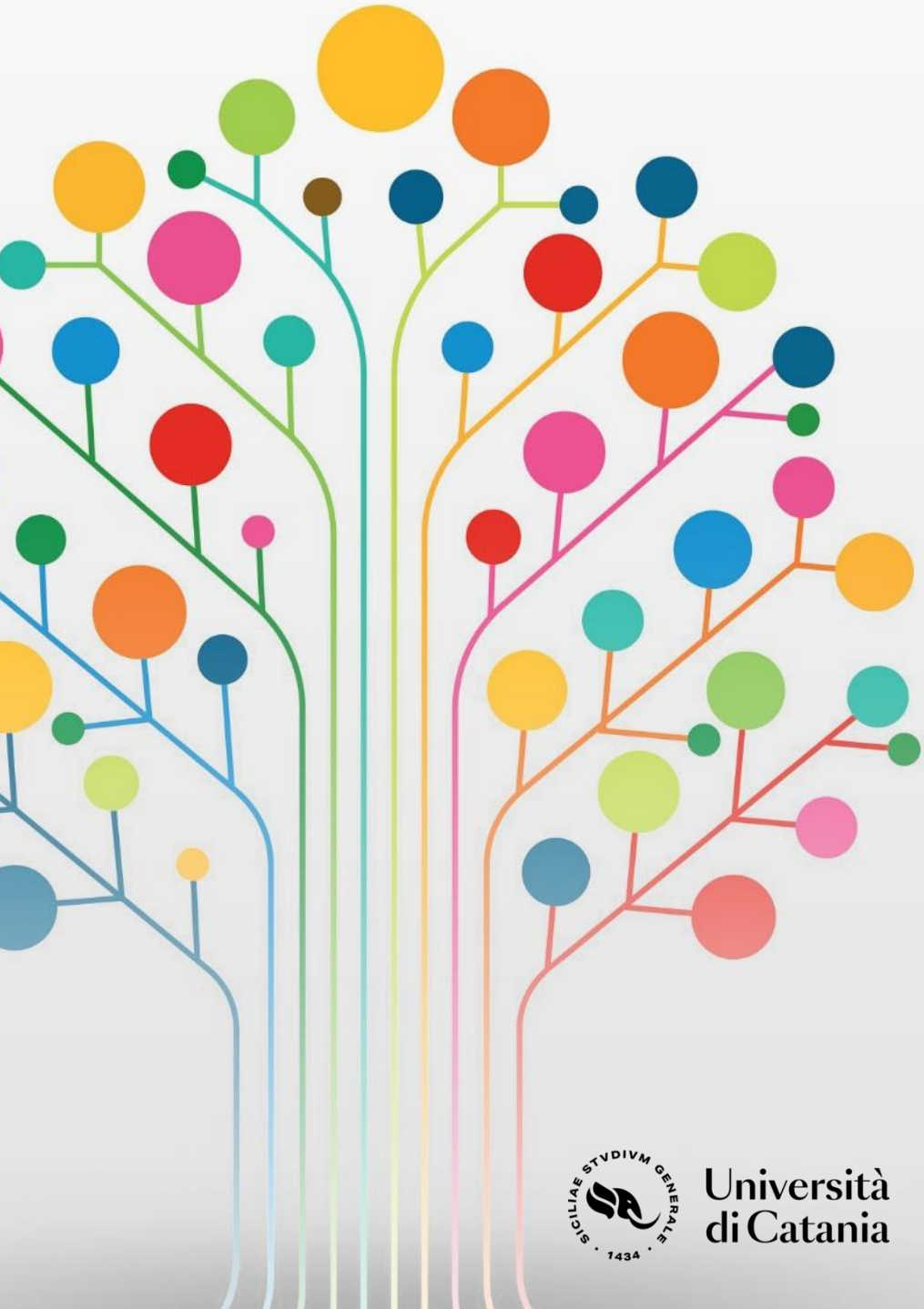
2/2019

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

ANDREA SITZIA, Università di Padova

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

MARCO MARAZZA, Università Mercatorum

ADALBERTO PERULLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

BRUNO CARUSO, Università di Catania

RICCARDO DEL PUNTA, Università di Firenze

TIZIANO TREU, Università Cattolica di Milano

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

ALESSANDRO BELLAVISTA, Università di Palermo

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

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

GIOVANNI MODICA SCALA, Università di Bologna

ALESSANDRO RICCOBONO, Università di Palermo

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

ANTONIO LOFFREDO, Università di Siena

MARCO TUFO, Università di Siena

STEFANIA SCARPONI, Università di Trento

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2019 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569042

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

n. 2/2019

SOMMARIO

Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo
Andrea Sitzia 1

Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa
Luigi de Angelis 18

Le garanzie difficili nel sistema degli appalti
Marco Marazza 33

Workers' Participation in the Firm: Between Social Freedom and Non-Domination
Adalberto Perulli 48

Il sindacato tra funzioni e valori nella "grande trasformazione". L'innovazione sociale in sei tappe
Bruno Caruso 65

Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato
Riccardo Del Punta 103

Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare
Tiziano Treu 127

Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale
Stefano Giubboni 148

Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile
Giorgio Fontana 163

Ordinanze prefettizie, libertà di riunione e diritto al conflitto
Alessandro Bellavista 192

Workplace Bullying in Italy. Malicious Intent and Role of EU Anti-discrimination Law
Raffaello Santagata de Castro 209

Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità
Lorenzo Zoppoli 225

Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza
Stefano Giubboni 247

Il reddito di cittadinanza tra *workfare* e metamorfosi del lavoro
Giovanni Modica Scala 265

Neoformalismo negoziale e tecniche di protezione: il caso della proroga del contratto a termine
Alessandro Riccobono 283

I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo
Mariella Magnani 298

Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale
Antonio Loffredo - Marco Tufo 305

L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico
Stefania Scarponi 342

Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo*

Andrea Sitzia

1. Occupati, disoccupati, precarietà e flessibilità: una narrativa complessa. 2

1.1. Lavoro "temporaneo" e "decreto dignità" nella prospettiva europea. 2

2. Lavoro a termine, part-time e somministrazione: convergenze e divergenze nel diritto europeo. 5

2.1. La somministrazione di lavoro e la direttiva sul lavoro a tempo determinato. 6

2.2. Il "riesame" di divieti e restrizioni: somministrazione e part-time a confronto. 7

3. Il lavoro interinale nella prospettiva del distacco intracomunitario di manodopera. 11

4. Conclusioni. 15

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 391/2019

1. Occupati, disoccupati, precarietà e flessibilità: una narrativa complessa.

Lavoro a termine e somministrazione di lavoro sono oggetto di un'opera incessante di revisione normativa, caratterizzata da divergenti approcci di politica economica e del diritto, accomunati, al fondo, da una narrazione sottintesa che assegna alle norme il potere di creare occupazione.

Il "decreto dignità" poggia, mediaticamente, su di una petizione di principio estremamente chiara.

Il Vicepresidente del Consiglio dei Ministri ha ritenuto di presentare in questi termini lo spirito del decreto: «da ministro ho deciso di dichiarare guerra al precariato. Lo stato continuo di precarietà e incertezza dei giovani italiani sta disgregando la nostra società. Sta facendo impennare il consumo di psicofarmaci. E facendo calare la crescita demografica»[1].

Nel lemma "precariato" rientrano, oltre alle nuove forme di esternalizzazione della manodopera connesse allo sviluppo della c.d. "uberizzazione" dell'economia, il contratto a termine e la somministrazione, stigmatizzati come contratti da evitare perché esprimono sfruttamento.

Questa narrativa, soprattutto per quanto concerne la somministrazione di lavoro, riconduce (almeno apparentemente) il dibattito agli studi che, negli anni settanta, guardavano con diffidenza al ruolo delle agenzie di lavoro interinale nel mercato del lavoro[2], e si pone in esplicito contrasto con la centralità della funzione che queste hanno assunto, oggigiorno, quali partner attivi dei servizi pubblici per l'impiego e nel settore della gestione delle risorse umane[3].

1.1. Lavoro "temporaneo" e "decreto dignità" nella prospettiva europea.

Lasciando sullo sfondo le dichiarazioni prettamente politiche, resta l'estrema complessità del tema relativo alla regolamentazione del "lavoro temporaneo" (a termine o in somministrazione) che presuppone, nella prospettiva europea, un almeno triplice ordine di problematiche tra loro connesse, consistenti i) nella ricostruzione del rapporto intercorrente tra la somministrazione di lavoro "interna" e quella intracomunitaria, nella prospettiva del distacco transnazionale di manodopera; ii) nell'identificazione della *ratio* della direttiva 2008/104/CE nella prospettiva dell'impulso allo sviluppo del lavoro interinale rispetto ad altre forme di lavoro "atipico"; iii) nella ricostruzione dei limiti e delle forme di controllo che il diritto europeo ammette rispetto al "lavoro temporaneo".

---

[1] Così il Vicepresidente del Consiglio dei Ministri in un "post" su Facebook; cfr. *Di Maio: "Guerra al precariato"*, in *https://www.adnkronos.com*, 17 giugno 2018. Al riguardo si veda M. MISCIONE, *Il lavoro somministrato dopo il "decreto dignità" e momenti di storia del* diritto, in *Lav. giur.*, 2019, 2, pp. 123 ss.; L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP C.S.D.L. "Massimo D'Antona".IT*, n. 377/2018; ID., *Com'è cambiato il diritto del lavoro*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 333 ss.; P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP C.S.D.L. "Massimo D'Antona".IT*, n. 380/2018; F. DI NOIA, *"Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018*, in *WP C.S.D.L. "Massimo D'Antona".IT*, n. 381/2018.

[2] Cfr., fra gli altri, P. LE TOURNEUR, *La prestation de services temporaries*, Thèse, Paris, 1969; G. CLAIRE, *Les nouveaux marchands d'hommes? Étude du travail intérimaire*, Paris, Éditions ouvrières, 1973; J. BRODA, *Travail temporaire: officines pour l'exploitation*, in *Économie et Politique*, 1978, n. 12, p. 23 ss. Per un riepilogo si veda R. BELKACEM, C. KORNIG, *La construction sociale du travail intérimaire: de ses origines aux États-Unis à son institutionnalisation en France*, in Économies et sociétés, Développement, croissance et progrès – Presses de l'ISMEA – Paris, 2011, tome XLV/8 (Socio-Économie du Travail n. 33), p. 1301-1327.

[3] Si veda, per tutti, il rapporto di Eurociett, UNI Europa, *Le rôle du travail intérimaire et les transitions du marché du travail en Europe*, 2015; S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La somministrazione di lavoro, un confronto comparato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 125 ss.

Disciplina del distacco transnazionale e armonizzazione sociale sono, dunque, i differenti contesti nella duplice angolazione dei quali la materia in esame viene affrontata dal diritto dell'Unione europea, che non conosce né un divieto generale di interposizione/intermediazione di manodopera, né afferma l'illiceità del "prestito" di manodopera a scopo di lucro.

Questo non significa che al fondo della complessiva disciplina europea non vi sia la consapevolezza del fatto che «le regole che reprimono il traffico di manodopera sono essenziali al buon funzionamento del mercato del lavoro. Così come non possiamo ammettere che un'impresa utilizzi una società fittizia per sfuggire ai propri obblighi in materia di diritto fiscale o di diritto dell'ambiente, nello stesso modo le regole della concorrenza si trovano falsate se certe imprese possono eludere l'applicazione del diritto del lavoro interponendo tra esse e i propri lavoratori un datore di lavoro fittizio che non ha altre funzioni che quella di permettere questa frode. Le legislazioni nazionali sono troppo spesso impotenti a questo riguardo, tenuto conto delle possibilità offerte dalla libera prestazione di servizi in seno all'Unione europea. La recente direttiva relativa alla prestazione di servizio intraeuropeo mostra che è a livello comunitario che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, una tale questione deve essere affrontata»[4].

Guardando più a fondo la materia emerge come gli assestamenti dei diritti nazionali (ivi compreso il nostro) rispecchino la complessità dell'approccio sovranazionale, caratterizzato da una graduale, e non sempre perfettamente trasparente, elaborazione dello statuto giuridico di riferimento per il lavoro temporaneo.

Anche il diritto europeo, in altri termini, procede per tappe; in un primo tempo la preferenza veniva accordata al c.d. metodo aperto di coordinamento nelle politiche per l'impiego, mentre in un secondo tempo si è proceduto ad una regolamentazione del c.d. "lavoro atipico", sviluppatasi progressivamente nella direzione di una valorizzazione enfatica della combinazione di flessibilità e sicurezza[5]. Non è agevole, dunque, muovere una critica generalizzata al legislatore nazionale, attesa l'estrema complessità delle questioni sottese alla regolazione dei contratti c.d. "atipici" o "temporanei".

All'interno di uno scenario che vede lo stesso legislatore europeo incerto nella ricerca di un complicato bilanciamento tra esigenze contrapposte, si colloca il "decreto dignità", caratterizzato da un approccio "regressivo".

Non essendo questa la sede per un'indagine puntuale delle modifiche apportate dal "decreto dignità", si conceda una semplificazione. La novella, in estrema sintesi, reca almeno quattro significative novità, evocativamente immesse nel corpo del d. lgs. n. 81 del 2015, rispetto all'impianto originario del quale si pongono in evidente discontinuità: i) reintroduzione delle causali per i contratti a termine (diretti o in somministrazione) di durata superiore a 12 mesi; ii) durata massima del contratto a tempo determinato (diretto o in somministrazione) ridotta a 24 mesi; iii) limitazione ad un terzo del totale dei lavoratori utilizzabile con contratto a tempo determinato o

---

[4] A. SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, ed. it. a cura di P. BARBIERI, E. MINGIONE, Roma, Carocci, 2003 (ma 1999), pp. 33 e seg.

[5] Per una attenta ricostruzione dei diversi approcci al tema nella prospettiva, dapprima, dello sviluppo di uno statuto protettivo dei lavoratori delle agenzie di lavoro temporaneo, approdato, poi, nel riconoscimento alle stesse del ruolo di intermediari nella mobilità dei lavoratori, si veda H. FRENZEL, *The Temporary Agency Work Directive*, in *European Lab. Law Journal*, 2010, 1, p. 119. Cfr. anche M. BELL, *Between flexicurity and fundamental social rights: the EU directives on atypical work*, in *European Law Review*, 2012, pp. 31 ss. Sul tema, in generale, M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexsicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2018.

in somministrazione; iv) aumento del cuneo fiscale a carico dei datori di lavoro per i contratti a termine, con estensione del contributo addizionale per i rinnovi al contratto a termine del somministratore, oltre all'aumento delle indennità risarcitorie in caso di licenziamento ingiustificato del lavoratore subordinato a tempo indeterminato (a tutele crescenti) fino a 36 mesi di retribuzione.

Rispetto alle novità introdotte dal "decreto dignità" è interessante richiamare alcune autorevoli, contrapposte, opinioni relative all'impianto originario del c.d. "jobs act".

In relazione al contratto a termine è stato sostenuto che la relativa disciplina fosse stata snaturata da un intervento normativo definito "sconcertante", che lo aveva trasformato in una «prova a singhiozzo» della durata di ben tre anni, con tasso intollerabile di precarietà[6].

Diversamente, con riferimento alla somministrazione, era stata enfatizzata la «marcia di progressiva emancipazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato dai "pedaggi" richiesti per la sua iniziale legittimazione nel nostro ordinamento», accompagnata, tuttavia, da una aspra critica rispetto al mantenimento, considerato errato, della «convinzione che contratto a termine e somministrazione debbano andare "a braccetto", attesa la somiglianza che li accomuna in termini di "pericolosità sociale"»[7].

È significativo porre in evidenza come le diverse letture (e quindi la valutazione circa la bontà o meno del "jobs act") si incentrassero, parallelamente, su di un rimando costante al diritto europeo, usato vuoi per affermare la contraddittorietà del contratto a termine "acausale" rispetto ad un postulato (ma indimostrato[8]) principio di preferenza accordata dal diritto europeo per il rapporto di lavoro (subordinato) a tempo indeterminato, vuoi, nella prospettiva esattamente opposta, per valorizzare l'affermazione di una compatibilità piena degli alleggerimenti dei vincoli e delle limitazioni alla somministrazione, considerate ancora eccessive.

Il ponte concettuale tra le diverse prospettive interpretative è rappresentato dalla sentenza dell'11 aprile 2013, con cui la Corte di giustizia[9] ha avuto modo di affermare che il lavoratore interinale, in quanto tale, è escluso dal campo di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE.

Questo tema, che è centrale, verrà ripreso più oltre.

La critica al "jobs act", comunque, in questo scenario, valorizzava l'idea che nella direttiva 2008/104/CE venga affermato che la somministrazione è sì strumento di flessibilità al servizio

---

[6] Così M.V. BALLESTRERO, *Così si cambia l'eccezione con la regola*, in *Il decreto Lavoro. Opinioni a confronto*, Lavoro&Welfare, ed. online, 2014, 4, p. 13. Si veda, in argomento, V. DE MICHELE, *Il d.lgs. 81/2015 e l'(in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e conciliazione vita-lavoro nel Jobs act II*, Cacucci, Bari, 2015, pp. 25 ss.

[7] Così R. DE LUCA TAMAJO, F. PATERNÒ, *La somministrazione di lavoro*, in *Il decreto Lavoro. Opinioni a confronto*, cit., p. 15.

[8] Il significato precettivo dell'affermazione del contratto a tempo indeterminato come "forma comune dei rapporti di lavoro" nei considerando delle direttive europee 1999/70/CE e 2008/104/CE è discusso anche in ragione del valore meramente politico da attribuirsi ai considerando anteposti alle direttive europee. Sul punto, è stata ampiamente sottolineata la diversità di significato da attribuirsi alla normativa interna di cui all'art. 1, comma 01, del d. lgs. n. 368 del 2001 (ora art. 1 del d. lgs. n. 81 del 2015) rispetto al preambolo dell'accordo quadro europeo (così come della direttiva del 2008). Cfr. A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, Padova, 2013, p. 134.

[9] Corte giust. UE, 11 aprile 2013, C-290/12, *Della Rocca-Poste Italiane S.p.a.*

delle imprese, ma anche meccanismo di sostegno attivo del lavoratore e della sua "occupabilità" e così, sia pure mediatamente, del mercato del lavoro e del suo dinamismo: «continuare a legiferare sulla somministrazione "di riflesso" e "a cascata" come conseguenza necessitata di bilanciamento e compensazione degli interventi sul contratto a termine impedisce, o, quantomeno rallenta la valorizzazione della specificità e della ricchezza in termini di impulso occupazionale e di flessibilità "sicura" che la somministrazione può dare e che dà, e da tempo, in altri e più avanzati Paesi, anche dell'Unione europea»[10].

Su questo punto v'è continuità tra "decreto dignità" e "jobs act", accomunabili nella (criticata) prospettiva di affiancamento tra lavoro a termine e somministrazione, cui la novella del 2018 ha impresso una significativa accelerazione, atteso l'appesantimento del "pedaggio", oggi rappresentato dal triplice vincolo dei 12 mesi + causale + limite quantitativo.

2. Lavoro a termine, part-time e somministrazione: convergenze e divergenze nel diritto europeo.

Part-time, lavoro a termine e somministrazione sono forme "flessibili" (o "atipiche") di lavoro, oggetto di tre direttive diverse e non perfettamente sovrapponibili (la n. 1997/81 per il part-time, la n. 1999/70 per il lavoro a tempo determinato e la 2008/104 per il lavoro tramite agenzia[11], adottata "a completamento" della direttiva 1991/383, relativa al miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale).

Dall'esame delle tre direttive in questione è possibile individuare, al tempo stesso, linee di convergenza e di divergenza con riferimento specifico alla questione relativa alla regolazione della "temporaneità", ed alla prevenzione della "precarietà". Prendendo come punto di riferimento la somministrazione di lavoro, si cercherà, nelle pagine che seguono, di porre in evidenza quale sia il filo conduttore che lega, e distingue, le diverse fattispecie di riferimento.

---

[10] R. DE LUCA TAMAJO, F. PATERNÒ, *La somministrazione di lavoro*, cit., p. 16. In senso analogo, per una forte e positiva valorizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato come istituto privo di qualsivoglia connotazione capace di assimilarlo al lavoro a termine, si veda F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all'indomani del* Jobs Act, in G. ZILIO-GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016.

[11] Sulla direttiva 2008/104/CE in generale si vedano, tra gli altri, S. ARCHAIN, *The Transnational Supply of Workforce within the European Union. Issues of equal treatment for migrant workers*, in *La Rivista Adir. L'altro diritto*, 2017, reperibile alla pagina web *http://www.adir.unifi.it/rivista/2017/archain/*; A. SARTORI, *Temporary Agency Work in Europe. Degree of convergence following Directive 2008/104/EU*, in *European Labour Law Journal*, 2016, vol. 7, n. 1, pp. 109 ss.; M.D. FERRARA, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *DRI*, 2014, pp. 111 ss.; N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne. Les données du débat*, in *Revue de droit du travail*, 2012, 4, pp. 240 ss.; M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Amon, Padova, 2012; C. BARNARD, *EU Employment Law*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 426 ss.; P. LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in R. FOGLIA, R. COSIO, *Il Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 405 ss.; F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, t. IX, Utet, Torino, 2010, pp. 570 ss.; S. ROBIN-OLIVIER, *French Reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work*, in *European Labour Law Journal*, 2010, 1, pp. 398 ss.; H. FRENZEL, *The Temporary Agency Work Directive*, cit.; V. DE STEFANO, *La nuova direttiva sul "lavoro tramite agenzia interinale" e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione di lavoro: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine*, in *ADL*, 2010, 4-5, pp. 893 ss.; M. CORTI, A. SARTORI, *La disciplina europea del lavoro interinale tramite agenzia*, in *RIDL*, 2009, III, pp. 189 ss.; N. COUNTOURIS, R. HORTON, *The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise*, in *Industrial Law Journal*, 2009, pp. 329 ss.; T. VAES, T. VANDENBRANCE, *Implementing the new temporary agency work directive*, Paperback, Leuven, 2009; K. AHLBERG ET AA., *Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, P.I.E., Brussels, 2008. Sulla somministrazione di lavoro nel nostro ordinamento si veda, per tutti, M.T CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 3ª ed., 2013.

