenza invece non contemplata per l'accordo di lavoro agile, che non comporta nessuna deroga.

La ragione dell'accostamento sta, evidentemente, nell'inclusione, fra le ragioni che possono indurre a sottoscrivere un peggioramento professionale, del "miglioramento delle condizioni di vita", che nella sua genericità ingloba certamente le esigenze conciliative pur senza esaurirsi in esse (Caruso 2018, p.116, e già Id. 2016, p.178 s.): e che presenta spiccate affinità con quella altrettanto generica "conciliazione senza aggettivi" che, come si è qui sostenuto, connota la *ratio* del Capo II della l. 81/2017.

In realtà, ma di questo meno si parla, l'accostamento è ben azzeccato anche sotto il primo profilo. Infatti, sottoscrivendo l'accordo per la modalità agile il lavoratore accetta uno svantaggio economico reale e diretto, e uno potenziale.

Si pensi, in primo luogo, a come sono diversamente distribuiti i costi derivanti dai consumi energetici e dalla connessione, e a come sia usualmente esclusa – discutibile conseguenza di una autoorganizzazione del tempo di lavoro spesso solo presunta – la possibilità di svolgere lavoro straordinario: e se è vero che l'accordo potrebbe disporre favorevolmente per il lavoratore rispetto a queste e ad altre questioni (riguardanti in prevalenza la sorte di componenti accessorie della retribuzione: buoni pasto, ecc.), non è però detto che ciò accada.

In secondo luogo – ed è ragione ancora più rilevante – si determina una diversa dislocazione del rischio circa la produzione del risultato della prestazione, che dipenderà dalla fissazione degli obiettivi e dalle modalità pattuite nell'accordo stesso. La possibilità per il lavoratore e la

lavoratrice di trarne anche l'atteso vantaggio per la gestione modulata del proprio tempo e della propria organizzazione di vita sarà condizionata da diversi fattori: dalla flessibilità/rigidità delle proprie esigenze – come si è più volte ricordato quelle di *care* non sono fra le più flessibili – e soprattutto dall'esistenza di una griglia di garanzie all'interno della quale l'autonomia del singolo possa dispiegarsi riducendo quel rischio a un livello accettabile. A formare tale griglia concorrono i profili di disciplina che la legge direttamente stabilisce, e i criteri, più o meno stringenti, con cui la regolazione di altri aspetti è delegata a fonti diverse: qui alla determinazione delle parti, in assenza di rinvii alla fonte collettiva.

Per saggiare la solidità di quella griglia – leggi: la rispondenza/resistenza delle regole che governano la modalità agile al confronto con le finalità di *work-life balance* – non è nemmeno indispensabile il controllo di tutti i paletti di cui è costituita: del resto non sarebbe possibile svolgere qui un'analisi puntuale di tutti i profili applicativi del Capo II della legge 81, peraltro ampiamente esplorati in dottrina. Sarà sufficiente individuare alcuni punti nevralgici nei quali si manifesta con maggiore intensità l'interesse di lavoratori e lavoratrici a ricevere protezione in relazione ad esigenze conciliative, ricordando che anche per l'accordo sulla modalità agile sono, in buona parte, le regole sul recesso a determinare la qualità di tutto il resto: di lì conviene partire, per ritornarvi ogni volta che serve.

È noto che dall'accordo di lavoro agile stipulato a tempo indeterminato si recede liberamente con preavviso (di trenta giorni; novanta per il recesso da parte del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori disabili[903]), oppure senza preavviso per un giustificato motivo, unica modalità, quest'ultima, per il recesso *ante tempus* se l'accordo è stipulato a tempo determinato (art. 19, co. 2). Può essere ragionevole che la scelta circa la durata dell'accordo sia rimessa alla libera determinazione delle parti: ma poiché la durata condiziona il regime del recesso le conseguenze di tale scelta sull'effettiva possibilità di conseguire obiettivi di conciliazione devono essere tenute ben presenti. In generale, un recesso a un tempo così "paritario" – l'unico rilievo delle ragioni di "esigenze di vita e di cura" riguarda (e meno male) il lavoratore disabile, e *solo* per la durata del preavviso – e così discrezionale espone l'equilibrio conciliativo eventualmente raggiunto a un rischio permanente. Per il lavoratore o la lavoratrice con compiti di cura parentale o assistenza e che per questo hanno sottoscritto l'accordo (a maggior ragione per i soggetti ammessi prioritariamente in base all'art 18, co. 3 *bis*) il ritorno – *ad nutum* – alla modalità standard con preavviso di un mese può risultare insostenibile (Pasqualetto 2018, p. 534, Fenoglio 2018b, p. 640); e ancor più destabilizzante si presenta la chiusura "in tronco" dell'esperienza agile a fronte di un "giustificato motivo" dal contorno evanescente[904]. Quanto al contratto di lavoro "sottostante", virtualmente impermeabile alle vicende estintive dell'accordo sulla modalità agile[905], esso può presentare, come si

---

[903] Destinatari del "collocamento mirato" ai sensi dell'art. 1 della l. n. 68/1999.

[904] Che potrà trovare una tipizzazione più sicura in accordi collettivi, *se esistono*; oppure nello stesso accordo individuale (almeno per il profilo soggettivo relativo alla definizione dei comportamenti disciplinarmente rilevanti che la legge affida alle parti: art. 21, co. 2), in tal caso con un certo rischio di autoreferenzialità. Sulla impossibile assimilazione di questo "giustificato motivo" alle ipotesi di cui alla legge 604/1966 cfr. Pasqualetto 2018, p.535 ss.

[905] Santoro Passarelli (2017, p.11). E va da sé che il datore di lavoro che, al cessare della modalità agile, non ritenesse più utile la conservazione del contratto, dovrà dimostrare la sussistenza dei presupposti del giustificato motivo oggettivo (Spinelli 2018a, p. 116 s.). Nel d.d.l. n. 2229 (*supra*, nota 5) al recesso dall'accordo relativo alla modalità agile avrebbe invece dovuto conseguire "salvo diversa previsione tra le parti … lo scioglimento del vincolo contrattuale che regola il rapporto".

vedrà fra un momento, profili di vulnerabilità accentuati proprio dalla presenza in capo al lavoratore di esigenze conciliative di cura.

Mantenendo il *focus* prescelto, e prendendo una distanza il più possibile ravvicinata alle situazioni concrete, immaginiamo ora un lavoratore con buone aspirazioni professionali e qualche responsabilità di cura, che vorrebbe veder realizzato nella sua personale vicenda quel *work-life balance* che la legge gli promette: anzi, ipotizziamo che sia una lavoratrice e, nello spazio di questo scorcio di paragrafo, concordiamo al femminile. La chiameremo E.[906]

Ricordiamo intanto che non è detto che la modalità agile sia frutto di una sua richiesta; d'altra parte, se fosse E. ad averla chiesta, non avrebbe (stando alla legge) titolo a pretendere risposta. Consideriamo superato questo scoglio – che pure non permette di parlare in senso proprio di "volontarietà" del lavoro agile[907] – e arriviamo all'accordo e al catalogo dei suoi contenuti (art. 19, co.1 e art. 21), di ciascuno dei quali la legge garantisce, per così dire, la "presenza", guardandosi bene dal fornire criteri orientativi per la loro definizione consensuale.

Siccome però abbiamo scelto un approccio improntato alla concretezza, dobbiamo ritenere verosimile che quei contenuti da definire "consensualmente" corrispondano a un modello più o meno standardizzato[908] che il datore avrà sottoposto a E.: la quale solo nella migliore delle ipotesi vi troverà piccoli margini di flessibilità per proporre qualche variante personalizzata. L'accordo su misura potrebbe non essere proprio "di sartoria".

Non si ripeterà mai abbastanza che quando ci si pone un problema di *work-life balance* orientato alle responsabilità di cura si cerca un equilibrio sostenibile non fra tempo di lavoro e di "non lavoro" e nemmeno fra lavoro e *loisir,* ma fra due tempi di *lavoro* e due, corrispondenti, "carichi". Nel momento in cui E. esamina quella bozza di accordo si chiederà se è in grado di sostenerli. In particolare dovrà chiedersi se il primo dei due è stabilito in modo equilibrato e non esoso: ma quand'anche sospetti che lo sia avrà forse difficoltà ad eccepirlo se teme di compromettere il raggiungimento dell'accordo; e nel frattempo fingerà di credere, provvisoriamente, che l'equa ripartizione dell'altro carico sia soltanto affar suo: sappiamo – lei e noi – che non è vero, ma è pacifico che questo non debba pesare nella decisione.

Mentre si chiede se l'impegno è alla sua portata, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, E. pensa positivo: pensa al lavoro agile non come a un ripiego per far fronte a esigenze personali riducendo al minimo l'impegno lavorativo, ma come a una soluzione innovativa in cui dimostrare autonomia, responsabilità e professionalità. Una opportunità di crescita, appunto, e si augura che il datore, che ha interesse alla buona riuscita dell'esperimento, la agevoli: perché è vero che la formazione è in catalogo – sotto forma di "diritto all'apprendimento permanente" e alla relativa certificazione – ma è meramente eventuale (Greco 2018; Lamberti 2018, p. 209 ss.). Certo, E. si sentirebbe più sicura se potesse contare su momenti di verifica e di aggiustamento delle condizioni dell'accordo,

---

[906] In omaggio a Emma (Clit), autrice della aguzza strip *Fallait demander* (https://emmaclit.com/), con la quale nel 2017 divulgava la nozione di "carico mentale domestico": pubblicata ora in Italia col titolo *Bastava chiedere. Dieci storie di femminismo quotidiano*, Bari, Laterza, 2020, con prefazione di Michela Murgia.

[907] Cfr. in tal senso Donini (2018, p. 118), Franza (2018, p. 776); valorizza invece come "volontarietà" la presenza della "libertà" per entrambe le parti, rispettivamente di accettare/rifiutare, e di riconoscere/negare la modalità agile, Lai (2018, p. 990).

[908] Di nuovo, anche questo modello potrà essere stato negoziato collettivamente se il lavoro agile è introdotto a seguito di accordo collettivo, ma poiché la legge non lo richiede non prendiamo in esame questa possibilità: e, in ogni caso, se dalla legge provenissero criteri orientativi in senso conciliativo anche certe rigidità molto frequenti nella contrattazione collettiva in materia sarebbero scalfite.

o, meglio ancora, anche su una formazione specifica rivolta alle tecniche di gestione dei tempi flessibili (S. Zappalà 2017): ma l'unica formazione che la legge contempla (senza garantirla) è lontanissima dall'idea che anche il *work-life balance* possa essere oggetto di apprendimento.

Dunque E. sa che dovrà arrangiarsi a organizzare la propria giornata in modo efficiente (agile?) e che una definizione flessibile dei tempi di lavoro e riposo le gioverebbe. Si rende conto, tuttavia, di essere stretta in una difficile alternativa, rispetto alla quale la legge non le viene in aiuto: o accetta un orario sostanzialmente ricalcato su quello standard, che è più rigido ma mantiene la valutazione della prestazione ancorata (prevalentemente) al tempo e dunque finisce per svolgere una funzione protettiva (Donini 2018, p.118); oppure, se il lavoro è organizzato "per fasi, cicli e obiettivi" (art.1, co.1), la maggiore autonomia si rifletterà sul metodo di valutazione e sul rischio di non raggiungere il risultato previsto. Ma il più delle volte non sarà lei a decidere.

Pur apprezzando l'autonomia, E. intuisce anche i rischi del *work-life blending*. Sa che potrebbe, lei per prima, essere tentata di barattare con una disponibilità/reperibilità virtualmente illimitata la flessibilità che le venisse – finalmente – consentito di pilotare. Sarebbe importante che questo scambio le fosse impedito, e che la disconnessione (con le "misure tecniche e organizzative necessarie" per renderla effettiva: art. 19, co. 1) fosse davvero "assicurata" (e la sua mancanza sanzionata)[909]: come diritto, in quanto collegata alla finalità conciliativa che la legge si autoassegna, o come diritto-dovere, al pari delle misure di prevenzione dei danni alla salute che richiedono la collaborazione del prestatore di lavoro[910].

È curioso, fra l'altro, che il "diritto" a disconnettersi sia generalmente considerato lo strumento conciliativo "tipico", se non l'unico: in realtà la disconnessione non è, in sé, *strumento* di conciliazione più di quanto lo siano, nella modalità standard, le limitazioni dell'orario di lavoro. È piuttosto una garanzia difensiva e una condizione minima, ma non è sufficiente a rendere il lavoro agile idoneo alla conciliazione dei tempi. La legge costruisce invece una concatenazione, che produce uno strano corto circuito: conciliazione (finalità) – disconnessione (mezzo) – accordo individuale che definisce la disconnessione (strumento concreto), quest'ultimo autolegittimantesi in quanto finalizzato alla conciliazione. Eppure proprio l'art. 19, co.1, usa per la disconnessione il linguaggio tipico delle norme di prevenzione ("misure tecniche e organizzative necessarie") e pare collocarla in un'area – quella del diritto alla sicurezza e alla salute – che non dovrebbe affidarsi *solo* a una determinazione personalizzata (Spinelli 2018a, p.118).

Insomma, E. vorrebbe "farcela": senza sviluppare sindromi da iperconnessione, senza trasformare l'autonomia conquistata in ansia da *performance* individuale su due versanti, senza ritrovarsi a pensare che la semplificazione logistica e la riduzione dei tempi di spostamento forse non compensano del tutto il disagio dell'isolamento, delle probabili difficoltà organizzative, del venir meno di occasioni di confronto. E le risulta lampante un nesso che alla legge sfugge: che conciliazione e salute sono elementi inscindibili di un unico obiettivo e vanno perseguiti congiuntamente altrimenti non c'è nessun *work-life balance*. E infatti a E. sembra strano che, in quella bozza di

---

[909] Cfr., fra gli altri, Cuttone (2018, p.68).

[910] Sulla debolezza della previsione in materia di disconnessione v. ampiamente Fenoglio (2018a, anche per i riferimenti comparati); sulla rilevanza in relazione al diritto alla salute v. Malzani (2018) e, nella prospettiva di una valorizzazione come misura di prevenzione Donini (2018b, p. 129).

accordo, alla voce "tutela della salute" ci si preoccupi quasi solo di avvertirla che, nel luogo "prescelto" per lavorare, gli impianti devono essere a norma, l'illuminazione giusta, la postazione adatta, e così via; e non traspaia, se non forse nel riferimento al rispetto delle pause, nessuno di quei rischi che le sembrano così incombenti[911].

La finzione costruita sui dubbi di E. può sembrare estremizzata, poiché nelle esperienze note di *smart working*, in prevalenza prenegoziate collettivamente, alcuni dei tratti descritti si presentano attenuati. Ma la stessa narrazione potrebbe replicarsi in diverse varianti, plausibili e consentite dalla legge, capaci spesso di incidere sull'effettività dei diritti rendendoli fragili.

Ad esempio, è vero che il rischio di isolamento è il più delle volte fronteggiato, nello *smart working* introdotto mediante accordi collettivi, attraverso un adeguamento al dettato della norma ("in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno": art. 18, co.1, sec. per.) in termini di alternanza, e con ricorso molto moderato alla modalità agile (una o due volte alla settimana, o pochi giorni su base mensile; solo recentemente si incontra anche qualche sperimentazione continuativa per più lunghi periodi). Però la legge non fissa limiti e non vieta una distribuzione e una proporzione diverse, in cui la modalità agile prevalga su quella standard. Così come, del resto, nessuna disposizione della legge vieta al contratto di lavoro di "nascere" agile, corredato *ab origine* del relativo accordo accessorio, anche se gli accordi collettivi di solito escludono, ragionevolmente, i neo assunti.

Si tratta, soprattutto nel primo caso, di prospettive del tutto verosimili che sarebbero coerenti con la finalità aziendale di contenimento dei costi derivanti dalle postazioni fisse e che potrebbero svilupparsi in parallelo con il diffondersi dei modelli di *coworking*: la fortuna dei quali, non a caso, può dipendere anche da una ragione ulteriore rispetto a quella della non disponibilità di una postazione domestica adeguata, vale a dire l'esigenza di preservare una dimensione di socialità che lo *smart working* in forma isolata esclude (cfr. ancora Malzani 2018, p. 28). Il fatto che la legge consenta, assecondando le possibilità offerte dall'innovazione tecnologica, lo smantellamento di luoghi di lavoro ovviamente non scandalizza: sconcerta che lo faccia *così,* attraverso pattuizioni individuali con lavoratori (e lavoratrici) "polverizzati", *anche* in nome della finalità di *work-life balance*.

Tornando a E. – e alle sue esitazioni – immaginiamola in una situazione, come quella descritta sopra, di modalità agile "prevalente". Da un lato sarà attratta dalle possibilità di conciliazione virtualmente così ampie, dall'altro si chiederà quale sia la rete di protezione nel caso l'esperienza agile non corrispondesse alle aspettative: soprattutto a quelle del datore, che potrebbe ritenere insufficiente il risultato, o recedere discrezionalmente se l'accordo è a tempo indeterminato; ma anche alle proprie, nel caso in cui si rendesse conto che l'"agilità" nelle condizioni fissate dall'accordo non la aiuta come aveva sperato.

Non è difficile immaginare che, nella situazione ipotizzata, il "rientro" di E. potrebbe non essere così tranquillo. Forse la sua postazione di lavoro non c'è più (oppure la stessa postazione è utilizzata a rotazione da più lavoratori agili nei rientri formalmente riconosciuti in ossequio all'"alternanza"); forse l'esito non incoraggiante dell'esperienza da remoto non le spianerà la strada e, pur non potendo costituire di per sé un giustificato motivo di licenziamento, potrebbe comunque

[911] Sui "nuovi rischi" connessi alla prestazione agile, v. ancora Malzani (2018, p. 21 ss.).

favorire qualche "scorciatoia" motivazionale; forse al momento del rientro le verrà proposto un cambiamento di sede, o di mansione, o un demansionamento: magari in vista di un "miglioramento delle condizioni di vita", nel caso in cui le esigenze di conciliazione persistano. Certo a questo punto E. – titolare di diritti che nel frattempo si sono fatti molto fragili – potrà giovarsi della stipulazione del patto in sede assistita: e siccome non è una sprovveduta, le verrà in mente che qualche forma di assistenza le sarebbe stata più utile *prima*, quando firmava l'accordo sulla modalità agile, per aiutarla a sciogliere con consapevolezza i molti dubbi intorno a quella conciliazione virtualmente promessa. Ma la legge non la prevedeva[912].

Le condizioni di uscita dall'accordo sono dunque un buon indicatore della idoneità del lavoro agile a corrispondere alle esigenze di conciliazione per lavoratori e lavoratrici con responsabilità di cura: per i quali il limite di accettabilità del rischio sarà segnato dalla possibilità concreta di scegliere soluzioni alternative non penalizzanti anche *dopo* aver professionalmente sperimentato le potenzialità di *work-life balance* attraverso la modalità agile.

Non a caso la direttiva 2019/1158 si preoccupa di enunciare il "diritto di tornare all'organizzazione originaria della vita professionale" per i lavoratori che hanno scelto modalità flessibili al termine del periodo eventualmente convenuto, ma anche anticipatamente quando le circostanze lo giustifichino; pur se in quest'ultimo caso la garanzia è affidata al debole meccanismo che conosciamo: diritto del lavoratore di chiedere, dovere del datore di prendere in considerazione la richiesta, risposta "alla luce" delle esigenze di entrambe le parti (art. 9, par. 3 e *considerando* 36). La norma appare costruita pensando alla reversibilità del part time, ma è significativo che il *considerando* 35, nel suggerire agli Stati di limitare la durata delle modalità di lavoro flessibile includa espressamente, accanto alle riduzioni dell'orario di lavoro, "qualsiasi modalità di lavoro a distanza". Un segnale in più della consapevolezza – che anche il legislatore italiano dovrebbe acquisire – che la possibilità virtuale di armonizzare i tempi mettendo a contatto diretto il lavoro e la cura non è sufficiente[913].

Se E., lavoratrice agile, deve sperimentare una tripla solitudine – quella iniziale della stipulazione dell'accordo, quella dello svolgimento della prestazione esterna con regole incerte, quella finale delle condizioni potenzialmente vessatorie del recesso – non è flessibilità scelta quella offerta dalla disciplina del lavoro agile; si tratta, più modestamente, di povertà regolativa.

3. Quando l'emergenza riscrive le conclusioni.

3.1. Tutti a casa: l'agilità confinata.

Dapprima in Cina, poi da noi e nel resto del mondo: "il più vasto esperimento di *smart working*" ha accompagnato, con una accelerazione vertiginosa, il dilagare dell'epidemia – poi pandemia – da Covid-19. Si tratta in realtà, come è risultato subito evidente, di una sperimentazione forzata non così *smart*, priva com'è delle caratteristiche di flessibilità spaziale e (spesso anche) temporale che connotano il lavoro a distanza di ultima generazione: un semplice "lavoro da casa", dunque,

---

[912] Sul possibile ruolo della certificazione anche come "strumento innovativo di riduzione dell'incertezza nella fase genetica dei regolamenti negoziali" in materia di lavoro attraverso l'attività di supporto nei confronti delle parti, e dunque sulla sostanziale occasione persa dal legislatore di utilizzare l'istituto per l'accordo sul lavoro agile, cfr. ampiamente Riccio 2018.

[913] Per verificare l'inconsistenza di diversi luoghi comuni sul rapporto fra lavoro da remoto e conciliazione dei tempi, e non solo, si veda da ult. Eurofound (2020, spec. pp. 13-26), e già Eurofound-ILO (2017).

in modalità non scelta nell'*an*, e tanto meno nel *quomodo*. Difficile tuttavia pensare che la sua diffusione massiccia e il mix di regole e di prassi, transitorie e preesistenti, che lo sta governando non producano effetti destinati, in qualche modo, a proiettarsi oltre un'emergenza della quale – al momento in cui si scrive – non si intravvede la fine.

In Italia la norma speciale sul lavoro agile è stata una delle prime fra le misure assunte in materia di lavoro. Arrivata in concomitanza con la chiusura delle scuole, si presentava come soluzione idonea a perseguire finalità multiple: assicurare continuità all'attività di imprese, servizi e amministrazioni pubbliche (per queste ultime ci si preoccupava subito di autorizzare i dipendenti all'uso del pc personale per il lavoro a distanza); rispondere all'esigenza di conciliazione con compiti di cura (almeno nella versione rudimentale di garantire nell'immediatezza la custodia dei figli e prima che si istituisse a un congedo straordinario *ad hoc*); prevenire il contagio nei luoghi di lavoro e nei luoghi sociali in generale (a cominciare dal trasporto pubblico e inizialmente con riferimento all'esigenza di limitare gli spostamenti dentro-fuori le "zone rosse").

La finalità di prevenzione/contenimento del contagio, destinata per ovvie ragioni a diventare preminente assorbendo le altre, è stata, in realtà, quella di più lenta assimilazione (se di lentezza si può parlare per avvicendamenti normativi dell'ordine di pochi giorni, con rimodulazioni continue dettate dall'incalzare della pandemia). Lo dimostrano sul piano generale le esitazioni e i ritardi iniziali sulle misure di contenimento da adottare per i lavori meno *smart* (sospensioni? distanziamenti? dispositivi di protezione? ferie forzate? cig? congedi?), fino alle ripetute incertezze sulla definizione del perimetro delle attività "essenziali"; e ne è specchio, in parallelo, lo stesso andamento degli interventi in materia di lavoro agile: soluzione inizialmente solo favorita attraverso una regolazione semplificata[914], poi sempre più insistentemente "raccomandata"[915], fino al punto di intenderla, nelle p.a., esplicitamente come "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa"[916], e di *poterla* intendere, in generale, come misura di prevenzione tecnico-organizzativa a garanzia dell'integrità fisica *ex* art. 2087[917], da adottare laddove "tecnologicamente fattibile", ossia per mansioni – orrido neologismo – "telelavorabili" e lavoratori in grado di svolgerle. Fino al punto, cioè, di "funzionalizzare" alla tutela della sicurezza dei lavoratori uno strumento pensato per la flessibilizzazione organizzativa (Pascucci 2020).

Con disinvoltura i media avevano cominciato da subito a discettare indifferentemente di *smart working*, di lavoro agile, di telelavoro, o genericamente di lavoro da remoto, a sottintendere due cose: che l'attenzione cadeva sul solo luogo – e sulla "distanza", diventata per molti versi il nuovo

---

914 V. il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, che, fra le misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19, prevede la "sospensione o limitazione dello svolgimento di attività lavorative", con possibilità di deroghe, però, "anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile" (art. 1, lett. o), modalità definite nei d.p.c.m. emanati in rapida successione (23 e 25 febbraio, 1° e 8 marzo). La vigenza di tale disciplina, dapprima provvisoriamente stabilita fino al 15 marzo, è stata poi dilatata a tutta la durata dello stato di emergenza: sei mesi dalla Deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, dunque fino al 31 luglio (d.p.c.m. 1° marzo, art. 4, co.1).

915 Cfr. d.p.c.m. 11 marzo 2020, art. 1, punti 7 e 10 e, da ultimo, d.p.c.m. 26 aprile, art. 1, lett. ii.

916 Così il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, art. 87, co. 1; v. anche d.l. 25 marzo 2020, n. 19, art. 1 lett. s, a proposito del lavoro agile come modalità prioritaria per garantire "le attività indifferibili e l'erogazione dei servizi essenziali".

917 V. ancora il d.l. 25 marzo 2020, art. 1, lett. ff.: una lettura del lavoro agile come misura prioritaria di difesa della salute è desumibile anche dal *Protocollo condiviso* sulle misure per contenere la diffusione del virus negli ambienti di lavoro siglato il 14 marzo e integrato il 24 aprile 2020 (il testo del Protocollo integrato, unitamente a quelli specifici per i cantieri e per il settore del trasporto e della logistica sono allegati al d.p.c.m. 26 aprile 2020), ai quali si affianca l'omologo Protocollo siglato per le pubbliche amministrazioni il 3 aprile. Per osservazioni sul punto v. Guariso 2020 e, in generale, sulla tutela della sicurezza in questa emergenza e sui profili di effettività, Pascucci 2020.

paradigma delle relazioni sociali – piuttosto che sulla flessibilità temporale; che la finalità del "distanziamento" rendeva irrilevanti, con le denominazioni, le eventuali differenze regolative e predisponeva comunque a considerare le regole stesse come ostacoli superabili. In effetti, anche di semplificazione si è trattato, ma non solo.

L'intervento sul lavoro agile consiste in una norma scarna, reiterata più volte tale e quale (salvo il progressivo allargamento territoriale, passato nel giro di due settimane dalle imprese della sola prima "zona rossa", a sei regioni del nord interessate, fino all'intero territorio nazionale in concomitanza con la chiusura generalizzata di scuole e università): "la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza (…) dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, *nel rispetto dei principi* dettati dalle menzionate disposizioni, *anche in assenza degli accordi individuali* ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro" (corsivi di chi scrive) [918].

Se la semplificazione vera e propria ha riguardato l'adempimento, telematico e standardizzato, dell'informativa in materia di salute e sicurezza, il resto della disposizione, più che semplificare, stravolge i connotati del lavoro agile *ex* legge 81/2017 e, con buona pace del tenore letterale della norma, anche il più celebrato di quei "principi" – la consensualità – dalla cui manifestazione dipende, in condizioni normali, la determinazione delle regole specifiche per il singolo caso, con contenuti predeterminati dalla legge ancorché non definiti: le forme di esercizio dei poteri, i tempi di riposo e della disconnessione, la durata dell'accordo e l'individuazione delle condotte disciplinarmente rilevanti nella prestazione a distanza.