2.1. La somministrazione di lavoro e la direttiva sul lavoro a tempo determinato.

La Corte di giustizia, con la già citata sentenza dell'11 aprile 2013, ha affermato che il contratto tra lavoratore e agenzia di somministrazione non rientra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Esprimendo questo principio, la Corte ha evitato di prendere posizione sulle due, delicate, questioni poste dall'ordinanza di remissione, relative, da un lato, alla norma che consentiva l'apposizione del termine e la sua reiterazione sulla base delle esigenze generali dell'utilizzatore, slegate dallo specifico rapporto di lavoro, e, dall'altro lato, al meccanismo secondo cui le conseguenze dell'abuso venivano (e sono tuttora) poste a carico dell'utilizzatore, che resta soggetto terzo.

La portata interpretativa e sistematica della sentenza del 2013 non deve essere sopravvalutata, e difficilmente consente di affermare l'esistenza di un principio sovranazionale di separatezza netta e definitiva tra le due discipline (termine e somministrazione) quanto a misure antiabusive.

All'epoca cui si riferivano i fatti di causa, invero, la direttiva 2008/104 non poteva trovare applicazione perché successiva (i periodi di lavoro interinale oggetto di causa riguardavano il periodo compreso tra il 2 novembre 2005 e il 31 gennaio 2007, laddove la direttiva, come noto, doveva essere trasposta nel diritto interno non oltre il 5 dicembre 2011); per questa ragione le considerazioni espresse dalla Corte non forniscono alcuna interpretazione dell'art. 5, par. 5, della direttiva del 2008, che espressamente impone agli Stati membri l'adozione delle «misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva».

Il giudice remittente, del resto, nel decidere la causa all'esito del pronunciamento della Corte, ha tratto proprio questo principio dalla sentenza di Lussemburgo, ritenendo che l'ordinamento europeo, nella sua versione antecedente la direttiva del 2008, andasse interpretato nel senso di consentire ai giudici nazionali di rintracciare nell'ordinamento interno lo strumento più appropriato di prevenzione degli abusi, utilizzando eventualmente anche quello previsto per il contratto a termine[12].

Il collante tra la soluzione adottata dal giudice nazionale e la sentenza della Corte di giustizia si può trovare proprio all'interno di quest'ultima, nel passaggio (contenuto ai punti 42 e 43 della motivazione) secondo cui l'affermazione della estraneità dei rapporti di lavoro a tempo determinato di un lavoratore interinale messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice da un'agenzia di lavoro interinale rispetto all'ambito di applicazione dell'accordo quadro e della direttiva 1999/70[13], non contraddice quanto dichiarato dalla Corte medesima in una precedente ordinanza del 15 settembre 2010[14].

---

[12] Si veda Trib. Napoli, 5 marzo 2014, in *Riv. giur. prev. soc.*, 2014, 4, pp. 450 ss., con nota di F. SIOTTO, *Lavoro temporaneo, frode alla legge e prevenzione degli abusi*.

[13] Con la precisazione, contenuta al punto 37 della motivazione, a mente del quale l'esclusione riguarda il lavoratore interinale in quanto tale, e non l'uno o l'altro dei suoi rapporti di lavoro, con la conseguenza che tanto il suo rapporto di lavoro con l'agenzia di lavoro interinale quanto quello sorto con l'azienda utilizzatrice esulano dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

[14] Corte giust. UE, 15 settembre 2010, C-386/09, *Briot-Randstad Interim e altri*.

Quest'ultima ordinanza affermava (punto 36 della motivazione) che il lavoratore interinale, ricorrente nella causa principale, pur non fruendo, nello specifico, delle tutele garantite dalla direttiva sul trasferimento d'impresa, ben «potrebbe, all'occorrenza, beneficiare contro l'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in virtù di altre disposizioni del diritto dell'Unione, segnatamente della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE […]».

La precisazione circa l'assenza di contraddizione (particolarmente enfatizzata dalla Corte) porta a ritenere che il regime di prevenzione degli abusi nel contratto di somministrazione di lavoro è una questione puramente interna, da affrontare mantenendo fermo l'obbligo di interpretazione conforme.

In questo modo può dirsi disinnescato il rischio, paventato in dottrina, di un «passo indietro nella definizione delle tutele dei lavoratori a tempo determinato assunti dalle agenzie di lavoro interinale […] che preoccupa soprattutto in vista della probabile futura chiamata in causa della Corte di Giustizia in merito al contenuto e alla portata vincolante dell'art. 5, par. 5, della Direttiva 2008/104/Ce»[15].

Comparando la direttiva del 1999, ed in particolare la clausola 5 dell'accordo quadro ad essa allegato, con la clausola 5 della direttiva del 2008, emerge una comunanza di scopo tra le due, parallele, clausole di prevenzione delle elusioni, dalla quale può trarsi «l'esistenza di un comune divieto di reiterazione per i rapporti temporanei in generale con l'obiettivo di consolidare rapporti stabili e non frammentari»[16], la cui definizione è rimessa alla regolazione interna dei singoli ordinamenti nazionali.

L'assimilazione tra dipendenti a tempo determinato delle agenzie di somministrazione e lavoratori a termine direttamente assunti dall'impresa utilizzatrice (nel cui solco si inserisce il "decreto dignità") risponde, dunque, ad una logica che non è estranea al sistema comunitario, ed anzi rappresenta la massima garanzia di parità di trattamento tra lavoratori comparabili, atteso che ne estende l'operatività ai profili relativi alle tutele contro gli abusi.

2.2. Il "riesame" di divieti e restrizioni: somministrazione e part-time a confronto.

Una possibile criticità, o, comunque, un argomento di potenziale contrasto rispetto alla legittimità di una tale assimilazione, potrebbe derivare dall'art. 4 della direttiva 2008/104, a mente del quale «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale che investono in particolare la tutela dei

---

[15] Così M.D. FERRARA, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, cit., p. 31. La questione relativa alla portata vincolante dell'art. 5, par. 5, della direttiva 104 è dibattuta in dottrina. Si esprime in senso negativo P. LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., p. 412, il quale ritiene che la disposizione «sembra confondersi con la successiva previsione di un adeguato sistema sanzionatorio idoneo a far rispettare le previsioni della direttiva (art. 10 della direttiva) e, a tale stregua, costituirne un ulteriore tassello rafforzativo»; si veda anche M.P. AIMO, *La nuova disciplina sul lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 648.

[16] Cfr. F. SIOTTO, *Lavoro temporaneo, frode alla legge e prevenzione degli abusi*, cit., p. 465. Nella giurisprudenza di Cassazione si riscontrano, sia pure a livello di *obiter dicta*, due orientamenti contrapposti. La sentenza n. 21001 del 6 ottobre 2014, (la si veda ne *Ilgiuslavorista.it*, 2015, fasc. 26, con nota di M. BONOMO, *Somministrazione di lavoro a tempo determinato: presupposti sostanziali e conseguenze sanzionatorie a confronto con la disciplina del contratto a termine*), recentemente richiamata, in motivazione, da Cass., sez. lav., 8 gennaio 2019, n. 197, da un lato, in termini piuttosto frettolosi, afferma che la direttiva 2008/104, a differenza della direttiva 1999/70, non pone l'obiettivo della prevenzione dell'abuso del ricorso alla somministrazione. In senso difforme, per contro, Cass., sez. lav., 8 ottobre 2014, n. 21236 e n. 21235; Cass. 6 ottobre 2014, n. 21000, in ordine alle quali si vedano le considerazioni di M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, cit., p. 181.

lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi».

Una previsione simile la si ritrova nella clausola 5, par. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato alla direttiva 1997/81/CE, a norma del quale «a) gli Stati membri, dopo aver consultato le parti sociali conformemente alla legge o alle prassi nazionali, dovrebbero identificare ed esaminare gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli; b) le parti sociali, agendo nel quadro delle loro competenze a delle procedure previste nei contratti collettivi, dovrebbero identificare ed esaminare gli ostacoli che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli».

Quest'ultima prescrizione, si diceva, è simile, ma non identica a quella che compare nella direttiva sul lavoro tramite agenzia.

Solamente per il lavoro a tempo parziale il legislatore europeo impone agli Stati membri, se del caso, l'eliminazione degli ostacoli al ricorso all'istituto oggetto di regolamentazione.

Ed infatti, con riferimento alla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, la Corte di giustizia[17] non ha avuto alcuna esitazione nel riconoscerne la vincolatività per gli Stati membri.

Nella sentenza del 24 aprile 2008, anzi, a differenza di quanto accaduto per la corrispondente norma della direttiva sul lavoro tramite agenzia, la questione circa la natura dell'obbligazione di revisione neppure viene sollevata.

La fattispecie riguardava il caso di un'impresa che era stata condannata al pagamento di una pesante sanzione amministrativa per aver omesso di notificare all'Ispettorato del lavoro una serie di contratti a tempo parziale. L'impresa aveva allegato che la notificazione costituisse un ostacolo di ordine burocratico a questa forma di organizzazione del lavoro: aumentando il costo del lavoro a tempo parziale la normativa interna avrebbe avuto come conseguenza una disparità di trattamento e una restrizione della concorrenza a vantaggio delle imprese che si avvalgono di lavoratori a tempo pieno. Il Governo italiano aveva sostenuto che l'obbligo di notifica fosse giustificato dalla necessità di combattere il lavoro nero e di informare l'amministrazione delle prassi dei datori di lavoro.

Tale argomento non è stato ritenuto convincente dalla Corte di giustizia per difetto di proporzionalità rispetto all'obiettivo da conseguire, esistendo misure meno onerose che avrebbero permesso al Governo italiano di ottenere gli obiettivi auspicati (punto 26 della motivazione); conseguentemente, la Corte ha concluso nel senso che la clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato alla direttiva 1997/81/CE deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale, che esige la notifica all'amministrazione di una copia dei contratti di lavoro a tempo parziale entro il termine di trenta giorni successivi alla loro stipulazione.

---

[17] Corte giust. UE, 24 aprile 2008, C-55/07 e C-56/07, *Michaeler-Amt e Provincia Autonoma di Bolzano*.

Con riferimento al lavoro tramite agenzia, al contrario, la Corte di giustizia[18] ha affermato che la previsione di cui all'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104 si rivolge unicamente alle autorità competenti degli Stati membri, imponendo loro un obbligo di riesame della normativa nazionale, che può vederli senz'altro obbligati a modificare la normativa interna, ma nella libertà, a tal fine, «vuoi di sopprimere i divieti o le restrizioni che non potevano essere giustificati in base a detta disposizione, vuoi di adattare questi ultimi affinché possano essere eventualmente giustificati in base alla suddetta disposizione» (punto 30 della motivazione).

La direttiva, tuttavia, secondo la Corte, non impone alle autorità giudiziarie nazionali l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione di diritto nazionale che preveda divieti o restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale che non siano giustificati da ragioni di interesse generale ai sensi del suddetto art. 4, par. 1.

In dottrina, chi si è interrogato in ordine alle ragioni di una difformità di approccio così marcata, ha concluso evidenziando che il contrasto tra le due sentenze della Corte è soltanto apparente, attesa non solo la differenza testuale tra le due direttive di riferimento, ma anche (e soprattutto) in considerazione delle significative differenze che intercorrono tra le diverse forme di lavoro "non standard" o "atipico", specialmente se esaminate nella prospettiva dei lavoratori.

A questo riguardo è stato molto chiaramente sottolineato che «while the advantages of temporary agency work for employers are obvious, its advantages for workers themselves are unclear. This is because it is inherently precarious, giving workers no security about their future employment or income»[19].

L'incoraggiamento alla diffusione del lavoro "atipico" è espressa in modo molto più vigoroso nel contesto del part-time rispetto a quello del lavoro tramite agenzia, al punto che nel testo della relativa direttiva non si trova alcuna espressa disposizione promozionale.

La finalità della direttiva sul lavoro tramite agenzia è quella, declinata nell'art. 2, di «garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e migliorare la qualità del lavoro tramite agenzia interinale garantendo il rispetto del principio di parità di trattamento di cui all'art. 5 […] tenendo conto nel contempo della necessità di inquadrare adeguatamente il ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di contribuire efficacemente alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di forme di lavoro flessibili».

Certamente, il richiamo alla "creazione di posti di lavoro" rappresenta un indiretto incoraggiamento allo sviluppo del lavoro tramite agenzia, ma il contesto generale della norma insiste maggiormente sull'esigenza di introdurre regole di protezione ed armonizzazione delle normative in

---

[18] Cfr. Corte giust. UE, 17 marzo 2015, C-533/13, *AKT-Öljytuote e altro*.

[19] Così A.C.L. DAVIES, *The legal nature of the duty to review prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work: AKT*, in *Common Market Law Review*, 2016, n. 53, p. 505; più in generale ID., *Regulating atypical work: Beyond equality*, in N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND (Eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013; ID., *The implementation of the Directive on temporary agency work in UK: a missed opportunity*, in *European Labour Law Journal*, 2010, 3, pp. 307 ss..

chiave di repressione degli abusi, segnatamente consistenti in missioni successive a scopo elusivo delle disposizioni contenute nella direttiva[20].

La conclusione, nella comparazione delle due direttive (e senza dimenticare la forte connotazione antiabusiva presente nella direttiva del 1999 sul lavoro a tempo determinato), sembra essere nel senso che, proprio perché il lavoro tramite agenzia è «inherently precarious and less clearly beneficial to workers», la direttiva del 2008 è molto più cauta nella promozione di questa forma di lavoro[21].

Per questa stessa ragione, conseguentemente, la Corte ha confinato l'obbligazione di rimuovere gli ostacoli, in quest'ambito, ad una regola solamente procedurale[22], il cui significato è quello di valorizzare la «funzione antifraudolenta delle limitazioni»[23].

---

[20] In dottrina viene valorizzata la significativa circostanza relativa alla novità del paragrafo 5 dell'art. 5, inserito *ex novo*, nella sua formulazione attuale, quale espresso risultato dell'accordo politico raggiunto in occasione del Consiglio di Lussemburgo del 9-10 giugno 2008 (si veda, al riguardo, il Comunicato Stampa del Consiglio dell'Unione Europea C/08/166). In questo senso M.D. FERRARA, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, op. cit., nonché ID., *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Angeli, Milano, 2018, p. 179. Recentemente, il Tribunale di Brescia, con ordinanza del 16 ottobre 2018, ha sottoposto alla Corte di giustizia (la causa è la C-681/18) una questione pregiudiziale in ordine all'interpretazione dell'art. 5, par. 5, della direttiva 2008/104/CE, chiedendo se la norma debba essere interpretata nel senso che osti all'applicazione del d. lgs. n. 246 del 2003, come modificato dal d.l. n. 34 del 2014, che a) non prevede limiti alle missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice; b) non subordina la legittimità del ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo del ricorso alla somministrazione stessa; c) non prevede il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro. La problematica era stata posta in evidenza, in dottrina, da V. FILÌ, *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30-40)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo* jus variandi, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series, 2015, n. 48, p. 203; P. COPPOLA, *Somministrazione e direttiva 2008/104/CE. Il (non) adeguamento dell'Ordinamento interno*, in *Lav. giur.*, 2013, 10, pp. 879 ss.

[21] In questo senso, ancora, A.C.L. DAVIES, *The legal nature of the duty to review prohibitions or restrictions*, op. cit., p. 506. Si tenga conto del fatto che la dichiarazione congiunta di Eurociett (confederazione europea delle agenzie per il lavoro temporaneo) e UNI-Europa (Federazione sindacale europea) del 28 maggio 2008, ai punti 7 e 14, riconosce espressamente la necessità di apportare talune restrizioni al lavoro interinale al fine di prevenire gli abusi. Cfr. EUROCIETT, UNI-EUROPA, *Joint Declaration on the draft Directive on working conditions for temporary agency workers*, 29 maggio 2008. *Contra*, nel senso di una «ampia sovrapponibilità della dir. 2008/104 con quella sul lavoro a tempo parziale», F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all'indomani del* Jobs Act, op. cit.

[22] Il giudice del lavoro finlandese, in seguito al pronunciamento della Corte di giustizia, ha ritenuto che il costante uso di lavoratori interinali per lo svolgimento, dal 2008 al 2012, delle stesse mansioni del personale dipendente dell'impresa, costituisse una violazione dell'accordo collettivo. Si veda Finnish Labor Court, 8 febbraio 2016, decision TT 2016:11, di cui è data notizia da N. ISOKORPI, I. REMMELGAS, *A compensatory fine was imposed on an employer for using temporary agency work in breach of the provisions of a collective bargaining agreement*, in *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ee992846-a63e-441c-9df1-67807d38fe1d*. Parte della dottrina ritiene che la Corte di giustizia, con la sentenza del 17 marzo 2015, si sia limitata ad affermare che ai giudici nazionali è consentito di applicare le restrizioni previste dai contratti collettivi, e non che essi siano obbligati ad applicarle. In questo senso K. SWANLJUNG, J. NURMINEN, *Employers Must Observe Collective Bargaining Agreement-Based Restrictions on Temporary Agency Work Even If They Are Not Justified*, in *European Employment Law Cases*, 2016, p. 173.

[23] Cfr. F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, cit., p. 576, il quale sottolinea che «il legislatore comunitario sembra autorizzare le restrizioni ed i divieti laddove siano volti ad impedire la realizzazione di finalità elusive, per intaccare normative inderogabili di tutela del lavoratore». Il problema più grave concerne l'individuazione di un sistema sanzionatorio effettivo e dissuasivo, ed in questa prospettiva l'A. citato rileva che «l'introduzione di nuovi spazi di flessibilità attraverso la riduzione – se non l'eliminazione – di divieti e restrizioni al ricorso al lavoro tramite agenzia impone l'adozione di misure volte a garantire l'effettività delle posizioni soggettive di tutela dei lavoratori temporanei, sul piano individuale e collettivo, ed a reprimere l'abusivo utilizzo del lavoro temporaneo come strumento di dumping sociale»; la tutela, sempre secondo questo A., dovrebbe essere predisposta sul piano della preferenza

In termini ancora più espliciti si era espresso l'Avvocato Generale Szpunar nelle conclusioni relative al caso C-533/13, evidenziando che: i) «il lavoro interinale non è considerato un sostituto di forme stabili di lavoro» (par. 110 delle conclusioni); ii) la disposizione controversa, prevista dal contratto collettivo applicabile nel caso di specie, nel vietare l'impiego di lavoratori interinali a fianco dei lavoratori propri dell'impresa "per un lungo periodo", persegue «un obiettivo legittimo inteso a limitare gli abusi legati al ricorso a tale forma di lavoro. infatti, in conformità delle linee guida sottese alla normativa dell'Unione, il ricorso al lavoro interinale non dovrebbe avvenire a scapito dell'impiego diretto ma, al contrario, dovrebbe potere condurre verso forme di impiego più rassicuranti» (par. 120 delle conclusioni); iii) il mantenimento, per un lungo periodo, di rapporti di lavoro interinale, sebbene essi debbano, per loro natura, restare temporanei, può essere l'indizio di un abuso di questa forma di lavoro (par. 121 delle conclusioni).

Al punto 124 delle sue conclusioni, l'Avvocato Generale, pur evidenziando che resta nella responsabilità del giudice nazionale determinare se una particolare restrizione sia giustificata e compatibile con il diritto dell'Unione europea, ha espresso una forte indicazione affermando che «una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, la quale, da un lato, limita il ricorso al lavoro interinale alle mansioni che, avuto riguardo alla loro natura o alla loro durata, rispondono oggettivamente al fabbisogno di manodopera temporanea e, dall'altro, vieta l'impiego di lavoratori interinali accanto ai lavoratori propri dell'impresa per un lungo periodo […] sembra giustificata da una ragione di interesse generale che investe la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato e di prevenire gli abusi».

3. Il lavoro interinale nella prospettiva del distacco intracomunitario di manodopera.

Il lavoro "interinale" è stato oggetto di attenzione da parte della Corte di giustizia nella prospettiva di operazioni di distacco transnazionale di lavoratori nel quadro della prestazione di servizi intracomunitaria[24].

Il distacco di lavoratori tramite agenzia, inoltre, ove realizzato nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, è una delle tre fattispecie cui trova applicazione la direttiva 96/71/CE relativa, appunto, al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

L'art. 1 di questa direttiva, prevede, invero, al par. 3, lett. c), che la disciplina in essa contenuta trova applicazione, tra le altre ipotesi, alle imprese che «distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato

---

per il lavoro a tempo indeterminato su quello a tempo determinato piuttosto che su quello della disgiunzione tra datore di lavoro formale ed utilizzatore.