Consentito "anche" in assenza di accordo, il passaggio alla modalità agile[919] può dunque essere disposto unilateralmente del datore di lavoro: "nel rispetto" dei principi ricavabili dalla legge stessa, pur se tarati in base alle circostanze emergenziali. Subiscono così un drastico ridimensionamento gli elementi di flessibilità spazio-temporali: quanto al luogo, la mobilità è praticamente azzerata dalla presenza delle restrizioni esterne; quanto all'orario, nulla impedirebbe una determinazione flessibile parzialmente modulata anche su eventuali esigenze del lavoratore, ma è facile immaginare che, in assenza di pattuizioni *ad hoc*, finisca per lo più col coincidere con l'orario di lavoro praticato nella modalità standard: come dire che diventa pleonastico il "principio" *ex* art. 18, co.1, secondo cui andrebbe rispettato il solo limite di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale.

Anche il principio della alternanza fra modalità standard e modalità agile appare poco praticabile, a meno di una disposizione del datore che stabilisca forme di rotazione fra lavoro in presenza e modalità a distanza, disposte proprio per garantire condizioni di sicurezza in attività non completamente sospese.

Se non pone problemi nuovi il mantenimento del diritto (*ex* art. 20, co. 1, l. 81/2017) al

---

[918] Così l'art. 2, lett. r, del d.p.c.m. 8 marzo 2020, implicitamente salvato, in quanto non incompatibile, dal successivo d.p.c.m. 11 marzo, art. 2, co.2. Disposizione ripresa, infine, dall'art. 1, lett. gg del d.p.c.m. 26 aprile 2020 e, da ultimo, dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, art. 90, co. 4.

[919] Resta la comunicazione obbligatoria prevista dall'art. 23, co. 1, nella forma semplificata dell'inserimento dei dati del lavoratore e delle date di inizio e fine della modalità agile nel *form* predisposto nel sito del Ministero del lavoro.

trattamento non inferiore a quello complessivamente applicato a chi lavora in modalità standard (leggi: allo stesso lavoratore prima dell'emergenza, ma le questioni dello straordinario, dei buoni pasto, e in generale degli elementi retributivi accessori legati al lavoro in presenza acquistano un "sapore" diverso quando cadono a seguito di un atto unilaterale), il richiamo ai principi fornisce coordinate meno sicure per gli aspetti della prestazione a distanza che *sarebbero* oggetto dell'accordo tra le parti, o strettamente correlati con questo.

Alquanto nebulosa e controversa si presenta, ad esempio, la questione della possibilità per il datore di revocare l'assegnazione della modalità agile: astrattamente possibile in qualunque momento, trattandosi di atto unilaterale? O si può pensare che le regole – peraltro lasse – pensate per l'accordo (il giustificato motivo senza preavviso o, nel solo caso in cui non sia pattuito un termine, anche il recesso completamente discrezionale, ma con preavviso di trenta giorni) si estendano alla situazione di emergenza in quanto espressione, comunque, di un blando "principio" di tutela o di non arbitrarietà? Per quanto sembri prevalere nei primi commenti circolati in rete l'opinione favorevole all'estensione della regola del giustificato motivo (così Dagnino 2020, p. 4; Calvellini 2020; ma anche diversamente Guariso 2020), argomentando in base al fatto che un termine esiste comunque, ancorché esogeno (corrispondente alla durata dello stato di emergenza: a meno di proroghe la modalità agile emergenziale "scade" per tutti il 31 luglio; oppure potrebbe essere fissato un termine anticipato rispetto a questo), la soluzione non pare solidissima. E va tenuto presente che, nella fase in cui gradualmente si allentano le restrizioni per le attività lavorative, pur nel perdurare dello stato di emergenza (la "fase 2"), la pretesa di esercitare di un potere unilaterale di revoca dell'affidamento della modalità agile appare un' eventualità del tutto plausibile: si tratta di capire se è sottoposta, nel silenzio normativo, alla sola condizione del rispetto delle misure di sicurezza e salute al momento del rientro nella modalità standard; o anche se, diversamente argomentando, in tali casi la semplice praticabilità del rientro possa bastare a configurare un giustificato motivo.

L'esperienza in atto del lavoro agile emergenziale, al di là delle soluzioni prospettabili per i singoli problemi applicativi, suggerisce prudenza e fa apparire inappropriate alcune letture plaudenti nei confronti delle "semplificazioni" appena rese operative. Se l'emergenza ha "messo le ali" al lavoro agile (Ichino 2020) è stato per necessità più che per le virtù della deregolazione. Anche l'idea che la flessibilità già ampiamente consentita dalla legge 81/2017 diventi una risorsa spendibile nell'emergenza non ha retto alla verifica dei fatti nella fase di avvio del "grande esperimento": fase che, pur se rapidamente superata dagli eventi, avrebbe meritato un *fotofinish* per la sua istruttività. Inizialmente, risulta infatti che nella maggior parte delle realtà produttive l'invito pressante rivolto ai lavoratori a usufruire delle ferie abbia battuto di molte lunghezze l'utilizzazione dello *smart working* anche laddove tecnicamente possibile e richiesto dai lavoratori come misura di contenimento del contagio, e nonostante le proteste e le pressioni sindacali in tal senso. Solo più tardi l'insistenza delle "raccomandazioni" legislative e l'intervento del "Protocollo condiviso" sulla sicurezza – insomma il fantasma della responsabilità datoriale per omissione di misure organizzative di sicurezza – avrebbero indotto molte imprese ad abbandonare la riluttanza iniziale.

Banalmente, insomma, è accaduto che le imprese che già stavano sperimentando il lavoro agile sulla base di accordi sindacali hanno ampliato senza particolari difficoltà le dimensioni dell'esperienza al di là di quanto originariamente previsto: anzi, a semplificare davvero le cose è stato proprio il fatto che diversi aspetti fondamentali fossero già oggetto di regolazione collettiva (la definizione concreta delle modalità di orario, le fasce di reperibilità e la disconnessione, i

comportamenti corretti nel lavoro a distanza); mentre le imprese che non avevano mai sperimentato lo *smart working* tendevano a rispondere negativamente alle pressioni sindacali a istituirlo in emergenza. Ciò è dipeso certamente dal fatto che le prime erano "pronte" dal punto di vista organizzativo e le altre no, ma la ragione non è solo questa.

Infatti, se pure l'emergenza giustifica sempre la caduta di qualche vincolo, in una disciplina già così poco vincolata, una volta eliminati anche gli impalpabili limiti individualmente negoziabili, che cosa cade e cosa resta? Devono restare "i principi", dice il governo, scaricando sulle imprese il compito della loro individuazione puntuale e concreta. Con qualche rischio, destinato a ricadere sia sulle imprese in termini di efficienza dell'esperimento, sia sui lavoratori in termini di efficacia della tutela. Non stupisce affatto che le risposte delle imprese siano state di apertura laddove un'esperienza di *smart working* era avviata attraverso regole condivise, e di iniziale chiusura o forte riluttanza laddove tale circostanza non si dava. Sono bastate un paio di settimane per rendersi conto che la povertà regolativa non è di per sé una risorsa (tanto meno un valore) e non aiuta *nemmeno* in emergenza. In emergenza si possono spostare i paletti e allargare i confini, se è utile: ma serve averli, paletti e confini, per spostarli con consapevolezza. Altrimenti ci si affida a un improvvisato *bricolage* in cui sono i principi a finire disattesi, e i diritti inutilmente compressi.

Cosa stia accadendo in concreto nell'applicazione del lavoro agile unilaterale non è riferibile con sicurezza e sarebbe interessante farne oggetto di ricerche *ad hoc*[920]. Con tutta la prudenza del caso, si può tuttavia osservare che, laddove non esistono accordi sindacali in materia, tendono ad affermarsi prassi – rispecchiate nelle "comunicazioni unilaterali di passaggio allo *smart working*" fatte sottoscrivere ai lavoratori (per presa conoscenza, s'intende) – caratterizzate da una rigidità semplificatoria molto spinta, in cui si dichiara l'estensione della modalità per tutta la durata dello stato di emergenza, talora però rivendicandone anche la revocabilità in qualsiasi momento; in cui il lavoro da casa mima in tutto la scansione del lavoro in ufficio, con coincidenza di orari e pause e corrispondenza piena di reperibilità e connessione; in cui dunque al formale rinvio ai "principi" può non corrispondere alcuna previsione, ad esempio, in ordine al diritto alla disconnessione o alle condizioni del ritorno alla modalità standard.

Poi, sotto gli occhi di tutti e oggetto di un'infinità di cronache di colore sulla quotidianità "ai tempi del coronavirus" – un po' meno dell'attenzione degli studiosi – c'è l'apoteosi del *work-life blending*, la condivisione familiare degli spazi e delle connessioni in una forzata artigianalità domestica che è esasperazione del bisogno di conciliazione in coincidenza con la piena operatività dello strumento di ultima generazione che era stato pensato *anche* per favorire il *work-life balance*. Bel paradosso, con verosimili ricadute in termini di stress lavorativo e possibili difformità nella produzione di risultati fra chi è gravato di compiti di cura e chi no.

---

[920] Di grande interesse, pur se dichiaratamente senza pretese di scientificità per la casualità del campione, è la prima indagine sullo *smart working* promossa dalla Cgil e realizzata con la Fondazione Di Vittorio (*Quando lavorare da casa è …smart?*, 18 maggio 2020, in ww.cgil.it), condotta attraverso un questionario *on line* diffuso il 20 aprile e chiuso il 9 maggio: ne emerge una valutazione molto variegata dell'esperienza di *home working* emergenziale, con forti connotazioni di genere e una marcata insistenza sui problemi dei carichi di lavoro, dell'apprendimento, dell'importanza della dimensione collettiva e relazionale. Di una nuova ricerca, condotta dall'Osservatorio Hr innovation practice del Politecnico di Milano, è annunciata la presentazione per il 26 maggio 2020 (cfr. C. Casadei, *La vera sfida adesso è trasformare il lavoro da remoto in smart*, in *Il Sole 24 ore*, 20 maggio 2020).

3.2. Conciliazione, l'equivoco che ritorna.

Si dirà che tutto questo è destinato a finire il 31 luglio[921] e che "dopo" tutto tornerà – almeno giuridicamente – come "prima", ma con il vantaggio aggiuntivo delle inedite prospettive di innovazione organizzativa aperte da questa sperimentazione generalizzata. Occorre soffermarsi su due punti, ricollegando il tema del lavoro agile emergenziale con il profilo – privilegiato in questo scritto – del rapporto fra lavoro agile e finalità di conciliazione dei tempi: il primo (A) riguarda (ancora) l'emergenza; il secondo (B) riguarda il "dopo", ma il nesso fra i due è stretto, se non altro perché pare che non ci sarà un "prima" e un "dopo", ma un più verosimile lunghissimo "mentre", di graduale passaggio a una situazione nuova in cui molto andrà reinventato.

A) Il primo punto ha a che fare con il modo in cui le ragioni dell'emergenza hanno interagito con la *ratio* del Capo II della legge 81/2017.

È stato sostenuto che la funzionalizzazione del lavoro agile alle ragioni della sicurezza e del contenimento del contagio sostituisce e di fatto azzera le originarie finalità di *work-life balance* della disciplina, tipiche della sua applicazione in un contesto "fisiologico" (Bini 2020, p. 6). Tale lettura non è priva di coerenza, non tanto per l'inoppugnabile priorità del diritto alla salute, quanto perché nell'impostazione della legge 81 la *ratio* conciliativa è legata a doppio filo con la definizione consensuale delle condizioni della modalità agile: è la partecipazione del lavoratore alla definizione concreta di questa che dovrebbe conferire senso e contenuto alla finalità conciliativa, che diversamente resterebbe non definita. Qui sta anche, tuttavia, come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, l'ambiguità della *ratio* conciliativa della disciplina del lavoro agile: proclamata ma sguarnita di strumenti efficaci a proteggere la sua componente insieme più caratterizzante e più fragile, appunto quella legata alle ragioni di *care*.

Ora, mentre si impone allo *smart working* di "cambiar pelle" in nome del diritto alla salute, esplode un'esigenza di conciliazione anch'essa di natura emergenziale: rivolta a impegni di cura che si impennano con lo stabilizzarsi della presenza domestica dei figli, il consolidarsi per questi della didattica a distanza, il contemporaneo allontanamento degli anziani, la sospensione di molti servizi domiciliari per le persone più fragili e in generale il venir meno delle abituali reti familiari di supporto. A questa esigenza sono state date, è vero, alcune risposte mirate[922], ma per lo più di corto respiro. Alle quali si sono aggiunte, in momenti successivi, due disposizioni riguardanti proprio il lavoro agile.

In base alla prima di tali disposizioni, il lavoro agile non è più solo "raccomandato", ma è temporaneamente esigibile come "diritto" per i lavoratori dipendenti disabili (gravi) o che abbiano nel nucleo familiare una persona disabile (grave), purché la modalità agile "sia compatibile con le

---

[921] O forse no: il c.d. decreto "Rilancio", riproducendo per l'ennesima volta la norma sulla modalità agile emergenziale, ne prefigura già una durata che può protrarsi "comunque non oltre il 31 dicembre 2020" (d.l. 19 maggio, n. 34, art. 90, co. 4).

[922] Quelle – inevitabilmente limitate, comportando rilevanti impegni di spesa – disposte dapprima dall'art. 23 del d.l. 17 marzo, n. 18: il congedo straordinario di quindici giorni indennizzato al 50 per cento della retribuzione, previsto per i genitori di figli fino a 12 anni, con l'alternativa del il bonus di 600 euro per l'acquisto di servizi di baby sitting; successivamente prorogate, e da ultimo (d.l. 19 maggio, n. 34, art. 72, co. 1, lett. b e c) ampliate nella durata (il congedo a 30 giorni) e nell'entità dell'erogazione (il bonus a 1200 euro, spendibile anche per l'acquisto di servizi socio-educativi); diverso il caso del diritto all'astensione dal lavoro per i genitori di figli fino a 16 anni, estensibile per tutto il periodo di sospensione delle attività scolastiche, ma senza indennità e con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto (d.l. 34/2020, art. 72, co. 1, lett. b).

caratteristiche della prestazione"[923]. Almeno per questi soggetti la *ratio* conciliativa parrebbe sopravvivere nell'emergenza, accanto all'ovvia esigenza nuova di proteggere, direttamente o indirettamente, le persone più fragili dal rischio del contagio. In realtà non è proprio così: il lavoro agile a cui hanno temporaneamente "diritto" resta quello emergenziale, con la sola differenza che il datore, vagliata la compatibilità delle mansioni, invece di essere vivamente consigliato di attivarlo, "deve" darvi corso. Già questa piccola norma ha riportato all'evidenza un dato che riguarda tutti, disabili e no: che la partita della conciliazione continua a giocarsi sulle sole condizioni di accesso (qui oltre tutto assai ristrette)[924], piuttosto che su quelle di svolgimento della modalità agile, e che intanto la determinazione unilaterale di queste delegittima la finalità di *work-life balance* e la "sospende" dalla sua funzione di principio ispiratore della legge. Il che non impedisce di lasciar intendere che in qualche modo il lavoro agile – tanto più in quanto svolto forzatamente a domicilio – anche a "conciliare", incidentalmente, servirà.

Eppure non era "nelle cose" mettere diritto alla salute e diritto alla conciliazione dei tempi in una competizione senza storia: poteva forse bastare un richiamo ai principi meno generico, il coraggio di indicare qualche strumento di flessibilità adatto e conosciuto (le fasce orarie, ad esempio), non "sottintendere" il diritto alla disconnessione. Insomma, in quella *stessa* decretazione d'urgenza in cui si stabilivano le premesse (scuole chiuse, ecc.) dell'emergenza conciliativa – o almeno nel Protocollo condiviso! – la necessità di plasmare lo *smart working* emergenziale in modo apertamente compatibile con le aggravate esigenze individuali di cura e assistenza poteva ben trovare voce.

Sono considerazioni riproponibili per un'altra, ancor più recente, disposizione che, per l'ampiezza della platea dei destinatari, potrebbe avere effetti piuttosto rilevanti: si tratta ancora del "diritto" a svolgere la prestazione in modalità agile, riconosciuto ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di 14 anni[925]. Qui è evidente e diretta la finalità di "venire incontro" alle esigenze delle famiglie derivanti dalla prolungata chiusura delle scuole, e di nuovo non si va oltre la – rudimentale – garanzia della "presenza domestica" di un genitore. Accanto a tale finalità si rafforza anche quella consueta di contenere i rischi di contagio alleggerendo il rientro negli ambienti di lavoro e i costi del loro allestimento in sicurezza. Il diritto, anche qui esigibile fino al limite segnato dalla compatibilità con "le caratteristiche della prestazione", non si

---

[923] D.l. n. 18/2020, art. 39, co.1: inizialmente di durata brevissima, ora protratta fino al termine della fase di emergenza ad opera della legge di conversione (24 aprile 2020, n. 27). Tale norma è stata oggetto delle prime applicazioni giudiziarie in via d'urgenza: cfr. Trib. Bologna, 23 aprile 2020 e Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, in *Newsletter Wikilabour,* n. 9 del 4 maggio 2020 (www.wikilabour.it).

[924] L' art. 39, co. 2, del d.l. n.18/2020 contiene una disposizione, destinata a durare oltre l'emergenza, che amplia ai lavoratori "affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa" la priorità nell'accoglimento delle richieste di accesso alla modalità agile già prevista, per lavoratrici madri e per lavoratori genitori di figli in condizione di disabilità, dall'art. 18, l. 81/2017, co. 3 *bis*.; in base alla modifica introdotta con la legge di conversione (24 aprile 2020, n. 27) la priorità è estesa ai lavoratori immunodepressi e ai loro familiari conviventi.

[925] Diritto introdotto dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (decreto "Rilancio"), art. 90, co. 1. Nello stesso articolo (co.2) si afferma la possibilità per il lavoratore di usare nella modalità agile i propri dispositivi: la precisazione appare di carattere generale e non riservata ai titolari del "diritto" alla modalità agile, e pleonastica, non essendovi nella legge 81/2017 alcun obbligo per il datore di fornire i dispositivi; collocata qui, la disposizione (che ricalca quella analoga stabilita fin dall'inizio per i dipendenti pubblici) assume una sorta di valore rafforzativo con una venatura di arroganza: come a dire che l'eventuale riottosità del datore non può basarsi su pretesti "tecnologici" a fronte della disponibilità del lavoratore che svolge mansioni compatibili, ma anche che quest'ultimo potrebbe trovarsi "costretto", per esercitare il suo diritto, a usare mezzi propri (con relativo aggravio di costi e di rischi).

spingerebbe fino alla possibilità di pretendere dal datore un cambiamento organizzativo (Caruso 2020): e tuttavia le eventuali ragioni addotte dal datore di lavoro per escludere tale compatibilità andranno rigorosamente valutate anche alla luce del rischio discriminazione[926].

Nemmeno questa misura, per quanto estesa, sposta i termini del problema: tempi, orari, carichi di lavoro restano eterodecisi, i momenti formativi solo eventuali, la disconnessione non richiamata, la tutela della salute affidata a una comunicazione formale. Non a caso nel *Documento tecnico* redatto in aprile dall'Inail in vista della "fase 2", a proposito delle forme di lavoro a distanza ci si preoccupa, fra l'altro, di sottolineare la necessità "di rafforzare le misure di supporto per la prevenzione dei rischi (…), in particolare fornendo assistenza nell'uso di apparecchiature e software nonché degli strumenti di videoconferenza, incoraggiando a fare pause regolari" e di "garantire il supporto ai lavoratori che si sentono in isolamento e a quelli che contestualmente hanno necessità di accudire i figli"[927].

A proposito della "contestualità" domestica di lavoro e cura (parentale), si noti che il diritto alla modalità agile per i lavoratori genitori di figli *under* 14 presenta le stesse condizioni ostative del ricorso al congedo parentale straordinario: in entrambi i casi il *diritto* non scatta se l'altro genitore usufruisce di forme di sostegno al reddito per sospensione o cessazione dell'attività lavorativa, o è disoccupato, o non lavora (v. rispettivamente, d.l. 19 maggio, n.34, art. 90, co 1., e d.l. 17 marzo, n. 18, art. 23, co.4). Ragionevole: se un genitore è "a casa" senza impegni lavorativi l'altro non può "pretendere" di lavorare a distanza o di usufruire del congedo. Però non è impedito che un genitore usufruisca del congedo straordinario mentre l'altro lavora *già* in modalità agile. Ragionevole anche questo: chi lavora non può "contestualmente" occuparsi *davvero* dei figli. Lo chiarisce l'Inps, in uno spiraglio di verità aperto – nella reticenza generale – sulla approssimazione con cui è stato trattato il rapporto fra la versione *home* del lavoro agile e le moltiplicate esigenze di cura[928]. L'ennesima conferma di una confusione di fondo che lascia correre sottotraccia il solito pregiudizio secondo il quale il lavoro agile agisce *comunque* come facilitatore della conciliazione risucchiando nella presenza domestica istanze diverse. Si è servita così la versione emergenziale della stessa ambiguità di prima.

Peccato, perché si sarebbe potuta cogliere da subito l'occasione per una vera sperimentazione delle potenzialità (anche) conciliative del lavoro agile proprio approfittando della inedita visibilità assunta dal lavoro di cura e dalla condivisione domestica[929].

---

926 Come si evince dalla motivazione di Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, cit., pur riguardante l'analogo diritto alla modalità agile previsto per le persone disabili.

927 *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, aprile 2020, in www.inail.it

928 I documenti – ufficiali – prodotti nell'emergenza offrono, di tale approssimazione, uno specchio fedele. Nella Relazione illustrativa al citato d.l. 18 (circolata in rete) fra le condizioni ostative alla attribuzione del congedo parentale straordinario figurava l'attività in modalità agile dell'altro genitore. Condizione di cui non c'è traccia nel testo del decreto (art. 23): comunque, nel successivo messaggio Inps n. 1621 del 15 aprile 2020 si è ritenuto di dover definitivamente chiarire, appunto, che il congedo è compatibile con la presenza dell'altro genitore in *smart working* perché "il genitore che svolge l'attività lavorativa da casa non può comunque occuparsi della cura dei figli".

929 Per una riflessione sul punto, e sulle opportunità offerte dalla visibilità del lavoro di cura, v. Burchi 2020.

Quest'ultima misura è infatti importante, ed è possibile che lasci il segno più di altre[930], proprio perché i destinatari vanno oltre l'area della marginalità nella quale un diritto del lavoro miope tende a confinare le tutele destinate ai "soggetti fragili". Ma ci riporta al grande equivoco – alimentato dall'impostazione della legge 81/2017, e che si è cercato di identificare nel corso di questo studio – del lavoro agile come strumento di conciliazione "di per sé". Se non ci si preoccupa della qualità della tutela generale del lavoratore agile, chi ha esigenze conciliative di cura – platea larga e in crescita, non fetta sottile di lavoratori fragili, come tutte le statistiche demografiche ci ricordano e come ci impone di ricordare la direttiva 2019/1158 – non attingerà mai quei vantaggi di innovazione, responsabilità, crescita professionale che questa modalità consente[931]. Si tratta di capovolgere l'ottica consueta ripartendo proprio dalle esigenze di conciliazione per evitarne l'ennesimo occultamento: diversamente, la sola predisposizione di canali preferenziali o dedicati di accesso alla modalità agile (sia nella forma dell'*home working* emergenziale, sia in quella *smart*) non produrrà che effetti segreganti e bassa qualità, del lavoro e dei diritti: è la povertà dei diritti, non il bisogno di conciliazione, ad essere segregante "di per sé".

In ogni caso, nella fase di transizione appena avviata, che si preannuncia lunga e a velocità di "ripresa" differenziate, molte ambiguità e incongruenze sono destinate ad affiorare in fretta reclamando soluzioni, a partire da quella relativa alle condizioni dell'esercizio del potere di revocare la modalità agile unilateralmente attribuita.

B) Il secondo punto da considerare ci proietta sul progressivo ritorno a una "normalità" che, insieme alla ritrovata piena operatività degli artt. 18-23 della legge 81/2017, porterebbe, secondo previsioni diffuse, un aumento della disponibilità da parte di imprese e lavoratori nei confronti della modalità agile come esito del "grande rodaggio" praticato in emergenza.

Anche qui servirebbe cautela, poiché lo *smart working* deve avere alle spalle scelte organizzative complesse e consapevoli, non è detto che sia la soluzione ottimale solo in quanto tecnologicamente possibile e la retorica *win win* non funziona in automatico (Cappetta e Del Conte 2020): gli entusiasmi del "si può fare" andrebbero stemperati in più meditate domande sul "perché e come" – e con quali regole – "fare".

Si può intanto immaginare che questa emergenza lasci tracce non trascurabili, anche sul piano giuridico.

La più consistente potrebbe riguardare proprio il ritorno alla consensualità nella definizione della modalità agile, una volta decaduta la normativa transitoria: non è remoto il rischio che la sperimentazione del lavoro agile disposto e definito unilateralmente si cristallizzi in prassi e modelli di "accordi" individuali – semplici trasformazioni formali delle "comunicazioni" emergenziali – in cui le esigenze di lavoratrici e lavoratori potrebbero essere facilmente compresse (Calvellini 2020). Come si è sostenuto (*supra*, par. 2.2), un rischio simile preesiste all'emergenza, è connaturato all'impostazione della legge 81 che non prevede per l'accordo individuale né filtro collettivo, né

---

930 Si è ipotizzato che, cessata l'emergenza, essa possa consolidarsi in forma attenuata, come diritto di precedenza, andando a incidere sulle priorità già stabilite nell'art. 18, co. 3 bis della l. 81/2017: così Caruso 2020.

931 Disegnando i possibili scenari del dopo pandemia, Caruso (2020) colloca invece il binomio lavoro agile-conciliazione in una prospettiva sì "realistica", e probabilmente utile, ma irrimediabilmente non innovativa e non partecipe delle caratteristiche del lavoro "genuinamente *smart*". Cfr. anche la discussione apertasi nel *Webinar* "Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto", promosso dal Centro studi di diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona" il 14 maggio 2020: in particolare gli interventi di M. Corso e di G. Lo Storto (la registrazione in www.csdle.lex.unict.it).

assistenza nella stipulazione, né una convincente predeterminazione di tutele. La novità starebbe nel fatto che un certo sedimentarsi delle prassi rodate nell'emergenza da un lato, e la verosimile maggior propensione al lavoro agile dall'altro agirebbero come fattori di attivazione e moltiplicazione di uno *smart working* polverizzato, alimentato dalla legge stessa, che correrebbe in parallelo alle esperienze sindacali più consolidate. Non è inevitabile: un altro esito possibile sarebbe proprio la riattivazione dell'iniziativa sindacale specifica in materia di lavoro agile dove finora non c'è stata. Ciò che pare stia accadendo in materia di salute e sicurezza, con l'esperienza in corso dei protocolli applicativi di quello del 14 marzo e 24 aprile nella fase delle riprese produttive, potrebbe fare da traino anche per disegnare collettivamente le condizioni del lavoro agile dove non lo si faceva. Insomma, anche se finora sul fronte sindacale il lavoro a distanza è stato per lo più rivendicato come tale – senza "guardarci dentro" – in quanto misura di distanziamento a protezione della salute, una consapevolezza diversa sta crescendo in fretta[932].

Se davvero si verificherà un incremento importante nel ricorso al lavoro agile, questo sarà a due dimensioni. Esso potrà riguardare, da un lato, la diffusione della modalità agile all'interno di un numero crescente di rapporti di lavoro, e, dall'altro, l'affermarsi di un modello di rapporto in cui la modalità agile potrà assumere un peso specifico via via maggiore, fino a diventare, pur nel rispetto della alternanza fra prestazioni a distanza e in presenza, la modalità preponderante: l'art. 18, co.1 della legge 81/2017, come è noto, non lo vieta e non fissa proporzioni, pur se prima dell'esplodere dell'emergenza le esperienze note mantenevano la netta prevalenza della modalità standard.

In tale prospettiva, il problema delle regole che governano la modalità agile si porrebbe con molta maggiore evidenza rispetto ad ora, a cominciare (non è che un esempio) da quelle relative al recesso dall'accordo. Infatti, una diffusione ampia del lavoro agile porterebbe le imprese a ridurre le postazioni fisse e non è difficile immaginare quale sarebbe l'impatto di una risoluzione dell'accordo sul contratto di lavoro quando il "ritorno" alla modalità standard diventasse anche logisticamente arduo: un secco problema di qualità della tutela, insomma, che risulterebbe ulteriormente amplificato per i *caregiver* e in generale per i soggetti più bisognosi di flessibilità "mirata". L'alternanza fra modalità standard e modalità agile è intesa di solito come misura di prevenzione dall'isolamento, ma nella prospettiva appena delineata il rischio di isolamento assume un significato ben più pregnante di quello che comunemente gli si attribuisce: avrebbe a che fare col rischio di una destrutturazione sociale e del prodursi di nuovi dualismi. Già il più immediatamente percepibile – quello fra chi lavora a distanza e chi no – porta con sé un bagaglio contraddittorio dato dal *mix* di innovazione e potenziale cedimento dei diritti consentito dall'attuale quadro regolativo del lavoro agile. E un dualismo ulteriore, con prevedibili ripercussioni su quello di genere, attraverserebbe lo stesso lavoro nella modalità *smart*.

Di nuovo, non è inevitabile. Ma nemmeno è sufficiente l'auspicio che il sindacato sappia occuparsene: dovrebbe farlo *in primis* il legislatore, ristabilendo principi chiari e regole leggere ma non equivoche, a partire dalla prefigurazione di collegamenti virtuosi tra collettivo e individuale: il nodo della conciliazione dei tempi, con i diritti fondamentali che evoca, potrebbe diventare un buon banco di prova per tutti, legislatore e parti sociali. Se solo ci si rendesse conto che arrivare

---

[932] Anche attraverso posizioni che prefigurano livelli di intervento diversi: si vedano le interviste rilasciate a *la Repubblica* dal segretario della Cgil M. Landini e dal segretario della Fim M. Bentivogli, rispettivamente il 1° e il 4 maggio 2020.

a un appuntamento del genere con l'equipaggiamento risibile del Capo II della legge 81/2017 è quanto meno azzardato.

Aggiornamento. E. è a casa: con una "Comunicazione" – che ha firmato "per presa visione", niente dubbi stavolta – le è stata riassegnata la modalità agile. Le condizioni sono più o meno le stesse dell'altra volta, ma da oltre due mesi divide il tavolo, e il tempo, con i due figli che seguono le lezioni a distanza e ogni tanto si distrae. Poi recupera, però è stanca. Le dicono che è fortunata: ma lei ha appena litigato col marito, che da poco è rientrato al lavoro e non vuole proprio saperne di chiedere quindici giorni di congedo.

Riferimenti bibliografici.

Alessi C. (2018), *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, n. 3, p. 804.

Balandi G.G. (2007), *Formazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, p. 135.

Ballestrero M.V. (2009), *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *LD*, p.161.

Burchi S. (2020), *Lavorare da casa non è smart*, in *inGenere* (www.ingenere.it).

Calafà L. (2001), *L'art. 9 della legge n. 53/2000: la conciliazione tra incentivi e azioni positive*, in *I nuovi congedi*, a cura di R. Del Punta e D. Gottardi, Milano: Il Sole-24 Ore, p.187.

Calafà L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova: Cedam.

Calafà L. (2005), *Azioni positive* possibili *tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza*, in *LD*, p.273.

Calafà L. (2007), *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in *Paternità e lavoro*, a cura di L. Calafà, Bologna: Il Mulino, p.23.

Calafà L. (2016), *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerity*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II*, a cura di F. Carinci, *ADAPT Labour Studies – ebook series* n. 32.

Calafà L. (2018), *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura*, in *RGL*, I, p.473.

Calafà L. (2019), *Wonder Moms*, in *la rivista il Mulino* (www.rivistailmulino.it), 22 febbraio 2019.

Calvellini G. (2020), *Coronavirus e lavoro agile: la regolamentazione provvisoria*, in *Diritti & Lavoro flash*, bollettino n. 2, p. 9 (www.dirittielavoro.it).

Cappetta R., Del Conte M. (2020*), Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19* (http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/), 31 marzo 2020.

Caruso B. (2016), The bright side of the moon*: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, I, p.177.

Caruso B. (2018a), *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *DLRI*, p.81.

Caruso B. (2018b), *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale. Nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, in *RIDL*, I, p.369.

Caruso B. (2020), *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno* smart working*?*, in corso di pubblicazione in *RIDL*.

Chietera F. (2018), *Il lavoro agile*, in *La nuova frontiera del lavoro* (2018), p.345.

Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile (2018), a cura di G. Zilio Grandi e M. Biasi, Torino: Giappichelli.

Cozzi G. (2019), *Contrattazione collettiva e lavoro agile: il nuovo diritto di precedenza attraverso la lente dei precedenti accordi collettivi*, in *Bollettino ADAPT*, 25 febbraio 2019, n. 8.

Cuttone M. (2018), *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la* revanche *dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale* (2018), p. 55.

Dagnino E. (2020), *La prosecuzione dell'attività lavorativa: tra lavoro agile e controlli*, in *Boll. speciale Adapt*, n. 3.

Dagnino E., Menegotto M., Pelusi L.M., Tiraboschi M. (2017), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press.

Del Punta R. (2014), *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in *Diritto del lavoro in trasformazione* (2014), p.15.

Del Punta R. (2018), *Un diritto per il lavoro 4.0*, in *Il lavoro 4.0. La IV Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative,* a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, Firenze University Press., p. 225.

De Simone G. (2019), *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, I, p.3.

Diritto del lavoro in trasformazione (2014), a cura di L. Corazza e R. Romei, Bologna: Il Mulino.

Donini A. (2017a), *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in *Web e lavoro* (2017), p.77.

Donini A. (2017b), *Il mercato dei servizi sul* web*: il rapporto di lavoro su piattaforma digitale*, in Web *e lavoro* (2017), p. 93.

Donini A. (2018), *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale* (2018), p.111.

Eurofound (2020), *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

Eurofound (2017), *Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union*. Eurofound: Dublin.

Eurofound – ILO (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, Geneva: International Labour Office.

Fenoglio A. (2018a), *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in *Commentario breve* (2018), p.547.

Fenoglio A. (2018b), *Il tempo di lavoro nella* New Automation Age*: un quadro in trasformazione*, in *RIDL*, I, p. 625.

Fiorillo L. (2018), *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, *WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT* – 368.

Franza G. (2018), *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *DRI*, n. 3, p.773.

Gambacciani M. (2018), *L'infortunio* in itinere *del lavoratore "agile"*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), p.247.

Greco M. G. (2018), *L'apprendimento permanente e la certificazione delle competenze nel lavoro agile*, in *Commentario breve* (2018), p.581.

Guariso A. (2020), *Emergenza Covid-19 e lavoro agile*, in *Newsletter Wikilabour.it*.

Ichino P. (2017), *Bene sul lavoro autonomo, ma troppo piombo nelle ali del "lavoro agile"* (intervento al Senato del 9 maggio 2017), in www.pietroichino.it

Ichino P. (2020), *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in www.lavoce.info, 28 febbraio.

Izzi D. (2020), *Il* work-life balance *al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *LD*, n. 2.

Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile (2018), a cura di L. Fiorillo e A. Perulli, Torino: Giappichelli.

Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi (2018), a cura di M. Verzaro, Napoli: Jovene.

La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d. lgs. n. 80/205 (2016), a cura di D. Gottardi, Torino: Giappichelli.

La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale (2018), a cura di D. Garofalo, Adapt University Press.

Lai M. (2017), *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart-working e di crowd working,* in *DRI*, p.985

Lamberti M. (2018), *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), p.195.

Malzani F. (2015), *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 238.

Malzani F. (2018), *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, n. 1, p.17.

Manzella P., Nespoli F. (2016), *Le parole del lavoro: un glossario internazionale/22 – Agile o smart?*, in *Bollettino Adapt*, 22 febbraio 2016 (www.bolettinoadapt.it)

Martone M. (2018), *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in *Commentario breve* (2018), p.461.

Menegotto M. (2019), *Legge di bilancio: (nuovi) diritti di precedenza sul lavoro agile. Prime riflessioni*, in *Bollettino ADAPT* dell'8 gennaio 2019, n. 1 (www.bollettinoadapt.it).

Militello M. (2019), *Il* work-life blending *nell'era della* on demand economy, in *RGL*, I, p.47.

Novella M. (2009), *Diritto alla conciliazione, conciliazione contrattata, conciliazione* octroyée, in *Persone, lavori, famiglie* (2009), p.133.

Pascucci P. (2020), *Coronavirus e sicurezza sul lavoro tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, n.2, p. 98.

Pasqualetto E. (2018), *Il recesso dall'accordo sul lavoro agile*, in *Commentario breve* (2018), p.531.

Pasquarella, V. (2017), Work-life balance: *esiste un modello italiano di "conciliazione condivisa" dopo il* Jobs Act?, in *RIDL*, I, p.41.

Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica (2009), a cura di M.V. Ballestrero e G. De Simone, Torino: Giappichelli.

Perulli A. (2018a), *Il jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), p. 43.

Perulli A. (2018b), *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, *WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT* – 365.

Peruzzi M. (2017), *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo* smart worker*?*, in *DSL*, n. 1, p.1.

Pessi R. e Fabozzi R. (2018), *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), p. 227.

Proia G. (2018), *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), p.177.

Recchia G. A. (2018), *Lavoro agile e autonomia collettiva*, in *La nuova frontiera del lavoro* (2018), p.380.

Ricci G. (2018), Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile", in *NLCC*, n. 3, p. 632.

Santoro Passarelli G. (2017), *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, *WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT* – 327.

Sartori A. (2018), *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Commentario breve* (2018), p.471.

Smart working: una prospettiva critica (2017), a cura di M. Neri, Bologna: TAO Digital Library.

Spinelli C. (2018a), *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari: Cacucci.

Spinelli C. (2018b), *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, I, p.127.

Talamo V. (2018), *Diversamente agile? Lo* Smart Work *nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (2018), p.257.

Timellini C. (2018), *In che modo oggi il lavoro è* smart*? Sulla definizione di lavoro agile*, in *LG*, p.229.

Tinti A.R. (2009a), *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge n. 53/2000*, in *LD*, p.173.

Tinti A.R. (2009b), *Il legislatore, la crisi, il sostegno alla conciliazione dei tempi: misure di piccolo cabotaggio*, in *Persone, lavori, famiglie* (2009), p.219.

Tinti A.R. (2017), *Dimissioni e risoluzioni consensuali di lavoratori e lavoratrici: uno studio sulle tecniche di controllo*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 340.

Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto*, *WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT* – 335.

Tiraboschi M., Dagnino E., Tomassetti P., Tourres C. (2016), *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, Working Paper Adapt, n.2.

Treu T. (2017), *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT* – 136.

Vallauri M.L. (2016), *Il telelavoro come strumento di conciliazione*, in *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro* (2016), p.123.

Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela (2017), a cura di P. Tullini, Torino: Giappichelli.

Zappalà S. (2017), Smart working e fattori psico-sociali, in *Smart working: una prospettiva* critica (2017), p. 15.

Zilio Grandi G., Biasi M. (2018), *Introduzione: la "coda" del Jobs Act o la "testa" del nuovo diritto del lavoro?*, in *Commentario breve* (2018), p.3.

Zilli A. (2018), *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione "4.0"*, in *La nuova frontiera del lavoro* (2018), p. 356.

Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito*

Pasquale Sandulli- Angelo Pandolfo- Michele Faioli

1. Il problema. 329
2. La norma di legge e le circolari INAIL. 329
3. Soluzioni per il futuro. 332

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 420/2020

1. Il problema.

Fra le irruzioni del coronavirus nella società civile ed economica, oltre che sanitaria, una sta assumendo una fisionomia del tutto particolare, che rischia di essere deviante al di là della eccezionalità della situazione. Ci si riferisce alla qualificazione per legge del Covid19 come infortunio sul lavoro, qualificazione che apre scenari inquietanti in ordine alle ricadute finali di una apparentemente semplice copertura sociale dell'evento.

Certamente l'influsso delle tragiche vicende che hanno colpito in modo particolare il personale sanitario, medico e non, ha giocato un ruolo determinante in questa scelta legislativa, e la identificazione in sede amministrativa, quale la circolare INAIL n. 13/2020, di talune ulteriori aree di attività in cui i lavoratori sono a diretto contatto con il rischio di contagio - si tratta di tutte le attività lavorative che comportano rapporti diretti con il pubblico - ha finito per consolidare questa ipotesi. Ma occorre la massima attenzione nel trasformare, sotto l'onda emotiva, un dato pandemico nel presupposto di una dilatazione abnorme del meccanismo protettivo rappresentato dall'assicurazione infortuni sul lavoro, con conseguenti gravi effetti di alterazione funzionale: specialmente se si considera che, a ben guardare, non era neppure necessaria la precisazione normativa, che ha finito per alimentare contrastanti prese di posizione. Insomma, a ben guardare, non era neppure necessaria una tale precisazione normativa, che nel successivo dibattito ha finito per alimentare contraddittorie determinazioni. Non è quindi ingiustificato l'allarme suscitato dalla scelta del legislatore, e la fioritura di interrogativi che esprimono forte preoccupazione in ordine alle conseguenze di una tale estensione, che determina la sovrapposizione di profili di stampo assicurativo e risarcitorio.

Se questo è il contesto nel quale ci si deve muovere, va subito approfondita nel suo articolato contenuto la formula legislativa[933] utilizzata, così da definirne con cura limiti e contorni.

2. La norma di legge e le circolari INAIL.

Di per sé il corona virus non è, e non può, essere infortunio sul lavoro, se non viene accertata la contrazione dell'infezione "in occasione di lavoro": lo afferma la norma citata, sebbene senza particolare enfasi, anzi quasi scivolando. Le prestazioni sono estese al periodo di quarantena o di permanenza domiciliare, in quanto comportanti l'astensione dal lavoro. Si deve dare per scontato che le prestazioni vengano erogate anche in relazione ai postumi dell'infezione – compresa, purtroppo, l'ipotesi del decesso - quali potranno essere individuati dalla scienza sulla base della empirica rilevazione (faticosamente in corso), e che dovrebbero determinare una integrazione delle tabelle per la valutazione del grado percentuale di inabilità ai fini del calcolo delle prestazioni permanenti, e per la corretta stima del danno biologico.

Fin qui il lato della tutela sociale in sé, che ovviamente si integra con la tutela prestazionale

---

[933] Si v. il d. l. n. 18/2020, art. 42, c. 2: *"Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti ((dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante "Modalita' per l'applicazione delle tariffe 2019")). La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati."* La legge di conversione n. 27/20 ha leggermente modificato il testo, ma solo per meglio specificare il riferimento normativo alla tabella da applicare.

propriamente realizzata in termini sanitari dal SSN e dall'INPS per la parte economica, per l'eventualità che le conseguenze dell'infezione si consolidino secondo le norme proprie della rendita/pensione di invalidità o di inabilità.

Nella prospettiva che qui interessa, concernente la paventata individuazione di ulteriori obbligazioni gravanti sul datore di lavoro correlate al danno differenziale in favore del lavoratore ed al regresso dell'INAIL per le prestazioni erogate, l'attenzione si concentra su due fondamentali passaggi della norma in esame, che – al di là della evidente intenzione del legislatore materiale, volta a non gravare di costi eccessivi le attività economiche - meritano di essere analizzati distintamente, per essere poi riassemblati in una visione generale e secondo una prospettiva sistematica, capace di indurre ulteriori suggestioni, coerenti con la particolare *ratio legis*,.

Innanzitutto, il legislatore dispone che "i predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa". Non è arbitrario ricavare che - a fronte della connotazione pandemica dell'infezione, e nel formalistico presupposto di un profilo eziologico che ne determini una connessione con l'attività lavorativa, anche con riferimento alla contrazione del contagio per accidentale contatto sul posto di lavoro o semplicemente in ragione del necessario spostamento dall'abitazione al luogo di lavoro, secondo una esposizione al rischio assolutamente inevitabile – la scelta del legislatore volta a potenziare il livello di protezione sociale mediante le ben più qualificate e consistenti prestazioni dell'INAIL rispetto a quelle dell'INPS, sia stata nel senso dell'addossamento del costo delle stesse alla collettività generale, rientrando nella gestione assicurativa come tale, ma senza ulteriori espansioni.

Il secondo passaggio esclude che detti eventi siano "computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico". Qui si registra una vera e propria frattura della copertura disposta con l'art. 42, c. 2 rispetto alla impostazione sistematica e di principio dell'assicurazione infortuni sul lavoro, quale ormai consolidata per effetto dell'art. 3, c. 3 del d.lgs n. 38/2000[934]. Non occorre qui ricordare la genesi dell'assicurazione sociale in questione e lo strettissimo collegamento con la norma dell'art. 2087 cod. civ. – notoriamente illuminato dall'art. 41, c. 2 Cost. - quale risultante dalla stessa collocazione nelle disposizioni che fissano il nocciolo dello statuto dell'imprenditore, prima ancora del complesso delle disposizioni regolatrici del rapporto di lavoro; né la complessa evoluzione della problematica dell'esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro[935], via via attenuatasi - ma non certo esclusa - grazie alla progressiva espansione della colpa penalmente rilevante del datore di lavoro. È certo che il meccanismo della oscillazione del premio aziendale costituisce l'espressione più evidente della connessione fra responsabilità ex art. 2087 c.c. e liberazione dalla responsabilità per colpa non penalmente rilevante: ben nota è la componente prevenzionale dell'oscillazione del premio aziendale[936], come

---

[934] Si v. l'art. 3, c. 3 d.lgs n. 38/2000: " Fermo restando l'equilibrio finanziario complessivo della gestione industria, per ciascuna delle gestioni di cui all'articolo 1 sono approvate, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, su delibera del consiglio di amministrazione dell'INAIL, distinte tariffe dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le relative modalita' di applicazione, *tenendo conto dell'andamento infortunistico aziendale e dell'attuazione delle norme di cui al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni e integrazioni, nonch È degli oneri che concorrono alla determinazione dei tassi di premio.*

[935] Messa a dura prova, appena un anno prima, dalle improvvide e, almeno in parte, rapidamente rientrate, iniziative legislative: il riferimento è alla legge n. 145/2018, art. 1, cc. da 1121 a 1126, corretta dal dl. n. 34/2019. È troppo dire che l'assicurazione è diventata una specie di salvadanaio?

[936] Sui meccanismi tecnici dell'oscillazione cfr. TORIELLO S., *Il sistema di bonus/malus nella tariffa dei premi Inail ed i suoi riflessi sulle politiche in tema di prevenzione***,** in Working Paper Adapt, n. 82/2009.

ben risulta dal D. Min. Lav. 12 dicembre 2000 e dalle successive disposizioni ed atti applicativi, l'ultimo dei quali addirittura del gennaio 2020. Se questo è, come dalla consolidata e sostanzialmente unanime accezione teorica e pratica dell'assicurazione infortuni sul lavoro, ben si comprende che – ripetersi, al di là della intenzione materiale del legislatore in concreto – la neutralizzazione del meccanismo di oscillazione del premio aziendale è il segnale evidente che l'estensione dell'assicurazione infortuni sul lavoro all'infezione da coronavirus non ha a che vedere con l'idea della riferibilità del costo della protezione sociale di questo evento all'attività produttiva, in termini di responsabilità più o meno oggettiva. Una tale valenza del passaggio in questione è perfettamente coerente anche con le indicazioni della citata circolare, laddove *si legge che "in analogia alle altre tipologie di infortuni, come per esempio gli infortuni in itinere, gli effetti degli eventi in esame non entrano a far parte del bilancio infortunistico dell'azienda in termini di oscillazione in malus del tasso applicato, ma sono attribuiti secondo principi di mutualità, mediante forme di <caricamento> indiretto in sede di determinazione dei tassi medi di lavorazione*." Vale cioè l'idea che laddove la copertura dell'infortunio, pur in occasione di lavoro secondo l'impianto del D.P.R. 1124/65, si estenda ad eventi il cui determinismo è slegato dall'organizzazione del lavoro e dagli adempimenti sulla sicurezza, la responsabilità datoriale ed il relativo costo si esaurisce comunque e ad ogni effetto nel pagamento del premio: in che sta la mutualità propria dell'assicurazione infortuni, così spiegandosi il richiamo dell'art. 42, c. 2 al "gravame sulla gestione assicurativa".

Sia ben chiaro che con ciò non si intende minimamente negare la portata ed il frutto della decennale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di assicurazione infortuni sul lavoro di fronte ai c.d. agenti esterni[937], e soprattutto non si intende mettere in discussione l'ampiezza della obbligazione di sicurezza nella sua radice codicistica e nella dettagliata legislazione speciale di cui al d. lgs n. 81/2008 e ss. mm., il cui dibattito sempre attentamente e proficuamente alimentato[938] si è acceso proprio per effetto del pericolo coronavirus, con il determinante concorso dei protocolli condivisi del 14 marzo e 24 aprile, e delle direttive tecniche dell'INAIL di aprile. Un dibattito[939] in cui spicca, fra gli altri, l'attenzione agli adempimenti formali che gravano sul datore di lavoro, quale può essere l'aggiornamento del Documento di valutazione dei rischi: forse il dibattito si stempera se si assume consapevolezza che il documento è essenzialmente strumentale alla identificazione del contenuto dell'obbligo di sicurezza – la cui prima e fondamentale sanzione - per il mancato rispetto delle disposizioni di contrasto al coronavirus (art. 2, c. 6, ult. periodo) D.P.C.M. 26 aprile 2020) - è l'inibizione della prosecuzione dell'attività, sia e specialmente nei confronti dei lavoratori, sia in termini generali per le attività implicanti contatti con terzi e con il pubblico, pur senza negarne la valenza cognitiva e l'effetto di pubblicità/dichiarativo/formativo verso la comunità dei lavoratori. Viene dunque in rilievo l'adempimento di una obbligazione di sicurezza generale, la cui dimensione è assolutamente nuova, quella pandemica, e normalmente estranea (tranne limitatissimi settori) alla produzione/attività nella sua accezione anche antiinfortunistica, ampiamente forzata dal legislatore a fini di tutela sociale attraverso il criterio eziologico.

---

[937] Per tutti, cfr. la puntuale e sistematica ricostruzione della tipologia delle cause violente, cfr DE MATTEIS A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011, pp. 243 ss.

[938] Grazie specialmente all'Osservatorio Olympus dell'Università di Urbino ed alla collegata Rivista di Diritto sulla Sicurezza sul Lavoro

[939] Si v. la ricostruzione del dibattito in GIUBBONI S., *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 417/2020

3. Soluzioni per il futuro.

Ma se questo è il senso della disposizione, non dovrebbero esserci motivi di preoccupazione. Purtroppo, in qualche misura, essi sono stati indotti proprio dalla circolare INAIL n. 13/2020, laddove essa richiama una decisione della Cassazione, che categorizza – con effetti di discutibile dilatazione della responsabilità, esclusa solo per il rischio elettivo - il concetto di occasione di lavoro con riferimento ad una ipotesi che tutto sommato non richiedeva una grande elaborazione per l'inquadramento del caso nella fattispecie infortunio sul lavoro[940]; ma, soprattutto, la circolare enfatizza la coincidenza se non addirittura sovrapponibilità fra infezione coronavirus ed infortunio in itinere, dando coì il via a discutibili forme di sollecitazione nell'avvalersi della tutela INAIL[941], cui rischiano di correlarsi successive iniziative volte ad utilizzare gli strumenti risarcitori, con conseguente spasmodica ricerca di difetti imputabili nell'azione prevenzionale del datore di lavoro. Non è un rischio di poco conto, che si aggiunge alle difficoltà intrinseche della ripresa.

Di questa preoccupazione si è data carico l'INAIL con la circolare n. 20/2020; ma se una circolare permissiva, come è la circ. n. 13/2020, può incrementare agevolmente, verrebbe da dire viralmente, gli effetti distorsivi della impostazione, non è detto che essi possano altrettanto agevolmente essere contenuti da un atto che comunque non ha forza di legge: di questa preoccupazione sono espressione le ipotesi di emendamento integrativo del testo originario. Non si tratta certo dalla introduzione di uno scudo penale[942], ma semplicemente della esplicitazione di una corretta delimitazione delle ipotesi di responsabilità civile ai soli casi di grave violazione dell'imponente apparato prevenzionale che è stato messo a punto in sede tecnica, con effetti regolativi diretti.

Il punto è che qui (si ripete, tranne specifici settori) la pandemia non è logicamente e concettualmente riconducibile all'occasione di lavoro. Se si condivide questa idea, si comprende il senso della norma dell'art. 42, c. 2 come mera tecnica di estensione di una tutela sociale speciale rafforzata rispetto a quella universalistica dell'INPS, assumendo come misure di tutela sociale quelle dell'INAIL, senza però poter affondare le sue radici nell'art. 2087 c.c.

Risulta allora chiaro che – al di fuori dei settori in cui l'infezione entra, per così dire, nel processo produttivo – assicurazione infortuni sul lavoro e pandemia sono corpi fra loro estranei, che solo la scelta legislativa di maggior contenuto protettivo – quello appunto dell'INAIL - ha confuso, verrebbe da dire: ha "occasionalmente correlato".

L'art. 42, c. 2 ha dunque un contenuto esplicito, che nasconde, ma necessariamente comprende, anche l'esclusione della responsabilità datoriale – e più in generale d'impresa, rispetto ai terzi che accedano (fisiologicamente/legalmente) ai locali dove si svolge l'attività – nell'ipotesi del pieno rispetto delle disposizioni tempo per tempo vigenti adottate per prevenire la contrazione dell'infezione da Covid19.

Bene farebbe allora il legislatore – è sempre lui, il legislatore, chiunque scriva e proponga i testi - a completare il disegno inespresso nelle prime ore di diffusione del virus, data la peculiarità ed

---

[940] Si trattava di un'attività accessoria o strumentale, per spostamento spaziale all'interno dei luoghi aziendali. Si v. Cass. n. 9913/2016.
[941] Si sostituisce, ambiguamente, occasione di lavoro con luogo di lavoro; sulla scia della circolare INAIL si dà per scontato che l'infezione sia contratta in itinere.
[942] Questa è l'ipotesi prospettata da RIVERSO R., *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questione giustizia*, 19 maggio 2020.

eccezionalità della situazione e della norma, sottolineando l'esclusione (si badi, non l'esonero) di ogni responsabilità del datore di lavoro, salvi i casi di grave violazione dei protocolli di sicurezza contro la diffusione del contagio Covid19. Qui, ovviamente, si apre il gioco delle verifiche, delle certificazioni, degli accertamenti: ma è altra cosa. Sarebbe altresì opportuno completare quel disegno introducendo ulteriori due norme di legge: una prima norma dovrebbe confermare la non agibilità in regresso da parte dell'INAIL nei confronti di quel datore di lavoro che abbia correttamente adottato e applicato i protocolli di sicurezza a livello aziendale; una seconda norma dovrebbe essere finalizzata all'assorbimento, pro quota, nelle tabelle del danno biologico, di quel possibile danno differenziale derivante dall'infortunio da Covid19.

Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*

Lorenzo Zoppoli

1. Il c.d. smart working prima, durante e dopo la pandemia: nella regolazione e... 335

2. … nella realtà. 340

3. Come si colloca il teleworking nella prospettiva della digitalizzazione delle amministrazioni? 343

4. Il sistema delle fonti (dalla l. del 1998 n. 191 all'art. 263 del dl 34/20). Distinguere: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro emergenziale. 345

5. Istituti meritevoli di specifica disciplina: controlli; orari e fasce di disponibilità; disconnessione; classificazioni professionali e formazione; sicurezza. 349

6. Un mix di fonti legislative e contrattuali, ivi compresi accordi individuali qualificati. Relazioni sindacali partecipative, micro-organizzazione e interessi degli utenti. 351

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 421/2020

1. Il c.d. smart working prima, durante e dopo la pandemia: nella regolazione e...

L'istituto che siamo abituati a chiamare "*smartworking*" (in seguito sw) – ma, stando ai testi delle nostre leggi, "lavoro agile" - è uno degli istituti giuslavoristici più colpiti dalla recente pandemia. D'altronde qualcuno, per descrivere sinteticamente questa nuova forma di patologia globale, ha addirittura coniato il neologismo "digi-demia"[943], cioè una pandemia dilagata tanto nella realtà fisica quanto in quella digitale. E il lavoro agile è stato introdotto come "una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato…con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento di attività lavorativa" (art. 18.1 della l. 81/17): dove il termine generico di "strumenti tecnologici" va più restrittivamente inteso come "strumenti telematici" o appunto "digitali". Infatti questo lavoro è agile, sempre *per tabulas*, perché dovrebbe svolgersi con modalità e strumenti che consentano di renderlo "senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro", affrancando almeno in parte il lavoratore dai condizionamenti della "fisicità" dell'organizzazione.

I connotati dello sw introdotto da circa tre anni nel nostro diritto del lavoro hanno però subito notevoli alterazioni a seguito del Covid-19 anzitutto sul piano meramente regolativo. Da poche norme poco utilizzate, comuni a pubblico e privato, e in attesa di un assestamento esegetico-sistematico (artt. 18-23 della l. 81/17), a un'esplosione di norme e fonti che si intersecano e si moltiplicano, differenziandosi sensibilmente tra pubblico e privato.

Nel pubblico, oltre a quelle originarie (oltre alla l. 81/17, la l. 124/15 e la direttiva della Funzione pubblica 3/17), nel 2020 abbiamo: i dpcm del 23.2, del 25.2, dell' 1.3; la direttiva della Funzione pubblica n. 1/20 del 25.2; l' art. 18, dl 2.3.2020 n. 9, non convertito ma con effetti fatti salvi da l. 27 del 24.4;il dpcm 9.3.2020 (ma anche il dpcm 8.3.2020, art. 1, c. 1 lett. e); la Direttiva della Funzione Pubblica 2/2020 del 12.3.2020[944]; il dl 18/20 del 17 marzo (c.d. "Cura Italia", conv. con l. 27 del 24.4.), art. 87; i protocolli Governo-parti sociali 3 e 8 aprile 2020; gli artt. 90 c. 4 e 263 del dl n. 34 del 19.5.2020 (c.d. "Rilancio").

In totale in poco più di due mesi la disciplina dello sw si è arricchita di: tre decreti legge (di cui, per ora, uno solo convertito), una decina di dpcm, tre direttive di Funzione pubblica, un paio di protocolli. E non contiamo circolari e altri atti minori. Viene fuori inoltre una prima giurisprudenza (due 700 cpc), prima inesistente. Dinanzi a questo pandemonio normativo il giurista, d'istinto, si aspetta un orizzonte poco sereno.

Tre funzioni dello sw sono emerse esplicitamente nella legislazione 2017/2020:

a) conciliazione lavoro/vita privata (*work-life balance*);

b) competitività/produttività;

c) protezione della salute pubblica.

In alcune letture se ne profila una quarta, ma più nei fatti che nelle norme: lo sw come nuovo ammortizzatore sociale.

Partiamo da un'analisi del quadro normativo, mettendo in rilievo le fonti primarie che più hanno

---

[943] A. Giddens intervista a *la Repubblica* del 26 maggio 2020.

[944] All'epoca ancora sussistevano dubbi sull'erogazione di tutte le attività o solo di alcune: v. Alessi-Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in Bonardi, Carabelli, D'Onghia, L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 133 ss.

inciso nell'emergenza.

Nel lavoro pubblico con il dl 9/20 (art. 18.5; norma non convertita, ma ribadita dall' art. 87 u.c. del dl 18/20 e ulteriormente validata, *quoad ad effectum*, con l. 27/20, di conversione del dl 18) cadono le parole "per la sperimentazione" che accompagnavano l'introduzione dello sw nella l. 124/15 (art. 14.1).

L'art. 87 del dl 17.3.20 n. 18 – riprendendo la normativa subprimaria che l'ha preceduto - interviene poi a modificare in profondità l'identità giuridica dello sw configurato dalla l. 81/17, soprattutto con l'eliminazione dell'accordo individuale necessario[945].

L'art. 263 del d.l. 34/20 sembra rivedere il sistema delle fonti su tutto quanto attiene a orario e luogo della prestazione in vista della c.d. fase 2 (*restart*).

L'impressione più diffusa è che nella stagione della pandemia il lavoro agile si sia affermato come dispositivo di protezione individuale atipico per la sicurezza sui luoghi di lavoro[946] o, come pure si è detto, di ordine pubblico sanitario[947]. Anche l'INAIL lo ha considerato una misura di sicurezza necessaria. Aleggia perciò la prima domanda: permane tale funzione di strumento per la sicurezza sul lavoro anche post-covid?

Comunque durante l'emergenza sanitaria (forse in materia prorogata al 31.12.2020: v. art. 90 dl 34/20) lo sw – chiamato testualmente "lavoro agile", e identificato con riferimento preciso alla l. 81/17 (v. art. 87, commi 1 e 2, dl 18/20) - è diventato:

1. utilizzabile unilateralmente dal datore di lavoro sia pubblico sia privato (ricondotto perciò generalmente allo *ius variandi* latamente inteso);

2. addirittura tendenzialmente obbligatorio nel lavoro pubblico: è evitabile infatti solo "qualora non sia possibile" (art. 87.3 dl 18/20). Lo sw è previsto come "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione", salvo attività indifferibili e che richiedano la presenza nei luoghi di lavoro (art. 87.1, lett a, del dl 18/20 attenuato dal dl 34), che potremmo definire "non remotizzabili". In questa nuova configurazione prende corpo una questione inedita: se la prestazione è in astratto "remotizzabile", ma non è relativa ad attività indifferibili e/o che richiedano la presenza in servizio e non è a rischio salute, il lavoratore ha diritto al lavoro agile (magari dopo aver esperito tutti gli altri istituti previsti dall' art. 87.3, dl 18/20)? Su questo si tornerà tra poco.

3. Infine lo sw in periodo pandemico, visto il *lockdown* durato alcuni mesi, normalmente deve essere svolto presso il domicilio del lavoratore, diventando *homeworking* o telelavoro a domicilio.

Cadono così vari assiomi non solo e non tanto giuridici, piuttosto radicati nelle teorie organizzativistiche, come ad esempio quello secondo cui lo sw vero non si pretende e non si concede, si

---

[945] Per un'interpretazione contraria v. l. Senatori, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustizia Civile.com*, numero speciale 1/2020 su *Emergenza Covid-19. Contra v.* L. Zoppoli-P. Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in DRI, 2020, n. 2; Alessi-Vallauri, op.cit., p. 137.

[946] Alessi-Vallauri, cit.

[947] Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, relazione al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020 (in corso di pubblicazione in RIDL, 2020).

concorda[948]. Lo sw "normale" configura una prestazione agile, intelligente, flessibile, variabile quanto a collocazione spazio-temporale rispetto all'organizzazione fisica del datore di lavoro (e, sia detto per inciso, non necessariamente caratterizzato dalla remotizzazione). SMART nella bibbia gestionale è un acronimo che soprattutto descrive le qualità degli obiettivi con cui lavorare: *Specific*, *Measurable*, *Assignable* (o *Actionable*), *Realistic*, *Time-related* (o *Time-bound*). Lo sw pandemico non è niente di tutto questo[949].

L'irrigidimento normativo stupisce un poco meno – ma solo un poco – nel lavoro pubblico dove qualche rigidità in più non poteva non esserci anche prima, dal momento che in questa zona dell'universo giuslavoristico si fa meno affidamento su una cultura manageriale endogena e spontanea. Tant'è che nella gestione dello sw recentemente si era proposto di rafforzare il nesso normativo tra valutazione delle performance ed esercizio dei poteri gestionali da parte del dirigente, sostenendo un'interpretazione secondo cui il dirigente è tenuto al recesso dall'accordo di sw se l'attività non è performante[950].

In verità, disposto il *lockdown*, lo sw diventa soprattutto una misura per risolvere problemi organizzativi straordinari o di ordine pubblico economico[951]. Anche se questo a mio parere non è snaturamento giuridico dell'istituto, perché rientra nella finalità latamente "produttivistica" già prevista dalla legislazione 2015/2017.

Al riguardo un quesito emerso in modo più significativo, anche in relazione alla generale perdita della dimensione consensuale è, come già accennato, se si configuri un diritto del lavoratore al lavoro agile, almeno nella fase pandemica. Qualcuno invoca anche un parallelo col diritto al *part time*, che può considerarsi – più però come misura di *work-life balance* nella normalità – una sorta di *second best* rispetto al lavoro agile. In generale non c'è diritto né all'uno né all'altro. Proprio su questo tema si registrano le prime sentenze sullo sw: Trib. Grosseto e Trib. Bologna (entrambi del 23.4), che, riconoscono il diritto al lavoro agile dei ricorrenti in quanto disabili[952]. Interessante è Trib. Grosseto che va oltre, sia richiamando i principi generali in materia di fruibilità di ferie ancora non maturate - che nel caso di specie il datore di lavoro avrebbe voluto imporre al lavoratore- sia affermando il principio secondo cui "laddove il datore di lavoro…sia nelle condizioni di applicare…il lavoro agile…, il ricorso alle ferie non può essere indiscriminato, ingiustificato o penalizzante, soprattutto laddove vi siano titoli di priorità per ragioni di salute"[953]. Comunque la conclusione è che un diritto vero e proprio al lavoro agile non c'è se, pur dinanzi a un generico rischio alla salute, si può ricorrere agli altri istituti previsti dall'art. 87 del dl 18/20. Insomma la tendenza legislativa (rafforzata dal dl 34/20) è di riconoscere un vero e proprio diritto solo in determinate condizioni espressamente previste (figli entro una certa età; soggetti particolarmente vulnerabili)

---

[948] M. Corso, relazione al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.
[949] Lo riconoscono un po' tutti. Da ultimi v. l'intervista a Francesco Starace, ad ENEL (che ha messo in teleworking il 50% dei propri dipendenti, cioè 37.000 lavoratori), in *la Repubblica* del 27 maggio 2020; e E. Ales, *I benefici dello smart working*, in www.openluiss.it 9 giugno 2020.
[950] V. L. Zoppoli-P. Monda (ma soprattutto il secondo), op.cit.
[951] Caruso, cit.
[952] Su entrambe v. G. Gentile, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti e esigibilità della prestazione*, in MGL, 2020 (in corso di pubblicazione).
[953] Nel lavoro pubblico v., puntualmente, la circolare n. 2 dell'1.4.20 di Funzione pubblica.

e sempre che sia compatibile con la natura della prestazione[954].

L'altro quesito che solleva la stagione del Covid-19 è se lo sw resta strumento principe di *work-life balance* (conciliazione lavoro/cura). Ci sono segnali di ripensamento e regole di dubbia tenuta. Tra le prime un'indicazione emergenziale dell'INPS (messaggio n. 1621 del 15.4.2020) che sottolinea come chi lavora in sw non può occuparsi dei figli: il coniuge può dunque chiedere i congedi parentali Covid-19. Forse è una verità duratura[955] e anche piuttosto intuitiva. Poi pare che da qualche parte si prevedano priorità per le donne ai fini dello sw con finalità conciliative: si segnala un possibile contrasto con la recente direttiva europea 2019/1158, invero ancora da attuare[956].

Qualcuno già trae conclusioni molto allarmate in quanto saremmo "all'apoteosi del *work-life blending*, la condivisione familiare degli spazi e delle connessioni in una forzata artigianalità domestica che è esasperazione del bisogno di conciliazione in coincidenza con la piena operatività dello strumento di ultima generazione che era stato pensato *anche* per favorire il *work-life balance*"[957].

In senso opposto gli esiti di una ricerca, molto ripresa dal *Sole 24 ore* del 21 maggio scorso, "*Smart working: work flexibility without constraint*", di due economiste, Maria Angelici e Paola Profeta. Però questa ricerca – svolta in un dipartimento della Bocconi – riguarda l'uso pre-Covid-19 di *smart working* in una grande impresa con riferimento a 300 lavoratori scelti in modo casuale e per 1 giorno alla settimana per 9 mesi. I risultati di questa ricerca sono in chiaroscuro (tra le ombre: stress e confusione casa/lavoro), ma con effetti positivi anche sul bilanciamento tra lavoro e famiglia[958].

Invece un recente rapporto sui *first findings* di un'indagine di Eurofound – resi noti a fine maggio 2020 – ci dice che proprio sul *work-life balance* l'esperienza della pandemia ha fatto emergere molti problemi in tutti i paesi che hanno utilizzato *teleworking*, soprattutto, ma non solo, per i lavoratori con figli nelle fasce di età 12-17 anni[959].

La funzione implicita di *work-life balancing* dello sw non è una questione da sottovalutare sotto il profilo regolativo: basti pensare che per l'istituto limitrofo del telelavoro l'art. 23 del d.lgs. 80/15 – uno dei prodotti "minori" del c.d. Jobs Act – ha previsto che "i datori di lavoro privati che facciano ricorso all'istituto del telelavoro *per motivi legati ad esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro* in forza di accordi collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possono escludere i lavoratori ammessi al telelavoro dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti". La norma non riguarda le pubbliche amministrazioni, ma è emblematica di una sorta di lasciapassare per gli istituti di *work-life balance* come riduttori di tutele "degli altri" lavoratori. Un pericolo sia per le forme di remotizzazione del lavoro sia per la cultura del *work-*

---

[954] V. P. Monda, *Lo smart working e l'emergenza sanitaria*, in www.cgilveneto.it.
[955] A. Tinti, intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.
[956] Sempre Tinti, appena citata.
[957] Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 419/2020, p. 45.
[958] Profeta, *Smartworking anche nel dopo-emergenza*, in www.lavoce.info del 17.3.2020. Una ricerca analoga presso l'ACEA spa era segnalata già da Brollo, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in LPA, 2017, p. 119 ss.
[959] V. Eurofound, *Living, working and COVID-19. First findings – Aoril 2020*, p. 7.

life balance.

Se al tema dello sw si volesse poi dare un orizzonte più europeo, si rilevano (o almeno io rilevo) ancora poche riflessioni, ma molti dati interessanti.

Sul piano delle riflessioni, si riferisce di una non meglio precisata sovrapposizione tra sw (in questo caso *Teleheimarbeit*) e *minijob* alla tedesca[960] o *Kurzarbeit* (che però se riguarda lavori a basso reddito, impoverisce troppo i lavoratori). Interessante anche qualche proposta di fonte governativa[961] volta a legificare, sempre in Germania, un diritto del lavoratore al lavoro agile.

Quanto ai dati si segnala da parte sindacale un numero davvero rilevante di lavoratori da remoto in Europa: 42 milioni[962]. Però occorrerebbe meglio capire qualità organizzativa e giuridica di questo lavoro. Qualcosa in più ci dice l'indagine Eurofound già citata, da cui risulta che non solo nel mese di aprile lo sw è in enorme crescita in tutta Europa, ma anche che ha una diffusione non omogenea. Meno del 20% in Romania; tra il 25% e il 30% in Grecia, Croazia, Ungheria, Bulgaria e Spagna; oltre il 40% in Finlandia e Lussemburgo (quasi al 100%), ma anche in Olanda, Belgio, Danimarca, Irlanda, Svezia, Austria e Italia (il nostro Paese è poco sopra il 40%); tutti gli altri paesi si collocano tra il 30% e il 40%. La media UE è così intorno al 37%. Oltre un quarto di questi lavoratori dice di dover lavorare anche nel proprio tempo libero per far fronte alle richieste datoriali. In particolare nei paesi dove la pandemia è la principale causa dello sviluppo del teleworking, la maggioranza dei lavoratori esclude che vi siano state riduzioni dell'orario di lavoro.

Anche rispetto a ruolo e spazio del sindacato, mentre prima del Covid-19 parevano ben poco valorizzati nello sw in senso stretto, anche normativamente, ora c'è qualche significativo recupero (protocolli, rivendicazioni, ecc.). Non dappertutto però (ad esempio non pare sia così in Spagna[963]).

Comunque in una prospettiva *de iure condendo* - su cui oggi a mio parere è necessario riflettere proprio per il pandemonio normativo legato alla pandemia - occorre chiedersi quale configurazione del *remote working* prendere come riferimento. Si profila una scelta tra: *best practices*, modelli ottativi[964] o l'*id quod plerumque accidit*?

Qui è in agguato la "fallacia predittiva"[965], utilmente arginabile con i suggerimenti che vengono da brocardi forgiati da un'esperienza giuridica millenaria, magari maneggiata in modo da non impedire importanti e proficue sperimentazioni. Perciò terrei soprattutto conto di quegli eventi che, secondo la comune esperienza, più probabilmente si verificano magari producendone, sempre con buona probabilità, anche altri.

Visti i tanti eventi causati dall'esperienza recente, mi pare indispensabile capire allora meglio quali

---

[960] R. Pessi, nelle conclusioni al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.
[961] *Das Recht auf Homeoffice hat Zeit*, in *Die Zeit* del 27.4.20.
[962] L. Visentini, *La prospettiva sindacale*, intervento al convegno *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020.
[963] J. Cruz-Villalon, intervento al webinar *L'emergenza pandemia e le misure di diritto del lavoro: un'analisi comparata*, LLC-Labour Law Community,4 maggio 2020.
[964] V. il manifesto recente di Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile,* in Labour web CSDLE – "Massimo D'Antona"; ma anche singolari anticipazioni politico-amministrative: v. direttiva Madia 3/17, che già parlava di autonomia e responsabilità in un lavoro che resta subordinato.
[965] Y. Mounk, *Anche dopo il virus il nostro mondo continuerà a girare*, ne *la Repubblica* del 26 maggio 2020.

interessi e funzioni siano venuti fuori intorno allo sw – o alla sua variante dell'hw – durante la pandemia. E in considerazione di quali di essi si può immaginare una razionalizzazione della disordinata disciplina che ora ci ritroviamo.

2. … nella realtà.

E allora vediamo di orientarci nei nuovi (pochi) dati più analitici che riguardano la recente esplosione dello sw specie nel lavoro pubblico. Esplosione che non è solo quantitativa, ma, riguardando, come si è già visto, l'intero mondo del lavoro, molto può dirci proprio sulla configurazione in concreto di questo istituto e sulla realizzazione delle finalità che sono state in astratto previste nelle varie stagioni legislative, seppure assai ravvicinate e condizionate dai più recenti eventi straordinari.

Molti sottolineano che in Italia siamo passati da poche decine di migliaia di lavoratori (in totale meno di 600.000) a 6/8,5 milioni. Le pubbliche amministrazioni incidono probabilmente per un 20/30%, con variazioni notevoli, in enorme aumento per i numeri post-covid.
Per la situazione del lavoro pubblico post-covid non si dispone però di dati esaurienti.
Sul sito di Funzione pubblica si rinvengono dati per regioni riguardanti i dipendenti messi in sw (e telelavoro) a causa della pandemia. Molte regioni sono al 100% o poco sotto: Abruzzo, Lazio, Lombardia, Toscana, Trento. Colpisce che più prudenza ci sia nelle regioni dove già prima si faceva sw (Emilia Romagna e Liguria all' 80%). Al riguardo è interessante che anche in Liguria lo sw aveva conosciuto una qualche accelerazione a seguito dell'emergenza del crollo del ponte c.d. Morandi nel 2018. Comunque forse proprio i dati di Emilia e Liguria sono realistici quanto all'emergenza sanitaria (la maggioranza delle regioni si colloca tra il 60 e l'80%, la media è del 73,8%).

Sostanzialmente però non è *smart* ma *homeworking* o *working from home* o *at home*. Perché non vi è alternanza alcuna del luogo della prestazione, effettuata quasi sempre a domicilio; perché c'è un mero spostamento dell'ufficio o attività di ufficio; perché non risulta implementata in modo significativo la modalità di organizzare il lavoro per obiettivi piuttosto che per durata della prestazione. A tutto concedere si può genericamente parlare di *teleworking*, come nel rapporto prima citato di Eurofound, o di *remote working*.

Vuol dire che molti problemi delle pubbliche amministrazioni si risolvono con l'*homeworking*? Forse si, ma l'importante è capire *quali* problemi.

Se si guarda alla pandemia, può dirsi che lo sw è stato la misura più praticata per due ragioni principali: evitare il contagio e non chiudere le amministrazioni, tenendo in vita tutte le mille attività svolte.

Evitare il contagio è una finalità ben precisa, che di per sé giustifica e delimita l'esperienza e gli strumenti a tal fine coniati. Però mantenere in vita le attività vuol dire perseguire insieme varie finalità, tra loro anche disomogenee. Conservare o accrescere quantità/qualità dei servizi; conservare la retribuzione dei dipendenti; garantire una (sempre più) indispensabile presenza pubblica nello svolgimento della vita sociale e nella realizzazione delle attività di governo ai vari livelli amministrativi. La domanda è: sono state tenute insieme tutte queste finalità? Se una si sgancia dall'altra, anche l'hw cambia natura e qualità.

La prima risposta è negativa: molti dicono addirittura che si è trattato di una Cig di massa (misura

di Welfare)[966]. In parte ci sono seri indizi (o, come al solito, vasta aneddotica): i giardinieri in *smart working* e le città coperte di erbacce e sporcizie. 50% dei lavoratori in sw non li ha più visti nessuno e gli uffici hanno funzionato meglio: non facevano nulla di utile? Si paventa addirittura un'attivazione delle procure della Corte dei Conti[967].

Però al riguardo mi pare un po' sottovalutata un'altra innovazione del dl 18/20 nella disciplina del lavoro pubblico: l'esenzione dal servizio, "un rimedio estremo da maneggiare con cautela"[968]. Nell'art. 87 c. 3 – come già anticipato - viene dopo lavoro agile, ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e altri analoghi istituti (nel rispetto della contrattazione collettiva). In ultimo, visto che manca la cig, "esperite tali possibilità, le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio" con conservazione della retribuzione (art. 87 c. 3, terz'ultimo alinea). E con la precisazione che, oltre a non poter essere computato nel tetto (45 ore) del congedo straordinario di cui all'art. 37 del tu 3/57, "il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista". Qualche commentatore[969] precisa però che "il trattamento economico non può che limitarsi al fondamentale: tabellare, indennità integrativa speciale, indennità di anzianità, posizione economica e indennità di comparto", con esclusione dell'indennità di posizione, di risultato e altro salario variabile. Più estensiva mi pare la circolare della Funzione pubblica dell'1.4.20 n. 2. È chiaro che, con queste premesse, tra dirigenti preoccupati di dover vagliare attentamente tutte le alternative per motivare "l'esenzione" (istituto inedito: sulla motivazione insiste anche la circolare attuativa della direttiva appena citata) e dipendenti con aspettativa di salario pur parzialmente ridotto, il lavoro agile è andato alla grande[970].

La prima risposta - *smartworking*=ammortizzatore di massa - è comunque con tutta evidenza un'esagerazione, forse basata solo su alcune esperienze locali[971]. Probabilmente siamo nel mezzo, ma comunque con molta articolazione, da rapportare alle diversità di funzioni/uffici, culture, attività. Ad esempio, giusto per praticare un po' di sano corporativismo, pare che scuole e università (intorno al milione di lavoratori) – almeno per la funzione trasmissione e verifica del sapere - abbiano retto abbastanza bene la pandemia grazie a poderose iniezioni di *homeworking*[972]. Ma non mancano voci e fatti che devono far riflettere: il filosofo Giorgio Agamben ha paragonato il cedimento dei professori alla "*dittatura telematica della didattica on line*" al giuramento di fedeltà al fascismo del 1931[973]; la scuola è venuta meno ad una delle sue funzioni forse culturalmente secondarie, ma cruciali per il vivere civile: dare ospitalità attiva a bambini e adolescenti per aiutare lavoratrici e lavoratori – *smart* o non *smart* – a svolgere al meglio le proprie attività. E il futuro della cd dad (didattica a distanza) preoccupa per molti versi (30% dell'utenza più a rischio non raggiunta).

---

[966] Per tutti v. la relazione citata di Caruso.
[967] Sempre Caruso, cit.
[968] L. Olivieri, *Decreto "Cura Italia": esenzione dal servizio con le molle*, ne *La Gazzetta degli Enti locali*, 19.3.2020.
[969] Sempre Olivieri, appena citato.
[970] Non si dispone di dati sulle esenzioni dal servizio disposte. Certamente ve ne sono state. Azzardo un numero: difficilmente avranno superato il 5% della platea interessata.
[971] D'altronde anche nel privato pare non manchino abusi: v. Balestreri, *La cassa integrazione diventa smart working, così le aziende sfruttano i lavoratori e truffano lo Stato*, in www.it.business.com del 30 maggio 2020.
[972] De Paola, *Così il Covid-19 cambia le università*, ne www.lavoce.info del 20.5.2020.
[973] G. Agamben, *Biosicurezza e politica*, www.quodlibet.it, 11.5.2020; più specificamente *Requiem per gli studenti*, in www.iisf.it del 22.5.2020. Ma v. anche L. Sesta, *Agamben e l'anti-pensiero delle analogie chic*, in www.sfero.me del 24.5.20.

Da un'indagine (*survey*) della Cgil/Fondazione Giuseppe di Vittorio, resa nota il 18 maggio, sullo sw nel privato e nel pubblico (circa 6000 lavoratori) emerge un altro dato interessante sul modo in cui si è attivato lo sw in periodo Covid: 37% concordato, 36% unilaterale, 27% con intervento del sindacato.

In questa stessa indagine lo SW emergenziale viene poi valutato dai lavoratori come: più produttivo (84%), ma più complicato, pesante, stressante, alienante. Il 60% dice che l'esperienza va comunque portata avanti.

Si capiscono allora anche coloro che, autorevolmente, si adoperano per governare il passaggio da "cambiamento improvviso a rivoluzione permanente"[974]. Però va tenuto conto di una utile avvertenza: le pandemie non introducono novità, ma accelerano processi[975].

A tal proposito – tornando in casa mia - la dottrina giuslavoristica ha provato e prova a guardare allo sw vero e proprio (cioè quello introdotto dalla legge del 2017) come paradigma di un nuovo contratto di lavoro ad alto contenuto cognitivo e collaborativo[976]. Il fulcro di questo istituto sarebbe costituito da accordo individuale e lavoro per obiettivi (identificato semplicisticamente con la meritocrazia). Questo avrebbe un impatto sulla fattispecie classica prevista dall'art. 2094 cod.civ.[977]. Emergerebbero con nettezza tracce di autonomia nel lavoro subordinato[978]. Dal punto di vista gestionale emerge pure un ribaltamento di concezioni: è possibile, addirittura preferibile, raggiungere risultati lavorando nella *comfort zone*[979].

Però, come abbiamo visto, l'hw non è lo sw su cui si sono appuntate tante speranze. Dopo la recente esperienza massiva dell'hw è a questo che occorre guardare per avere un quadro realistico del fenomeno da regolare. Si adombra così un'altra domanda un po' inquietante: se la recente accelerazione avesse riportato lo sw, nuovo di zecca e dalle tante virtù, nel vecchio alveo del *teleworking sub specie* dell'ancor più vecchio *homeworking*[980]?