[24] Si veda, in particolare, Corte giust. CE, 3 febbraio 1982, C-62/81 e C- 63/81 riunite, *Seco*; Corte giust. CE, 17 dicembre 1981, C-279/80, *Web*; Corte giust. CE, 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*; sul tema, in generale, A. TURSI, *La giurisprudenza unieuropea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *DRI*, 2018, 3, pp. 835 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Il Mulino, Bologna, 2007; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2017, pp. 97 ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti. Art. 2127*, Giuffrè, Milano, 2000.

membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente».

La versione italiana del testo originario della direttiva (antecedente le modifiche apportate dalla direttiva 2018/957/UE) utilizza, nel descrivere la fattispecie, una locuzione - "cessione temporanea di lavoratori" - ambigua, nella sua apparente specificità tecnico-giuridica, e non perfettamente collimante con i corrispondenti testi francese ed inglese, che adottano formulazioni più generiche (rispettivamente «qui met un travailleur à disposition» e «hire out a worker to a user undertaking»).

La direttiva non intende fornire (e non fornisce) una definizione uniforme del rapporto di lavoro interinale; ad essere preso in considerazione è semplicemente chi "mette a disposizione" un lavoratore[25].

Piena conferma, in questo senso, si trae dall'esame delle modifiche apportate, sul punto, dalla direttiva 2018/957/UE, che nella versione italiana, oggi, ci consegna un testo dell'art. 1, par. 3, lett. c), che abbandona il termine "cessione", per fare riferimento alla più ampia fattispecie della "fornitura di lavoratori".

Il diritto derivato fornisce, in ogni caso, indicazioni utili al fine di definire il concetto di "cessione di manodopera" ai fini della direttiva 96/71.

Secondo l'Avvocato generale Bot, nelle conclusioni rese nel caso *Vicoplus*[26], dalla definizione fornita dall'art. 1, n. 3, lett. c) della direttiva 96/71 si devono trarre due criteri interpretativi: i) ai fini della sussistenza della fattispecie di riferimento occorre che, in presenza di una "cessione" di manodopera, il rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo cede temporaneamente venga mantenuto. A questo riguardo l'Avvocato generale precisa che la "cessione" di manodopera ad un'impresa utilizzatrice non dà luogo alla formazione di un contratto di lavoro tra questa ultima impresa e il lavoratore messo a disposizione[27]; ii) il secondo criterio che consente di identificare una cessione di manodopera attiene alla sussistenza di una subordinazione di fatto del lavoratore nei confronti dell'impresa utilizzatrice, per quanto concerne l'organizzazione, l'esecuzione e le condizioni di lavoro.

In altre parole, la situazione in cui un datore di lavoro conclude con un'impresa utilizzatrice un contratto con il quale il primo delega alla seconda l'autorità che ad esso discende dalla sua qualità di datore di lavoro ai fini dell'esecuzione delle mansioni affidate al lavoratore configura, a parere dell'Avvocato generale, una cessione di manodopera.

La direttiva 2008/104/CE conferma tale analisi.

---

[25] Sul punto, approfonditamente, N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne*, cit.; in argomento si veda anche M. FUCHS, *Posting. The legal panorama of European Labour and Social Security Law*, in *RIDL*, 2018, I, 1, pp. 3 ss.

[26] Conclusioni dell'Avvocato Generale Y. Bot, 9 settembre 2010, cause da C-307/09 a C-309/09 riunite, punti 59 ss.

[27] Si noti che, tuttavia, la mancata menzione di cui all'art. 1, n. 3, lett. a), della direttiva 96/71, secondo la quale il distacco del lavoratore viene effettuato per conto e sotto la direzione dell'impresa che lo invia, lascia intendere che l'impresa che effettua la cessione temporanea di lavoratori non esercita alcuna autorità sul modo in cui il lavoratore svolge le mansioni ad esso affidate.

Dall'art. 1, par. 1, della direttiva sul lavoro tramite agenzia risulta, infatti, che la medesima trova applicazione «ai lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale e che sono assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse». Quest'ultima caratteristica consente di distinguere la cessione di manodopera dal subappalto. Infatti, nei rapporti di subappalto, le due imprese mantengono il controllo del proprio personale, non vi è trasferimento di autorità per quanto riguarda l'esecuzione delle mansioni affidate ai lavoratori[28].

Gli elementi in comune tra distacco e lavoro interinale sono dunque due: i) il mantenimento della relazione di lavoro tra l'impresa che mette il lavoratore a disposizione e il lavoratore interinale; ii) l'esistenza di una subordinazione di fatto del lavoratore per quanto riguarda l'impresa utilizzatrice con riferimento ad organizzazione, esecuzione e condizioni di lavoro.

All'analogia che intercorre tra le due direttive in ordine alla delimitazione del rispettivo campo di applicazione corrisponde un forte parallelismo quanto a centralità della regola relativa alla parità di trattamento.

La direttiva 2008/104 poggia sulla previsione di un fondamentale principio di parità di trattamento dei lavoratori somministrati.

Analogamente, la direttiva 96/71 ha da sempre previsto che gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese che rientrano nel campo di applicazione della direttiva garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative, tra l'altro, alle «condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo» (art. 3, par. 1, lett. c), nel testo originario, antecedente la modifica apportata dalla direttiva del 2018[29]).

Questa norma, che è oggi rafforzata dall'introduzione dell'esplicito principio di parità di trattamento, aggiunto nel nuovo testo dell'art. 3, par. 1, dalla direttiva 2018/957/UE[30], esclude l'ambito relativo alle condizioni di fornitura dei lavoratori dai problematici limiti posti dal paragrafo 10 dell'art. 3 quanto a discrezionalità, per gli Stati membri, di estendere ai lavoratori distaccati, condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico[31].

---

[28] Per una critica rispetto alla valorizzazione dell'esercizio del potere direttivo per la distinzione tra appalto genuino ed interposizione cfr., per tutti, F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, cit., p. 577.

[29] La direttiva 2018/957/UE ha modificato anche il testo della lett. d) del par. 1 dell'art. 3, sostituendo la locuzione «condizioni di cessione temporanea» con «condizioni di fornitura dei lavoratori».

[30] Nei confronti della direttiva 2018/957/UE sono stati proposti due ricorsi, il primo dall'Ungheria (causa C-620/18), che richiede l'annullamento della direttiva sostenendo, in particolare, che la stessa sia contraria all'art. 56 TFUE, dal momento che gli obblighi e le restrizioni imposti da tale direttiva alle imprese stabilite in uno Stato membro che distaccano lavoratori in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi vengono ritenute discriminatorie, superflue e sproporzionate; il secondo, sorretto da motivazioni analoghe, è stato presentato dalla Repubblica di Polonia (causa C-626/18).

[31] Con riferimento all'origine nazionale o sovranazionale del concetto di ordine pubblico cfr. C. CORDELLA, *Transnational posting of workers between public policy and collective bargaining*, in A. PERULLI (a cura di), *New industrial relations in the era of globalization: a multilevel analysis*, Cedam, Padova, 2018, pp. 129 ss.

Questa norma, come noto, poggia sull'art. 56 TFUE, che impone la soppressione di qualsiasi restrizione laddove sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi.

Una restrizione consistente nell'imposizione al fornitore di servizi di condizioni di lavoro e di occupazione ultronee rispetto a quelle espressamente previste nel par. 1 dell'art. 3 della direttiva 96/71/CE, può essere giustificata qualora risponda a ragioni imperative di interesse generale, nei limiti in cui tale interesse non sia tutelato dalle norme alle quali è soggetto il prestatore nello Stato membro in cui è stabilito e a condizione che siano idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedano quanto è necessario per raggiungerlo.

Da questa limitazione di carattere generale, si ripete, sono escluse, in virtù del descritto meccanismo, le condizioni di fornitura dei lavoratori.

L'intervenuta armonizzazione, per effetto della direttiva 2008/104, pone una problematica apparente in quanto, a mente dell'art. 4, par. 1, di questa direttiva, «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale».

Questa disposizione della direttiva, dunque, sembra introdurre una limitazione collimante con il meccanismo di cui all'art. 56 TFUE.

In questi termini si dovrebbe affermare che i requisiti per la giustificazione delle restrizioni ai fini di cui all'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104 sono identici a quelli che valgono ai fini dell'applicazione dell'art. 56 TFUE, come del resto sembra confermare il considerando 22 della direttiva 104, a mente del quale quest'ultima «dovrebbe essere applicata nel rispetto delle disposizioni del trattato in materia di libertà di prestazione di servizi e libertà di stabilimento e fatta salva la direttiva 96/71/CE».

Per quanto detto sopra, tuttavia, ai fini della direttiva 96/71, le condizioni di fornitura dei lavoratori, previste nei singoli ordinamenti interni, non sono assoggettate al test di necessità e proporzionalità imposto dall'art. 3, par. 10 della direttiva medesima, atteso che (si ribadisce) le condizioni di fornitura sono incluse tra le materie di cui all'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71 per le quali si applica la disciplina dello Stato del distacco; è già per questa ragione che tali condizioni sono escluse dal test di "necessità e proporzionalità" imposto dall'art. 3, par. 10. Il fatto che la Corte di giustizia, con la sentenza *AKT*, abbia negato l'esistenza di un obbligo di disapplicazione delle disposizioni restrittive non giustificate da ragioni di interesse generale, affermando (come si è visto sopra) che l'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104, nel suo tendere al giusto equilibrio tra le libertà del mercato interno e il diritto sociale, si rivolge unicamente alle autorità competenti degli Stati membri, in questa prospettiva, ha una rilevanza molto limitata, in quanto il risultato cui perviene la Corte deriva già dall'applicazione della direttiva 96/71/CE.

In ordine all'ampiezza di divieti e limitazioni ammesse rispetto al ricorso al lavoro tramite agenzia giova richiamare una interessante sentenza della Corte di giustizia[32], relativa ad una fattispecie estremamente peculiare (ed in qualche modo analogo a quello deciso dalla Corte nel risalente

[32] Corte giust. UE, 10 febbraio 2011, cause da C-307/09 a C-309/09 riunite, *Vicoplus-Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*.

caso *Rush Portuguesa*) relativo ad una questione di ammende irrogate ad alcune società polacche per aver distaccato lavoratori polacchi nei Paesi Bassi senza aver ottenuto un permesso di lavoro.

Secondo la Corte «va distinta la cessione temporanea dal trasferimento temporaneo di lavoratori che sono inviati in un altro Stato membro per effettuarvi dei lavori nell'ambito di una prestazione di servizi del loro datore di lavoro […], essendo un trasferimento a tal fine del resto considerato dall'art. 1, n. 3, lett. a) della direttiva 96/71» (punto 45 della sentenza).

Nel caso di specie, «il trasferimento di lavoratori da parte del loro datore di lavoro in un altro Stato membro costituisce l'accessorio di una prestazione di servizi svolta da detto datore di lavoro in questo Stato» (punto 46).

L'aspetto di maggiore interesse della sentenza è dato dall'affermazione contenuta al punto 31, dove si legge che «il lavoratore distaccato ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. c), della direttiva 96/71 è tipicamente destinato, durante il periodo della sua cessione temporanea, ad un posto in seno all'impresa utilizzatrice che altrimenti sarebbe stato occupato da un dipendente di quest'ultima», donde, come si legge al punto 35, «distinguere fra l'afflusso di lavoratori sul mercato del lavoro di uno Stato membro a seconda che essi vi accedano mediante la cessione temporanea di manodopera o direttamente e in modo autonomo risulta artificiale, poiché, in entrambi i casi, tale movimento di lavoratori potenzialmente rilevante può perturbare il mercato del lavoro in questione».

L'affermazione, molto forte e problematica, in quanto sembra sottintendere, al fondo della fornitura di lavoro interinale, una sorta di presunzione di frode alle regole sulla libera circolazione dei lavoratori e alle regole nazionali[33], può essere letta in controluce rispetto al *self restraint* assunto dalla Corte di giustizia nel caso *AKT* nel negare l'esistenza di un obbligo di disapplicazione delle disposizioni restrittive non giustificate da ragioni di interesse generale, affermando che la direttiva si rivolge unicamente alle autorità competenti degli Stati membri. Se da un lato, invero, la direttiva 2018/104 esclude che si possa considerare la somministrazione di lavoro come uno strumento intrinsecamente abusivo (così confliggendo con quanto evidenziato dalla Corte nella sentenza *Vicoplus*), dall'altro lato il rinvio, operato con la sentenza *AKT*, alla competenza interna, rende conto dell'estrema complessità del tema.

Tenendo conto delle considerazioni che precedono si può ritenere che il limite dei 24 mesi, combinato con l'applicabilità al contratto di lavoro a tempo determinato tra agenzia di somministrazione e lavoratore delle condizioni di cui all'art. 19, co. 1, del d. lgs. n. 81 del 2015, per contratti di durata superiore a 12 mesi (sempre entro il limite complessivo dei 24 mesi), non si ponga in contrasto con la disciplina sovranazionale.

4. Conclusioni.

Da un esame complessivo delle direttive europee sul lavoro "temporaneo" emerge la centralità del principio di parità di trattamento, declinato, con riferimento al lavoro tramite agenzia, come garanzia del riconoscimento, ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale, di condizioni di base di lavoro e di occupazione "almeno identiche" a quelle che si applicherebbero loro se fossero

[33] Si vedano le osservazioni dubitative di N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne*, cit.

direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgere le medesime mansioni (art. 5, par. 4; considerando 1 e 14 della direttiva 2008/104).

La parità di trattamento (ferme le deroghe ammesse dal medesimo art. 5), così come concepita nella direttiva europea, «appare sufficientemente ampia, poiché si riferisce, in generale, alle condizioni di base di lavoro e di occupazione»[34], e può ritenersi attrezzata a ricomprendere un possibile parallelismo di disciplina con il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato in ordine ai meccanismi di prevenzione rispetto alla successione di missioni, e così, dunque, alla prevenzione della precarietà.

Il principio di parità di trattamento rappresenta, del resto, una regola fondamentale del diritto dell'Unione europea, affermata in generale dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e norma primaria del TUE in virtù del richiamo espresso operato dall'art. 6, par. 2, di quest'ultimo[35].

La centralità del principio di parità di trattamento è confermata dalle significative modifiche apportate alla "direttiva distacchi" del 1996 dalla direttiva 2018/957/UE, che prevede espressamente la prevenzione dell'abuso dei diritti garantiti dai Trattati[36].

La prospettiva di parità, tuttavia, è chiaramente focalizzata sul contrasto agli abusi, al fine di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro, obiettivo, questo, considerato espressamente dalla direttiva 2008/104 quale fondamento legittimo di normative nazionali che introducano divieti o restrizioni nel ricorso al lavoro tramite agenzia interinale, il tutto attraverso l'introduzione di un apparato sanzionatorio che deve essere "effettivo, proporzionato e dissuasivo" rispetto a tali forme di abuso.

Quello che il diritto comunitario non ammette è l'introduzione di regole aprioristicamente e genericamente limitative (o impeditive) del ricorso al lavoro temporaneo (e segnatamente del lavoro tramite agenzia), sganciate da qualsivoglia collegamento con un meccanismo di governo della successione di missioni in prospettiva antiabusiva.

Nelle pagine che precedono si è ritenuto di dover concentrare l'attenzione principalmente sul lavoro tramite agenzia, ponendolo quale filo conduttore dell'indagine, in ragione della forte penalizzazione che il "decreto dignità" ha impresso all'istituto della somministrazione a tempo determinato.

L'analisi puntuale della nuova disciplina, così come una valutazione specifica della coerenza dei singoli interventi restrittivi introdotti dal legislatore rispetto alla normativa sovranazionale, non è oggetto di questa parte del volume, ed è necessario, al riguardo, rinviare ai capitoli relativi, rispettivamente, al contratto a termine ed alla somministrazione di lavoro.

---

[34] Così M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, cit., p. 185. Sul tema cfr. L. ZAPPALÀ, *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *DRI*, 2003, pp. 69 ss.

[35] Cfr., espressamente, sul punto T. ORRÙ, *Appalto e somministrazione di lavoro. codatorialità e tecniche di tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, pp. 143 ss.

[36] Si veda, in particolare, il nuovo par. 1-bis dell'art. 3 della direttiva 96/71, a mente del quale qualsiasi disposizione applicabile a lavoratori distaccati nel contesto di un distacco superiore a 12 mesi, o, se del caso, 18 mesi, deve essere considerata compatibile con la libertà di circolazione dei servizi intracomunitaria, e dunque con l'art. 56 TFUE.

L'indagine che occorre sviluppare, alla luce di quanto si è cercato di evidenziare, attiene alla verifica della coerenza dei limiti introdotti (e specialmente di quelli relativi a durata e quantità percentuale di ricorso ammesso dal legislatore) rispetto agli obiettivi perseguiti.

Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*

Luigi de Angelis

1. Utilizzo dell'elaborazione civilistica in argomento ma diversità della prospettiva lavoristica. 19

2. Profili di specificità relativi al risarcimento del danno patrimoniale. 20

3. Tutela risarcitoria della persona e il ruolo della pur equivoca figura del mobbing. 20

4. Aspetti specifici del risarcimento del danno non patrimoniale: il danno differenziale nel suo lungo percorso. 22

5. In particolare: gli approdi antecedenti la l. n. 145/2018. 24

6. L'intervento a sorpresa della l. n. 145/2018. 25

6.1. Pretese contraddizioni testuali. 27

6.2. Conseguenze dell'interpretazione accolta. 28

6.3 Alcuni altri problemi di costituzionalità. 29

6.4. La misura premiale contenuta nell'art. 11, comma 3, l. n. 145/2018. 29

6.5. Limiti temporali di applicazione. 30

7. L'abrogazione dell'art. 1, comma 1126, lett. a)-f), l. 145/2018 disposta dalla legge di conversione del decreto crescita. 31

8. Un profilo eccentrico dell'argomento: il danno non patrimoniale in materia di licenziamenti illegittimi. 31

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 392/2019

1. Utilizzo dell'elaborazione civilistica in argomento ma diversità della prospettiva lavoristica.

Il progressivo ridimensionamento delle tutele speciali proprie del diritto del lavoro, caratterizzate da un'impronta di forte effettività dei diritti dei lavoratori, ha da alcuni anni indirizzato l'attenzione anche verso la tutela risarcitoria, che, estranea alla grande rimeditazione del tema del risarcimento del danno degli anni '60 del secolo scorso[37], per lungo tempo è stata una sorta di parente povero della nostra materia. Ugualmente il diritto del lavoro non ha partecipato alla elaborazione della risarcibilità del danno alla persona sviluppatasi lungo i binari della responsabilità aquiliana nei due successivi decenni e nella quale posizione di primissimo piano ha avuto la corte costituzionale[38].

Ne é derivato che il diritto del lavoro sia tributario dell'elaborazione e degli approdi civilistici profondamente arricchitisi negli ultimi anni in ragione del sempre maggiore valore della persona quale individuo e non solo quale percettore di reddito, pur se in esso non mancano elementi di specificità[39].

È innanzitutto diverso l'angolo prospettico che qui è quello della responsabilità contrattuale[40], la tematica essendo legata essenzialmente alla violazione dell'art. 2087 cod. civ. dato che la regola in esso contenuta, un tempo riferita al solo ordinamento pubblicistico in conformità con la sua collocazione topografica, é ritenuta da molti anni far parte anche del contenuto del rapporto di lavoro[41], come vi fanno parte altre norme qui in gioco prima fra tutte l'art. 2103 cod. civ., ora

---

[37] Cfr., tra i recenti, C. SCOGNAMIGLIO, Focus *sui danni punitivi*, in *Le nuove frontiere del risarcimento del danno,* corso *Le nuove frontiere del risarcimento del danno,* organizzato dalla Formazione decentrata della Scuola superiore della magistratura della Corte di Cassazione (Roma, 1-2 febbraio 2017).
Sulla revisione delle teorie civilistiche in tema di tutela risarcitoria, in particolare sul c.d. problema della colpa e sul modo di intendere il requisito dell'ingiustizia del danno, cfr. la ricostruzione critica di P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato,* Jovene, Napoli, 1970, 289 ss., e di G. TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in AA. VV., *Diritto privato Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di N. Lipari, Laterza, Bari, 1974 504 ss.; su quest' ultimo aspetto cfr. V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, *RTDPC*, 2004, 793 ss., anche riferimenti in nota.

[38] Cfr. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, *FI*, 1986, I, 2053, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute;* Corte cost. 6 giugno 1989, n. 319, *FI*, 1989, I, 2695, con nota di G. DE MARZO; Corte cost., 18 luglio1991, n. 356, *FI*, 1991, I, 2967, con nota di G. DE MARZO, *Pregiudizio della capacità lavorativa generica: danno da lucro cessante o danno alla salute?*; Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 87, *FI*, 1991, I, 1664, con nota di D. POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni*; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 485, *FI*, 1993, I, 72, con note di G. BIANCO, *Corte costituzionale e danno biologico: incontri vieppiù ravvicinati*, e V. FERRARI, *Danno biologico e danno previdenziale: una questione di copertura assicurativa del rischio*. Ma v. altresì Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88, *GC*, 1980, I, 534, con nota di G. ALPA, *Danno "biologico" e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale*; Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, *GC*, 1981, I, 1903, con nota di G. ALPA, *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla corte di cassazione*. Al riguardo cfr. per tutti L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, *RIDL*, 1994, I, 319 ss.

[39] Per i primi tre paragrafi di questo scritto mi sono avvalso di L. de ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente, ADL*, 2017, 605 ss., cui mi permetto di rinviare per maggiore approfondimento.

[40] Cfr. L. MONTUSCHI, *Problemi del danno*, cit., 324.

[41] Cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro,* 3a ed., Milano, 1986, 56 ss.; ID., *Problemi del danno,* cit., 321 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona,* in *Il Codice Civile Commentario,* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, sub art. 2087, Giuffré, Milano, 2008, 124 ss., ed *ivi* anche esaurienti riferimenti alla nota 1; per rapidi ma puntuali cenni alla storia dell'interpretazione dell'art. 2087 Cod. Civ. cfr. O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *LD*, 2004, 447 ss.; sottolinea la compatibilità tra interesse generale e natura contrattuale dello strumento per realizzarlo L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro,* diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, II, Cedam, Padova, 1971, 447.

riformato. E ciò si riflette sulla disciplina dell'onere probatorio, della prescrizione, e della prevedibilità del danno, aspetto, quest' ultimo, per il vero poco considerato nella riflessione lavoristica[42].

2. Profili di specificità relativi al risarcimento del danno patrimoniale.

Nonostante la caratterizzante implicazione della persona nel rapporto di lavoro, forse i più incisivi spunti di specificità si ritrovano nella risarcibilità del danno patrimoniale: si pensi alla materia dei licenziamenti soggetti all'art. 18 l. n. 300/1970, nei testi succedutisi, e dei licenziamenti soggetti al d.lgs. n. 23/2015 anche alla luce della recente sentenza n. 194/2018 della corte costituzionale[43]. E si pensi alla disciplina prevista dalla l. n. 183/2010 per la illegittima reiterazione di contratti a termine passata indenne al vaglio del giudice delle leggi[44], nonché, per i rapporti di lavoro pubblico contrattualizzati, alla discutibile figura del *danno comunitario*[45].

3. Tutela risarcitoria della persona e il ruolo della pur equivoca figura del mobbing.

È proprio l'argomento che qui interessa a presentare i tratti più peculiari della tutela risarcitoria della persona nel rapporto di lavoro, che nel nuovo secolo é stata trainata dall'esplodere del *mobbing*, questa *fattispecie senza fattispecie*, richiamato per la prima volta in una nota decisione torinese del 1999[46]. Per quel che qui interessa, il fenomeno viene ad avere una sua specificità non tanto sulle conseguenze dannose - al riguardo vanno segnalate alcune pronunce ed opinioni dottrinali che criticabilmente le hanno ravvisate addirittura *in re ipsa*[47] - quanto appunto sulla fattispecie produttiva di esse. Ebbene, il ricorso alla figura del *mobbing* ha avuto il merito di avere

---

[42] Come detto nel testo, il limite della prevedibilità del danno trova pochi approfondimenti nella riflessione lavoristica; in argomento cfr. A. LASSANDARI, *La responsabilità del datore di lavoro privato,* in AA. VV., *Vessazioni e angherie sul lavoro*, diretto da M. PEDRAZZOLI, Zanichelli, Bologna, 2007, 231 ss., ed *ivi* riferimenti a scritti di O. Mazzotta, L. Nogler, A. Tursi, F. Leardini.

[43] Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194, *RIDL*, 2018, II, 1031, con note, di orientamento opposto, di P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della consulta*, e di M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel jobs act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, nonché *FI*, 2019, I, 70, con nota di S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, *LG*, 2019, 153, con nota di C. CESTER, *Il* Jobs Act *sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, e *ADL*, 2018, commentata, 1518, da M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice*: *a proposito della illegittimità costituzionale del* Jobs Act. La massima della sentenza é riportata anche in *DLM*, 2018, 633, commentata da R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, e in *GI*, 2018, 2710, commentata da C. ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*.

[44] Cfr. Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, *FI*, 2011, I, 717, con nota di richiami, e in altre riviste.

[45] Da ult. cfr. Cass. ord. 16 gennaio 2019, n. 992, *FI*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*.

[46] Trib. Torino, ord. 16 novembre 1999, in *DR*, 2000, 403, con nota di M. BONA, U. OLIVA, *Nuovi orizzonti nella tutela della personalità dei lavoratori: prime sentenze sul* mobbing *e considerazioni alla luce della riforma Inail*; anche *RIDL*, 2000, II, 102, con nota di G. PERA, *La responsabilità dell'impresa per il danno psicologico subito dalla lavoratrice perseguitata dal preposto (a proposito del c.d.* mobbing), sentenza cui fece seguito a brevissimo tempo Trib. Torino, 30 novembre 1999, in *DR*, 2000, 403, con la citata nota di M. BONA e U. OLIVA. In proposito cfr. M.T. CARINCI, *Il* mobbing *alla ricerca della fattispecie*, *QDLRI*, 2006, fasc. 29, 41; inoltre cfr. le rassegne di giurisprudenza a cura di L. NOCCO, *Il* mobbing, *DR.*, 2008, 398, e, da ult., di S, AURIEMMA, *Il* mobbing *al vaglio della giurisprudenza, ADL*, 2019, 695 ss.

[47] Cfr., in senso critico, S. BRUN, *Persecuzione sui luoghi di lavoro e tutela risarcitoria: le rigidità interpretative e i nodi irrisolti*, *ADL*, 2007, 1479 e segg. Sempre criticamente cfr. P. TOSI, *Il mobbing: una fattispecie in cerca d'autore*, *ADL*, 2003, 651; A. TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, *RIDL*, 2013, 283; M. PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, *RTDPC*, 2007, 1154 ss., e in AA. VV., *Vessazioni e angherie sul lavoro*, cit., 31 ss., ed *ivi* richiami alle posizioni criticate.

gettato luce su di un fenomeno realmente esistente in ambito lavorativo e spesso lasciato in ombra[48], nonché di avere stimolato l'approfondimento sulla dignità[49] e sulla tutela risarcitoria della persona nel rapporto di lavoro. Tale ricorso, però, cui peraltro non sono mancate anche derive di moda e persino derive speculative, ha "basi giuridiche del tutto approssimative e persino discutibili"[50]. Vi è, infatti, che ad una figura non prevista dall'ordinamento non può attribuirsi valore giuridico recependo nozioni ad esso estranee (si è parlato da alcuni di "fattispecie che non c'è" [51], e di "fattispecie in cerca d' autore"[52]), dovendosi piuttosto verificare se sussistono regole di diritto che le si attagliano. Regole che in effetti la materia lavoristica offre[53] in quelle contenute nelle disposizioni in precedenza citate, vale a dire in quelle che prevedono gli obblighi di cui al prima richiamato art. 2087 cod. civ.[54], il quale tutela sia l'integrità psicofisica che la personalità morale, e di cui all'art. 2103, e regole la cui violazione comporta la risarcibilità dei pregiudizi causati e che per questo rendono inutile il richiamo a qualcosa che nell'ordinamento non esiste. Ciò che esiste è invece una condotta lesiva di obblighi di legge la quale, se produttiva di danni, oltre che all'azione di adempimento[55] e all'eccezione d' inadempimento *ex* art. 1460 Cod. Civ., deve essere soggetta a responsabilità contrattuale.

Questo *ritorno al diritto* non solo rende non proficuo il ricorso alla figura del *mobbing* ma evita qualche incongruità e qualche equivoco[56]. Non mi riferisco al caso in cui il *mobbing* non sia stato invocato in un giudizio in cui pure siano stati dedotti comportamenti nocivi in violazione delle suddette disposizioni, posto che qui la tutela è comunque assicurata dal principio *jura novit curia*[57]. Mi riferisco piuttosto ai comportamenti nocivi unici, o privi di sistematicità o non prolungati,

---

[48] Le vessazioni sul lavoro sono sempre esistite ed anzi un tempo erano anche più crudeli: così R. DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, *LD*, 2003, 552, anche richiamando il titolo dello scritto di G. PERA, *Angherie e inurbanità negli ambienti di lavoro*, *RIDL*, 2001, I, 291 ss.

[49] Cfr., da ult., G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, relazione alle giornate di studio dell'Aidlass sul tema "Persona e lavoro tra tutele e mercato" (Udine, 13-14 giugno 2019), ined. allo stato, § 2.2.1; altresì M. RENDINA, *Su alcune implicazioni processuali del* "mobbing", *VTDL*, 2016, 795, secondo cui la ragione del discorrere di *mobbing* non ha un rilievo tecnico-giuridico quasi si trattasse di una specifica fattispecie, ma va ricercata nell' impulso che tale costruzione "ha fornito ad un approfondimento sul tema centrale della dignità del lavoratore sul luogo di lavoro, così garantendo un opportuno ulteriore aumento della sensibilità dell' interprete, e della comunità tutta del diritto, sul ben delicato punto"; in argomento cfr. anche M.L. VALLAURI, *L'argomento della "dignità umana" nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, *DLRI*, 2014, 659 ss., spec. 672 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza*, cit., 50 ss. Sul tema della dignità del lavoro cfr. S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela, discorso sulla dignità sociale*, Esi, Napoli, 2018, spec. 63 ss., nonché, da ult. G. DE SIMONE, cit., *passim*, e M. TIRABOSCHI, *Mercati, regole, valori*, relazione alle giornate di studio di Udine dell'Aidlass cit., spec. § 1.

[50] Così G. FERRARO, *Il danno alla persona nella specificità delle relazioni di lavoro: un'opinione controcorrente*, in *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro,* Atti del convegno nazionale sul tema organizzato dall'Aidlass (Napoli 31 marzo – 1 aprile 2006), Giuffré, Milano, 2007, 259; P. TOSI, Mobbing *e responsabilità datoriale*, in *Il danno alla persona*, cit., 243 ss.

[51] Cfr. R. DEL PUNTA, *Il mobbing*, cit., 541.

[52] fr. P. TOSI, *Il mobbing: una fattispecie*, cit., 651.

[53] Cfr., tra i recenti, F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona,* Milano, 2014, 313, che richiama anche gli artt. 14, 15 e 16 della legge n. 300 de 1970 e il nuovo diritto antiscriminatorio.

[54] Insiste, in particolare, sul ruolo cruciale in materia dell'art. 2087, che rende inutile anche l'"imbarcarsi nella complessa discussione della rilevanza diretta dei principi costituzionali", O. MAZZOTTA, *Danno alla persona*, cit., 446 ss.

[55] Sulla cui centralità insiste tra i più recenti soprattutto P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza*, cit., 12 ss., 221 ss.

[56] Cfr., tra gli altri, G. PROIA, *Alcune considerazioni sul c.d.* mobbing, in *ADL*, 2005, 828, 831 ss.; E. GRAGNOLI, Mobbing, [aggiornamento-2003], in *Dig., Disc. Priv., Comm.*, Torino, 697.

[57] Cfr. M. RENDINA, *Su alcune implicazioni*, cit., 806 ss., cui si rinvia anche per la trattazione di altri profili processuali.

i quali, alla stregua di quel che si è prima sostenuto, non vi è ragione che non diano luogo a risarcimento[58], la unicità, ripetitività, sistematicità o breve durata potendo rilevare solo ai fini della quantificazione del danno o quali elementi presuntivi della sua esistenza e del collegamento causale alle condotte. Ciò del resto trova riscontro in recenti pronunce della corte di cassazione che pur utilizzando altra nozione a mio avviso inutile, quella di *straining*, intesa come condotta nociva che si realizza con un'azione unica ed isolata o comunque in più azioni ma prive di continuità, rilevano che ciò che conta ai fini risarcitori è che sussista una condotta (nociva) contraria all'art. 2087 Cod. Civ.[59]

Quanto all'ipotesi in cui i comportamenti vessatori unitariamente considerati siano leciti o in parte illeciti ed in parte leciti ma dettati da intento persecutorio, che in tutto o in parte sembrerebbero fuoriuscire dall'area dell'inadempimento e che quindi in qualche modo giustificherebbero l'elaborazione della figura qui contestata, è da dire che in realtà la liceità non è tale se si considera che il preteso atto lecito ha comunque violato l'obbligo di tutela della personalità morale e quindi lecito non è. Dunque é inadempimento.

4. Aspetti specifici del risarcimento del danno non patrimoniale: il danno differenziale nel suo lungo percorso.

La specificità del danno differenziale riguarda invece appunto le conseguenze dannose di una condotta e si riallaccia questa volta al diritto della previdenza sociale attraverso una normativa di legge (art. 10, comma 6, d.p.r. n. 1124/1965, testo originario e 3, comma 2, dello stesso), laddove questa ha escluso il risarcimento del danno da infortunio sul lavoro e da malattia professionale quando non superi la somma di quanto liquidato dall'Inail. Per un notevole lasso di tempo si é quindi stati appieno all'interno della tradizionale tutela risarcitoria: l'intervento economico dell'assicurazione sociale per la perdita o la diminuzione della capacità lavorativa generica e quindi di una sofferenza patrimoniale - questo assicurava il d.p.r. n. 1124/1965, oltre che provvidenze minori - pur rispondendo ad una logica di garanzia previdenziale e non risarcitoria, incideva sul pregiudizio economico collegato al medesimo evento subito dal lavoratore e rendeva pertanto operante la *compensatio lucri cum danno*.

Le cose sono cominciate a cambiare quando anche il danno non patrimoniale alla persona ha iniziato a trovare tutela (v. *antea*); danno che, per non essere coperto dall'assicurazione, andava ristorato integralmente. È sorta così la formula del *danno complementare*, diffusamente adottata pur se comportante l'ambiguità[60] o forse meglio l'equivoco concettuale dato dal far ritenere risarcimento del danno ciò di cui fosse complemento, quando tale, si é detto, non é; ciò nonostante, per la sua diffusione anche nella giurisprudenza di legittimità si utilizzerà la formula anche nel corso di questo scritto.

La questione del *danno differenziale* viene a porsi con il d.lgs. n. 38/2000 (art. 13, comma 2), che, aderendo ai moniti della corte costituzionale, ha assicurato il danno biologico per le menomazioni conseguenti alle lesioni dell'integrità psicofisica pari o superiori al 6% (tramite rendita in caso di

---

[58] Conf. R. DEL PUNTA, *Diritti della persona*, cit., 52.

[59] Cfr. Cass., 19 febbraio 2016, n. 3291, *Labor*, 2016, 283, con nota di N. ROSSI, *Tutto è straining, niente è straining*, e *LG*, 2016, 803, con nota di C. GAROFALO, *Il mobbing attenuato: lo straining*.

[60] Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, *DRI*, 2013, 1056.

menomazioni di grado pari o superiore al 16%, altrimenti tramite indennizzo) oltre che riservare per quest' ultime menomazioni una quota di rendita al ristoro delle conseguenze patrimoniali. Fermo che anche alla stregua degli ora citati limiti della nuova normativa é residuata un'area di scopertura assicurativa e quindi di risarcibilità del danno complementare, é stata abbastanza presto emarginata la posizione, che non é mancata[61], del completo assorbimento dei diritti del lavoratore in quanto riconosciuto dall'Inail. La logica pubblicistica e solidaristica di garanzia previdenziale dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali volta ad assicurare una prestazione sociale come tale calcolata secondo parametri valutativi e monetari predeterminati dal legislatore, é profondamente diversa da quella civilistica della tutela risarcitoria, diretta al ristoro integrale del pregiudizio subito, come tale estranea ad una predeterminazione dall'alto. In particolare, é soggetta, quanto al danno non patrimoniale che non può essere provato nel suo preciso ammontare, alla valutazione giudiziale secondo equità (art. 1226 cod. civ.), quest' ultima riempita di contenuti, al fine di limitare in qualche modo l'assoluta arbitrarietà della liquidazione e le differenze di trattamento, da una complessa elaborazione giurisprudenziale che ha portato a valorizzare tabelle (in particolare quelle milanesi) aggiornate nel tempo e peraltro motivatamente disattendibili. Di qui il sorgere di una *differenza* posto che esse contengono importi generalmente superiori a quelle legali; differenza che inoltre deve considerare che, come si é visto, una quota della rendita *ex* d.lgs. n. 38 comprende un danno patrimoniale laddove la menomazione sia pari o superiore al 16%.

In definitiva, anche alla luce di altre regole del d.p.r. n. 1124/1965 cit., usufruiscono della garanzia previdenziale il danno biologico permanente a partire dal 6% delle menomazioni, il danno patrimoniale alla capacità lavorativa generica a partire dal 16%, il danno patrimoniale da invalidità temporanea, il rimborso delle spese di cura e riabilitazione e la rendita superstiti. Ne restano fuori il danno biologico inferiore al 6% delle menomazioni; il danno biologico temporaneo; il danno patrimoniale inferiore al 16%; il danno morale; il danno biologico da personalizzazione; il danno tanatologico; il danno parentale; le spese mediche in regime privatistico.

Nel frattempo si é anche verificata una complessa elaborazione in tema di danni alla persona diversi ed ulteriori rispetto al danno biologico, che, in una logica di contenimento di una deriva di

---

[61] Per riferimenti, giurisprudenziali e dottrinali, cfr. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffré, Milano, 2012, 265 ss., nota 99, ed *ivi*, sempre 265 ss. ed anche nelle note seguenti, riferimenti e critica alla posizione secondo cui l'assorbimento riguarderebbe il solo danno patrimoniale, e all'altra che riconosce il danno differenziale solo nei limiti e alle condizioni stabilite dall'art. 10 d.lgs. 1124 cit.; cfr. altresì i rilievi critici di P. TULLINI, *Il danno differenziale: conferme e sviluppi di una categoria in movimento, RIDL*, 2015, I, 492 ss.

moltiplicazione di poste dannose, é sfociata alla fine del 2008 nella teorizzazione civilistica giurisprudenziale (la c.d. "dottrina di S. Martino"[62]) del carattere unitario del danno non patrimoniale[63], ma da ultimo in parte rivista mettendosi a parte il danno morale[64] sulla base di acquisizioni della medicina legale che definiscono il danno biologico anche per gli aspetti definiti dinamico-relazionali ai quali invece il danno morale é estraneo. Anche l'art. 138, comma 17, della l. 4 agosto 2017, n. 1249 (c.d. codice delle assicurazioni private, ultimo testo), che appunto valuta autonomamente il danno morale, ha stimolato e confortato la nuova posizione[65]. Del resto tale codice, attraverso la previsione del diritto di surroga dell'assicuratore sociale (art. 142), sin dal 2005 (d.lgs. n. 209/2005) ha contribuito ad inserire elementi di specialità nel diritto generale della responsabilità civile.

5. In particolare: gli approdi antecedenti la l. n. 145/2018.

Per il danno complementare, si ripete al di fuori di quanto qui ci occupa, nessuna detrazione va effettuata.

Facendo leva[66], in particolare, sugli approdi della corte costituzionale prima indicati relativi alla piena ristorabilità del danno biologico, i più recenti arresti della corte di cassazione sono stati, a partire dal 2015, nel senso di determinare il danno differenziale scomputando dalle singoli voci o poste quelle dello stesso tipo coperte dalla garanzia previdenziale[67]; tesi, questa, vantaggiosa per

---

[62] Cfr. G. PONZANELLI, *Statuto del danno alla persona: la Terza Sezione si allontana dall'orientamento delle Sezioni Unite, DR,* 2019, 22.

[63] Cass. s.u. 11 novembre 2008, 26973, *FI*, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile):* die hard, G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, e le gemelle n. 26972, 26974, 26975.

[64] Cass. ord. 27 marzo 2018, n. 7513, *FI*, 2018, I, 2038, con nota di richiami e nota di A. PALMIERI, *La parvenza dell'unitarietà: il danno non patrimoniale nel decalogo (e sue variazioni) della terza sezione*, alle quali note si rinvia per la ricostruzione giurisprudenziale, con i relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, in argomento.

[65] Per considerazioni critiche al riguardo cfr. G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale,* cit., 22 ss. In punto cfr. altresì C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, *DR*, 2019, 15 ss.; D. COMANDÈ, *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze dell'Estate di San Martino*, *DR*, 2019, 156 ss.

[66] Scrive però G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019 e il vero intento del legislatore*, *GC.com*, 2019, 6: "Non sarebbe difficile replicare che l'individuazione di quei confini è tutt'altro che pacifica a causa delle profonde differenze tra tutela indennitaria e responsabilità civile e che quelle stesse pronunce della Consulta avevano incontrato già allora evidenti difficoltà nel definire quel confine, facendo supporre che una porzione del danno biologico fosse già compresa nella copertura indennitaria.
Anche le argomentazioni addotte per giustificare la compressione delle ragioni creditorie dell'INAIL non appaiono particolarmente persuasive. Si assume al riguardo che l'ente previdenziale potrebbe surrogarsi soltanto nei crediti che la vittima vanta nei confronti del responsabile civile, sicché, in caso di indennizzo di un danno patrimoniale ritenuto insussistente in sede risarcitoria, l'inesistenza del relativo credito in capo al lavoratore ne impedirebbe il successivo trasferimento all'assicuratore sociale. Per quanto indubbiamente riferibile alla comune azione di surrogazione dell'art. 1916 c.c., il ragionamento non pare invece applicabile alla speciale azione di regresso che l'INAIL ha diritto di esercitare ai sensi dell'art. 11 T.U. nei confronti del datore di lavoro e dei suoi dipendenti, trattandosi di un'azione che un consolidato orientamento dei giudici costituzionali e di legittimità riconosce all'ente previdenziale *iure proprio* per la soddisfazione di un proprio credito e non in virtù della successione a titolo particolare nelle ragioni creditorie dell'infortunato".