Insomma oggi come ieri le prospettive che apre lo sw sono interessanti, ma forse sono più di ieri dense di rischi e illusioni per tutti: lavoratori, cittadini, amministrazioni e studiosi[981]. Proviamo a

---

[974] Ministro Dadone sul sito di Funzione Pubblica. V. anche l'intervista a *la Repubblica* del 29 maggio 2020.

[975] Lo Storto, intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020; anche Starace, cit.

[976] Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro,* in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018; Caruso, op.cit. Nel lavoro pubblico v. Casilllo-Tufo, *Il lavoro agile*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, spec. p. 208.

[977] Pessi, cit.

[978] Ales, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del "nuovo" lavoro autonomo: un primo commento*, in MGL, 2020; Levi, *Il lavoro agile nel processo di destrutturazione della* subordinazione, in RGL, 2019, I, 25 ss.; Gentile, op. cit. Anche io ne ero stato suggestionato addirittura prima della l. 81/17: v. L. Zoppoli, *Emancipazione e biodiversità nel diritto del lavoro*, in Perulli (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2016, p. 476.

[979] Lo Storto, cit.

[980] Da non trascurare, anche rispetto a quanto si è detto nel paragrafo precedente, che il 4 maggio in Italia oltre il 70% degli *smart workers* tornati al lavoro sono uomini: Di Salvo, *Lavoro agile e flessibilità, una vera novità ma il salario è ancora legato alla presenza*, ne *il Dubbio* del 30 maggio 2020. V. anche, su un altro piano, le interessanti riflessioni di R. Gabriel, *Smart working? Attenti alle ciabatte dell'anima*, in www.avvenire.it, 27 maggio 2020.

[981] In merito vorrei precisare che personalmente, anche dopo la digi-demia, sono favorevole alla più ampia diffusione dell'uso del digitale per i suoi effetti benefici su: vivere collettivo, lavoratori e imprese. Però, pur giovandomi delle visioni e degli spunti che contengono, ho difficoltà ad accettare le prospettazioni trionfalistiche di studiosi autorevolissimi, ma troppo dominati da un entusiasmo che appanna il pensiero critico (*win-win* si dice in modo più *appealing*: ma c'è mai stata una storia senza alcun perdente?). Tra questi

ripartire con i piedi ben saldi per terra. Senza rinunciare a valorizzare le potenzialità interessanti. E senza dimenticare che spesso la storia ha premiato chi per primo "si è messo a riflettere in maniera sistematica sul provvisorio"[982].

3. Come si colloca il teleworking nella prospettiva della digitalizzazione delle amministrazioni?

Una possibile riflessione sistematica prende avvio dal collegare lo *smartworking* ai processi di digitalizzazione dei servizi pubblici. La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni è in effetti un processo faticoso, iniziato da tempo, molto opportuno, ma non sempre positivo per il cittadino utente. Ora c'è da immaginare che possa andare avanti di pari passo con un crescente processo di remotizzazione del lavoro.
C'è però da avere ben presente che finora, se può aver consentito qualche risultato in termini di modernizzazione strutturale e risparmi di costi, ha presentato molti problemi sul versante dell'efficacia dei servizi forniti. Molti *call center* funzionano male e innescano una peregrinazione telefonica non sempre *problem solving*. Voci autorevoli segnalano il "labirinto dello spid"[983]. La digitalizzazione non elimina i moduli, ma ne favorisce la proliferazione in formato pdf. Se anche si volessero annoverare queste vicende tra gli indizi poco probanti, nei dati sul processo di digitalizzazione utilizzati in sedi europee e nazionali (a cominciare dall'AGID) non si possono ignorare i valori bassi per l'Italia del c.d. *penetration index*, che è l'indicatore con cui si misura quanto il processo di digitalizzazione si traduca in un accesso diffuso dell'utenza ai servizi amministrativi[984].
Non stupisce allora una certa continuità tra questi dati preoccupanti e i servizi da remoto resi con qualche problematicità nella fase pandemica. Emblematico il flop INPS nella partenza del bonus per i lavoratori autonomi con creazione addirittura di siti di depistaggio degli utenti (a specchio?). Ma anche la moltiplicazione di moduli informatici e di barriere filtro a tutela delle burocrazie digitali o anche solo della tracciabilità delle attività svolte (in alcune scuole, ad esempio, i genitori per incontrare i professori hanno dovuto cercare, scaricare e inviare un modulo informatizzato prima di avere un appuntamento da remoto). O gli esiti catastrofici nei tempi di erogazione delle prestazioni nel caso di omissione o dimenticanza di dati negli atti formali di avvio di procedimenti amministrativi delicatissimi (esempio eclatante: richieste cig senza IBAN dei beneficiari)
Non mancano però, come sempre, prassi positive, idee propositive, buone intenzioni: amministrazioni della sanità in Veneto che hanno condiviso i servizi amministrativi da remoto per ottimizzare tempi e modalità degli interventi; un certo ampliamento dei destinatari della didattica attraverso la dad (soprattutto universitaria); possibilità di lavorare preventivamente sul *digital*

Domenico De Masi che, con la sua dialettica brillante e provocatoria, ha di recente (conclusioni al convegno *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020) ripreso la tesi secondo cui tutti i lavoratori sarebbero favorevoli al lavoro da remoto, mentre a contrastarlo sarebbero gli 800.000 capi affetti dalla sindrome di Clinton (*id est*, possesso fisico del dipendente). I secondi godrebbero dell'appoggio incondizionato di giuristi e sindacalisti. Io non mi annovero tra questi, ma rivendico il dovere dello studioso di guardare tanto le luci quanto le ombre anche delle più appassionanti innovazioni. Forse anche perché nel dna del giurista è inscritta una qualche "prudenza" di cui il sociologo può fare a meno, ma forse i lavoratori no (lo stesso De Masi rileva, ad esempio, che la digitalizzazione aumenta le diseguaglianze tra lavori creativi e lavori ripetitivi).

[982] Romagnoli, *I 50 anni dello Statuto dei lavoratori*, in www.insight.it del maggio 2020.

[983] Riccardo Luna ha affermato: "quando uso uno spid mi pare di essere finito in un labirinto": in De Masi, *Lo Stato necessario*, Rizzoli, 2020, p. 434.

[984] Per maggiori dettagli v. L. Zoppoli-P. Monda, cit., spec. par. 3. In precedenza, per qualche spunto, Zilli, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University press, 2018, p. 360 ss. Da ultimo Luna, *La disfatta digitale dell'Italia e come rimontare*, in *www.repubblica.it* del 12 giugno 2020.

divide, anche offrendo formazione/consulenza a distanza per l'utenza in maggiore difficoltà e intervenire a monte su chi sbaglia gli atti di avvio delle pratiche amministrative[985].
Guardando all'attività svolta dalle amministrazioni piuttosto che a tipologia e regole dei rapporti di lavoro, appare anche molto utile distinguere le diverse realistiche possibilità offerte dalla digitalizzazione. Talora il lavoro in presenza è insostituibile. Altre volte è possibile far ricorso persino al *full remote working* tramite telelavoro, magari non a domicilio ma, come prevedeva già la direttiva della Funzione Pubblica 3/17, in *coworking* presso sedi comuni a più amministrazioni (nel privato, ad esempio, si pensa di remotizzare anche il lavoro dei cassieri). In altri casi può funzionare l' *homeworking* proprio nella versione del vecchio telelavoro a domicilio. In particolare in caso di lavoratori *single* che abitano molto lontano dagli uffici di appartenenza, ma svolgono unicamente attività di *back office* interamente remotizzabili. Nemmeno è da escludere che il telelavoro possa servire per acquisire prestazioni remotizzabili in particolari fasi della vita dei lavoratori (ultimo triennio di attività) o in particolari circostanze (di salute; di necessaria prolungata presenza in casa per cura bambini o anziani; di difficoltà nei trasporti). Infine ci possono essere molti casi in cui le attività appaiono affrontabili con lo *smart work* vero e proprio, cioè il lavoro agile della l. 81/17, caratterizzato da un'alternanza nella presenza in sede – magari con prevalenza delle giornate fuori sede – e prestazioni lavorative misurate senza riguardo alcuno alle ore di lavoro, ma con unico riferimento al risultato seppure *time-related*. Nemmeno da sottovalutare è l'utilità che può venire da un ricorso alla telematica, apparentemente più modesto, per attività classiche di incontri che si possono svolgere da remoto, ma utilizzando le solite sedi fisiche e collegando lavoratori classicamente subordinati: notevoli sono i risparmi così realizzabili in costi e tempi per missioni e organizzazioni.

In generale ci si chiede su quale leva principale le amministrazioni possano contare per avvicinarsi al nuovo universo digitale senza dimenticare le difficoltà ad abbandonare ciò che appartiene al "vecchio" mondo analogico o, più banalmente, fisico. Si tratta di due "dimensioni" inscindibili, soprattutto nei servizi che le amministrazioni devono rendere ai cittadini, dove la dimensione della "persona" non può certo trasmigrare in quella di una sorta di "avatar" digitale. Ma anche nelle dinamiche organizzative il c.d. "vecchio" – in cui ci sono prestazioni fondamentali per il vivere civile anche oltre la sanità e l'istruzione, come il servizio di raccolta dei rifiuti, il giardinaggio, la manutenzione delle strade - non può essere abbandonato a sè stesso e nemmeno marginalizzato. Nel "vecchio" ci sono poi le infinite opportunità delle relazioni interpersonali – oggi denominate *soft-skill* - senza le quali le pubbliche amministrazioni – necessariamente *labour intensive* per le missioni da svolgere – entrerebbero in enormi difficoltà.

A questa domanda generale è abbastanza facile dare una prima risposta generale. Si tratta di una risposta ben nota in teoria, e prevista da tutta la legislazione degli ultimi vent'anni (dal d.lgs. 165/01 fino al dl 34/20, per il telelavoro come per l'hw pandemico nelle sue varie fasi), ma molto complessa da praticare. Si tratta di intrecciare tutte le nuove modalità organizzative di attività e lavoro con i più moderni sistemi di gestione delle amministrazioni non per atti, ma per risultati[986].
Non c'entra moltissimo il tema del contratto e del rapporto di lavoro. Si tratta piuttosto di far funzionare al meglio gli strumenti di programmazione e gestione delle amministrazioni che sono

[985] Tutte segnalate da Matteini in un bell'intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.
[986] V. ancora L. Zoppoli- P. Monda, cit., par. 2.

emersi già negli ultimi dieci anni. Piani di digitalizzazione e sistema delle performance devono essere potenziati e calati in ogni realtà amministrativa, arricchendo gli indicatori di risultato con elementi che consentano di far emergere le ricadute positive sull'utenza. Perché un problema si staglia su tutti: l'utenza rischia di essere una vittima della digitalizzazione delle amministrazioni come della remotizzazione del lavoro pubblico[987]. E l'utenza siamo tutti noi, anche nella qualità di dipendenti pubblici.

Al riguardo però è estremamente importante andare verso un sistema di valutazione delle *performance* e dei risultati del lavoro lontano da ogni approccio di tipo meramente burocratico. Non si tratta di stilare relazioni giornaliere sull'attività svolta (che è solo un appesantimento burocratico del lavoro quotidiano) né di controllare rigidamente rispetto degli orari e presenze[988]: occorre andare molto oltre, facendo fare passi da gigante alla micro-organizzazione del lavoro in amministrazioni pubbliche ancora affette, da un lato, da "primitivismo organizzativo", e, dall'altro, da subalternità ad una classe politica che quasi sempre ignora l'efficacia *permanente* dell'azione amministrativa, lontana dalle luci dei riflettori e dalle scadenze elettorali[989]. Sotto questa prospettiva la remotizzazione del lavoro potrebbe essere un'occasione interessante anche per venir fuori dall'ideologia della meritocrazia generalizzata, intesa come assegnazione e misurazione di obiettivi per tutti i dipendenti. Questa è sostanzialmente irrealizzabile e finisce per catalizzare attenzioni ed energie intorno ad una piccola porzione di salario variabile da distribuire in base ad un sistema di valutazione tanto poderoso quanto elefantiaco e cartaceo. Piuttosto la valutazione delle *performance* individuali (lasciando per ora da parte nel nostro discorso quella delle "strutture" o "organizzativa") potrebbe essere tarata soprattutto sui risultati seriamente conseguiti dai dirigenti pubblici – la cui funzione è da sempre cruciale in un'amministrazione orientata al risultato[990] - e dai dipendenti in *teleworking*, nella varia morfologia con cui può essere realizzato. Per questi soggetti dovrebbe anche mutare sensibilmente la filosofia retributiva, pur tenendo conto delle necessarie varianti delle prestazioni lavorative[991]. In tale prospettiva sarebbe anche possibile mettere a punto sia sistemi valutativi più specifici e realistici sia sistemi di controllo differenziati e calibrati sulle peculiarità dei diversi rapporti di lavoro.

4. Il sistema delle fonti (dalla l. del 1998 n. 191 all'art. 263 del dl 34/20). Distinguere: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro emergenziale.

Per affrontare molti altri problemi di regolazione, ma anche di gestione, occorre poi individuare prioritariamente fonti e soggetti più idonei ad agire sistematicamente. In termini tecnici questo vuol dire ragionare sulla funzionalità del sistema delle fonti, che non è un'ossessione da dogmatici del diritto, ma la predeterminazione di un ordine in cui ai soggetti più idonei – per poteri, responsabilità, competenze e rappresentatività - a regolare un determinato profilo corrispondono la

---

[987] Ibid.
[988] Questi i giusti rilievi del Presidente dell'Aran, Antonio Naddeo, nell'intervento all'incontro su *Quale smartworking per il lavoro pubblico?*, organizzato dalla Cgil il 27 maggio 2020.
[989] Da ultimo v. Cassese, *Odiata burocrazia*, ne *Il Foglio* del 26 maggio 2020.
[990] V., per tutti, l'analisi, anche in chiave storica, di Garilli, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 6/2003.
[991] Qui ha ragione Di Salvo, cit.: finchè la retribuzione è concepita sulla presenza fisica in sede, non si incentiverà abbastanza il teleworking.

procedura e la tecnica più adatte a produrre norme per l'organizzazione e il lavoro che coniughino garanzie dei diritti e duttilità dell'organizzazione.

Il sistema delle fonti del lavoro pubblico è ricco e complesso, ma anche piuttosto strutturato[992]: si tratta di non ingarbugliarlo più del necessario.

Converrebbe tenere distinte le tre principali tipologie di *remote working* emerse negli anni: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro con finalità emergenziali.

Per ognuna di esse le fonti risultano ora parzialmente diverse, anche se per la regolazione del lavoro pubblico tutte vanno tendenzialmente ricondotte al quadro del d.lgs. 165/01, che rimane il sistema di riferimento.

In sintesi può dirsi che Il telelavoro è più retto da un insieme normativo fatto di leggi e contratti collettivi[993].

Lo sw vero e proprio è un mix di legge e accordo individuale, con aperture a codici di comportamento, disciplinari per atti individuali, anche moduli sindacali decentrati; la legge non esclude la contrattazione collettiva, ma l'ultima tornata contrattuale del 2018 ha sostanzialmente ignorato l'istituto[994].

L'hw con finalità emergenziale, come si è visto, è invece regolato da un accavallamento di legislazione d'urgenza, regolamenti, circolari, protocolli: un insieme normativo non organico, ma configurato come largamente derogatorio della normativa generale e destinato ad esaurire i suoi effetti al termine di un'emergenza dai contorni ancora indefiniti, ma che, per ora, sembra protrarsi oltre la fase dell'emergenza sanitaria in senso stretto (l'art. 90 c. 4 prevede infatti per lo sw emergenziale il termine del 31.12.2020). Durante questo periodo la contrattazione vera e propria appare marginalizzata, anche per ragioni contingenti di accelerazione e semplificazione.

Le principali questioni sembrano riguardare: a) il definitivo superamento dell'hw emergenziale, identificato con la brutta esperienza della digi-demia da lasciarsi quanto prima alle spalle; b) il ritorno ad una centralità del lavoro agile, come unico veicolo di vera innovazione capace di conciliare le originarie finalità (*work-life balance* e produttività/competitività).

A me pare però che in questo modo si rischia di non valorizzare gli aspetti positivi della grande, seppur drammatica, sperimentazione di teleworking fatta nelle amministrazioni italiane nella allucinata primavera del 2020. Il nodo sta, a mio parere, nel rendersi conto che proprio il precedente sistema regolativo – polarizzato tra telelavoro troppo regolato e lavoro agile troppo anomalo, almeno nel contesto del lavoro pubblico – non aveva consentito complessivi avanzamenti di sistema dotati di una qualche significatività. E si corre anche un altro rischio: di non condurre a sistema la possibilità di ricorso al *teleworking* in chiave emergenziale. Infatti non si deve pensare unicamente ad un'emergenza da pandemia – così insolita e profonda – ma anche ad altre possibili situazioni emergenziali (magari più circoscritte per spazio e tempo: prima si è parlato della tragedia ligure del ponte Morandi; ma nessuno può escluderne altre, ora imprevedibili) che potrebbero richiedere un ricorso in via d'urgenza alla remotizzazione del lavoro senza poter rispettare

---

[992] V., da ultimo, L. Zoppoli, *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e assestamenti,* in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2020.
[993] Da ultimo v. Tampieri, *Telelavoro e lavoro agile*, in Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 682 ss.
[994] Ibid.

sacrosante procedure contrattuali o sindacali. Tutte le varie esigenze possono trovare adeguata collocazione in una rivisitazione del sistema delle fonti equilibrato, che faccia pienamente tesoro della drammatica sperimentazione dei primi mesi del 2020.

Più che un ritorno al recente e poco fecondo passato, sarebbe dunque auspicabile un riordino del sistema delle fonti per tutte le forme di *teleworking* nelle pubbliche amministrazioni, da inserire in uno scenario più attrezzato ad una realistica gestione per risultati. In questa prospettiva potrebbero risultare fondamentali sia alcune maggiori garanzie generali previste per legge sia una maggiore ponderazione di spazi e procedure per acquisire un ampio consenso dei lavoratori e dei sindacati intorno alle necessarie innovazioni organizzative e contrattuali.

La legge potrebbe ad esempio prevedere fisiologicamente la possibilità di ricorrere in via unilaterale al telelavoro per ragioni emergenziali espressamente e temporaneamente dichiarate dalle autorità competenti, fissando però un termine massimo, ad esempio tre/sei mesi, oltre il quale le pubbliche amministrazioni devono riattivare tutte le procedure negoziali individuali e collettive riguardanti il *teleworking* non emergenziale. Con legge si potrebbe anche definire meglio un generale diritto universale alla disconnessione per ogni tipologia di *teleworker*, magari consentendo una disciplina suppletiva da parte della contrattazione nazionale.

Per il telelavoro classico – basato su un mero consenso del lavoratore – si potrebbe pensare ad una disciplina contrattuale più snella rispetto a quella prevista quasi vent'anni fa: soprattutto per evitare che il lavoro agile appaia più un *escamotage* per sottrarsi alla contrattazione collettiva che una modalità ordinaria, moderna e innovativa di organizzare e gestire il lavoro pubblico.

Per il lavoro agile, di converso, si può recuperare e promuovere uno spazio per la contrattazione collettiva sulla falsariga del telelavoro, pur sapendo che nella natura del lavoro agile c'è una regolamentazione non standardizzata che richiede necessariamente una disciplina a livello della singola amministrazione e, addirittura, tarata sulle situazioni soggettive individuali.

A quest'ultimo riguardo il vero e proprio accordo individuale è da riconsiderare soprattutto perché non dà sufficienti garanzie di tenere conto in concreto delle esigenze sociali oggettivamente più cedevoli rispetto alle urgenze della produttività o degli adattamenti organizzativi (tutela dei lavoratori con particolari carichi familiari, ad esempio). Può persino nasconderle dietro un passaggio formale o standardizzato[995]. La recente riscoperta del lavoro produttivo anche se prestato nella c.d. *comfort zone* può essere infatti un boomerang, lasciando, *more solito*, le lavoratrici sole con il problema di conciliare le diverse esigenze. Invece l'accordo individuale può essere utile per far cadere l'omologazione delle condizioni di lavoro: la personalizzazione di tali condizioni, se non viene praticata in modo irrazionale e sperequativo, è un prezioso elemento di civiltà, un segnale di grande evoluzione civile e organizzativa[996].

Secondo qualcuno il punto di equilibrio potrebbe essere un accordo individuale non solo nella fase genetica del contratto ma anche nell'esecuzione del contratto[997]. Non mi pare molto realistico. Forse si può pensare a qualcosa di più praticabile (v. ultimo paragrafo).

Per l'hw emergenziale può comprendersi invece che si faccia a meno dell'accordo individuale e

[995] Tinti, op.cit.
[996] M. Corso, cit.
[997] Caruso, cit.

magari si abbia una regolamentazione collettiva molto snella. Però andrebbero definiti meglio i diritti dei lavoratori irrinunciabili come le situazioni in cui non è proprio possibile utilizzare hw. Prevedendo forse non l'esenzione dal servizio, ma qualche istituto di mobilità temporanea; distacco presso altra amministrazione; *ius variandi* con formazione a distanza; collocamento in attività di formazione in remoto per pacchetti individuati dal datore di lavoro (per quest'ultima v. il protocollo del 3.4.2020): insomma istituti che consentano di acquisire utilmente la prestazione senza sacrificare alcun elemento retributivo.

Magari, ponendo un limite massimo alla situazione di emergenza, si può anche riconsiderare la permanenza presso l'amministrazione che non è in grado di utilizzare la prestazione non remotizzabile nel periodo definito.

In ogni caso l'esenzione dal servizio si configura come un istituto introdotto dal legislatore emergenziale con applicabilità limitata al lavoro pubblico: alla luce della regola di delegificazione organica prevista dall'art. 2.2 del d.lgs. 165/01 le relative norme possono essere derogate dalla contrattazione collettiva nelle materie affidate alla medesima contrattazione (sicuramente la retribuzione).

Una specifica riflessione andrebbe dedicata all'art. 263 del dl 34/20, norma già citata proprio all'inizio di questa riflessione, e pomposamente rubricata "disposizioni in materia di flessibilità del lavoro pubblico e lavoro agile". L'art. 263, nel promuovere la c.d. fase 2 per il ritorno alla normalità post-covid, prevede che le amministrazioni adeguino le misure di cui all'art. 87.1 lett. a) del dl 18/20 – cioè proprio quelle volte a limitare la presenza del personale nei luoghi di lavoro garantendo le attività indifferibili – alle esigenze della progressiva riapertura di tutti gli uffici pubblici e dell'utenza. A tal fine la norma impone alle amministrazioni di organizzare "il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendo l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza". La medesima norma rinvia poi, alquanto genericamente, a "ulteriori modalità organizzative …individuate con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione"; e invita le amministrazioni ad assicurare adeguate forme di aggiornamento professionale della dirigenza, precisando che l'attuazione di tutte le misure previste dal medesimo art. 263 è valutata "ai fini della performance".

Nella sostanza questa norma appare l'equivalente di una generica norma di indirizzo della Funzione pubblica. Anche se in qualche passaggio potrebbe prefigurare l'attribuzione di poteri regolativi unilaterali alle amministrazioni per incidere su flessibilità dell'orario di lavoro, articolazione dell'orario giornaliero e settimanale e teleworking, il tenore normativo è davvero troppo vago per trarne delle conseguenze interpretative specifiche. Sarei perciò dell'avviso di non darvi un peso tale da incidere sul sistema delle fonti dei rapporti di lavoro e dell'organizzazione quale risulta dalla versione vigente del d.lgs. 165/01 e dai contratti collettivi, aggiornati nel 2018 o, più recentemente, dagli accordi stipulati in sede decentrata.

L'unica disposizione dell'art. 263 con un qualche tenore precettivo sembra dunque il comma 2, che impone "alle amministrazioni di cui al comma 1" (cioè a tutte le amministrazioni pubbliche, ivi comprese quelle con autonomia costituzionalmente tutelata) di adeguarsi "alle vigenti prescrizioni in materia di tutela della salute adottate dalle competenti autorità". Anche se questo induce a configurare una sorta di *reductio ad unum* degli interessi pubblici che ciascuna amministrazione ha il compito istituzionale di perseguire, sempre e comunque da subordinare alle regole dettate

da chi presidia la tutela della salute pubblica. Questa forte restrizione dell'autonomia, anche micro-organizzativa, delle amministrazioni può comprendersi in fase emergenziale: e perciò anche il comma 2 dell'art. 263 va letto come strettamente connesso alla permanenza dello stato di emergenza sanitaria. Oltre questa fase, l'art. 263 praticamente non sembra destinato ad avere alcuna incidenza sul sistema delle fonti del lavoro pubblico.

5. Istituti meritevoli di specifica disciplina: controlli; orari e fasce di disponibilità; disconnessione; classificazioni professionali e formazione; sicurezza.

Un'altra tematica sarebbe ora da analizzare attentamente: per la varia morfologia di teleworking occorrono nuove regole? E, nel caso, riguardo a quale ambito materiale, a quali istituti? A volerlo sviluppare per intero il discorso andrebbe molto per le lunghe e sconfinerebbe troppo nella fantasia regolativa soggettiva. È evidente che il se e il cosa regolare è anche in funzione del sistema delle fonti cui prima si è accennato.

Limitandosi ora ad alcuni istituti più discussi – e tralasciando l'ampia tematica retributiva, alla quale già si è fatto un cenno, ma che richiederebbe grande dettagliamento – uno dei primi è certamente quello del controllo sulla prestazione lavorativa, che inquieta particolarmente nella dimensione da remoto. Proprio a questo riguardo però si può dire che il potere di controllo è abbastanza ben regolato sia per il telelavoro sia per il classico lavoro agile. Per il secondo va tenuto presente che la tematica del controllo si ridimensiona quando si tratti di vero e proprio lavoro agile, dove, da un lato, il lavoratore torna periodicamente in sede e, dall'altro, non c'è una postazione fissa da remoto presso cui verificare la regolarità della prestazione[998]. Come si è detto, dovrebbe contare molto di più l'obiettivo/risultato da realizzare: e questo attiene alla specifica organizzazione del lavoro. Probabilmente servirebbe aggiungere qualche dettaglio significativo in ordine alla reperibilità fisica del lavoratore, ai tempi di rientro in sede (è ammissibile la scelta discrezionale di qualunque luogo da remoto, anche intercontinentale?), a tempi e modi di verifica della rispondenza del risultato alle esigenze dell'ufficio. Ovviamente non è materia di norme di legge, bensì di contrattazione collettiva o, anche, individuale.

In ogni caso il potere di controllo deve rientrare sotto la regolazione dell'art. 4 Stat. lav. Certo se, come spesso è accaduto nell'hw del periodo Covid, il dispositivo digitale è di proprietà del lavoratore, quella normativa – incentrata sugli strumenti tecnologici forniti dal datore, comprensivi dei più sofisticati *software*, e necessari per lo svolgimento della prestazione[999] - può andare in confusione, pur restando la necessità di prevedere ampie garanzie sui dati utilizzati per l'attività svolta per entrambe le parti (ci vanno di mezzi i dati sensibili anche degli utenti).

Per l'hw pandemico, più stanziale, il controllo potrebbe comunque assumere caratteristiche simili a quelle previste per il telelavoro, più strutturato e comprensivo di controlli *in loco* sulle apparecchiature, laddove particolari apparecchiature fossero fornite dall'amministrazione.

Ovviamente oggetto del controllo nelle varie forme di teleworking può anche essere il rispetto dell'orario di lavoro, laddove resti significativa la dimensione classica della durata della prestazione giornaliera o settimanale. Inutile illudersi: non sempre è pensabile che si possa superare

[998] V. Zilli, cit., p. 378, anche per rinvii a previsioni dei CCNL.
[999] V., per tutti, V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, 2018, p. 142 ss., spec. 166 ss. per il lavoro agile.

tutto quanto appartiene al passato. Però anche qui orario di lavoro e fasce orarie potrebbero essere oggetto di una disciplina contrattuale più calibrata. Oggi la contrattazione collettiva nazionale non interviene; ma potrebbe intervenire, ad esempio per l'individuazione delle fasce orarie di entrata ed uscita, anche a livello di contrattazione integrativa (v., ad esempio, art. 7 commi 6, lett. o, e 7 del CCNL Funzioni centrali), laddove evidentemente la nozione di fascia oraria andrebbe rapportata alla peculiarità della prestazione resa da remoto.

Al riguardo è di tutta evidenza l'importanza del diritto alla disconnessione, espressamente riconosciuto ai lavoratori agili in base all'art. 19 della l. 81/17, ma rimesso all'accordo individuale che dovrebbe individuare "le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro". Si è messo da più parti in rilievo il limite soggettivo ed oggettivo di questa norma, segnalandone anche l'utilità di un'integrazione ad opera della contrattazione collettiva[1000]. Sinora però nel lavoro pubblico si registra solo qualche fugace accenno nei contratti nazionali stipulati nel 2018[1001]. Al riguardo un ruolo maggiore potrebbe giocare la legge, sia esplicitando la rilevanza del diritto alla disconnessione *sub specie* di tutela della *privacy* del lavoratore, che assurge a primario valore inerente alla dignità della persona ben al di là della fattispecie del lavoro agile; sia dettando una disciplina suppletiva che giunga a definire fasce orarie giornaliere oltre le quali è vietato dilatare la prestazione in teleworking e/o un massimo di ore di connessione giornaliere. Inoltre va considerato che alcune prestazioni, soprattutto nel pubblico, devono erogarsi in modo collegiale e possono risultare dilatate proprio dalle modalità di gestione telematica delle riunioni, opportune[1002], ma rischiose. In questi casi occorrerebbe la garanzia di compatibilità tra mantenimento del numero legale per la validità di riunioni collegiali formali ed esercizio del diritto alla disconnessione dei singoli. Ad esempio consentendo una preventiva, circostanziata e non vessatoria rinuncia *ad hoc* del diritto alla disconnessione almeno da parte di una percentuale dei soggetti interessati.

Altra dimensione importante da regolare attraverso una contrattazione collettiva specifica per ciascuna variante di teleworking può esser la delicatissima tematica delle classificazioni professionali e della formazione. Quanto alla prima, già negli attuali contratti collettivi vi sono materie che consentirebbero una regolazione più mirata, ad esempio sui riflessi delle innovazioni organizzative sulla qualità del lavoro e delle professionalità, nei quali potrebbero rientrare anche i criteri per le progressioni (art. 7 lett. v del CCNL delle Funzioni centrali). È ovvio che, se si guarda alla normativa esistente, gli spazi appaiono angusti e anche asfittici. Si potrebbe pensare a ben altra valorizzazione delle professionalità, specie di quelle altamente specialistiche, fornite di particolari competenze nell'utilizzazione anche delle tecnologie digitali e delle prestazioni di tipo consulenziale non predeterminabili e ad alta valenza innovativa. Non sempre al riguardo è utile restare nei classici sistemi di inquadramento.

Importantissima è anche la formazione, specie con finalità mirate di *reskilling*, che può essere materia di relazioni sindacali a livello decentrato. Utile però potrebbe anche essere porre dei

---

[1000] V., da ultimi, V. Zeppilli, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in RGL, 2019, I, p. 313 ss.; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, p. 154 ss.

[1001] V. il CCNL Istruzione e ricerca: art. 22 c. 4 lett. c8), per la scuola, e art. 97 c. 3 lett. b6), per istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione, che rimettono la materia alla contrattazione di ciascuna istituzione.

[1002] V. le osservazioni di Starace, cit.

confini con normative di indirizzo di livello più elevato: ad esempio, fissando criteri e limiti ad operazioni di *job enrichment* per il *teleworking* di tipo emergenziale, che possono essere utili per ampliare una temporanea mobilità orizzontale del lavoratore, ma anche incentivare operazioni di stravolgimento delle professionalità o, semplicemente, irrealizzabili; oppure possono fondare pretestuose rivendicazioni post-emergenziali[1003].

Pure le tematiche della sicurezza del lavoro, benché oggetto di specifica regolazione anche legislativa[1004], meriterebbe probabilmente una rimeditazione tarata sulla varia morfologia di *teleworking*.

6. Un mix di fonti legislative e contrattuali, ivi compresi accordi individuali qualificati. Relazioni sindacali partecipative, micro-organizzazione e interessi degli utenti.

Un altro degli effetti delle digi-demia è un fiorire di idee e proposte proprio riguardo a nuovi assetti regolativi dello sw. Molti sono i percorsi e i punti di vista, non sempre tarati sulla varietà e sulle differenze nella tipologia di teleworking, anche profonde, come si è visto.

Da non trascurare sono invero le tracce contenute nella c.d. Direttiva Madia n. 3/17, che ancora oggi propone il quadro più articolato sullo sw "genuino": molti atti di organizzazione, unilaterali (come i codici di condotta delle amministrazioni o i disciplinari per contratti e accordi individuali), ma anche con aperture alla partecipazione sindacale. Quella direttiva non escludeva neanche la contrattazione su: attività ammesse a lavoro agile; criteri di preferenza per ammissione a lavoro agile; fasce di contattabilità; criteri per verificare attività resa a distanza (lett. C). Più rigida appare invece la direttiva Madia sulla tematica dell'orario di lavoro[1005]. Tuttavia essa non sembra aver avuto un gran seguito e, inoltre, non si presta ad abbracciare tutta l'esperienza di teleworking vissuta negli ultimi mesi.

Perciò interessanti appaiono le sollecitazioni di chi vede la necessità di nuovi interventi della contrattazione nazionale (Landini[1006], Sbarra[1007], Naddeo[1008]) o decentrata (Bentivogli[1009], anche se soprattutto per il settore privato). Non mancano pareri secondo cui meglio, almeno per ora, sarebbe non appesantire in alcun modo la normativa in materia (Del Conte[1010], Martone[1011]) oppure limitarsi a una disciplina leggera tramite protocolli (Matteini[1012]). Per converso si sostiene autorevolmente la necessità di una disciplina legislativa almeno del diritto alla disconnessione (Ministro del lavoro Catalfo).

Come ho già detto, ritengo molto importante differenziare tutele e risistemazioni regolative per tipologie di *remote working*, nel rispetto del sistema delle fonti vigente per il lavoro pubblico.

Alcune modalità, come il telelavoro appaiono già ben regolate. Per l'hw emergenziale occorre

---

[1003] Un utile esempio è quello del *reskilling* degli autisti in periodo di *lockdown*, che può essere praticabile (ad esempio riutilizzando in attività di assistenza organizzativa da remoto chi parte da un minimo di competenze e di vocazione), ma anche del tutto irrealizzabile.
[1004] V. Casillo-Tufo, cit.; Spinelli, cit.
[1005] Spinelli, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in RGL, 2018, I, spec. p. 132 e 138.
[1006] V. intervista a *la Repubblica* del 18 maggio 2020.
[1007] Ne il dubbio del 27 maggio 2020
[1008] Nell'intervento citato.
[1009] V. *la Repubblica* del 3 maggio 2020.
[1010] M. Del Conte, *E adesso proteggiamo lo smart working dall'iper-regolamentazione*, ne *ildiariodellavoro.it* del 14 maggio 2020.
[1011] M. Martone, intervento *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020.
[1012] Nell'intervento citato.

forse avvicinarne la regolazione al telelavoro. Per lo sw vero e proprio probabilmente è utile recuperare la funzione dell'accordo individuale, come snodo cruciale per equilibrare esigenze organizzative e work-life balance.

Proprio a quest'ultimo riguardo la digi-demia, come si è visto, ha fatto risaltare la necessità di maggiori garanzie sulla genuinità delle pattuizioni individuali. Il disciplinare di amministrazione – previsto dalla direttiva Madia - non sembra una garanzia sufficiente, non foss'altro che per la sua natura standardizzante.

Al di là dei percorsi contrattuali, potrebbe qui essere utile un maggiore coinvolgimento dei Comitati paritetici per l'organizzazione previsti dai CCNL 2018 (già in tema di telelavoro) e dei Comitati unici di garanzia (Cug), che hanno delle specifiche competenze proprio in materia di conciliazione lavoro/vita privata.

Vi è chi rileva che l'intervento dell'uno esclude quello dell'altro[1013].

A me pare che innanzitutto occorrerebbe verificare la vitalità di entrambi gli organismi, spesso non costituiti o poco operativi. Se in passato poche erano le informazioni disponibili, nella stagione della digi-demia si sa ancora meno di entrambi. Dall'unica indagine disponibile – quella condotta dalla Cgil/Fondazione Di Vittorio, già citata – sembrerebbe che nessuno dei due organismi abbia svolto un ruolo di rilievo. E, per l'inedita emergenza, sarebbe anche comprensibile.

Nulla esclude però per il futuro di pensare ad una valorizzazione di entrambi gli organismi, magari anche promuovendo una qualche sinergia, dal momento che non appaiono organismi in contrapposizione per le funzioni svolte. Piuttosto sembrerebbero destinati a svolgere funzioni complementari: uno più attento ai problemi degli assetti organizzativi toccati da innovazioni tecnologiche; l'altro specificamente strutturato per garantire parità di genere e *work-life balance*. Si tratta in entrambi i casi di far funzionare al meglio i due organismi senza intralciare l'azione amministrativa e complicare i processi decisionali. A tal fine una snella commissione che rappresentasse entrambi gli organismi citati, almeno quando sono implicate tutte le funzioni del *remote working* o, in ogni caso, sia presente la funzione di *work-life balance*, potrebbe svolgere un significativo ruolo di supporto.

In questo ruolo potrebbe essere utilmente contemplato l'accordo individuale per il lavoro agile, come oggetto sia di una sorta di validazione *ex ante* sia di attento monitoraggio *ex post* da parte di organismi imparziali interni all'amministrazione. Un organismo imparziale potrebbe appunto essere la commissione interorganica appena menzionata o il solo Comitato paritetico, prevedendo comunque un breve termine di silenzio-assenso in caso di accordo individuale di smart-working con funzione conciliativa non standard.

[1013] Tampieri, op.cit. Sembra propendere per la contrattazione decentrata M. Brollo, cit., p. 128. Più incline ad immaginare un mix armonico Zilli, op.cit., p. 375, anche se il "perno" del sistema regolatorio sarebbe il CUG. Sembrano concordare Alessi-Vallauri, op.cit.

Lo Statuto dei lavoratori. Un parto cesareo*

Franco Carinci

1. Sintesi della gestazione dello Statuto. 354

2. Le questioni di politica del diritto affrontate dall'articolato predisposto dalla Commissione Giugni. 355

3. Il disegno governativo all'esame della Commissione lavoro del Senato: il Titolo I (Della libertà e dignità del lavoratore). 357

4. (Segue): il Titolo II (Della libertà sindacale). 359

5. (Segue): il Titolo III (Dell'attività sindacale). 360

6. (Segue): il Titolo IV (Disposizioni varie e generali). 361

7. (Segue): il Titolo V (Disposizioni finali e penali). 362

8. L'elaborato della Commissione lavoro sottoposto all'Aula del Senato, con il varo del testo finale. 363

9. Un primo confronto dottrinale: le giornate di studio Aidlass tenute a Perugia il 22-23 maggio 1970, su "Rappresentanza professionale e Statuto dei lavoratori". 369

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 422/2020

1. Sintesi della gestazione dello Statuto.

Il 4 gennaio 1969, parlando ad Avola, Giacomo Brodolini, Ministro del Lavoro per il Partito socialista nel primo Governo Rumor - nato all'insegna di quello destinato a passare per il secondo centro-sinistra, degli anni a cavallo del 1970 - preannunciò il varo di uno Statuto dei lavoratori. Un nome riecheggiante quello tenuto a battesimo da Giuseppe Di Vittorio, ben diciassette anni prima, al Congresso della Cgil del 1952, se pur allora con un ambito più ristretto, limitato a far entrare nei luoghi di lavoro i diritti individuali costituzionalmente garantiti. In quello stesso torno di tempo, Brodolini, diede l'incarico di predisporre il testo ad una commissione presieduta da un giovane professore di diritto del lavoro, Gino Giugni, che, nell'arco di pochi mesi, formulò un articolato, destinato a costituire il vero e proprio scheletro portante del futuro atto legislativo; per poi continuare a seguire il successivo *excursus* parlamentare.

Approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 giugno, venne depositato al Senato il 24, con una relazione di Brodolini che ne illustrava le premesse e i contenuti; e, così, dette inizio a un cammino parlamentare che avrebbe richiesto circa un anno, nel susseguirsi al primo, di un secondo e di un terzo Governo Rumor, con nel ruolo di Ministro del Lavoro, prima, Brodolini, morto nel luglio di quello stesso anno, e, poi, Carlo Donat-Cattin della Democrazia cristiana: sicché se quello ne fu l'ideatore e promotore, questo ne fu l'interlocutore governativo *vis-à-vis* delle due Camere. Sottoposto all'esame della Commissione del lavoro del Senato, ne uscì significativamente corretto ed integrato, sotto l'influsso decisivo del rinnovo contrattuale triennale in scadenza alla fine di quell'anno per alcune decine di categoria, con ad apripista quello dei metalmeccanici, assunto a referente dello stesso testo legislativo *in itinere*; per, poi, essere portato in aula, dove fu oggetto di un ulteriore approfondimento e, quindi, licenziato col voto favorevole della maggioranza di centro-sinistra e l'astensione dell'opposizione di sinistra.

Trasmesso alla Camera dei Deputati, il testo vi ebbe un percorso del tutto agevole, dato che non solo la maggioranza intendeva fargli vedere al più presto la luce, all'indomani di quel duplice storico passaggio che avrebbe segnato l'intero decennio '70, in un *continuum* di per se stesso significativo: da un lato il movimento antiautoritario degli studenti universitari del 1968 si era saldato con quello rivendicativo dei c.d. operai-massa del 1969, culminato nell'"autunno caldo"; dall'altro il terrorismo, letteralmente esploso con l'attentato alla Banca dell'Agricoltura di Milano, per colorarsi di nero e di rosso nel tragico itinerario di sangue degli anni seguenti. Di fatto il testo licenziato dal Senato non fu minimamente ritoccato, difeso da qualsiasi emendamento che avrebbe dovuto comportarne un rinvio al Senato stesso; sì da poter essere varato in via definitiva dalla Camera dei Deputati, con l'identica distribuzione dei voti riscontrata al Senato: suo titolo ufficiale quello originario, "Norme sulla tutela e della libertà e della dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro", già integrato da "e norme sul collocamento", per tener conto dell'ampliamento apportatovi. Ma, uniformandoci all'uso comune, qui si parlerà di Statuto dei lavoratori, anzi di Statuto, termine adottato quasi a confermare il coerente sviluppo di una idea nel trascorrere di più di un quindicennio; anche se, come venne fatto notare nel dibattito nell'Aula del Senato, il termine pare suggerire quel che non è, un compendio aggiornato al testo costituzionale dell'intero diritto del lavoro, con un superamento completo del codice civile del '42. Questo, però, avrebbe avuto un riflesso sostanziale nel successivo impegno dottrinale e giurisprudenziale, teso a curvare il quadro civilistico allo spirito e al dettato dello Statuto, retroagendo sulla stessa visione corporativa di una impresa gerarchica e di una subordinazione personale, sovraimpressa ad una normativa civilistica riecheggiante la legge sull'impiego

privato e la Carta del lavoro.

A quanto si può dedurre da questa breve presentazione, lo Statuto ha avuto un processo formativo rapido, concentrato tutto nel Senato, Commissione lavoro e Aula; ma complesso, come può essere evidenziato nel ripercorrerlo in breve, con a riscontro il clima conflittuale maturato nel Paese in quell'arco di tempo. A tale clima si cercò di rispondere attraverso un ampliamento e rafforzamento dell'articolato *in fieri*, a partire proprio dallo spunto iniziale, cioè da quel testo originario, che valse a Gino Giugni il titolo di padre dello Statuto. Di questo ricorderemo l'impianto e il contenuto di massima, ma senza scendere al dettaglio sui singoli disposti; fermo restando che questi ultimi faranno da sfondo, in quanto modificati o integrati nel testo trasmesso dalla stessa Commissione lavoro del Senato all'esame dell'Aula.

Quel che appare *ictu oculi* a chi per mestiere ha ben impresso il testo della l. n. 300/1970, è che l'impianto originario rimase sostanzialmente lo stesso - se pur con un contenuto modificato ed ampliato - come ben testimoniano da quasi tutte le rubriche delle rubriche e degli articoli destinate a restare immodificate: Titolo I, Della libertà e dignità sindacale (Libertà di opinione, Guardie giurate, Impianti audiovisivi, Assenze per malattie, Visite personali di controllo, Sanzioni disciplinari); Titolo II, Della libertà sindacale (Atti discriminatori, Trattamenti economici collettivi discriminatori, Sindacati di comodo, Reintegrazione nel posto di lavoro); Titolo III, Dell'attività sindacale (Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, Assemblea, Referendum, Licenziamento e trasferimento dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali, Permessi retribuiti, Permessi non retribuiti, Diritto di affissione, Contributi sindacali, Locali delle rappresentanze sindacali aziendali); Titolo IV, Disposizioni varie e generali (Repressione della condotta antisindacale, Permessi per i dirigenti provinciali e nazionali, Aspettativa dei lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive o a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali, Rappresentanza del datore di lavoro); Titolo V, Disposizioni finali e penali (Campo di applicazione, Disposizioni penali).

2. Le questioni di politica del diritto affrontate dall'articolato predisposto dalla Commissione Giugni.

Se si confronta il progetto dello Statuto dei lavoratori propugnato da Di Vittorio nel lontano 1952 con l'articolato predisposto dalla Commissione Giugni, destinato ad essere trasformato nel disegno di legge governativo, si coglie tutto il divario di disegno prospettico, perché là si regolava l'esercizio da parte dei lavoratori dei diritti costituzionali nell'impresa e il ricorso al licenziamento da parte dei datori di lavoro; qui, invece, c'è tutto questo, peraltro reso in modo più sistematico e completo, ma anche dell'altro, non meno importante, cioè il supporto all'ingresso del sindacato nell'impresa stessa. E non per nulla si è radicato nel post-Statuto, un giudizio che ne vedeva lo spirito composto da due anime, quella costituzionale e quella promozionale, riferite ai Titoli I e II e, rispettivamente, III, che, nella visione della Commissione Giugni, erano strettamente interconnesse, perché la promozione di una salda presenza sindacale era funzionale ad una effettiva protezione dei diritti individuali.

Senza voler qui aprire una parentesi che porterebbe troppo lontano, vale la pena di menzionare le questioni principali che la Commissione Giugni mostrava di essersi lasciate alle spalle. La prima riguardava la definitiva consacrazione dell'art. 39, co. 1, come base portante del sistema sindacale di fatto, consolidatosi dopo la guerra proprio nel vuoto di attuazione dell'art. 39, co. 2 ss.; sistema che veniva così normato, per essere poi, in seguito, costituzionalizzato dal Giudice delle leggi. Se questo poteva fare piacere alla Cisl, non sembrava dispiacere troppo neppure alla Cgil, tanto che ad insistere nel dibattito parlamentare per una messa a regime del barocco meccanismo

costituzionale finalizzato all'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva categoriale, fu soprattutto la destra.

Veniva per seconda la questione circa la relazione fra legge e contrattazione, risolta a favore di una coesistenza anche con riguardo all'esercizio dell'autonomia sindacale, ma solo nella misura di una promozione senza regolamentazione dell'organizzazione e della attività sindacale. Qui era la Cisl ad aver maturato una visione più pragmatica, a partire dall'aperta riserva di qualche anno prima, con riguardo alla traduzione nella l. n. 604/1966 dell'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali.

Seguiva come terza questione quella relativa ai destinatari della promozione, che veniva affrontata con una scelta a favore del sindacato associazione a scapito del movimento, del sindacato territoriale a scapito dell'aziendale, del sindacato confederale a scapito dell'autonomo, dello stesso sindacato confederale a scapito del partito. Era una scommessa riformista del tutto aperta nella prima parte del 1969, che prendeva atto dell'autonomia raggiunta da Cgil, Cisl, Uil nei confronti dei rispettivi partiti politici, da cui conseguiva la volontà di essere protagoniste in prima persona, fino a farsi carico nella seconda parte di quell'anno di rivendicazioni di grande respiro, come la casa, le pensioni, la sanità, tanto da far parlare di una "supplenza sindacale"; e quindi, nel radicare le tre grandi Confederazioni, attraverso le loro Federazioni, nelle imprese, in quanto comparativamente più rappresentative, si dava loro la possibilità di accorpare, razionalizzare, rendere negoziabile la crescente mobilitazione di base, attenuandone la spinta potenzialmente eversiva, di per sé destinata ad esaurirsi in una mera protesta. Certo ad essere legittimati, in prima battuta, erano i sindacati confederali, ma, in seconda, anche di quelli autonomi, maggioritari o comunque significativamente presenti in certi settori; peraltro legittimati non di per sé, ma dall'aver firmato contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nell'unità produttiva, così da farli rientrare nell' "arco costituzionale" del sistema sindacale consolidatosi nel dopo-guerra. Per uno dei soliti scherzi della storia, dopo l'abrogazione referendaria del 1995 della riserva attribuita alle associazioni aderenti alle Confederazioni maggiormente rappresentative, queste avrebbero trovato una comoda ospitalità, proprio come firmatarie di contratti collettivi, ora estesi anche a quelli aziendali.

Questa era la partita di gran lunga più calda, esposta alla decisa critica, sia dei partiti della sinistra, a cominciare dal Pci, che si trovava tagliato fuori dalla fabbrica, la sede elettiva di quella classe operaia di cui si riteneva il portavoce e il garante naturale; sia dai movimenti, che vedevano nei sindacati confederali quasi dei guardiani dell'ordine costituito, restii a qualsiasi forzatura in avanti, tanto da arrivare a soprannominare lo Statuto come lo Statuto dei diritti dei sindacati. Se ne avrà una testimonianza precisa nelle discussioni e nelle votazioni nell'Aula del Senato, non senza uno strascico significativo nell'immediato dibattito dottrinale, peraltro destinato ad affievolirsi a fronte dell'impatto positivo dello Statuto sui rapporti esistenti nei luoghi di lavoro.

Ad esaurire questa elencazione, che non ha alcuna pretesa di essere esaustiva, c'era una quarta questione, relativa ad una forte convergenza delle tre Confederazioni, che sembravano destinate a passare dall'unità di azione all'unità organica, dietro la forte spinta unitaria della base. La formula varata fu quella di non consacrare per legge una unica rappresentanza, salvaguardando la pluralità con la previsione di altrettante rappresentanze sindacali aziendali, equipaggiate con distinte dotazioni di diritti; ma configurate esplicitamente come forme organizzative adattabili a discrezione delle associazioni aderenti alle Confederazioni, tanto da prestarsi benissimo ad una conversione unitaria, attraverso la ricezione del Consiglio dei delegati, come avvenne per i

metalmeccanici.

Per il resto l'approccio era calibrato su quello che si stava conquistando sul fronte della lotta in quel primo semestre del '69 che vide al lavoro la Commissione Giugni, se pur scontato sul livello massimo raggiunto nelle situazioni di punta, per realizzare un compromesso vendibile in sede parlamentare, destinato a garantire al blocco confederale il recupero, laddove era già presente e attivo un movimento spontaneo, e l'accesso, laddove il sindacato era del tutto assente.

3. Il disegno governativo all'esame della Commissione lavoro del Senato: il Titolo I (Della libertà e dignità del lavoratore).

Una volta approdato nella Commissione lavoro del Senato[1014], il disegno di legge governativo fu oggetto di un dibattito serrato ma non rissoso, che trasse alimento anche da altri disegni di legge presentati dalle opposizioni; tutto questo sullo sfondo di quello scenario di crescente *tourbillon* politico e sociale nel passaggio dal decennio '60 al decennio '70, destinato a segnare un punto di svolta nell'evoluzione delle nostre relazioni collettive. Ne uscì, accompagnato dal rapporto del relatore, sen. Bermani, per essere sottoposto all'Aula del Senato, con un impianto immutato, ma con un equilibrio modificato, più incisivo nell'elencare e tutelare i diritti fondamentali dei lavoratori e più aperto, almeno formalmente, ai fermenti di base.

Non avendo a disposizione gli atti della Commissione lavoro del Senato, ma soltanto il testo finale, devo limitarmi a confrontarlo con quello del disegno governativo, dando per scontato di non essere in grado di cogliere appieno intento e significato degli emendamenti apportativi. Se si procede secondo l'ordine seguito nel testo licenziato dalla Commissione lavoro, che è lo stesso del disegno governativo, ma non di quello poi entrato in vigore con una diversa numerazione, che sconta la inclusione degli articoli introdotti *ex novo*; se si procede in tal modo, ad aprire è il Titolo I (Della libertà e dignità del lavoratore), con un articolo 1 (Libertà di opinione) che già prelude ad un deciso rafforzamento *pro-labour*: l'affermazione della libertà di opinione non è più accompagnata dalla formula limitativa "nel rispetto delle altrui libertà e in forme che non rechino intralcio allo svolgimento dell'attività sindacale", che per quanto potesse essere considerata scontata, tuttavia non era priva di una pregnanza ermeneutica. Tant'è, che una volta arrivati all'esame dell'Aula, non ci fu modo di procedere ad un reinserimento di quella formula, ma si procedette, quasi a compensazione, ad aggiungere nell'articolo sui contributi sindacali di cui al Titolo III, che il diritto di esazione doveva essere esercitato "senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività sindacale".

I testi degli articoli seguenti - 2 (Guardie giurate), 3 (Impianti audiovisivi), 5 (Visite personali di controllo) - sono sostanzialmente ricalcati sul disegno governativo, non senza, però, alcune aggiunte. Nella norma sulle guardie giurate, è inserito il rafforzamento dell'apparato sanzionatorio a loro carico; nelle norme sugli impianti audiovisivi e sulle visite personali di controllo - una volta confermato il rinvio dei relativi regolamenti ad accordi con le rappresentanze sindacali aziendali o con le commissioni interne, con la chiamata in causa dell'Ispettorato del lavoro in caso di stallo fra le parti - è introdotto il ricorso al Ministro del Lavoro da parte delle stesse rappresentanze o commissioni interne contro il *decisum* dell'Ispettorato.

[1014] I lavori parlamentari della V legislatura del Senato sono disponibili in http://www.senato.it/Leg5/home.

A parte l'introduzione *ex novo* dell'articolo 2-*bis* (Personale di vigilanza), ne escono significativamente modificati sia l'art. 4 (Assenze di malattia) dove i controlli vengono tolti ai medici di fabbrica ed assegnato ai servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, con l'esclusione di consolidati poteri datoriali, peraltro non senza una ricaduta di lungo periodo sull'assenteismo; sia l'art. 5 (Sanzioni disciplinari), dove le norme relative da portare a conoscenza dei lavoratori sono sottratte all'iniziativa dei datori e rimesse alla contrattazione collettiva ove esistente e vengono integrate con la previsione della previa contestazione, della assistenza sindacale, della possibilità lasciata aperta ai lavoratori di attivare la costituzione un collegio di conciliazione e arbitrato. Così integrato quest'ultimo articolo conferma una promozione della contrattazione collettiva che, senza essere minimamente regolata - con ad uniche eccezioni gli accordi previsti dai ricordati articoli sugli impianti audiovisivi e sulle visite di controllo - viene comunque privilegiata come fonte di riferimento; questo secondo una linea che troverà la sua piena espressione in un altro articolo introdotto in sede di Commissione lavoro, di grande rilievo, per sé e per essere capostipite dell' intero filone legislativo e contrattuale delle "clausole sociali" di prima generazione, cioè quello relativo ai previsti obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e dagli appaltatori di opere pubbliche, parlando genericamente di contratti collettivi, se pur riferiti alla categoria e alla zona interessate.