[67] Cfr. Cass. 26 giugno 2015, n. 13222, *FI*, 2015, I, 3169, e altre successive tra cui ord. 30 agosto 2016, n. 17407, *FI*, 2016, I, 3468; 14 ottobre 2016, n. 20807, *RDSS*, 2017, 141; 10 aprile 2017, n. 9166, *Labor*, 2017, 715, con nota di R. DIAMANTI, *Il danno differenziale - Punti fermi e nuove prospettive* ; 21 novembre 2017, n. 27669, per la quale sentenza il danno civilistico va detratto d' ufficio anche quando l'Inail non avesse indennizzato l'infortunio o sul lavoro la malattia professionale (critico, in particolare su quest' ultimo aspetto,

i lavoratori che vengono ad usufruire *de jure* di una parte di rendita legata ad un danno patrimoniale che potrebbe anche non sussistere in concreto, ma sfavorevole all'Inps che in ipotesi siffatta non potrebbe recuperare nei confronti del responsabile somme non corrispondenti a danno alcuno, e questo tanto più in caso di concorso di colpa del lavoratore posto che in tal caso la prestazione previdenziale non subisce alcuna decurtazione[68]. E senza dire dell'ipotesi in cui per un titolo di danno la prestazione sociale sia inferiore e per l'altro sia superiore[69]. Con la tesi accolta dalla corte di cassazione si é così superata la precedente impostazione per la quale il defalco di quanto corrisposto dall'Inail va effettuato con il facile criterio della sommatoria, e cioè scomputando dal danno civilistico l'intero importo a carico dell'ente[70], implicante la conseguenza di poter imporre un sacrificio del danno non patrimoniale subito dal dipendente; impostazione che pare però avere avuto un impulso di ritorno in una recente pronuncia delle sezioni unite che in una fattispecie di infortunio *in itinere* afferma che dalle "somme che l'assicurato si sia visto liquidare dall'Inail a titolo di rendita per l'inabilità permanente", vadano detratte le poste versate "allo stesso titolo " senza porre ulteriori distinzioni, come "stesso titolo" sembrando doversi intendere allo stesso *titolo d' indennizzo*, e cioè al medesimo *evento* da cui scaturisce il diritto, e come "stesso danno", cui pure fanno riferimento le sezioni unite, sembrando doversi intendere non ogni singola posta ma il danno alla persona nel suo complesso[71]. Mette conto di evidenziare che non é mancata una tesi per così dire mediana per la quale una volta effettuato lo scorporo delle componenti di danno complementare (secondo le tabelle milanesi, la personalizzazione del danno biologico, oltre il danno biologico temporaneo e quello permanente non indennizzato dall'Inail perché inferiore al 6%, nonché, alla stregua della espunzione del danno morale dal danno biologico di cui sopra, appunto del danno morale), quanto residua deve essere unitariamente considerato come danno differenziale, senza potersi più distinguere tra la componente non patrimoniale e quella patrimoniale[72].

6. L'intervento a sorpresa della l. n. 145/2018.

é A. ROSSI, *L'esonero datoriale dalla responsabilità civile nell'assicurazione contro gli infortuni: una regola da rivitalizzare?*, *RDSS*, 2018, 315 ss.); ord. 15 ottobre 2018, n. 25618; da ult. 11 aprile 2019, n. 10230.

[68] Cfr. R. DALLA RIVA, *Il «danno differenziale» negli infortuni sul lavoro - Le diverse proposte interpretative nell'attesa di un indirizzo di legittimità*, *RIMP*, 2014, I, 564; da ult. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 5 ss.

[69] Cfr. L. LA PECCERELLA, *Il danno alla persona nell'infortunistica del lavoro tra indennizzo e risarcimento*, *RIMP*, 2008, spec. 75.

[70] Per i relativi riferimenti cfr. A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali,* Giuffré, Milano, 2005, 982 ss.

[71] Cass. s.u. 22 maggio 2018, n. 12566, *FI*, 2018, I, 1900, con nota di R. PARDOLESI, *Compensatio, cumulo e «second best»* (ma cfr. altresì Cass. s.u. 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12567, *ibid.*, 1901, 1900, 1900, con la nota citata); Cons. Stato a. pl., 23 febbraio 2018, n. 1, *FI*, 2018, III, 193, con nota di R. PARDOLESI, *Cumulo e no (di indennizzo e risarcimento): la versione del consiglio di stato*; altresì Cass. 27 maggio 2019, n. 14362; in proposito cfr. G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 5; altresì S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio, RDSS*, 2019, 193 ss.; G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori. I riflessi sull'azione di rivalsa dell'Inail*, *RDSS*, 2019, 171 ss. *Contra*, A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale prima e dopo la legge di bilancio per il 2019*, *www.il Giuslavorista.it*, 2019, 7.

[72] Così S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 192 ss., in fine. Per diffusa argomentazione di tale tesi cfr. G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit., 307 ss.

Su questa complicata trama si é a sorpresa[73] inserita la legge di bilancio del 2019 (n. 145/2018, art. 1, comma 1126), parzialmente novellando gli artt. 10 e 11 del d.p.r. 1124/1965 con l'aggiunta di singole espressioni e parole[74]; tecnica, questa, che ha suscitato perplessità da parte di alcuni tenuto conto di un enunciato normativo già denso di significati[75]. E dagli stessi si sono sollevate perplessità ancora maggiori circa il collegamento testuale delle modifiche introdotte alla riduzione triennale degli oneri contributivi a carico dei datori di lavoro disposta dai commi 1121 ss., e, in particolare, dal comma 1126[76].

Il riferimento testuale come minuendo nel novellato comma 6 dell'art. 10 al risarcimento "complessivamente calcolato" e come sottraendo all'"indennità a qualsiasi titolo ed indistintamente....liquidata", che fa il paio con l'insistito uso dell'avverbio "complessivamente" e dell'aggettivo "complessivo" negli altri commi del medesimo articolo 10 e nell'art. 11, nonché l'altro riferimento, sempre insistito, nei due articoli novellati al "qualsiasi titolo", orientano sicuramente nel senso del discostarsi la legge dalla tesi *per singole poste*, così facendo scrivere ad un autore di *maledizione di Kirchmann*[77]; ossia il divenire cartaccia di intere biblioteche giuridiche per effetto di tre paroline del legislatore.

---

[73] Cfr. S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno,* cit., 184. Sull'*iter* della modifica cfr., dettagliatamente, M. BONA, *Legge di bilancio 2019 e "danno differenziale INAIL": nessun segno meno per i lavoratori danneggiati*, *www.ridare.it*, 2019, 3 ss.

[74] *Art. 1, comma 1126: " In relazione alla revisione delle tariffe operata ai sensi dell'articolo 1, comma 128, della legge 23 dicembre 2013, n. 147, con decorrenza dal 1° gennaio 2019 e dei criteri di calcolo per l'elaborazione dei relativi tassi medi, sono apportate a decorrere da tale data le seguenti modificazioni:*
a) all'articolo 10, sesto comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo,» sono inserite le seguenti: «complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo,» e dopo le parole: «a somma maggiore dell'indennità che» sono inserite le seguenti: «a qualsiasi titolo ed indistintamente»;
b) all'articolo 10, settimo comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «a norma degli articoli 66 e seguenti» sono aggiunte le seguenti: «e per le somme liquidate complessivamente ed a qualunque titolo a norma dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38»;
c) all'articolo 10, ottavo comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo la parola: «rendita» è inserita la seguente: «complessivamente» e dopo le parole: «calcolato in base alle tabelle di cui all'articolo 39» sono aggiunte le seguenti: «nonché da ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo»;
d) all'articolo 11, primo comma, primo periodo, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «per le somme» sono inserite le seguenti: «a qualsiasi titolo» e dopo le parole: «e per le spese accessorie» sono inserite le seguenti: «nei limiti del complessivo danno risarcibile»;
e) all'articolo 11, primo comma, secondo periodo, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo le parole: «dell'ulteriore rendita» sono inserite le seguenti: «a qualsiasi titolo» e dopo le parole: «calcolato in base alle tabelle di cui all'articolo 39» sono aggiunte le seguenti: «nonché ad ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo»;
f) all'articolo 142, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, dopo le parole: «solo previo accantonamento di una somma» sono inserite le seguenti: «a valere sul complessivo risarcimento dovuto» e dopo le parole: «erogate o da erogare» sono aggiunte le seguenti: «a qualsiasi titolo»;
g) all'articolo 11 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, dopo il secondo comma è inserito il seguente:
«Nella liquidazione dell'importo dovuto ai sensi dei commi precedenti, il giudice può procedere alla riduzione della somma tenendo conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro. Le modalità di esecuzione dell'obbligazione possono essere definite tenendo conto del rapporto tra la somma dovuta e le risorse economiche del responsabile»; "

[75] Cfr. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 11.

[76] Aut. op. loc. ult. cit.

[77] Cfr. M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale"*, *www.questionegiustizia.it.*, 2019.

Il risarcimento che il suddetto comma 6 pone a minuendo é però quello "per i pregiudizi oggetto di indennizzo", come sempre l'enunciato della disposizione recita. E tali pregiudizi sono quelli, e solo quelli, che ho prima riportato al § 4, cui sono estranei gli altri, sintetizzati nella formula del danno complementare su cui di conseguenza il defalco non opera[78]. Il che trova conforto nell'ultimo comma dell'art. 142 cit. per il quale "l'ente gestore dell'assicurazione sociale non può esercitare l'azione surrogatoria con pregiudizio del diritto dell'assistito al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti"[79].

Si deve in definitiva ritenere che la nuova normativa abbia recepito in punto la tesi mediana che ho riportato alla fine del precedente paragrafo[80], dandosi però atto di una posizione isolata, pur diffusamente argomentata facendosi leva su lettura minoritaria della citata sentenza n. 12566/2018 delle sezioni unite che la nuova legge avrebbe recepito, per la quale il defalco per poste omogenee sarebbe rimasto immutato[81].

L'espunzione del danno complementare dal minuendo su cui operare il defalco fa sì che, alla luce di Cass. 27 marzo 2018, n. 7513, cit., all'operazione resti estraneo il danno morale. Diverso é per la c.d. personalizzazione di cui alle citate tabelle milanesi, posto che sempre per Cass. 7513/2018 il danno biologico va individuato anche per gli aspetti dinamico-relazionali, e posto che pure ad essi si riferisce il d.lgs. 38/2000, che precisa il concetto di "lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona" (art. 13, comma 1) come comprensivo degli aspetti dinamico-relazionali ((art. 13, comma 2, lett. a). In tal senso é cenno in Cass. 9112/2019.

6.1. Pretese contraddizioni testuali.

Mentre tale tesi trova conferma nel comma 7 dell'art. 10 cit. che, laddove richiama il risarcimento eccedentario le indennità assicurate dall'Inail, si riferisce all'evidenza al risarcimento indicato nel comma precedente - quello per i pregiudizi oggetto d' indennizzo - da alcuni[82] si é ravvisata una contraddizione di ciò nel comma 1 dell'art. 11, quando riconosce all'ente il regresso verso i soggetti civilmente responsabili nei limiti del complessivo danno risarcibile, e quindi sull'intero ammontare del risarcimento (perciò anche quello relativo al danno complementare), e si é allora lamentato un vizio di coordinamento tra le due regole. Ma forse la contraddizione può essere superata ritenendosi che i limiti si riferiscano al caso in cui alla presunzione legata alla quota di danno patrimoniale per le menomazioni superiori al 16% non corrisponda un danno realmente

---

[78] Cfr. M. BONA, *Legge di bilancio 2019*, cit., 7 ss.; M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 11; G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2029: una riforma favorevole ai lavoratori*, *www.ridare.it*, 8.

[79] Così G. CORSALINI, *Il danno differenziale*, cit., 8.

[80] Conf. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale*, cit., 11; R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento per gli invalidi sul lavoro*, www.*giustiziainsieme.it*, 2019, 4; ; ID., *La finanziaria diminuisce il risarcimento del danno spettante al lavoratore invalido (ed arricchisce l'impresa)*, *www.questionegiustizia.it*, 2019, 6 ss.; altresì A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale*, cit., 8 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo INAIL e danno differenziale dopo la Legge di Bilancio 2019: le prime pronunce*, *GC.com*, 2019, 2 ss., ed *ivi*, in nota, riferimenti a prime pronunce nello stesso senso. Non appaiono allora condivisibili i rilievi critici di M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 11 ss. e di R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Il legislatore e il nuovo danno differenziale: invito a nozze coi fichi secchi*, in corso di pubblicazione in *DR*.

[81] M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo assicurativo INAIL e risarcimento del danno non patrimoniale dopo l'intervento della Legge di bilancio 2019*, *CG*, 2019, 351 ss.

[82] Cfr. G. LUDOVICO, *Il danno differenziale*, cit., 12 ss.

verificatosi: in tal caso il regresso non potrebbe *in parte qua* operare[83]. Quanto al sottraendo di cui al comma 6, che pure ha sollevato perplessità, la somma liquidata a qualsiasi titolo ed indistintamente ben può ed anzi deve ragionevolmente essere individuata in quanto riconosciuto dall'Inail posto anche il richiamo all'art. 13, comma 2, lett. a) e b) del d.lgs. n. 38/2000[84].

6.2. Conseguenze dell'interpretazione accolta.

La interpretazione qui accolta, pur tenendo salvo, si é detto, il danno complementare, comporta che il lavoratore danneggiato non possa cumulare quanto gli spetti per danno biologico civilisticamente quantificato con il di più ricevuto dall'Inail, ove la menomazione riportata superi il 15%, per danno da invalidità permanente, essendo entrambi compresi tra i pregiudizi oggetto d' indennizzo. Dal che deriva una contrazione dell'entità del ristoro che il lavoratore può ricevere a seguito di infortunio o malattia professionale illeciti rispetto a quanto riconosciuto in precedenza; contrazione che appartiene ad una scelta politica che si può discutere ma che non ritengo essere in tensione con norme costituzionali[85]. In proposito vale la pena di evidenziare che in sostanza con la modifica viene ad intaccarsi la presunzione assoluta riguardante il danno patrimoniale per menomazione superiore al 15%, ma non certo la possibilità per il danneggiato di allegare e provare tale danno[86] (come può allegare e provare quello correlato ad una menomazione esistente ma inferiore all'indicata soglia) e del quale può ottenere il ristoro. Alla contrazione di cui si é detto si aggiungono, però, aspetti favorevoli al lavoratore, quali l'aumento dell'assegno funerario, l'elevazione a 67 anni delle persone protette per gli infortuni domestici; la riduzione dal 27% al 16% del grado d' inabilità permanente al lavoro derivante da infortuni sul lavoro in ambito domestico; il riconoscimento di una prestazione *una tantum* pari a 300 euro in caso di inabilità permanente compresa tra il 6% e il 15%; l'estensione anche agli infortuni in ambito domestico dell'assegno per assistenza personale continuativa; l'introduzione di una soglia di reddito quale limite per poter beneficiare della prestazione della rendita nel caso di soli genitori e, oppure o, fratelli superstiti a seguito di eventi mortali, così superandosi il requisito della mancanza di mezzi di sussistenza autonomi e sufficienti sostituendolo con un parametro reddituale aggiornato dall'Istat[87]; misure che hanno fatto dire, con notevole forzatura, addirittura di riforma favorevole ai lavoratori specie se la si legge non collegandola alla riduzione delle tariffe Inail ma alla recente giurisprudenza delle

---

[83] In tale linea pare collocarsi A. ROSSI, *Il calcolo del danno*, cit., 9; *contra*, M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 19.

[84] Non appaiono allora condivisibili i rilievi critici di M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 11 ss.

[85] Cfr. R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento*, cit., 6, ID., *La finanziaria diminuisce il risarcimento del danno*, cit., 2 ss., che rileva anche che l'interpretazione per cui sarebbero intaccati anche i danni estranei a quelli indennizzati dall'Inail oltre che testualmente contraddetta sarebbe contraria a costituzione per non risarcire integralmente il danno subito e come tale da respingere alla stregua del criterio della preferibilità della lettura costituzionalmente conforme; per l'incostituzionalità della riduzione in quanto implica il ritorno alla situazione *qua ante* Corte cost. 356 e 485 del 1991 sacrificando il diritto all'integrità del risarcimento del danno non patrimoniale, cfr., invece, S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 10;con qualche problematicità, S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro dopo la legge n. 145 del 2018*, *GC.com*, 16 maggio 2019, 9 ss. secondo cui "resta a nostro avviso da verificare se anche questa interpretazione sollevi problemi di conformità con gli artt. 3 e 32 Cost., visto che comunque si ammette che il *quantum* risarcitorio derivante dalla lesione del diritto fondamentale alla salute del lavoratore possa essere intaccato per consentire all'INAIL, in deroga alle regole comuni, di recuperare quote di indennizzo riferite alla componente patrimoniale (relativa, cioè, alla riduzione presunta della capacità lavorativa bio-attitudinale, e quindi semi-specifica, subita dal prestatore di lavoro)".

[86] Spunto conforme in A. ROSSI, *Il calcolo del danno*, cit., 10.

[87] Cfr. G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., 10 ss.

sezioni unite in tema di *compensatio lucri cum danno*, la quale potrebbe portare alla conseguenza di incidere sullo stesso danno complementare[88].

6.3 Alcuni altri problemi di costituzionalità.

La questione di costituzionalità della nuova normativa di scorporo integrale é stata prospettata da altra angolazione; precisamente, dall'angolazione della disparità di trattamento tra l'azione di regresso riconosciuta all'Inail - e solo nei confronti del datore di lavoro - e non invece alle infinite ulteriori ipotesi di interferenza tra assicurazione sociale e responsabilità civile, quali, ad esempio, l'erogazione da parte dell'Inps dell'assegno d' invalidità *ex lege* n. 222/1984 o di erogazione da parte della regione dell'indennità ai contagiati da emotrasfusione; e dalla disparità di trattamento con la surroga dell'Inail verso un terzo[89].

Fermo quanto si é detto circa l'estraneità del danno complementare all'assicurazione sociale e alla sua disciplina, circa il primo aspetto va sottolineato come l'art. 14 l. n. 222/1984 preveda la surroga dell'istituto erogatore verso i terzi responsabili e la loro assicurazione fino alla concorrenza dell'ammontare delle prestazioni; e come secondo Cass. ord. 14 febbraio 2019, n. 4309, le Regioni operino nell'ambito delle funzioni di tutela pubblica della salute che sono proprie del Servizio Sanitario Nazionale, di cui costituiscono articolazioni anche le aziende sanitarie locali, alimentate in massima parte con finanziamenti che, dallo Stato, vengono trasferiti in parte alle Regioni stesse. Sicché Regioni e Aziende sanitarie locali presentano comunanza di finalità, convergenza di attività e una commistione di risorse finanziarie che consentono di individuare sul piano sostanziale, un'unica parte pubblica chiamata ad erogare a chi sia stato danneggiato da emotrasfusioni tanto l'indennizzo ex legge n. 210/1992 quanto l'eventuale risarcimento del danno. Onde la non necessità di azioni di rivalsa o surroga. Quanto al secondo aspetto, l'esistenza del diritto di surroga verso il danneggiante é riconosciuto dalla giurisprudenza[90]. Per entrambi - ed é questo il rilievo cruciale per superare l'eccezione di incostituzionalità - vale il limite di cui ho detto al paragrafo 7 circa il superamento della contraddizione rilevata da una parte della dottrina.

6.4. La misura premiale contenuta nell'art. 11, comma 3, l. n. 145/2018.

Davvero peculiare nel sistema della tutela risarcitoria é la regola contenuta nel comma 3 dell'art. 11 l. n. 145 inerente il riconoscimento al giudice del potere di procedere alla riduzione della somma dovuta all'Inail in sede di regresso tenuto conto del comportamento datoriale precedente e successivo all'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro. Si applica così ad una disciplina correlata appunto alla tutela risarcitoria una misura premiale, in un certo senso opposta ai c.d. danni punitivi e d' incentivo al miglioramento delle condizioni lavorative, che é stata vivacemente criticata in dottrina ed anche per la eccessiva discrezionalità riconosciuta al giudice e per l'eccentricità rispetto ai principi in materia di responsabilità patrimoniale del danneggiante dei termini da considerare in sede di modalità di

---

[88] È la tesi di G. CORSALINI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio*, cit., spec. 4 ss., 8 ss.

[89] fr. M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 18 ss.

[90] Cass. ord. 30 agosto 2016, n. 17407, *FI*, 2016, I, 3468, con nota di richiami; Cass. ord. 12 febbraio 2018, n. 3296, *FI*, 2018, I, 1230, con nota di richiami.

esecuzione (rapporto tra somma dovuta e risorse economiche del danneggiato)[91]. Da alcuni é stata anche prospettata questione di costituzionalità della disposizione laddove introduce un sistema premiale a favore di chi sia imputabile di responsabilità civile qualificata[92]. Non é in proposito indicata la norma costituzionale violata, forse pensandosi all'art. 3, comma 1, sotto il profilo della ragionevolezza. Che però appare rispettata, in ragione dello scopo di valorizzare il comportamento complessivo del responsabile (che, ad esempio, ha in precedenza sempre rispettato le regole in materia di sicurezza e che ha investito sulle relative misure), nonché di far migliorare appunto la situazione di sicurezza per il futuro. Il che fa aggio anche del fine pratico d' incentivare l'adempimento dell'obbligo del datore di adottare ogni misura idonea a prevenire i sinistri pure riconosciuto all'azione di regresso dell'Inail dalla corte costituzionale[93]. Al riguardo è il caso di notare come la misura in questione sia stata lasciata nonostante che le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1126 sopra illustrate, siano state abrogate (v. *infra*, § 7).