Da qui inizia una sequenza di articoli tutti aggiunti all'originario disegno di legge sottoposto alla Commissione lavoro del Senato. Si tratta pur sempre di diritti riconosciuti a capo dei lavoratori, di cui alcuni destinati a giocare ruoli fondamentali nella dottrina e nella giurisprudenza post-Statuto: l'art. 6-*bis* (Divieto di indagini sulle opinioni) che prevede una cintura protettiva sulla vita extra-lavorativa; e, rispettivamente, l'art.6-*septies* (Mansioni del lavoratore) che introduce la formula dell'equivalenza, come regola aurea del cambio mansioni e richiede la giustificazione del trasferimento.

Ci sono, intervallate con le precedenti, delle ulteriori *new entries*, significative di un certo riequilibrio compromissorio. C'è la conferma della promozione del movimento confederale, nel suo duplice ruolo di sindacato dei diritti e dei servizi: nel primo, in forza dell'articolo 6-*quater* (Lavoratori studenti), dove il diritto di studio è sì riconosciuto in capo ai singoli, ma per essere stato un obbiettivo rivendicativo privilegiato dei rinnovi contrattuali; nel secondo, con l'articolo 5-*sexies* (Istituti di patronato), con il riconoscimento del diritto degli Istituti di patronato, di svolgere la loro attività all'interno dell'azienda. Ma c'è, altresì, dell'altro, che pare suggerire una apertura agli stessi lavoratori: l'articolo 6-*ter* (Tutela della salute e dell'integrità fisica) riconosce loro il potere di verificare l'osservanza e l'evoluzione della normativa protettiva tramite proprie rappresentanze, lasciando aperta, forse al di là di ogni intenzione, la questione se trattasi delle rappresentanze sindacali aziendali o di altre rappresentanze, distinte e autonome; a sua volta, l'articolo 6-*quinquies* (Attività culturali, ricreative, assistenziali) circa le attività culturali e ricreative e assistenziali, si attribuisce agli stessi lavoratori la relativa gestione, con la mera partecipazione di delegati dell'azienda.

Questo indirizzo, che avviene espandendo l'ambito di intervento collettivo dei lavoratori, non ricondotto di per sé sotto il monopolio delle rappresentanze sindacali aziendali, costituisce un *aliquid novi* significativo rispetto al disegno governativo, certo in ragione dell'attivismo di base esploso nella stagione dei rinnovi contrattuali. È un indirizzo che non si esaurisce qui, ma appare ripreso, prima, nel Titolo II (Della libertà sindacale), col nuovo primo comma dell'articolo 7 (Atti discriminatori), che riconosce a tutti i lavoratori la libertà sindacale. Cui segue, nello stesso Titolo

III (Dell'attività sindacale), il primo comma dell'articolo 11 (Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, che riesce arricchito dall'inserimento della espressione "ad iniziativa dei lavoratori iscritti; e il nuovo primo comma dell'articolo 18 (Contributi sindacali), che riconosce ai lavoratori il diritto di raccogliere contributi e di svolgere proselitismo per le loro organizzazioni sindacali. Non si può mancare di aggiungere, col senno di poi, che tutto questo ha avuto un impatto parziale, data la capacità rivelata dalle Confederazioni, tramite le loro Federazioni di punta, di riacquistare abbastanza rapidamente l'egemonia organizzativa e rivendicativa sulla base.

4. (Segue): il Titolo II (Della libertà sindacale).

Come anticipato, l'articolo 7, sugli atti discriminatori, che apre il Titolo II (Della libertà sindacale), vede inserito, a guisa di cappello, un primo comma che riconosce a tutti i lavoratori il diritto "di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale all'interno dei luoghi di lavoro". Al di là del suo impatto pratico, tale comma ne ha avuto uno teorico di grande rilievo, perché utilizzato come argomento principe, recepito dallo stesso Giudice delle leggi, a favore della conformità all'art. 39, co.1 Cost. del Titolo III (Della attività sindacale). In forza della consacrazione costituzionale della libertà di organizzazione sindacale, occorreva sì garantire una base minimale uniforme per tutte le associazioni sindacali; ma al là di questa, appariva non solo legittima, ma addirittura opportuna, una normativa promozionale nei confronti di quelle associazioni che potessero essere considerate rappresentative, cioè tali da poter gestire la spinta proveniente dal basso, anche in vista di riforme economiche-sociali.

Tralasciando le modifiche apportate al secondo comma di questo articolo 7 e all'articolo 9 (Sindacati di comodo), c'è da notare, *en passant,* la sostituzione effettuata nell'articolo 8 (Trattamenti economici collettivi discriminatori), dove sempre nella logica che ispira questo Titolo II, non sono più le associazioni sindacali cui sono iscritti i lavoratori discriminati, ma i lavoratori stessi, a poter presentare la domanda al giudice. Ma a richiedere la scena tutta per sé è l'articolo 10 (Reintegrazione nel posto del lavoro), perché, pur mantenendo la stessa rubrica, muta la sostanza: la reintegra, prima limitata al licenziamento nullo ai sensi dell'art. 4 l. n. 604/1966, è estesa al licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, con contestuale sostituzione della sanzione imposta nell'ipotesi di mancata ottemperanza alla sentenza, per cui la somma dovuta per la mancata reintegra viene corrisposta non più al Fondo adeguamento pensioni, ma al lavoratore stesso. Né manca una ulteriore modifica, sempre in senso *pro-labour*, laddove, a proposito del licenziamento dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali, è previsto un trattamento *ad hoc*, per cui il giudice può disporre, in ogni stato e grado del giudizio, su istanza del lavoratore o del sindacato che lo rappresenta, una ordinanza di reintegra: qui viene introdotta una significativa inversione dell'onere della prova: posto a carico non più del lavoratore, che era richiesto di presentare una " domanda … sufficientemente provata", ma del datore, che è ora tenuto a fornire non "irrilevanti o insufficienti … elementi di prova".

Può sorprendere che nel disegno governativo manchi un limite numerico, ma ancor più che la Commissione lavoro del Senato non abbia pensato di riempire questo vuoto, né qui, né nell' articolo 24, che, in apertura del Titolo V (Disposizioni finali e penali), delimita il campo di applicazione, con esclusivo riguardo agli articoli del Titolo III. Ma c'è da ritenere che questo, sulla reintegra, sia stato considerato usufruibile a prescindere dal computo dell'organico, al pari di ogni altro disposto del nostro Titolo II al servizio della libertà sindacale; tanto più che proprio la tutela contro il licenziamento discriminatorio o ingiustificato doveva essere vista come funzionale alla effettività

di tutti i diritti ivi previsti.

5. (Segue): il Titolo III (Dell'attività sindacale).

Ed eccoci al Titolo III, sull'attività sindacale, inteso a dar corpo all'anima promozionale dello Statuto, che si apre coll'articolo 11, che ne costituisce il referente, cioè quello dedicato alla costituzione delle rappresentanze sindacali nelle unità produttive al di sopra del limite numerico previsto dal citato articolo 24, sull'ambito di applicazione. Al suo primo comma, come già ricordato, viene sostituito l'attacco, per cui l'iniziativa non più riservata direttamente alle rappresentanze sindacali aziendali, ma attribuita ai lavoratori iscritti alle medesime: un cambio, questo, riconducibile all'affermarsi del movimento dei delegati, ma destinato a rivelarsi assai più suggestivo che veritiero, perché tendenzialmente sottovalutato da tutta una certa dottrina e giurisprudenza tesa a facilitare l'accesso del sindacato laddove non fosse ancora presente. La formula utilizzata circa la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali risulta sintonica rispetto a quella già introdotta nel disegno governativo all'articolo 12 sull'Assemblea, dove il diritto di riunirsi nell'unità produttiva di appartenenza era sì riconosciuto ai lavoratori, ma dietro indizione, singolarmente o congiuntamente, delle rappresentanze sindacali aziendali, su materie di interesse sindacale e del lavoro. Solo che, nel passaggio di fronte alla Commissione lavoro, viene fatto un passo avanti nell'esercizio di tale diritto di Assemblea: il limite "al di fuori dell'orario di lavoro" viene superato con l'aggiungervi "e durante l'orario di lavoro nei limiti previsti dalle contrattazioni collettive".

Questa tecnica di copertura, tesa a dar l'impressione di una legittimazione democratica dell'intera unità produttiva, dato che, almeno nella loro forma originaria, le rappresentanze sindacali aziendali non l'avevano, nate e recepite come istanze associative di base, deve essere abbandonata laddove le posizioni attive dovevano necessariamente essere attribuite alle stesse rappresentanze. Così, conformandosi al disegno governativo, le rappresentanze sindacali aziendali, conservano il diritto di indire congiuntamente il referendum su materie inerenti all'attività sindacale, tra i lavoratori appartenenti alle categorie per le quali le stesse sono organizzate, ai sensi dell'art. 13, sia pur con la significativa aggiunta che la partecipazione resta aperta a tutti i lavoratori; e conservano, altresì, il diritto di affissione in luoghi accessibili a tutti i lavoratori all'interno dell'unità produttiva, ai sensi dell'art. 17. Tutto questo, ovviamente, se ed in quanto sia possibile costituirle, in base al limite numerico previsto dall'articolo 24, sul campo di applicazione; mentre, per il diritto loro attribuito di usufruire di un idoneo locale comune nelle singole unità produttive, in forza dell'articolo 19, il limite di organico, prima previsto in 300 dipendenti, viene abbassato a 200, peraltro con una aggiunta compensativa, per cui, al di sotto di tale limite, il diritto persiste, ma solo per un locale idoneo per le loro riunioni.

Non emerge, però, una linea omogenea. Se, in questo Titolo III, viene inserito un articolo 11-*bis* che rivitalizza la Commissione interna e il delegato d'azienda, col prevederne la elezione nelle aziende pubbliche e private; nel successivo Titolo IV (Disposizioni varie e generali) è aggiunto un articolo 20-*bis*, che incentiva la fusione delle rappresentanze sindacali aziendali, col sancire che i permessi retribuiti previsti per ciascuna di esse devono essere sommati, tenendo in vista l'evoluzione unitaria in atto a livello aziendale. Sicché, laddove tale evoluzione si fosse verificata, con la costituzione un Consiglio dei delegati, questo si sarebbe trovato *vis-à-vis* della Commissione, due organi espressivi di tutti i lavoratori, se pur composti in modi diversi.

C'è dell'altro, però, perché, sempre in questo Titolo III, l'articolo 18 (Contributi sindacali) viene modificato in un senso che appare sintonico con quell'indirizzo aperto dal nuovo primo comma

dell'articolo sugli atti discriminatori, di cui all'inizio del Titolo II, col riconoscimento a capo di tutti i lavoratori del diritto di libertà sindacale nei luoghi di lavoro. Il testo originario, che riconosceva alle sole associazioni sindacali dotate di rappresentanze aziendali il diritto di percepire, tramite ritenute salariali sul salario, i relativi contributi, viene sostituito, con l'attribuire ai lavoratori stessi non solo tale diritto, ma anche quello di fare proselitismo per le loro organizzazioni all'interno dei luoghi di lavoro. Anche se, poi, subito a seguire, è alle associazioni sindacali non altrimenti qualificate che viene mantenuto il diritto di percepire i contributi tramite ritenuta sul salario.

Il che non toglie che, nello spirito promozionale di questo Titolo III, che come tale è selettivo a favore delle rappresentanze sindacali aziendali nell'ambito privilegiato costituito di fatto dalle grandi Confederazioni - tanto che alla loro contemporanea presenza sono calcolati i pesi imposti alle parti datoriali - venga confermata nella sua sostanza la dote riconosciuta ai loro dirigenti nel disegno di legge, se pur con una apertura formale ai candidati e ai membri delle commissioni interne. Questo vale per l'articolo 14, che, concentrato sul solo trasferimento dall'unità produttiva - essendo il licenziamento riportato sotto l'art. 10, sulla reintegra - estende dai dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali ai candidati e membri delle commissioni interne, il trattamento di favore costituito dal previo nulla osta delle associazioni sindacali a cui fanno riferimento. Mentre non vale per l'articolo 15 (Permessi retribuiti), riscritto, per graduarne l'attribuzione in base alla dimensione occupazionale delle unità produttive di riferimento e per l'articolo 16 (Permessi non retribuiti), entrambi riservati ai dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali. Si può aggiungere, nello stesso spirito, l'articolo 21, di cui al successivo Titolo IV, sui permessi per i dirigenti provinciali e nazionali delle associazioni legittimate a costituire rappresentanze sindacali aziendali, in funzione della partecipazione alle riunioni dei relativi organi, rivisto, per attribuirne la disciplina alla contrattazione collettiva.

6. (Segue): il Titolo IV (Disposizioni varie e generali).

Se, ai tempi miei, si fosse richiesto ad uno studente di menzionare i tre articoli di per sé soli caratterizzanti lo Statuto dei lavoratori, questi avrebbe avuto buon gioco col citare quelli sulla reintegra, sulla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, sulla repressione della condotta antisindacale. Quest'ultimo, art. 20, collocato all'inizio del Titolo IV, dall'anonima rubrica "Disposizioni varie e generali", nel prevedere un ricorso per "comportamenti diretti ad impedire e limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero", ne attribuiva l'esercizio a una rappresentanza sindacale aziendale o agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che ne avessero interesse; e, così, dava l'impressione di essere posto al servizio dell'anima promozionale di cui al Titolo III, col contemplare *in primis* proprio la rappresentanza sindacale aziendale. Nell'aggiornamento effettuato in sede di Commissione lavoro, scompare il riferimento ad una rappresentanza sindacale aziendale, certo per la preoccupazione di favorire una utilizzazione poco responsabile del nuovo ricorso; ma il fatto che resti solo quello agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, conferma che sono tutte le associazioni aventi tali dimensioni, a prescindere dall'essere o meno legittimate a costituire una rappresentanza sindacale aziendale nell'unità produttiva di riferimento. Rimane, invece, il riferimento al "diritto di sciopero", come possibile oggetto di un comportamento antisindacale, mentre nell'articolo 7, sugli atti discriminatori, restava citato semplicemente come sciopero; sì che ne risulterà legittimata la giurisprudenza, nata e cresciuta su tale ricorso, ad ampliare l'ambito di esercizio di un diritto riconosciuto esplicitamente come tale.

Non solo, perché in quella stessa sede, viene sostituito il rinvio all' articolo 25 (Disposizioni penali), contenuto nel successivo Titolo V (Disposizioni finali e penali), con la previsione che l'eventuale inottemperanza al decreto o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione sia punita in base alla più grave sanzione prevista dall'articolo 650 del Codice penale, a riprova dell'accresciuta consapevolezza circa l'utilità dello strumento giudiziale apprestato.

Sempre nel Titolo IV, viene confermata, all'articolo 22, l'aspettativa dei lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive o a ricoprire cariche sindacali, provinciali e nazionali, evidentemente quali che siano le associazioni sindacali interessate; ma viene aggiunto un articolo 22-*bis*, per cui i consiglieri comunali o provinciali e per i sindaci o assessori comunali possono permessi, rispettivamente retribuiti e non retribuiti.

7. (Segue): il Titolo V (Disposizioni finali e penali).

Il Titolo V, per quanto rubricato in modo generico, Disposizioni finali e penali, appare alquanto potenziato dalla Commissione lavoro, a cominciare dall'articolo 24 (Campo di applicazione). Qui il limite numerico viene drasticamente ridotto: per gli articoli del Titolo III relativi al trasferimento, ai permessi retribuiti e ai permessi non retribuiti dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali scende da più di 40 a più di 30 dipendenti per ogni unità produttiva (sede, stabilimento, filiale, ufficio, reparto autonomo) delle imprese industriali e commerciali e da più di 30 a più di 15 per la singola unità produttiva delle imprese agricole; mentre per gli altri articoli del Titolo III, scende, per ogni unità produttiva delle prime imprese, da più di 30 a più di 15 dipendenti e, per la singola unità produttiva delle seconde, da più di 20 a più di 10. Ma questo non è tutto, perché passando al limite numerico previsto per l'ambito costituito dallo stesso Comune, tale limite, applicato complessivamente, diminuisce, per le imprese commerciali e industriali da più di 40 o 30 dipendenti a più di 30 o 15 e, per le imprese agricole, da più di 30 o 20 a più di 15 o dieci.

Come si vide un bel salto in avanti, con un significativo allargamento della platea dei destinatari del Titolo III, che conferma come il rafforzamento dello Statuto sia proceduto di pari passo con quello che allora si indicava, non senza una certa enfasi, come un mutamento di forza nei rapporti sociali. E, in questo senso, il Titolo V, ci dice di più, perché contiene tre articoli introdotti *ex novo*, la cui importanza è nella loro stessa intitolazione: 24-*bis* (Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche), 24-*ter* (Applicazione ai dipendenti da enti pubblici), 25-*quinquies* (Norme sul collocamento). Non rientra nell'economia di questo scritto - centrato sul processo formativo dello Statuto, attraverso una comparazione dei testi via via succedutesi, dal disegno governativo a quello elaborato dalla Commissione lavoro, da questo a quello licenziato dall'Aula - commentare gli articoli in parola. Ma qualche rapido cenno non guasta, cominciando col richiamare quanto già detto con riguardo al primo, che apre il filone legislativo e contrattuale delle clausole sociali di prima generazione, che pare costituire una conferma del definitivo tramonto di ogni sogno nostalgico di una messa a regime dell'art. 39, co. 2 ss. cost. Una volta normato il sistema emerso e consolidatosi nel perdurante astensionismo legislativo, non c'era più da contare su una efficacia *erga omnes* attribuita *ex lege* ad una contrattazione ricostruita come espressione della autonomia privata, se pur nella sua variante collettiva; occorreva promuoverne l'osservanza, facendo di questa una condizione da inserire nei provvedimenti di concessione di benefici e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche. Era una formula che avrebbe conosciuto una evoluzione fino al limite di assicurare quella stessa efficacia generalizzata attraverso una qualche argomentazione artefatta, come quella della stessa

Corte costituzionale nella faccenda della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, per cui tale efficacia non era riconducibile alla contrattazione di comparto di per sé, ma ad una imposizione *ex lege* a carico delle pubbliche amministrazioni destinatarie.

A proposito di quest'ultima riforma, c'è da osservare come l'articolo 24-*ter*, qui dedicato all'applicazione dello Statuto ai dipendenti da enti pubblici, dopo averla sancita per quelli in forza a quelli che svolgono esclusivamente o prevalentemente economica, si affanna a prevedere una delega, da realizzare, entro due anni dall'entrata in vigore dello Statuto, per l'emanazione di una decretazione delegata intesa "a uniformare, compatibilmente con la natura del rapporto, il trattamento giuridico dei dipendenti degli uffici e delle aziende dello Stato, delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri enti pubblici alle disposizioni della presente legge". Verrebbe da dire campo cavallo che l'erba cresce, ci vorrà più di un ventennio perché la cosa prenda forma, per poi rivelarsi alla prova pratica una riforma perennemente riaperta, a conferma che una normativa sbilanciata sulla disciplina del personale, non è di per sé in grado di supplire ad un consolido *deficit* di cultura manageriale.

A sua volta, il sistema di collocamento era ormai un malato cronico, che, però, si intendeva tener in vita ad ogni costo, coltivando un sogno molto caro al movimento sindacale, di poter così controllare l'incontro fra domanda e offerta di lavoro con una duplice finalità, antidiscriminatoria ed occupazionale. Travolto nell'immediato dopoguerra l'obbiettivo di poterlo gestire in proprio, ecco presentarsi con lo Statuto l'occasione di renderne il governo partecipato, sviluppando quell'altro più risalente filone promozionale, costituito dal far entrare i rappresentanti sindacali nei Consigli di amministrazione, nelle Commissioni, nei Comitati; qui, nella Commissione di collocamento, costituita obbligatoriamente presso le sezioni zonali, comunali, frazionali degli Uffici provinciali del lavoro, a richiesta delle organizzazioni più rappresentative dei lavoratori e dei datori.

In chiusura, può ricordarsi l'art. 25 (Disposizioni penali), dove è riprodotto l'ambito sanzionato, peraltro con l'esclusione dell'articolo 1, la conservazione degli articoli 2, 3, 5, e l'inclusione degli articoli 6-*bis* e 7, secondo comma. Seguono articoli introdotti *ex novo*: 25-*bis* (Versamento delle ammende al Fondo adeguamento pensioni), 25-*ter* (Abrogazione delle disposizioni contrastanti), 25-*quater* (Esenzioni fiscali). L'art. 25-*ter* merita un cenno particolare, perché, al primo comma, prevede che è abrogata "ogni disposizione in contrasto con le norme contenute nella presente legge", con una formula d'uso, tanto ampia quanto generica, sì da lasciare all'interprete il compito di procederne all'individuazione; mentre al secondo, con altra formula d'uso, sancisce che sono fatte salve "le disposizioni dei contratti collettivi e degli accordi sindacali più favorevoli ai lavoratori", sì da proporre allo studioso e al giudice l'impegno al determinare l'efficacia della contrattazione collettiva richiamata esplicitamente dalla legge, qui facilitato dall'essere tale contrattazione solo i migliorativa.

8. L'elaborato della Commissione lavoro sottoposto all'Aula del Senato, con il varo del testo finale.

Come anticipato, se fino ad ora ho potuto contare sul confronto fra il testo del disegno governativo e il testo uscito dalla Commissione lavoro, senza peraltro disporre dei relativi atti; una volta, che quest'ultimo è stato trasmesso all'Aula, sono stato in grado di conoscere gli emendamenti volta a volta proposti e argomentati. Il che non vuol certo dire che procederò ad un resoconto esaustivo del dibattito, che pretenderebbe tempo e spazio ben al di là dell'impegno richiesto da questo scritto, anche se al termine l'articolato della Commissione lavoro non è stato rivisto in modo significativo, per una tenuta della maggioranza che si è fatta carico di massima degli

emendamenti accolti, in quanto presentati dal Governo o accompagnati dal parere favorevole del Governo. Deve essere tenuto presente che l'Aula segue l'ordine del testo licenziato dalla Commissione, tranne rinviare alla conclusione dei lavori l'approvazione degli articoli 6-*septies* (Mansioni del lavoratore), 10 (Reintegrazione nel posto di lavoro), 14 (Trasferimento dei dirigenti sindacali aziendali), 24 (Campo di applicazione), che, però qui saranno affrontati secondo il loro ordine numerico. Per permettere di orientare il lettore, verrà segnalato in parantesi, per ogni articolo, il numero acquisito nel riordino definitivo, che è quello del testo al momento del suo definitivo battesimo parlamentare.

Ad emergere è il contrasto fra un continuo tentativo di rilancio ad opera di Pci, Psiup e Indipendenti di sinistra *vis-à-vis* di un lavoro di contenimento da parte di Dc e Psi. Vi è sotteso un profondo divario nell'approccio, radicato su un ben diverso giudizio circa il significato del movimento contestativo in atto nel paese: come un passo "rivoluzionario", con a protagonista elettivo il partito, verso una società socialista c.d. progressista, caratterizzata come anti-capitalista e per ciò stesso aclassista, peraltro ancora in fase di evoluzione; o, invece, come un passaggio "riformista", con a protagonista elettivo il sindacato, verso una condizione lavorativa più libera e degna, intesa a riequilibrare la relazione di forza fra capitale e lavoro nel quadro di una democrazia occidentale, con una conferma e generalizzazione delle conquiste già ottenute per via contrattuale. Su questo si sovrappone un differente giudizio di valore sull'imprenditore, che viene appiattito sulla figura di un padrone sfruttatore, a cui è opposto il lavoro come un contropotere antagonista, insofferente di ogni limite, o, viceversa, che viene recuperato nella figura di produttore, a cui viene imposto un nuovo approccio al lavoro, non come mero fattore economico ma come titolare di diritti da fa valere in modi compatibili con il funzionamento aziendale.

Il che riesce ben visibile nell'esame dell'articolo 1 (1) (Libertà di opinione) del Titolo I (Della libertà e dignità del lavoratore), che finisce per prendere ampio spazio, perché tale da portare in sé il divario di fondo, destinato poi a riprodursi in seguito. A rilevare è proprio la contrapposizione degli emendamenti, perché, da un lato, si voleva allargare la dichiarazione di libertà dalla manifestazione del pensiero ad ogni altra espressione costituzionalmente protetta, per poi ripiegare sull'aggiunta di una libertà di riunione incondizionata; mentre, dall'altro lato, si puntava a reintrodurre la formula limitativa originaria, eliminata dalla Commissione lavoro, per cui l'esercizio della libertà di opinione doveva avvenire "nel rispetto delle altrui libertà e in forme che non rechino intralcio allo svolgimento dell'attività aziendale". Quest'ultima proposta era accompagnata da una subordinata, che alla fine fu votata, nonostante fosse niente di che, perché dire "nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge" era cosa scontata, ma in una battaglia di parole e virgole, segnava un punto a favore dei fautori del mantenimento dell'esercizio della libertà di opinione entro una griglia considerata anti-eversiva.

Così gli articoli 2 (2), circa le guardie giurate, 2-*bis* (3), il personale di vigilanza, 3 (4), gli impianti audiovisivi, 4 (5), assenze per malattia), 5 (6), le visite personali di controllo, sono destinatari di emendamenti, fra l'altro, finalizzati a espandere i relativi diritti, rendendo assoluti i divieti, sottoponendo ad accordi i regolamenti interni, abrogando disposti del codice ritenuti incompatibili con i precetti costituzionali Ma l'unico emendamento a passare attiene all'articolo sulle assenze per malattia, dove il monopolio attribuito all'Inps dalla Commissione lavoro, col conseguente bando del medico di fabbrica, viene mantenuto, ma integrato dall'obbligo dell'Istituto previdenziale di provvedervi a richiesta del datore.

Procedendo per blocchi di articoli, l'articolo 6 (7), sulle sanzioni disciplinari, resiste al tentativo di

modificare la previsione delle sanzioni sostanziali, eliminandole o diminuendole a misura di quelle conquistate dalla contrattazione collettiva; l'articolo 6-*bis* (8), sul divieto di indagini sulle opinioni passa *d'emblée;* l'articolo 6-*ter* (9), sulla tutela della salute e della integrità fisica subisce l'amputazione di "le" davanti a "loro rappresentanze", per evitare che queste si potessero comunque intendere come riferite esclusivamente alle rappresentanze sindacali aziendali, rimettendosi dunque alla libera iniziativa degli stessi lavoratori; l'articolo 6-*quater* (10), relativo ai lavoratori studenti, subisce solo una lieve integrazione, per cui non potevano essere loro richieste prestazioni di lavoro non solo "straordinarie", ma anche "durante i riposi settimanali"; l'articolo 6-*quinquies* (11), (sulle attività culturali, ricreative e assistenziali, apparso troppo squilibrato nell'assegnarne la titolarità ai lavoratori, se pur con la presenza di delegati da parte dell'azienda, è riscritto nel senso di affidare la gestione di quelle promosse dall'azienda ad "organismi formati in maggioranza da rappresentanti dei lavoratori; l'articolo 6-*sexies* (12) sugli Istituti di patronato, risultato troppo generico nel dar loro diritto a svolgere la loro attività all'interno dell'azienda, è integrato, col permetterne l'esercizio "secondo le modalità da stabilirsi con accordi aziendali".