6.5. Limiti temporali di applicazione.

In mancanza di una disciplina di diritto intertemporale si é sostenuto[94], alla stregua dei principi generali in materia, che la liquidazione del danno differenziale debba essere effettuata sulla base delle regole esistenti al momento della pronuncia, mentre, quanto alle azioni di regresso, l'insorgenza della fattispecie al momento del pagamento fa sì che a tale momento ci si debba riferire per individuare la disciplina; *ex* art. 142 d.lgs. n. 209/2005, la nuova regola andrebbe applicata alle sole richieste risarcitorie proposte dalla vittima dell'incidente stradale dopo l'1 gennaio 2019.

Sul primo aspetto la corte di cassazione si é pronunciata in senso contrario[95], escludendo, per un verso, la natura interpretativa delle nuove regole[96] e il riferimento alla modifica di parametro per la liquidazione, e affermando qui trattarsi piuttosto di modifica di legge soggetta ai principi costituzionali e della carta edu in materia di irretroattività delle leggi. E lo stesso sembra ragionevole ritenere circa le modifiche dell'art. 11 d.p.r. n. 1124 cit. e dell'art. 142 d.lgs. n. 209/2005.

---

[91] Cfr. S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 8 ss.; M. BONA, *Legge di bilancio 2019*, cit., 10; G. CHIRIATTI, *Il danno differenziale*, cit., 7; "non é un bel vedere", scrive P. SANTORO, nota a Cass. 21 maggio 2019, n. 13645, in corso di pubblicazione in *FI*.

[92] Cfr. S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale*, cit., 7 ss.

[93] Cfr. Corte cost. 22 giugno 1971, n. 134, *FI*, 1971, I, 1774.

[94] Cfr. M. ROSSETTI, *La maledizione di Kirchmann*, cit., 16 ss.

[95] Cfr. Cass. 27 marzo 2019, n. 8580, *www.olympus.uniurb.it*; 2 aprile 2019, n. 9112, *www.olympus.uniurb.it*; 11 aprile 2019, n. 10230, cit.; ord., 19 aprile 2019, n. 11114, *Foro it.*, 2019, I, 2024, con nota di P. SANTORO, *Nuovo sistema di calcolo del danno differenziale: irretroattività*, e *www.olympus.uniurb.it*.; 21 maggio 2019, n. 13645, in corso di pubblicazione in *FI* con la citata nota di P. SANTORO, e *www.olympus.uniurb.it*. In tal senso cfr. R. RIVERSO, *Diminuisce il risarcimento*, cit., 4 ss.; ID., *La finanziaria diminuisce*, cit., 15 ss.; G. LUDOVICO, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019*, cit., 14; M. BONA, *Legge di bilancio 2019*, cit.,12 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Indennizzo INAIL e danno differenziale*, cit., 1 ss.; S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale,* cit., 10 ss.

[96] Criticamente cfr. G. CHIRIATTI, *Il danno differenziale dopo la legge di bilancio 2019: applicazione temporale delle nuove norme e infondati sospetti di illegittimità, www.ridare.it.*, 2019, 4 ss. che però sostiene ugualmente la irretroattività della normativa per la sua natura sostanziale.

7. L'abrogazione dell'art. 1, comma 1126, lett. a)-f), l. 145/2018 disposta dalla legge di conversione del decreto crescita.

Come si è sopra accennato, le modifiche normative della legge di bilancio del 2018 sono state fatte a sorpresa, senza discussione alcuna nelle sedi sociali, scientifiche ed istituzionali, ciò facendo intendere una sorta di loro improcrastinabilità e una forte determinazione ad introdurle delle forze della maggioranza. Questo dopo solo sei mesi è svanito[97], dando luogo ad un caso difficilmente eguagliabile di schizofrenia del legislatore. La legge di conversione del c.d. decreto crescita (l. n. 58/2019) ha infatti disposto l'abrogazione dell'art. 1, comma 1126, lett. a), b), c), e), f), l. n. 145/2018, precisando che "le disposizioni ivi indicate riacquistano efficacia nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della stessa legge n. 145 del 2018" (art. 3 *sexies* d.l. 30 aprile 2019, n. 34, introdotto dalla legge di conversione citata).

La precisazione ha eliminato il dubbio che il *vecchio* sia comunque scomparso a seguito dell'intervento del 2018. Esso *ri*acquista quell'efficacia che aveva perduto, e la riacquista, secondo le regole stabilite dall'art. 74 cost.; pertanto, dall'entrata in vigore dell'art. 3 *sexies* e quindi per gli infortuni e le malattie professionali successivi all'entrata in vigore della conversione del decreto crescita[98]. Questo, non essendo nel testo della disposizione segni di retroattività, significa che per tutti gli eventi compresi tra l'entrata in vigore della l. n. 145 e la sua abrogazione restano immutati i problemi e le soluzioni sopra prospettati. Nel concludere in argomento va ribadito che l'abrogazione non comprende misura premiale sopra illustrata.

8. Un profilo eccentrico dell'argomento: il danno non patrimoniale in materia di licenziamenti illegittimi.

Vorrei concludere accennando ad un profilo eccentrico rispetto alla materia degli infortuni sul lavoro, ma che a mio avviso appartiene al tema del danno differenziale. Si tratta di un aspetto della disciplina dei licenziamenti *ex* d.lgs. n. 23/2015 quale letta alla luce della sentenza n. 194/2018 della corte costituzionale, nella quale, al punto 10, ultimo periodo, é scritto: "Una tale predeterminazione forfetizzata del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo non risulta incrementabile, pur volendone fornire la relativa prova. Nonostante il censurato art. 3, comma 1 – diversamente dal vigente art. 18, quinto comma, della legge n. 300 del 1970 – non definisca l'indennità «onnicomprensiva», è in effetti palese la 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»".

Ebbene, potrebbe sembrare che l'indennità in questione escluda il riconoscimento di qualsiasi aumento, *ivi* compreso il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona. Non condivido però tale opinione, non tanto e non solo in quanto urta contro il principio di integrale ristorabilità

---

[97] Cfr. M. BONA, *Inail e "danno differenziale": cancellata dalla legge n. 58/2019 la "riforma" ultima*, *www.ridare*, 4 luglio 2019, che non sembra attribuire alla disciplina abrogata alcuna residua valenza normativa.

[98] Cfr., da ult., Cass., sez. trib., ord. 22 novembre 2018, n. 30246, *RFI*, 2018, voce *Legge*, n. 16.

di tale danno[99] - onde la necessità di interpretazione secondo costituzione - quanto perché, e almeno quando - il danno non patrimoniale deve essere connesso ad eventuali modalità del licenziamento e quindi ad un fatto che presenti ulteriori connotati[100]. Ed appare appunto un *danno differenziale*, posto che, sempre secondo la corte, l'indennità in parola é risarcimento del danno[101].

---

[99] M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, *www.csdle D'Antona.it*, 2018, n. 378, 18 ss., ed *ivi*, in nota, riferimenti.

[100] Cfr. M. PERSIANI, *La sentenza della corte costituzionale n. 194 del 2018:* parturiunt montes, *ADL*, 2019, 127; L. de ANGELIS, *Sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti: prime riflessioni, VTDL*, 2019, 666.

[101] Aut. op. ult. cit., 658 ss.

Le garanzie difficili nel sistema degli appalti*

Marco Marazza

1. Il "*sistema interdisciplinare*" del diritto del lavoro applicato ai processi di decentramento produttivo. 34

2. Segue: e le (conseguenti) "*garanzie difficili*" (non solo per il lavoratore). 35

3. Coordinamento industriale dell'appaltatore da parte del committente, rischio di impresa e somministrazione irregolare (anche in assenza di esercizio da parte del committente di potere di organizzativo e direttivo sui lavoratori dell'appaltatore). 36

4. Segue: il confine tra contratto di subfornitura e somministrazione irregolare. 39

5. Il problema degli effetti della certificazione del contratto di appalto sulla esecuzione, in concreto, del suo programma contrattuale. 41

6. Contratto di appalto, distacco e somministrazione irregolare nel contratto di rete quando i retisti scambiano tra loro prestazioni industriali e/o commerciali. 43

7. L'inadeguata valorizzazione dell'autonomia collettiva nei fenomeni di decentramento produttivo. 45

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 393/2019

1. Il "*sistema interdisciplinare*" del diritto del lavoro applicato ai processi di decentramento produttivo.

Il sistema di norme posto a presidio del lavoro nei fenomeni di decentramento produttivo non può essere messo a fuoco con la sola lente della scienza giuslavorista perché l'impianto delle tutele che esso propone, oltre che fortemente condizionato dall'impatto dell'innovazione tecnologica[102], affonda le sue radici, tra l'altro: in classici istituti del diritto civile, per quanto riguarda la disciplina della responsabilità, dei contratti in generale e della mora del creditore (artt. 1206 e ss. cod. civ.[103]), il regime della responsabilità solidale (artt. 1292 e ss. cod. civ.[104]), l'adempimento del terzo (art. 1180 cod. civ.) e l'indebito soggettivo (art. 2036 cod. civ.)[105]; in sfuggenti fattispecie nel diritto commerciale, per ciò che riguarda la definizione e gli effetti del contratto di subfornitura (legge n. 192 del 1998) e del contratto di rete (art. 3, comma 4ter, del d.l. n. 5 del 2009, convertito il legge n. 33 del 2009)[106]; nel diritto amministrativo, per gli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) e per gli effetti del procedimento amministrativo di certificazione del contratto di appalto (vedi *infra* al n. 5); finanche in quello penale, per quanto attiene al reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603 bis cod. pen.)[107].

---

[102] Molteplici sono gli studiosi che hanno approfondito il tema nei diversi ambiti dell'ordinamento lavoristico; nell'impossibilità di poter rinviare a tutti, si fa riferimento, da ultimo, al bel volume C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANO (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019.

[103] Rilevante, per i profili giuslavoristici connessi ai processi di decentramento produttivo, nei termini chiariti da Cass. sez. un. n. 2990 del 2018 e Corte Cost. n. 29 del 2019.

[104] Per l'applicazione del principio della responsabilità solidale nell'irrilevanza, in caso di pluralità di appaltatori e sub appaltatori, della ripartizione interna dei debiti e, in generale, per la possibilità del lavoratore di richiedere a ciascun soggetto della filiera l'adempimento dell'intero credito, così superando possibili interpretazioni restrittive della catena di responsabilità poste dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, Cass. 15 gennaio 2019 n. 834; Cass. 10 gennaio 2019 n. 444; Cass. 23 marzo 2108, n. 16259 del 2018. Sul regime della responsabilità solidale applicato al lavoro si veda il recente studio monografico di E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore,* Bologna, 2017.

[105] Disposizioni, queste ultime (artt. 1180 e 2036 cod. civ.), poste a base del confronto, forse non ancora del tutto risolto, sull'efficacia satisfattiva o meno per il titolare del rapporto di lavoro dell'adempimento dell'obbligo retributivo da parte dell'utilizzatore della prestazione di lavoro, oltre che nei casi in cui sia direttamente applicabile l'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 (oggi art. 38 del d.lgs. n. 81 del 2015) (e, cioè, della somministrazione irregolare). E, quindi, anche in caso di trasferimento di azienda la cui illegittimità sia stata giudizialmente accertata con l'effetto della retrocessione al cedente dei rapporti di lavoro ceduti al cessionario e da quest'ultimo retribuiti (anche dopo la sentenza). È noto come la questione, assai complessa, coinvolge i principi della mora del creditore, prende le mosse da C. Cost. 11 novembre 2001, n. 303 ed è poi stata affrontata da Cass. sez. un. n. 2990 del 2018 per la quale, in un caso di appalto illecito, «*il datore di lavoro, indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore, è tenuto a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva*» fatta salva, in ogni caso, l'ipotesi in cui il trattamento economico sia stato corrisposto dal datore di lavoro fittizio. In questo caso, infatti, trova applicazione l'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 (oggi art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2015) la cui effettiva portata viene ricostruita, dalle sezioni unite, mediante il richiamo agli artt. 1180 e 2036 cod. civ. Precisazione, questa, che dopo qualche flebile apertura (Cass. n. 14019 del 2018) è poi risultata, almeno ad oggi, non sufficiente ad estendere i medesimi principi civilistici anche all'ipotesi di cessione di ramo di azienda dichiara illegittima (per la quale, ovviamente, non può trovare applicazione la speciale disposizione giuslavoristica dell'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2015). All'esito di C. Cost. 28 febbraio 2019, n. 29, infatti, Cass. 3 luglio 2019, n. 17786 ha, da ultimo, precisato che l'adempimento del cessionario non libera il cedente del ramo di azienda di cui è stata accertata giudizialmente l'illegittimità. Così introducendosi, a mio parere, una discutibile differenziazione tra questa fattispecie e quella dell'accertamento della somministrazione irregolare che non tiene conto della matrice sostanzialmente civilistica dell'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2015 già evidenziata, come detto, dalle sezioni unite. Diverso, ovviamente, resta il ragionamento sugli effetti dell'eventuale risoluzione del rapporto intimata dal soggetto giudizialmente accertato alla stregua di un datore di lavoro fittizio (Cass. 28 febbraio 2019, n. 5998).

[106] Per le problematiche connesse a questi istituti si rinvia, rispettivamente, nel testo ai paragrafi n. 4 e 6.

[107] Il riferimento è al reato di «intermediazione illecita e sfruttamento», punito all'art. 603 bis, cod. pen., così come modificato dalla legge 29 ottobre 2016, n. 199. Sugli indici di sfruttamento, D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, n. 3, ma è interessante evidenziare come

Ne deriva che quel sistema è assai articolato, tendenzialmente connotato da un elevato grado di frammentazione, come spesso accade quando si devono raccordare ambiti disciplinari così variegati, e, in linea con le più moderne evoluzioni della nostra materia (si pensi a lavoro e privacy; lavoro e procedure concorsuali), pretende dall'interprete, qualunque sia il suo ruolo, non solo un approccio contemporaneo, cioè aperto alla comprensione (oltre che delle nuove dinamiche sociali) degli effetti della digitalizzazione dei processi produttivi e della organizzazione del lavoro, ma anche «l'aggancio interdisciplinare [è] ormai indispensabile in molti comparti dell'attività del giurista»[108], affinché «la frammentazione [non si traduca] nell'isolamento [sterile] dello studioso»[109].

2. Segue: e le (conseguenti) "*garanzie difficili*" (non solo per il lavoratore).

Ciò comporta, complice una tecnica legislativa non sempre impeccabile, ma anche per effetto di una certa ritrosia dei giuslavoristi a confrontarsi con altri ambiti disciplinari sul terreno del diritto positivo, un rallentamento, per certi versi comprensibile, anche se non proprio del tutto giustificabile, del processo di emersione di "*un*" (qualsiasi) diritto vivente[110].

E, quindi, inevitabilmente, anche l'affiorare di uno stato di incertezza del diritto, lamentato per il vero anche altrove e su piani ben più generali[111], che è l'inevitabile presupposto (logico, prima ancora che giuridico) delle "*difficoltà*" che tutti gli operatori incontrano, dai loro diversi punti di vista, nell'interpretazione ed applicazione (anche) della legislazione di cui qui intendiamo occuparci.

Mi concentrerò, allora, con l'obiettivo di avanzare qualche proposta interpretativa, su alcune delle possibili zone di incertezza nelle quali, proprio in specifica conseguenza della contamina-

---

la portata del regime sanzionatorio penale, sia in caso di intermediazione che in caso di sfruttamento, è condizionata alla fattispecie dell'«*approfittamento dello stato di bisogno*» (per gli esiti di una interpretazione in senso strettamente oggettivo, T. PADOVANI, *Necessario un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Quot. Dir*., 2016, pag. 48 segg.) e come tale fattispecie evidenzi tendenze evolutive in grado di ampliare significativamente la portata della norma penale. Appare utile segnalare, a tal riguardo, che il Tribunale di Brindisi con sentenza 8 giugno 2017, a quanto consta inedita (raccolta nel contesto delle attività dell'Osservatorio de L'altro Diritto), ha identificato lo stato di bisogno nella necessità di un lavoratore cittadino italiano di adempiere ai suoi doveri genitoriali e ai costi conseguenti, tra cui i ratei del mutuo, con ciò svincolando lo stato di bisogno dalla specifica situazione, più volte accertata dalla giurisprudenza, di clandestinità del lavoratore (da ultimo Cass. 12 gennaio 2018, n. 17939). Circostanza, questa, importante se letta insieme al fatto che lo sfruttamento, ai sensi dell'art. 603 bis, comma 3, punto 1), si perfeziona anche in caso di corresponsione di una retribuzione palesemente difforme da quella prevista dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali (quali?) più rappresentative. Per i profili più propriamente lavoristici, M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro, in "Il lavoro nella giurisprudenza"*, 2017, n. 2, pag. 118. Da ultimo, V. FERRANTE, *Appalti, "supply chain" e doveri di controllo sull'uso del lavoro "schiavistico"*, in *Arg.Dir.Lav.* 2018, pag. 1061; con specifico riguardo al lavoro in agricoltura, M. D'ONGHIA – C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 352/2018; D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2018, 2, pag. 229 e segg.

[108] A. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista, un percorso incompiuto*, Torino, 2014, pag. 155. Sui "confini" disciplinari e i loro limiti, M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2009, pag. 8.

[109] S. CASSESE, *Il mondo nuovo del giurista*, *Un giurista e il suo tempo,* Bologna, 2008, pag. 30, nt. 32, p. 185.

[110] F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare), Riv.Dir.Proc.*, 1949, I, pag. 41; L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto Dir. priv*., Torino, 1990, pag. 445; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»,* in *Iustitia*, 1993, pag. 54.

[111] N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2, 2015, pag. 55; P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. Civ*., 2014, pag. 921 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, pag. 14.

zione interdisciplinare del sistema normativo dedicato alla regolamentazione del lavoro nei processi di decentramento produttivo, possono emergere rischi di effettività delle tutele dei lavoratori. Se non altro perché sono loro i protagonisti deboli del fenomeno che stiamo considerando ed il convegno da cui prende spunto il presente contributo è stato, proprio per questa ragione, dedicato alla *dignità della persona*[112].

3. Coordinamento industriale dell'appaltatore da parte del committente, rischio di impresa e somministrazione irregolare (anche in assenza di esercizio da parte del committente di potere di organizzativo e direttivo sui lavoratori dell'appaltatore).

L'ambito da considerare in via prioritaria è, per ovvie ragioni, giacché si tratta dello snodo che delimita la produttività decentrabile, quello delle possibili aree di incertezza che insistono sul confine tra appalto genuino e somministrazione irregolare[113].

Come noto, nella tradizionale (e largamente prevalente) prospettiva che tende a perimetrare l'appalto dalla somministrazione irregolare andando ad indagare l'eventuale etero organizzazione da parte del committente dei mezzi necessari all'appaltatore per l'esecuzione del contratto, che può risultare anche dall'esercizio del "*potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati*" (art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003)[114], l'appalto genuino è ritenuto compatibile con la predeterminazione delle modalità temporali e tecniche di esecuzione dell'opera o del servizio, anche qualora siano impartite dal committente disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore riconducibili al "*risultato delle prestazioni*"[115].

In altri termini, come si legge nella giurisprudenza di legittimità[116], con un ragionamento che può effettivamente ampliare il perimetro dell'appalto genuino, soprattutto quando l'esecuzione dell'attività affidata all'appaltatore richiede un'organizzazione che è fatta prevalentemente di persone, non è sufficiente, perché possa configurarsi una somministrazione irregolare, la circostanza che il personale del committente impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore.

---

[112] Ma non sarebbe corretto omettere, dal diverso punto di vista dell'impresa, e solo per fare un esempio emblematico della serietà dell'impatto dello stato di incertezza del diritto segnalato, i gravi effetti economici riconducibili alla imprevedibilità delle operazioni di qualificazione della fattispecie del ramo di azienda. Sia consentito, sul punto, rinviare M. MARAZZA, *Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)*, in *Arg. Dir. Lav*., 2018, pag. 388 e segg. e ai riferimenti ivi contenuti. Non solo per l'irrisolta questione del requisito della sua preesistenza ma anche, a maggior ragione a fronte dell'evoluzione tecnologica, per le difficoltà che emergono quando si tratta di verificare l'autonomia funzionale di un compendio aziendale soppesando (anche in relazione agli altri beni che compongono l'attività economica organizzata) la sua dotazione tecnologica, il livello di connessione informatica del ramo di azienda al resto dell'impresa cedente ed il limite (oggi più che altro lasciato al libero apprezzamento del giudice) di integrabilità di quel sistema informatico da parte della tecnologia cessionario.

[113] Nell'impossibilità di riportate tutta la corposa letteratura in materia, si rinvia per completezza, anche dei riferimenti bibliografici, da ultimo a D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative,* in *Atti delle giornate di Studio di Diritto del lavoro dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milanò, 2018, pag. 17 e segg.

[114] Nel classico approccio, per intenderci, giusto il quale l'appalto non è genuino in assenza di un concreto potere direttivo nell'esecuzione della prestazione in capo alla società appaltatrice giacchè non è sufficiente che la stessa conservi i compiti di gestione amministrativa senza una reale e concreta organizzazione della prestazione stessa, Cass. 7 dicembre 2018, n. 31720; Cass. 10 maggio 2018, n. 27105. Nel merito, Trib. Milano 30 gennaio 2018.

[115] Cass. 22 febbraio 2019, n. 5265; Trib. Roma, 19 febbraio 2019.

[116] Cass. 22 febbraio 2019, n. 5265; Cass. 15 luglio 2011, n. 15615; Cass. 6 giugno 2011, n. 12201; Cass. 14 aprile 2001, n. 8643, Cass. 18 marzo 2000, n. 3196, Cass. 7 settembre 1993, n. 9398.

Ed infatti, fermo restando che quelle disposizioni per rilevare ai fini della qualificazione dell'accordo commerciale sottostante devono essere impartite nella "*consapevolezza*" del committente[117], ciò che occorre verificare è se le direttive sono effettivamente riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti alle concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure (com'è consentito in caso di appalto) al solo risultato di quelle prestazioni (onde garantire l'adattamento dell'attività rispetto ai tempi ed alle modalità tecniche di esecuzione dell'opera o del servizio legittimamente predeterminate dal committente)[118].

In altri termini, senza voler qui indugiare sulla difficoltà che si può riscontrare nel distinguere in modo netto ciò che attiene alle modalità di esecuzione della prestazione dal risultato che essa produce, per la giurisprudenza, ed è a mio avviso giusto che sia così, l'appalto può legittimamente contemplare una forma di coordinamento "industriale" del committente sull'esecuzione del programma contrattuale che l'appaltatore si è impegnato a realizzare.

Si tratta, a ben vedere, di un potere che il committente esercita non solo per assicurarsi che l'opera o il servizio siano realizzati secondo le condizioni stabilite ed a regola d'art (art. 1662, comma 2, cod. civ.) ma anche, soprattutto quando la prestazione è di carattere continuativo, per specificare via via, nel rispetto del regolamento contrattuale[119], taluni dettagli del risultato che l'appaltatore deve realizzare[120]. Sono prerogative ben distinte da quelle che considera l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 quando pretende che sia l'appaltatore ad organizzare i mezzi necessari. Ciò perché il coordinamento industriale, a differenza del potere organizzativo espressamente vietato al committente dalla norma giuslavoristica: a) non riguarda l'organizzazione dell'attività, e quindi non incide sulla organizzazione dei mezzi e delle persone dell'appaltatore; b) tende, di conseguenza, ad influire sul risultato di quella attività; c) è, normalmente, indirizzato non indistintamente su tutti gli ausiliari dell'appaltatore ma sull'imprenditore o sulla persona da lui incaricata come referente per l'esecuzione del contratto.

Ne deriva, e vengo al punto, che il problema da affrontare, soprattutto alla luce delle nuove tecnologie, siano esse utilizzate per la gestione dei flussi informativi tra committente e appaltatore, o proprio per l'automazione del coordinamento dell'appaltatore nell'esecuzione dell'opera[121], è

---

[117] Ed infatti, affinché possa affermarsi la natura fraudolenta dell'appalto per Cass. 16 novembre 2018, n. 29628 «*non basta che il personale della società committente impartisca ordini al personale della società appaltatrice e che questa tolleri che suoi dipendenti svolgano mansioni diverse da quelle oggetto dell'appalto, ma è, altresì, necessaria una manifestazione di volontà degli organi competenti della committente e, comunque, una conoscenza ed una accettazione implicita*».

[118] Per tutte, ancora Cass. 22 febbraio 2019, n. 5265. Ma una posizione ben diversa è oggi assunta dalla giurisprudenza amministrativa (Cons Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1571) per la quale risulta invece incompatibile con la genuinità dell'appalto l'assetto contrattuale in virtù del quale il committente: a) impone all'appaltatore, sulla base delle proprie esigenze, l'adattamento dell'orario di lavoro dei dipendenti; b) definisce obiettivi e regole standard che poi l'appaltatore, per il tramite della sua organizzazione, deve trasmettere ai propri collaboratori.

[119] Sulla possibilità che il contratto di appalto preveda l'esercizio di questi poteri da parte del committente, configurandosi proprio in ciò la fattispecie dell'appalto a regia, Cass. n. 14359 del 2018.

[120] Cass. n. 9152 del 2019 si esprime in termini di "istruzioni" del committente.

[121] Sono a tal riguardo da considerare tutti quei modelli di appalto nei quali l'etero direzione del committente è poco visibile rispetto ai fenomeni che si era soliti considerare perché, ad esempio, veicolata da sistemi tecnologici e algoritmi di cui è difficile conoscere le effettive funzionalità e che neanche sono, almeno a prima vista, facilmente riconducibili al committente o all'appaltatore. Si pensi, ma gli esempi potrebbero essere molti, al settore della logistica dove l'integrazione tra sistemi informatici dell'appaltatore e del committente potrebbe portare quest'ultimo, anche tramite decisioni completamente automatizzate, ad esercitare un ruolo attivo nella definizione dei criteri operativi di movimentazione e stoccaggio della merce. Ma anche al caso dell'appaltatore che, tramite i cuoi

quello di sapere, anche in totale assenza di direttive impartite dal committente ai lavoratori dell'appaltatore, se esiste e quale è il limite di questo tipo di coordinamento (etero direzione) industriale superato il quale il contratto, se pur formalmente nominato come appalto, deve comunque essere qualificato alla stregua della somministrazione irregolare.

In tal senso, e per evitare che l'intensificazione di questo tipo di prerogative possa nella sostanza svilire la consistenza imprenditoriale che deve qualificare l'appaltatore[122], nella prospettiva interdisciplinare prescelta un contributo lo si può ricavare dalla evoluzione giurisprudenziale in materia di appalto a regia allorquando l'etero direzione del committente, se pur non canalizzata sugli ausiliari dell'appaltatore, raggiunge un livello di profondità tale da non rendere più imputabile all'appaltatore il rischio di inadempimento dell'opera o del servizio pattuito[123].

Si tratta, a ben vedere, dell'ipotesi in cui l'appaltatore a regia è privato di margini di autonomia in quanto i singoli risultati della sua prestazione sono eterodiretti dal committente e, come sottolineato dalla giurisprudenza civilistica[124], anche i poteri di controllo sull'esecuzione dei lavori esulano dai normali poteri di verifica.

L'appaltatore, in altri termini, è considerato un mero strumento passivo dell'iniziativa del committente, così da giustificarne il suo esonero da responsabilità per difetti dell'opera, una volta provato che per effetto di un eccesso di intensificazione del coordinamento industriale cui è sottoposto abbia assunto il ruolo di "*nudus minister*" del committente.

---

dipendenti, opera direttamente sul sistema informatico del committente dando così evidenza di un'integrazione organizzativa che spinge al limite più estremo il confine tra appalto genuino e somministrazione irregolare. Interessante, per intendere solo una delle possibili implicazioni di tale fenomeno, Cass. 25 settembre 2018, n. 30694 che ha ritenuto genuino un appalto concernente la gestione e l'assistenza tecnica di archivi informatici, affermando che, in una tale ipotesi, "*gli strumenti e le macchine forniti dall'appaltante non costituiscono il mezzo attraverso il quale il servizio viene reso, ma, piuttosto, l'oggetto sul quale l'attività appaltata si esercita, sì da risultare predominante la mera organizzazione dei dipendenti*".

[122] Per certi versi seguendo la logica fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa, Cons Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1571.

[123] Ciò che accade quando il controllo esercitato dal committente sull'esecuzione dei lavori esula dai normali poteri di verifica ed è così penetrante da privare l'appaltatore di ogni margine di autonomia, riducendolo a strumento passivo dell'iniziativa del committente, sì da giustificarne l'esonero da responsabilità per difetti dell'opera, Cass. 26 giugno 2019, n. 17054 che richiama Cass. 11 febbraio 2005, n. 2752, *Mass. Giur. It.,* 2005. Sulla definizione di appalto "a regia" si vedano: G. MUSOLINO, *I poteri di verifica del committente durante l'esecuzione del contratto d'appalto*, in *Riv. giur. edil*., 2002, I, pag. 81; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, II, pag. 68; D. RUBINO, *L'appalto*, in F. VASSALI, *Tratt.dir. civ.*, VII, 3, Torino, 1980, pag. 193; M. STOLFI, voce *Appalto (contratto di),* in *Enc. del dir*., I, Giuffrè, 1958, pag. 632.

[124] Cass. 2 aprile 2019, n. 9152, Cass. 28 marzo 2018, n. 14359, Cass. 9 ottobre 2017, n. 23594, Cass. 4 ottobre 2015, n. 17606, Cass. 30 novembre 2011, n. 25622; Cass. 5 giugno 2008, n. 14945. La giurisprudenza in tali casi ha escluso la responsabilità dell'appaltatore per i vizi e i difetti dell'opera di cui all'art. 1667 cod. civ., quella di cui all'art. 1669 cod. civ., nonché quella nei confronti dei terzi per i danni derivanti dall'esecuzione dell'appalto, ravvisando un'ipotesi di responsabilità esclusiva del committente (cfr. quanto alla responsabilità ai sensi dell'art. 1667 cod. civ., Cass. 11 febbraio 2005, n. 2752, in *Mass. Giust. civ.,* 2005; Cass. 15 luglio 2003, n. 11064, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, pag. 184; Cass. 12 giugno 2000, n. 6088, *Contratti*, 2000, pag. 1133; Cass. 26 luglio 1999, n. 8075, in *Studium iuris*, 1999, pag. 1288; Cass. 23 dicembre 1994, n. 11132, in *Mass. Giust. civ*., 1994; Cass. 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.,* 1995, I, 1, pag. 1920; quanto alla responsabilità ex art. 1669 cod. civ., Cass. 11 febbraio 2005, n. 2752, cit., Cass. 4 giugno 1999, n. 5455, in *Mass. Giust. civ*., 1999; Cass. 13 marzo 1992, n. 3050, in *Giur. comm*., 1994, II, pag. 656; quanto alla responsabilità nei confronti dei terzi per i danni derivanti dall'esecuzione dell'appalto: Cass. 5 novembre 2002, n. 16080, in *Boll. legisl. tecnic*a, 2003, 83, Cass. 20 novembre 1997, n. 11566, in *Mass. Giust. civ.,* 1997). Proprio per le suddette caratteristiche dell'appalto a regia una parte della dottrina è giunta a negare che tale rapporto, mancando l'autonomia organizzativa dell'esecutore, possa essere considerato un appalto, in tal senso P. RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc.. Giur.*, II, Roma, 1988; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, Milano, 1966, pag. 222. Si veda più diffusamente l'analisi di M. BONOMI, *L'appalto a "regia*", in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 10, pag. 20471.

Orbene, se è vero che la sussistenza del rischio di impresa in capo all'appaltatore è espressamente posto dalla legge quale autonomo requisito distintivo (ulteriore rispetto a quello della organizzazione di mezzi e persone) dell'appalto rispetto alla somministrazione irregolare (29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003)[125], se ne può ricavare, accedendo ad una nozione più matura di rischio di impresa ai fini e per gli effetti giuslavoristici[126], che quando sono oggettivamente configurati i presupposti di fatto che per il diritto civile portano a qualificare l'appaltatore a regia alla stregua di un mero *nudus minister*, quindi non più responsabile dell'adempimento dell'opera o del servizio dedotto nel contratto, contestualmente si dovrebbe anche perfezionare (ai sensi dell'art. 29 del d. lgs.n. 276 del 2003) lo sconfinamento del contratto di appalto nella somministrazione irregolare (anche ove sia del tutto assente l'esercizio da parte del committente del potere organizzativo e direttivo sui lavoratori dell'appaltatore).

Ciò tenuto conto che non sembra correre alcun rischio l'appaltatore esonerato della responsabilità per il puntualmente adempimento del suo obbligo. Soprattutto nel caso in cui ciò derivi dall'eccesso di etero direzione del committente e quando, proprio sul committente, finisce per trasferirsi il rischio economico della mancata corretta realizzazione dell'opera o del servizio appaltato[127].

4. Segue: il confine tra contratto di subfornitura e somministrazione irregolare.

Seguendo il ragionamento ci si può chiedere se l'intensificazione del coordinamento industriale, spinta al punto di sollevare la controparte dal "rischio di impresa", possa impattare autonomamente (prescindendo dall'esercizio da parte del committente del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati per l'esecuzione dell'attività) sulla qualificazione del contratto di subfornitura[128] (legge n. 192 del 1998) che, per quanto assai discusso sia in dottrina che

---

[125] Basti ricordare che ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 "*il contratto di appalto, …, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, …, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa*". Sul punto si veda Cass. 24 maggio 2018, n. 31868.

[126] A tali fini giuslavoristici il rischio di impresa è tradizionalmente inteso (Cass. 27 novembre 2018, n. 30694) in senso economico, come impossibilità di stabilire preventivamente ed esattamente i costi relativi all'esecuzione della prestazione, "*per cui l'appaltatore potrà anche perdere nell'affare se i costi si riveleranno superiori al corrispettivo pattuito*". Ma questo è un approccio che tende a verificare il requisito del rischio di impresa soprattutto nel considerare le clausole del contratto di appalto che attengono alla struttura del corrispettivo più che all'esecuzione dell'opera o del servizio.

[127] In questo senso può essere utile considerare il rischio di impresa come ciò che giuridicamente chiama a rispondere l'imprenditore dei debiti sorti nell'esercizio dell'impresa o, per altro verso, anche richiamare il forte collegamento tra direzione e rischio dell'impresa, intesi, al di là della fattispecie dell'impresa esercitata nell'interesse altrui da un prestanome, come aspetti inseparabili della figura dell'imprenditore, così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile,* volume III, Padova, 2015, pag. 524-525. Sul rapporto tra impresa e rischio si rinvia anche a R. SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa,* in *Scritti giuridici,* vol. 1, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, pagg. 427 e ss., che tende a confinare il rischio tra i "fattori che contano sul piano della realtà economica". Ma nel nostro caso, anche se così fosse, la rilevanza del rischio risulterebbe sul piano del diritto espressamente posta dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 ed opererebbe orientando la qualificazione della fattispecie concreta come appalto o somministrazione irregolare.

[128] In dottrina, sulla subfornitura, si segnalano: G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), *La Subfornitura*, Milano, 1999; C. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo*, Milano, 2000; A. BERTOLOTTI, *Subfornitura - Noterelle minime in tema di subfornitura*, in *Giur. It.*, 2019, 3, pag.600; id, *I contratti di subfornitura - La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Padova, 1998; V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998; G. DE NOVA, *La subfornitura. Una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, pag. 449; V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Subfornitura*, Milano, 1999, pag. 2 e segg.; N. LIPARI (a cura di), *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Leggi civ. comm.*, 2000, pag. 354.

in giurisprudenza[129], è comunque oggettivamente connotato rispetto all'appalto dalla tipizzazione legislativa di una forma rafforzata di etero direzione industriale[130] del subfornitore (giacché il suo adempimento, come noto, consiste nella realizzazione di prodotti o servizi "*in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente*"[131]).

Senonché, per quanto la legge abbia tipizzato in modo assai ampio le prerogative esercitabili dal committente nell'ambito del contratto di subfornitura, stando al dato positivo resta comunque da dire: a) che tale stringente forma di collaborazione industriale deve essere formalizzata nel regolamento contrattuale mediante la specificazione delle "*indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali*" dell'opera o servizio, "*anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia*" (art. 2, comma 5, della l. 192 del 1998); b) che l'esecuzione della prestazione (coerentemente con quanto già detto in materia di appalto) dovrebbe comunque svolgersi (anche per quanto attiene l'eventuale potere di istruzione esercitato dal committente nella fase esecutiva del contratto) in modo coerente con il fatto che, per legge, il subfornitore "*ha la responsabilità del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito secondo le prescrizioni contrattuali e a regola d'arte*" (art. 5, comma 1, legge n. 192 del 1998).

Ond'è che è legittimo chiedersi cosa accade sul piano degli effetti giuslavoristici qualora l'etero direzione industriale del subfornitore si spinga oltre il consentito, riducendolo a mero strumento passivo dell'iniziativa del committente perché, ad esempio, si manifesta in modo non previsto e/o coerente con quanto definito nel regolamento contrattuale o, per altro verso, assume comunque un'intensità tale da privare il subfornitore dei margini di autonomia che giustificano la sussistenza della responsabilità che la legge, espressamente, gli attribuisce per il "funzionamento" e la "qualità" del prodotto che deve realizzare.

---

[129] A partire dalla questione di sapere se si tratta o no di un tipo contrattuale autonomo e distinto. Nel senso di una fattispecie "*all'interno della quale possono essere ricondotti vari tipi contrattuali, ovvero tutti i tipi contrattuali e tutti i modelli contrattuali atipici i cui connotati siano compatibili*", O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in G. COTTINO (diretto da), *Tratt. Dir. Comm*. Padova, 2009, IX, pag. 633. In questo senso Cass. 29 maggio 2008, n. 14431, secondo cui la subfornitura "è riferibile ad una molteplicità di figure negoziali, a volte estremamente eterogenee, da individuarsi caso per caso, potendo assumere i connotati del contratto di somministrazione, della vendita di cose future, dell'appalto d'opera o di servizi, ecc.". Per una ricostruzione della letteratura sul tipo contrattuale D. GAROFALO, *Le fattispecie contermini all'appalto*, in D. GAROFALO (cura di), *Appalto e lavoro*, Torino, 2017, pag.170.

[130] Secondo la giurisprudenza di merito "*mentre l'appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore (che, per perseguire il risultato dell'opera, non deve solo attenersi alle norme tecniche ed alle direttive dell'appaltante, ma deve opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico), la subfornitura è caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente, al punto che il subfornitore è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni"* (Trib. di Bronte 9 luglio 2009, in *Foro It*., 2009, 10, 1, 2813). Nello merito, ancora Trib. Trieste, 5 aprile 2018; Cort. App. di Venezia, 14 luglio 2016. In sede di legittimità, Cass. 23 febbraio 2018, n. 4443 e Cass. 25 agosto 2014, n. 18186.

[131] Tra i giuslavoristi, M. MARINELLI, *La subfornitura*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, vol.VI, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Padova, 2012, pag.1645; M. SALA CHIRI, *Subfornitura e appalto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.* 2003, 1, pag. 219 P. ICHINO, *Le nuove forme di decentramento produttivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 149; V. LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto,* in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998. In giurisprudenza, sulle differenze tra subfornitura ed appalto, Cass. 25 agosto 2014, n. 18186, in *Mass. Giur. Civ.*, 2014, pag. 173.

Ebbene, in tale ipotesi, si dovrebbe orientativamente escludere la configurabilità di una somministrazione irregolare, stante il fatto che la fattispecie concreta non risulterebbe certamente sussumibile in quella contenuta nell'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2015 mancando l'esercizio da parte del committente di qualsiasi forma di potere direttamente nei confronti degli ausiliari del subfornitore.

Resterebbe però da verificare, sotto un diverso profilo, se non è possibile ritenere applicabile anche al contratto di subfornitura l'articolo 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 per ciò che attiene al requisito distintivo, rispetto alla somministrazione, dell'assunzione del rischio di impresa (ovviamente da adattare, nel caso specifico, al profilo di responsabilità che la legge espressamente attribuisce al subfornitore avuto riguardo all'adempimento della sua specifica prestazione).

Ipotesi, quest'ultima, ad oggi mai considerata, che, probabilmente, merita considerazione alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 254 del 2017 che, come noto, ha già esteso a questo tipo contrattuale l'applicazione dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003[132] con un ragionamento apparentemente adattabile anche al primo comma della medesima disposizione. Ciò almeno nella misura in cui la corte evidenzia l'omogeneità tra appalto e subfornitura "*in termini di lavoro indiretto*", la sussistenza in entrambi i casi di rischi connessi alla dissociazione tra titolarità del contratto e utilizzazione della prestazione e, infine, la ingiustificabilità della mancata applicazione di garanzie, "*a tutti i livelli del decentramento*", a favore del "*soggetto che assicura un'attività lavorativa indiretta*".

5. Il problema degli effetti della certificazione del contratto di appalto sulla esecuzione, in concreto, del suo programma contrattuale.

L'incerto confine tra appalto e somministrazione irregolare (nelle prospettive ora tratteggiate della etero direzione industriale, ma la complessità del tema resta anche seguendo il classico approccio della etero direzione organizzativa) da probabilmente ragione del crescente affermarsi dell'istituto della certificazione applicato al contratto di appalto (artt. 79-81 e 84 d.lgs. n. 276 del 2003).

Ed è stato già segnalato come la certificazione dei contratti di appalto, anche se ha ad oggetto solo il regolamento contrattuale astrattamente considerato, e non anche la sua esecuzione, depotenzia significativamente l'effettività dell'azione ispettiva[133] quando la stessa è orientata sul

---

[132] Sull'estensione del regime di responsabilità solidale previsto per i committenti in caso di appalto alla subfornitura industriale, tra i diversi commenti alla sentenza, I. ALVINO, *Appalto, subfornitura, lavoro indiretto: la Corte costituzionale amplia l'ambito di applicazione della responsabilità solidale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, pag. 242 e segg.; A. SITZIA, *Subfornitura e responsabilità solidale: "ratio legis" e "lavoro indiretto" secondo la Consulta*, in *Lav. Giur.* 2018, 3, pag. 261 e segg.; E. VILLA, *La responsabilità solidale: dall'appalto alla subfornitura e oltre*, in *giustiziacivile.com*, 2018, pag. 9 e segg. http://giustiziacivile.com/pdfpage/1561.