Sull'articolo di chiusura del Titolo I, il 6-*septies* (13), circa le mansioni del lavoratore, il dibattito viene aperto, ma, poi, rinviato al termine dei lavori, è riformulato come abrogativo dell'art. 2103, il solo disposto del Codice civile ad essere novellato dallo Statuto. Il precedente unico comma conserva il periodo di apertura, imperniato sull'equivalenza delle mansioni, ma acquista un capoverso sul caso di assegnazione a mansioni superiori, con conservazione del trattamento e maturazione del livello corrispondente dopo un certo periodo; il nuovo secondo comma contempla la nullità di ogni patto contrario.

Ripartendo dal Titolo II (Della libertà sindacale), l'articolo 7 (Atti discriminatori) viene diviso, col primo comma, sul diritto di costituire associazioni sindacali scorporato in un articolo a sé, emendamento 6-*septies* 01 (14), Diritto di associazione attività sindacale), per enfatizzarne il rilievo; e col secondo comma mantenuto inalterato, con lo stesso numero e rubrica (15). Ora questo articolo 7, così ristretto agli atti discriminatori, sancisce che è nullo qualsiasi patto o atto diretto a discriminare un lavoratore in ragione anche "… della sua partecipazione allo sciopero". Essendo rimasto fuori dello Statuto qualsiasi riferimento all'art. 40 Cost., sì da lasciarlo ad un intervento giurisprudenziale tutt'altro che consolidato, si cercò di introdurvi qualche riferimento: da destra, sostituendo tale espressione con "a causa dell'esercizio del diritto di sciopero", in base alla distinzione fra sciopero fatto e sciopero diritto; da sinistra, inserendo una stretta correlazione fra trattenuta retributiva e durata dell'astensione, in ragione della effettuazione di scioperi più brevi di una giornata. Sempre da sinistra, con riguardo all'articolo 8 (16), sui trattamenti economici collettivi discriminatori a mente dell'articolo precedente, quindi anche con riguardo alla partecipazione allo sciopero, si tentò di rafforzarlo, prevedendo che il pretore potesse condannare all'estensione a tutti i lavoratori dei trattamenti economici collettivi discriminatori, oltre a quanto già previsto a favore del Fondo adeguamento pensioni. Ma gli emendamenti proposti all' uopo vennero respinti, lasciando i testi così come erano stati definiti nella Commissione lavoro.

L'articolo 9 (17) sui sindacati di comodo passò *de plano*. Ma non così quello sulla reintegra, oggetto di un emendamento da parte del Governo, che, ripreso con qualche correttivo in sede di rinvio al termine dei lavori, ne modificò significativamente il contenuto: ripresa della l. n. 604/1966, con riguardo all'esperibilità del tentativo di conciliazione di cui all'art. 7 e all'inefficacia del licenziamento orale di cui all'art. 2; previsione del diritto al risarcimento del danno comunque non inferiore a cinque mensilità; risoluzione del rapporto se il lavoratore non riprende servizio

entra trenta giorni dal ricevimento dell'invito da parte del datore di lavoro; estensione della possibilità di ottenere una ordinanza in ogni stato e grado di giudizio per la reintegra dai dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali anche ai candidati e membri delle commissioni interne. Restava fuori la questione più importante, cioè quella della delimitazione dell'area coperta, ma questo solo perché consegnata all'art. 24 (35), sul campo di applicazione.

Venendo a Titolo III, il confronto sull'articolo 11 (19) (Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali nelle unità produttive), che ne costituisce il referente, tocca il nervo sensibile del carattere selettivo dell'indirizzo promozionale, per cui suscita riserve critiche da quella sinistra che coltiva una anima movimentista, sì da richiedere di lasciare ai lavoratori l'intera libertà nella costituzione di loro rappresentanze, senza bloccarle negli ambiti di cui alle lett. a e b dell'articolo; ovvero pretendere di riservare tale costituzione alle liste presentate per l'elezione della commissione interna che abbiano conquistato il 5% dei voti validi espressi. Niente da fare, l'unico emendamento accolto è quello relativo al depennamento da "su iniziativa dei lavoratori iscritti" della parola "iscritti", sì da riconoscerla a tutti i lavoratori, ma pur sempre solo nell'ambito delle associazioni sindacali ivi previste.

La partita non si esaurisce qui, perché continua negli articoli successivi, a cominciare dall'articolo 11-*bis* (soppresso), sul riconoscimento legislativo della Commissione interna e del delegato d'azienda, difeso a spada tratta dalla sinistra contro il proposito di sopprimerlo: se ne enfatizza il rilievo storico, il carattere democratico il radicamento del delegato d'azienda nelle piccole realtà, ma, se pur tenuto sotto traccia, c'è l'intento di contrapporre un istituto unitario, espressivo dell'intero organico aziendale a rappresentanze sindacali aziendali, che anche nel nome appaiono eredi delle sezioni associative delle diverse organizzazioni sindacali legittimate a costituirle. Se l'articolo in parola era scappato alla maggioranza in sede di Commissione lavoro, non succede così in aula dove viene percepito il rischio reale di interferire col sistema promozionale appena varato, anche se facendosi forti dell'argomento neutro per cui le Commissioni interne erano di matrice sindacale e tali dovevano rimanere, anche se questo avrebbe richiesto di non citarle affatto nello Statuto, come invece è stato. Se ne parla negli articoli 3 (4) e 5(6), come interlocutrici del datore di lavoro, in mancanza delle rappresentanze sindacali aziendali; se ne parla, altresì, negli articoli 10 (18) e 14 (22), sulla speciale copertura nei casi di licenziamento e di trasferimento, estesa dai rappresentanti sindacali aziendali ai candidati e membri di commissione interna.

Sull'articolo 12 (20), relativo al diritto di assemblea, considerato da sinistra uno strumento fondamentale dell'aggregazione spontanea, quale manifestatasi nelle lotte di quella stagione, doveva essere stato discusso a dovere nella Commissione lavoro, ma comunque venne ripreso a tutto campo in aula. Non fecero breccia i dubbi circa l'iniziativa riservata alle rappresentanze sindacali aziendali, la restrizione alle materie di interesse sindacale e del lavoro, la possibilità di effettuarle anche nell'orario di lavoro, senza, peraltro, rinviare per la relativa disciplina oraria alla contrattazione collettiva. Solo quest'ultima questione, che si prese gran parte del tempo, mise capo ad una modifica, con l'aggiunta di una franchigia di dieci ore retribuite, salvo una miglior regolamentazione collettiva.

Più breve fu il confronto sull'articolo 13 (21) dedicato al referendum, che, sempre dallo stesso angolo visuale, si sarebbe voluto soppresso, per esserne stato assicurato il monopolio alle rappresentanze sindacali, con una compressione indiretta dalla capacità espansiva della assemblea, ove fosse stata lasciata alla libera iniziativa della base; tentativo, destinato ad infrangersi contro il muro della maggioranza, disponibile di massima solo ai suoi propri emendamenti.

Ripreso, dopo il rinvio al termine dei lavori, l'articolo 14 (22), sul trasferimento dei dirigenti aziendali dalla unità produttiva, passa senza intoppi; così come l'articolo 16 (24), sui permessi non retribuiti, e l'articolo 17 (25), sul diritto di affissione; mentre l'articolo 15 (23), sui permessi retribuiti, dà vita ad un dibattito che termina con la previsione di minimi orari.

Significativo appare l'esame sull'articolo 18 (26), relativo ai contributi sindacali, dove il diritto di raccoglierli e di svolgere attività di proselitismo per le loro organizzazioni sindacali all'interno dei luoghi di lavoro era già stato riconosciuto ai "lavoratori", in sede di Commissione lavoro, con una eccezione significativa rispetto alla riserva dei diritti del Titolo III alle rappresentanze sindacali. Qui appare evidente il filo rosso del contrasto che corre lungo lo Statuto fra maggioranza e opposizione di sinistra. A sentire l'opposizione di sinistra si sarebbe dovuto riconoscere tale diritto alle organizzazioni, senza limitarlo a quelle sindacali, sì da ricomprendere anche quelle politiche; e non porre alcun limite al suo esercizio, coerentemente a quanto fatto per l'articolo sulla libertà d'opinione, dove sempre in sede di Commissione lavoro era stata soppressa l'espressione riduttiva di un suo utilizzo "in forme che non rechino intralcio allo svolgimento dell'attività aziendale". Tutto al contrario, la maggioranza non solo tenne duro sull'esclusione delle organizzazioni partitiche, ma forzò con successo l'introduzione di una formula restrittiva, per cui quanto previsto doveva avvenire "senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale". Niente, poi, da dire per l'art. 19 (27), l'ultimo articolo del Titolo III, sui locali delle rappresentanze sindacali aziendali, lasciato immodificato.

Un cenno in più è riservato all'articolo 20 (28), sulla repressione della condotta antisindacale, posto all'inizio del Titolo IV (Disposizioni varie e generali), che può *a posteriori* considerarsi il vero motore giudiziale dello Statuto, destinato a sopravvivere fino ai nostri giorni, nel contesto del processo del lavoro creato *ex novo* dalla l. 533/1973. A prescindere dall'emendamento accolto, per cui il pretore nei due giorni successivi alla presentazione del ricorso deve non solo convocare le parti e assumere sommarie informazioni, ma anche decidere; c'è il tentativo, andato a vuoto, di allargare l'ambito dei legittimati a proporre il ricorso, sì da estenderlo oltre agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, ai singoli lavoratori o alla loro rappresentanza aziendale.

Sfilano rapidamente sotto gli occhi gli articoli 20-*bis* (29) sulla fusione delle rappresentanze sindacali aziendali, 21 (30), sui permessi per i dirigenti provinciali e nazionali, 22 (31), sull'aspettativa dei lavoratori destinati a funzioni pubbliche elettive o a ricoprire cariche sindacali provinciali o nazionale, dove, peraltro, viene accolto un emendamento integrativo, sulla disciplina previdenziale dell'aspettativa, l'articolo 22-*bis* (32), sui permessi ai lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive, esteso dalla carica di consigliere comunale o provinciale a quella di Presidente di Giunta provinciale o di assessore provinciale.

Continuando a rispettare l'ordine dei Titoli e degli articoli, poi recepito dal testo definitivo dello Statuto, c'è da passare ad un nuovo Titolo V (Norme sul collocamento) destinato a trasformare il vecchio Titolo V in Titolo VI, con immutata rubrica (Disposizioni finali e penali) e articolato. L'unico articolo che finisce per ricadervi, il 25-*quinquies* (33), resiste ad un emendamento destinato a sopprimerlo, al fine di farne oggetto di un autonomo disegno di legge; ma viene rivisto con riguardo alla presidenza della Commissione di collocamento, quale costituita presso le sezioni zonali, comunali, frazionali dell'Ufficio provinciale del lavoro. Ciò a seguito di un vivace confronto: la sinistra avrebbe voluto mantenere ferma la previsione per cui il presidente era eletto nel suo seno, sì da confermarne il carattere sindacale, composta com'era dai rappresentanti dei lavoratori e dei datori; mentre, di contro, la maggioranza, optò per attribuirla al dirigente delle sezioni,

proprio per sancirne il carattere pubblico.

L'*ex* Titolo V, divenuto Titolo VI (Disposizioni finali e penali), è inaugurato dall'articolo 24 (35), sul campo di applicazione, che viene ulteriormente ampliato a seguito di un emendamento presentato dal Governo, subito dopo che ne era stato respinto un altro tendente ad eliminare l'articolo in questione, in quanto ogni limite, con riguardo a diritti costituzionalmente protetti, non poteva essere accolto. Ai sensi dell'emendamento governativo, come in seguito integrato coll'inserimento dell'articolo 10 (18), sulla reintegra, il precedente doppio limite viene drasticamente rivisto. Con riguardo al limite costituito dagli articoli richiamati, esso appare ampliato: se, prima, del Titolo III, erano unicamente gli articoli 14 (22), sul trasferimento dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali, 15 (23), sui permessi retribuiti e 16 (24) sui permessi non retribuiti e il secondo comma dell'articolo 19 (27), sui locali delle rappresentanze sindacali aziendali; ora, a venire inclusi *ex novo* non è solo l'art. 10, ma l'intero Titolo III, ad eccezione del primo comma dell'articolo 19 (27). Mentre, con rispetto al limite rappresentato dai numeri degli organici, esso riesce ridotto: gli articoli di cui sopra, si applicano, per le imprese industriali e commerciali, ad ogni unità produttiva al di sopra dei 15 dipendenti, e, rispettivamente, per le imprese agricole, ad ogni unità produttiva al di sopra dei 5 dipendenti; si applicano, comunque, alle imprese industriali e commerciali che nello stesso Comune occupano più di 15 dipendenti, e, rispettivamente, alle imprese agricole che nell'identico ambito territoriale occupano più di 5 dipendenti.

Un bel salto in avanti, non c'è che dire, ma per l'indirizzo promozionale, espresso dal Titolo III, non per l'indirizzo costituzionale. Qui il dato più significativo è dato dall'inserimento dell'art. 10 (18), come soggetto allo stesso limite numerico valido per il Titolo III, che non era affatto contemplato nel testo dell'art. 24 licenziato dalla Commissione lavoro del Senato, dove non lo si citava affatto, sì da lasciare la reintegra priva di qualsiasi limite. Quel che sorprende è che questa correzione *in peius* dell'ambito di applicazione della reintegra, che sarebbe stato enfatizzata dalla sinistra come la ragione principe del voto di astensione rispetto al varo dello Statuto, non rinviene in Aula, nel dibattito sull'articolo 24, e, poi, nelle dichiarazioni di voto, alcuna vivace contestazione da parte di Pci, Psiup, Indipendenti di sinistra.

Viene confermato pari pari l'articolo 24-*bis* (36), sugli obblighi dei titolari dei benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche; mentre l'articolo 24-*ter* (37), sull'applicazione ai dipendenti degli enti pubblici, vede sparire il suo comma su una delega biennale intesa ad uniformare, compatibilmente con la natura del rapporto, il trattamento giuridico dei dipendenti pubblici alle disposizioni dello Statuto, troppo lasciata ad un futuro incerto; e, vede, altresì, integrare il suo primo comma con qualcosa di immediatamente operativo, per cui, ferma restando l'applicazione dello Statuto ai rapporti di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici economici, essa si estende anche ai rapporti dei dipendenti degli altri enti pubblici, ma con una formula largamente sterilizzatrice, "salvo che la materia sia diversamente regolata da leggi speciali".

Uno sguardo a volo di uccello sull'art. 25 (38), sulle disposizioni penali, dove la sequenza degli articoli sanzionati viene arricchita, sì da riguardare ora gli articoli 2 (2), sulle guardie giurate, 3 (4), sul personale di vigilanza, 5 (6), sulle visite personali di controllo, 6-bis (8), sul divieto di indagini sulle opinioni, 7 (ora 15), sugli atti discriminatori, di cui al primo comma, lett. a). Mentre gli articoli seguenti, 25-*bis* (39), sul versamento delle ammende al Fondo adeguamento pensioni, 25-*ter* (40), sull'abrogazione delle disposizioni contrastanti, 25-*quater* (41), sulle esenzioni fiscali, passano senza colpo ferire.

9. Un primo confronto dottrinale: le giornate di studio Aidlass tenute a Perugia il 22-23 maggio 1970, su "Rappresentanza professionale e Statuto dei lavoratori".

Non mi illudo di esser stato seguito passo a passo dal pur paziente lettore, ma confido sul fatto che lo Statuto è ancor oggi una qual sorta di tabellina del diritto del lavoro, sì che un addetto ne deve avere una conoscenza mnemonica. Del resto, anche solo scorrendo il mio commento, è facile rendersi conto come il parto dello Statuto sia stato faticoso, senza, peraltro, comprometterne l'esito finale, rimasto come un esempio modello di come dovrebbe essere un intervento legislativo. Faticoso, ma il cesareo, di cui al titolo di questo scritto, si riferisce non tanto al travaglio della gestazione, quanto al fatto di essere rimasto tale e quale il Senato lo aveva fatto nascere; sì da ridurre il passaggio alla Commissione lavoro e all'Aula della Camera dei Deputati ad un fatto meramente rituale, sulla base di un accordo implicito, largamente condiviso, di licenziare in tutta fretta un testo, fatto proprio *in toto* o solo *pro parte,* ma di grande rilievo[1015]. Qui vale la pena di fare un cenno delle dichiarazioni finali rese alla Camera dei Deputati, perché testimoni delle valutazioni espresse dalla maggioranza di centro-sinistra e dalla opposizione di sinistra, di per sé tali da caratterizzarle di fronte alle loro rappresentanze elettorali. Senza riprendere le pur significative differenze all'interno dei singoli partiti, si può dire sinteticamente, che la base di partenza era divaricata, a partire dalla considerazione della relazione fra lotte in corso e Statuto, perché, da parte della prima, lo si riteneva idoneo a recepirne e a generalizzarne l'impatto, mentre, da parte della seconda, lo si giudicava arretrato, tanto da contenere invece che rilanciare quelle stesse lotte. Ma la vera ragione della diversità di opinione, quella destinata ad orientare la votazione, era relativa alla esclusione della politica nei luoghi di lavoro, che, poi, si risolveva nella mancata cittadinanza accordata ai partiti. Secondo la maggioranza, questa parificazione di partiti e sindacati nella promozione sarebbe stata altamente inopportuna, perché tale da inquinare la prospettiva di una unità sindacale, costruita proprio sulla ritrovata autonomia delle confederazioni; secondo l'opposizione, sarebbe stata incostituzionale, perché limitativa della libertà di opinione e di riunione.

La partita in gioco era molto grossa, occultata dietro le schermaglie delle argomentazioni, perché, come già accennato, la maggioranza cercava di legittimarsi in forza di una relazione diretta con le Confederazioni, dando per scontato, anzi sollecitando una loro responsabilizzazione rispetto alle grandi riforme; mentre la minoranza contrastava duramente proprio questa "supplenza sindacale", che la tagliava fuori dai luoghi di lavoro, lasciando che le Confederazioni vi monopolizzassero una piattaforma rivendicativa proiettata dalle conquiste salariali e normative alle questioni delle pensioni, della casa, della sanità Ma alla critica verso questa "discriminazione", si accompagnava, in maniera meno gridata, quella sulla "istituzionalizzazione" o addirittura "burocratizzazione" del movimento confederale, capace di imbrigliare e ossificare la protesta di base; cosa che sarebbe risultata del tutto evidente nella riserva a favore delle Federazioni confederali, della convocazione dell'assemblea, escludendone la funzione emersa di forza sul campo, di aggregazione spontanea e genuina. Tanto più, si obbiettava, la norma ne limitava l'ordine del giorno alle "materie di interesse sindacale e del lavoro", con una formula considerata restrittiva, ripresa alla lettera nella disciplina del diritto di affissione; osservazione, questa, che, peraltro, contrastava con l'effettiva utilizzazione dell'assemblea in quella "supplenza sindacale" esercitata dalle

[1015] I lavori parlamentari della V legislatura della Camera dei Deputati sono disponibili in http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre%5Fsezionism%2F9801%2F9809%2Fdocumentotesto%2Easp%3F.

Confederazioni, che tornava indigesta proprio a sinistra. Questo, peraltro, bastò perché trovasse fortuna una conversione del nome, che ribattezzava lo Statuto come "lo Statuto dei diritti dei sindacati".

Di più non vale la pena di dire, perché a rileggere gli atti parlamentari, si può riscontrare quanto datato già allora fosse il linguaggio di una sinistra che ancora parlava in una versione nazional-popolare del marxismo, contrapponendo sfruttatori e sfruttati, classi lavoratrici e padronali, governi democratici e asserviti all'Europa e alla Nato, sì da finire per confondere l'attuazione della Costituzione con una trasformazione del capitalismo, assestandosi sulla linea del Piave dell'astensione, che, in questo *embrassons nous* del cinquantenario, ha preferito dimenticare. Ma, lasciamo che i morti seppelliscano i loro morti, per dare un'occhiata, da addetto ai lavori, alla reazione di una dottrina, che proprio in questa occasione trova ragione per confrontarsi in una discussione senza veli sulle politiche del diritto, ancora praticate sotto la coltre di una assoluta neutralità formale.

Ancora oggi, i sopravvissuti che vi presero parte, hanno stampato in mente le Giornate di studio di Perugia del 22-23 maggio 1970, organizzate dall'Aidlass, con la partecipazione dell'intero universo dei giuslavoristi, che, a rivederne l'elenco, comprendeva le tre generazioni succedutesi sulla scena fin oltre la svolta del millennio. A solo un paio di giorni dopo il varo solenne dello Statuto, il tema trattato era "La rappresentanza professionale e lo statuto dei lavoratori", che si aveva avuto il fiuto di individuare in anticipo come quello più caldo, per la soluzione di continuità, netta e destinata a risultare irreversibile, fra la realizzazione del modello costituzionale, in ragione dell'articolo 39, c. 2 ss. e la promozione del modello fattuale ormai consolidatosi, preconizzata in forza del Titolo III dello Statuto. E a far da relatore era stato scelto Federico Mancini, che aveva fatto parte della Commissione Giugni, con cui era amico e coprotagonista di uno progetto riformista a largo raggio, comprensivo di un rinnovamento del diritto del lavoro all'insegna di un dialogo più serrato coll'effettivo svolgimento del fenomeno sindacale. L'appuntamento aveva tutte le condizioni per riuscire vivace, e fu così infatti, non senza qualche alzata di tono, fuori dell'usuale galateo. Preceduto da un intervento del Presidente Mazzoni, che, avendo già letto la relazione, si augurava che poi si tornasse a parlare di diritto, Mancini fece un quadro completo ed articolato, limpido e colto com'era nel suo stile, del processo che aveva portato allo Statuto, combinando le due anime maturate in ambienti culturali ed i tempi diversi: quella costituzionale, nella Cgil dell'inizio del decennio '50, con a suo mentore Natoli, e, rispettivamente, quella promozionale, nella Cisl della fine del decennio '60, con a suo suggeritore Giugni. Pur privilegiando la seconda, così come tradotta nel Titolo III, considerava che si sarebbe trovata in ritardo rispetto alla situazione maturata, se nel frattempo la spinta rivendicativa espressasi nei consigli aziendali dei delegati (Cad), ricalcati a misura di una organizzazione del lavoro articolata su gruppi e reparti, non fosse stata largamente recuperata dalle organizzazioni sindacali confederali, come pensava fosse già in corso, a fronte di uno stallo, se non di un riflusso, del movimentismo di base[1016].

Non c'era nella sua relazione alcuna dettagliata disamina della problematica ermeneutica, che pure avrebbe affaticato la dottrina e la giurisprudenza; ma se ci fosse stata, sarebbe stata destinata a venir superata dalla strabordante produzione dottrinale e giurisprudenziale e dottrinale

---

[1016] MANCINI, *La rappresentanza professionale e lo statuto dei lavoratori*, in *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori*, Atti delle giornate di studio Aidlass (Perugia, 22-23 maggio 1970), Milano, 1971, 13 e ss.

che ne seguì. Ma c'era la lucida valutazione che quella dello Statuto, sarebbe stata una scommessa vincente, proprio in forza della stessa evoluzione della realtà, con la ripresa confederale già a partire dalla prima parte del 1969; cosa, questa, poi puntualmente compiutasi, a dispetto dei molti critici, se non addirittura dei non pochi detrattori. Suscita un senso nostalgico a chi allora non solo fu presente, ma anche intervenne da giovane dottore, rileggere gli atti popolati dai fantasmi di grandi maestri, con quel confronto anche pungente sul metodo, che oggi appare del tutto datato, come se non toccasse al giurista farsi carico del contesto sociopolitico in cui è maturato un intervento legislativo ancor prima di affrontare il suo travaglio parlamentare, per cogliere a fondo il significato complessivo del testo da commentare. Ma, scorrendo la sequenza degli interventi, emergono alcune problematiche destinate a trovar risposte negli anni che seguirono, con alcune smentite e conferme della relazione introduttiva. Certo Mancini aveva ecceduto nel delineare una linea di demarcazione piuttosto netta fra anima costituzionale e anima promozionale, con una esplicita preferenza accordata alla seconda, in quanto capace di garantire anche la prima, con una sottesa preferenza dell'autotutela collettiva rispetto alla tutela giurisdizionale; eccesso, questo, che la parte fondamentale giocata dalla nuova giovane magistratura nella stagione dell'applicazione dello Statuto avrebbe dimostrato[1017].

Ma non aveva forzato nel considerare conforme all'art. 39, la natura selettiva di quell'anima promozionale a favore *in primis* delle confederazioni maggiormente rappresentative, cioè, nell'intenzione, di Cgil, Cisl, Uil. A venire in questione non era l'articolo 39, co. 2 ss., per quanto fosse citato da qualcuno, perché, a prescindere dei due disposti sugli impianti audiovisivi e sulle visite di controllo - peraltro relativi a quel livello aziendale ritenuto da un certo indirizzo dottrinale e giurisprudenziale estraneo al meccanismo costituzionale - la sola norma intesa a sollecitarne l'applicazione, senza però ricollegarvi alcuna efficacia diretta, era quella sugli obblighi dei titolari dei benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche era chiamata in causa.

A tener caldo il dibattito era l'articolo 39, co. 1, dato che affermare che la libertà di organizzazione sindacale sarebbe stata violata dalla creazione di una disparità, di per sé stessa discriminatoria, equivaleva ad affossare quasi per intero il Titolo III, cioè, in parole povere, la sostituzione al sistema imbalsamato nel testo costituzionale con quello emerso di fatto, con tanto nitido vigore, da poter essere interpretato dallo stesso Giugni in chiave di ordinamento intersindacale[1018].

Sarà il Giudice delle leggi[1019] a dar ragione a Mancini sul piano costituzionale, interpretando il sistema di fatto come diritto vivente, degno di essere ospitato nell'art. 39, co. 1, secondo uno schema a due stadi, che garantiva a qualsiasi presenza sindacale una protezione di base, quale assicuratole esemplarmente dall'articolo statutario sul diritto di associazione e di attività; ma non ostacolava, anzi favoriva una promozione a favore delle Confederazioni, che, in quando maggiormente rappresentative, erano in grado di canalizzare, razionalizzare, rendere negoziale la spinta di base in vista di grandi riforme; una risposta perfettamente sintonica rispetto alla rivisitazione operata dallo stesso Giudice della disciplina dello sciopero, con l'elevazione a diritto, accanto e oltre a quello contrattuale, del tutto scontato, di quello politico-economico. Ma sarà *Madame Geschickte*, da Mancini invocata, a dargli ragione sul piano fattuale, decidendo a suo favore nella

---

[1017] Sia consentito il rinvio a F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 3, 581-585.

[1018] GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.

[1019] Il riferimento è a Corte cost., 06 marzo 1974, n. 54, in *Foro It.*, 1974, I, 693.

scommessa aperta sul futuro, col falsificare la critica radicale di una ingabbiatura organizzativa della spontaneità assembleare, coltivata secondo la costante illusione intellettualistica di una creatività da lasciar libera nel suo esprimersi.

Si aprirà, a seguire, la stagione dei commentari allo Statuto, delle monografie, degli articoli, dei commenti a sentenza, con una fioritura dottrinale che almeno per qualità non avrebbe più trovato riscontro[1020]. Ma questa è un'altra storia che è già stata raccontata.

[1020] La letteratura sullo Statuto è ormai amplissima. Ci si limita a rinviare ai primi commentari destinati ad avere una grande influenza su tutta la successiva evoluzione dottrinale e giurisprudenziale: *Lo statuto dei lavoratori: commentario*, diretto da G. Giugni, Milano, 1979; GHEZZI, MONTUSCHI, MANCINI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori (artt. 14-18)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981; *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975.