[133] Come correttamente evidenziato da P. RAUSEI, in C. ENRICO – M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano, 2005, la certificazione non è idonea a paralizzare le attività ispettive le quali risultano indispensabili al fine di acquisire materiale probatorio necessario per poter eventualmente impugnare la certificazione. Si veda anche A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI, P. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, pag. 95 secondo cui sussisterebbe un potere preclusivo che rileverebbe sul piano esecutivo inibendo la esecutorietà del potere amministrativo. Sempre sul tema si segnala L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, 102/2010; M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A*

concreto svolgimento del programma negoziale giacche, anche in questo ambito specifico, trovano applicazione i principi valevoli in tutti gli altri contratti di lavoro certificati.

Ciò con la conseguenza che quando il contratto di appalto è certificato l'ordinamento ne fa discendere una sorta di presunzione, opponibile al personale ispettivo, in merito alla correttezza del comportamento tenuto dalle parti nella successiva fase di esecuzione del regolamento contrattuale.

Ond'è che, pure a fronte della palese emersione di una etero direzione industriale e/o organizzativa del committente sull'appaltatore, all'autorità ispettiva, ferma restando la possibilità di accertare i fatti, sono preclusi i suoi ordinari poteri esecutivi e sanzionatori giacché soltanto il Giudice potrà accertare che il programma negoziale si è, in concreto, svolto in maniera diversa rispetto al regolamento contrattuale astratto formalizzato dalle parti e verificato dalla commissione[134].

È un principio che, comprensibilmente, alimenta perplessità di portata generale sull'istituto della certificazione, soprattutto in considerazione del fatto che la commissione di certificazione, nei casi che stiamo ora considerando, non svolge un'attività di indagine sulla esecuzione del contratto perché si limita solo ad accertare la riconducibilità formale del contratto al tipo legale[135]. Ma in caso di appalto queste perplessità tendono a rafforzarsi stante che la certificazione riguarda un contratto di cui i lavoratori non sono parte.

Ne discende, dato atto che non è poi difficile redigere un contratto di appalto dotato di tutti i crismi formali della genuinità, un rischio di indebolimento della effettività delle tutele previste dall'ordinamento nei fenomeni di decentramento produttivo. Quanto meno nei contesti organizzativi di più limitate dimensioni ove, per un verso, è difficile ipotizzare una reale attività di presidio e tutela sindacale e, per l'altro, l'accesso ai tribunali, necessario per superare gli effetti della certificazione, è reso più difficile per il rischio di azioni ritorsive del datore di lavoro e, quando coltivato, rischia comunque di produrre i suoi effetti tardivamente.

Ciò non di meno, si registra in dottrina e nella prassi, anche dell'amministrazione ispettiva[136], una sorta di rassegnazione nel prendere atto dell'applicazione in materia di appalto delle medesime regole vigenti per la certificazione dei contratti di lavoro, probabilmente sottovalutando il fatto che solo per il contratto di appalto, e non per le altre ipotesi di certificazione, esiste una specifica previsione di legge (art. 84 del decreto 276 del 2003) che, in modo distintivo, contempla due diversi oggetti di certificazione.

---

proposito dell'art. 30, l. 183/2010, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 114/2011 pag. 7; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT* - 19/2004, pag. 33; U. GARGIULO, *Natura ed effetti del negozio certificato*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2003, pag. 321.

134 Sul punto si vede Trib. Milano del 16.5.2016 secondo cui «*l'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio tale difformità*»

135 Si veda, in particolare, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona*", n. 8/2003; L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, op. cit.

136 Con circolare n. 9 del 1° giugno 2018 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha definito, coerentemente con l'opzione interpretativa prevalente esposta nel testo, le modalità di azione del personale ispettivo ove, rispetto ad un contratto di appalto certificato, emerga una difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Si veda, altresì, la nota INL del 19 aprile 2019.

Quella disposizione, infatti, proprio ai fini della distinzione tra contratto di appalto e somministrazione irregolare, distingue chiaramente l'ipotesi di certificazione in "sede di stipulazione di appalto" dalla procedura di certificazione utilizzata "nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale"[137]. Ciò, anche tenuto conto che un'analoga disposizione non esiste per gli altri contratti[138], probabilmente vuol dire che la certificazione in materia di appalti ha due distinti oggetti e, quindi, anche effetti ben diversificati. Non avrebbe, del resto, alcun senso aver espressamente previsto per legge la certificabilità dell'esecuzione del programma negoziale se il comportamento delle parti successivo al perfezionamento del contratto certificato fosse stato coperto, come avviene per i contratti di lavoro, già dalla sola certificazione del regolamento contrattuale astratto (art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003).

Se ne può a mio avviso ricavare che, proprio in ragione del fatto che il lavoratore (a differenza di quanto avviene in caso di certificazione di contratti di lavoro) è del tutto estraneo al processo contrattuale di perfezionamento del contratto di appalto, al pari di quello amministrativo relativo alla sua certificazione, gli effetti della certificazione sulla esecuzione del rapporto contrattuale di appalto si producono esclusivamente quando la certificazione ha avuto espressamente ad oggetto l'esecuzione del contratto e, comunque, in questo caso, riguardano solo la fase del rapporto che la commissione ha potuto in concreto esaminare e, quindi, certificare (dunque non anche per il futuro).

6. Contratto di appalto, distacco e somministrazione irregolare nel contratto di rete quando i retisti scambiano tra loro prestazioni industriali e/o commerciali.

Spostando l'attenzione dai problemi di qualificazione delle fattispecie a quello dei loro effetti, ma sempre restando nella prospettiva di ricerca delle zone d'ombra prodotte dalle contaminazioni interdisciplinari che penetrano il sistema giuslavoristico degli appalti, sono da considerare gli assestamenti che si producono allorquando l'appalto e/o la somministrazione irregolare si collocano nello schema del contratto di rete[139], ove, come noto, la legge autorizza il ricorso all'istituto del distacco[140].

---

[137] Con la sentenza del Trib. Novara del 26 ottobre 2017, avente ad oggetto un contratto di appalto certificato di cui veniva dedotta l'illegittimità da parte di due lavoratori, si è affermato il principio secondo cui «la certificazione intervenuta in sede di stipulazione del contratto di appalto non può coprire anche l'eventuale difformità tra il programma negoziale certificato ed il suo svolgimento, proprio perché il rapporto effettivamente realizzato non era stato oggetto di valutazione da parte della commissione».

[138] L'art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 sembra diverso rispetto al successivo art. 84 perché focalizzato più sugli effetti della certificazione del contratto, quando è in corso di esecuzione oppure no, piuttosto che sulle diverse fattispecie della certificazione del contratto o del suo programma esecutivo. Peraltro sempre l'art. 79, comma, del d.lgs. n. 276 del 2003 dispone che gli effetti del contratto certificato in corso di rapporto si producono dal momento di inizio del contratto solo ove la commissione abbia accertato la conformità al regolamento del rapporto già eseguito fino a quel momento.

[139] Senza pretese di esaustività, V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge,* in V. MAIO, M. SEPE (a cura di), *Profili giuridici ed economici della contrattazione di rete,* Bologna, 2017; T. TREU (a cura di), *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, Milano, 2015, 67; M. BIASI *Contratto di rete e diritto del lavoro,* Padova, 2014; I. ALVINO, *Percorso di lettura sulle reti di imprese e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, pag. 406 e segg.; A. PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità. Una prospettiva comparata*, in *Riv. giur. lav*., 2013, I, 83.

[140] Come noto in materia opera una disciplina speciale del distacco per le imprese che sottoscrivono un contratto di rete, essendo prevista una "presunzione assoluta" per quanto concerne l'interesse dell'impresa in rete al distacco di lavoratori presso un'altra impresa della rete medesima. Si vedano Circolare del Ministero del Lavoro 29 agosto 2013 n. 35, per la quale «ai fini della verifica dei presupposti di legittimità del distacco, il personale ispettivo si limiterà a verificare l'esistenza di un contratto di rete tra distaccante e distaccatario» e, con qualche precisazione, Circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro 29 marzo 2018. In materia di distacco nel

Come noto, ai sensi dell'art. 3, d.l. n. 4 del 2009, "*con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere […] la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano […] a scambiarsi prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa*".

Ond'è che il problema che si pone è quello di sapere cosa accade nell'ipotesi, espressamente contemplata nella norma, in cui i retisti si determinino ad attuare uno scambio (ad esempio) di *"prestazioni di natura industriale, commerciale"* stipulando tra loro (se pur nell'ambito dello schema di cui all'art. 3 del d.l. n. 4 del 2009) un contratto di appalto (di opere o servizi).

In tale ipotesi non siamo in presenza solo di un contratto di appalto *ex* art. 1655 cod. civ. giacché, per via di un evidente collegamento negoziale[141], quel contratto concorre alla realizzazione di uno schema causale più complesso, definito mediante il contratto di rete sovrastante, per il raggiungimento dello scopo di accrescere, sulla base di un programma comune, la propria capacità innovativa e competitività.

Pertanto, premesso che i retisti possono, con le peculiarità sopra evidenziate, stipulare tra loro contratti di appalto, ma al tempo stesso anche distaccarsi reciprocamente i relativi lavoratori potendo beneficiare di una predeterminazione legislativa di sussistenza dell'interesse del distaccante (art. 30, comma 4bis, del d.lgs. n. 276 del 2003), la domanda che è doveroso porsi attiene alle conseguenze o, meglio, agli effetti, che si producono nell'ipotesi in cui il contratto di appalto, posto a valle del contratto di rete, risulti fraudolento, dissimulando, ad esempio, un'intermediazione vietata di manodopera[142].

Si tratta di una prospettiva da non trascurare in quanto pur emergendo una fattispecie di appalto giuslavoristicamente fraudolento la dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e utilizzazione della prestazione del lavoratore risulterebbe, comunque, legittimata sulla base della esplicita presunzione di sussistenza dell'interesse del distaccante (art. 30, comma 4 ter, del d.lgs. n. 276/2003).

Con la conseguenza che, anche tenuto conto che l'art. 2127 cod. civ. non pone alcun divieto assoluto alla dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, quella dissociazione, nel caso specifico che stiamo considerando, pure a fronte di un appalto privo dei requisiti di legittimità cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, non risulterebbe sussumibile nella fattispecie della somministrazione irregolare e, quindi, trovando giustificazione nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003, resterebbe inapplicabile l'apparato sanzionatorio di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 81 del 2015 (somministrazione irregolare)[143].

---

contratto di rete si da ultimo, I. ALVINO, *La condivisione delle prestazioni di lavoro tra imprese stipulanti il contratto di rete*, in *Labor*, 2018, pag. 517 e segg.; V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, pag. 780 e segg.; M. F. SCARPELLI, *Il distacco nei gruppi di imprese tra interesse della distaccante e interesse del gruppo*, in *Dir. rel. ind*., 2017, n. 1, pag. 193 e segg.

141 Interessante notare che per la Suprema Corte *l'interdipendenza dei contratti collegati produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi "simul stabunt, simul cadent". Ciò comporta che se un contratto è nullo, la nullità si riflette sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti*" (Cass. n. 21417 del 2014).

142 A. SITZIA, *Il problema della codatorialità nel sistema del contratto di rete* in *Arg. Dir. Lav*., 2015, pag. 585.

143 Ferma restando, in ogni caso, l'applicazione estensiva del regime della solidarietà (Corte Cost. n. 254 del 2017 e Circ. INL n. 7 del 2018) e, semmai, anche l'utilizzabilità dell'apparato sanzionatorio per le omesse comunicazioni del distacco.

Ciò si spiega per il fatto che con il contratto di rete il legislatore ha fortemente incentivato i processi di aggregazione tra imprese, anche sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, ma non può voler dire che è escluso ogni possibile controllo giudiziale.

Piuttosto, c'è da ritenere che quel controllo dovrà inevitabilmente spostarsi, in ciò rafforzandosi ancora una volta l'esigenza che i giuslavoristi siano attrezzati di sensibilità interdisciplinare, su un piano d'indagine completamente diverso da quello, tipico, del confine tra contratto di appalto e contratto di somministrazione irregolare.

Difatti, per contestare la legittimità del distacco, e quindi della dissociazione tra titolarità del contratto e utilizzazione della prestazione, sia nel caso di appalto illecito che in caso di formalizzazione diretta di un vero e proprio distacco tra i retisti, si dovrà necessariamente dedurre e fare giudizialmente dichiarare, a monte, l'eventuale illegittimità del contratto di rete[144] onde verificarne, in primo luogo, la coerenza dello schema causale concreto[145] (e, quindi, verificare, tra le altre cose, l'esistenza di uno scopo comune, che difficilmente sembra poter coincidere con il mero utilizzo promiscuo delle risorse) e, poi, comunque, l'eventuale esistenza di un negozio in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. (nel caso, ad esempio, il contratto di rete costituisca il mezzo eludere l'applicazione del regime della somministrazione irregolare)[146] o, comunque, nullo per motivo illecito comune e determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ[147].

7. L'inadeguata valorizzazione dell'autonomia collettiva nei fenomeni di decentramento produttivo.

Restano infine da segnalare, se pur in una prospettiva in questo caso ben radicata nel diritto sindacale e del lavoro, talune irrazionali limitazioni del ruolo dell'autonomia collettiva che possono risultare assai controproducenti per l'effettività del sistema di protezione del lavoro nei fenomeni di decentramento produttivo

---

144 V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge,* op. cit., che ipotizza un controllo sulla reale "*capacità innovativa e di competitività sul mercato» perlomeno in termini di utilità economica minima preventivata e perseguita, quale antidoto avverso impieghi fraudolenti o sviati dell'istituto*". V. MOSCATELLI, *Contratto di rete e network contract,* in *Contratto e Imp.,* n. 2, 2018, pagg. 886 e ss. ipotizza invece la verifica di un livello minimo di razionalità dell'affare intravedendo criticità nella sola ipotesi di *un programma manifestamente irrealizzabile o indeterminato*. Il tema è ovviamente complesso e non si intende, qui, prendere una posizione se non quella di richiamare la necessità di una rigorosa (più che tendenziosa) applicazione degli agli artt. 1343-1345 cod. civ.

145 Si veda sul punto, nella dottrina civilistica, C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contratti*, n. 10, 2009, pag. 96; Ivi v. anche F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, pag. 615; F. MACARIO, *Il "contratto" di "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *I contratti*, pag. 951.

146 Sul perimetro del possibile controllo giudiziale si v. V. MAIO, ult. op. cit., in termini di frode alla legge; A. SITZIA *il problema della codatorialità nel sistema del contratto di rete* in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, 585, che focalizza invece l'attenzione sulla rilevanza dell'eventuale sinallagmaticità che, qualora sottesa al contratto di appalto, risulterebbe incompatibile con il contratto di rete. Contra, A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità,* in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2014, pag.492 segg.

147 Salvo che non venga a mancare l'effettiva soggettività delle singole imprese retiste, presupposto indefettibile ai fini della genuinità dello schema contrattuale, qualora le imprese retiste si presentino come un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro. Ma da questo punto di vista l'indagine si muoverebbe nel solco già tracciato dalla giurisprudenza giuslavoristica, giacché la comunanza di interessi che il contratto di rete espone non può compromettere l'autonomia dei soggetti che vi partecipano. Pur dovendo considerare le peculiarità del fenomeno, considerato che «nell'ambito di un contratto di rete, […] la presenza di un'unica struttura organizzativa e produttiva, o di forme comuni di coordinamento amministrative, come anche una integrazione fra le attività economiche, e la condivisione di un medesimo interesse produttivo, appaiono persino scontati», in questo senso V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge,* op. cit.

In primo luogo, la persistente inesigibilità delle tante (e fondamentali) norme di rinvio al contratto collettivo sottoscritto dai sindacati comparativamente più rappresentativi[148] non determina solo l'incertezza dei trattamenti economici e normativi (anche in caso di cambio appalto) applicabili ai lavoratori degli appaltatori. La situazione di incertezza che da quella inesigibilità deriva è, ancor prima, essa stessa un forte impulso alla diffusione di modelli di decentramento produttivo che non nascono per valorizzare la specificità del *know how* produttivo di imprenditori e lavoratori quanto, piuttosto, per elementari ragioni di riduzione del costo del lavoro.

Se poi si guarda, più nel particolare, all'impatto della contrattazione collettiva in materia di cambi appalto[149] non può essere taciuto che il risultato tutto sommato deludente dei vincoli contrattuali esistenti (ove mai l'impresa subentrante decida di applicare un contratto collettivo dotato di clausola sociale) è, almeno in parte, spiegabile anche alla luce dell'insoddisfacente contenuto della legislazione dedicata a queste fattispecie.

Se è vero che in materia di cambio appalto l'art. 7, comma 4bis, del d.l. n. 248 del 2007 esclude l'applicazione della legge n. 223 del 1991 per i lavoratori assunti, a parità di condizioni economiche e normative previste dai contrati nazionali, da chi subentra nella gestione dell'attività va anche fatto osservare, per altro verso, a) che l'operatività di quella norma è limitata a coloro che sono assunti dal subentrante[150], peraltro a parità di condizioni[151], e non riguarda, quindi, anche coloro che possono rientrare nel campo di applicazione della clausola sociale eventualmente esistente o che ricevono una proposta di assunzione dal subentrante (che poi rifiutano). Ciò, oltre a non sostenere la diffusione di clausole sociali, crea quanto meno un'incoerenza nella gestione dei tempi della procedura di cambio appalto perché l'impresa che cessa, e che deve quindi valutare l'apertura di una procedura di licenziamento collettivo, non può certamente sapere, in anticipo, chi verrà assunto e a quali condizioni (né, per altro verso, intende aprire una procedura di licen-

---

148 Per qualche primo tentativo della giurisprudenza di legittimità, limitato ai contesti normativi ove il rinvio è al contratto del "settore" o della "categoria" affine sottoscritto dai sindacati comparativamente più rappresentativi (art. 3, legge n. 142 del 1991), si veda Cass. n. 4951 del 2019, ma resta il fatto che il problema della esigibilità qui in considerazione merita di essere affrontato lavorando, tramite la legge sindacale, quanto meno sulla misurazione della rappresentanza sindacale. Sul tema, più in generale, T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – n. 386/2019. Sul c.d. contratto leader nell'esperienza dell'ordinamento tedesco, M. FUCHS, *Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco*, in *Dir.Lav.Merc*., 2018, pag. 53; L. NOGLER, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla legge sull'unicità del contratto collettivo*, *Dir. Lav. Riv. Ind*, 2017, pag. 633. In generale sul sindacato comparativamente e/o maggiormente rappresentativo A. LASSANDARI *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir.Rel.Ind*., 2016, pag. 378; P TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir.Rel.Ind*., 2016, n. 2, pag. 367.

149 F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, in *Atti delle giornate di Studio di Diritto del lavoro dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Cassino, 18-19 maggio 2017, Milano, 2018, pag. 45 e segg. Sul tema delle clausole sociali e la relativa applicazione nel caso di cambio di appalto si veda F. DI BONO, *Cambio appalto e mancata assunzione*, in D. GAROFALO (a cura di) *Appalti e lavoro*, op. cit.; sul ruolo della contrattazione collettiva, G. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazione e contrattazione collettiva*, idem, pag. 235 segg. V. BRINO, *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, M. AIMO e D. IZZI (a cura di), in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milano, 2014, pag. 123 e seg.

150 Cass. 2 novembre 2016, n. 22121, Cass. 22 novembre 2016, n. 23732. In termini leggermente diversi Cass. n. 11409 del 2018 perché fa riferimento alla disapplicazione della legge n. 223 del 1991 a fronte dell'accertato presupposto della necessaria riassunzione del personale ad opera del subentrante. Nel merito, Corte App. Roma 2 febbraio 2018.

151 Per la portata di questo vincolo si registrano, peraltro, interpretazioni estensive in R. COSIO, Cambi appalto, licenziamenti, trasferimenti di azienda e clausole sociali, in Lavoro Dir. Europa, n. 2 del 2018.

ziamento collettivo dopo aver contato i lavoratori che restano in esubero all'esito della applicazione della clausola sociale con il vincolo di doverne sostenere gli oneri almeno per i settantacinque giorni di procedura che seguono, più il preavviso); b) l'accordo eventualmente raggiunto al momento di cambio appalto, magari in applicazione di una clausola sociale, non è realmente investito della gestione della procedura perché non è autorizzato dalla legge a disporre la disapplicazione della legge n. 223 del 1991 né tale effetto di disapplicazione è automaticamente ricondotto all'esistenza dell'accordo. La sua portata, sempre per quanto previsto dall'art. 7, comma 4bis, del d.l. n. 248 del 2007, è più che altro orientata ad eventuali deroghe al vincolo della parità delle condizioni economiche e normative; c) in ogni caso, anche se assunto presso il subentrante ed a parità di condizioni, il lavoratore, così dice la giurisprudenza, non perde il diritto di contestare il licenziamento dall'imprenditore cessante[152] né l'ordinamento si pone il problema di come debba essere gestito in questa specifica situazione il suo preavviso.

Ma vi è di più. Disponendo che il passaggio dei lavoratori dall'appaltatore cessante a quello subentrante configura un trasferimento di azienda in mancanza di elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, l'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003[153], in assenza di un più consistente rinvio alla contrattazione collettiva, finisce per alimentare un clima di resistenza nei confronti delle clausole sociali o, quanto meno, la tendenza a ridurne l'impatto contenendo il numero di lavoratori coinvolti dalla rete di protezione per evitare il rischio, concreto, della configurazione di un istituto (art. 2112 cod. civ) difficilmente adattabile alla specifica situazione dei cambi appalti.

---

[152] Cass. 22 ottobre 2018, n. 26674, Cass. 22 novembre 2016, n. 23732; Cass. 7 febbraio 2018, n. 2992.

[153] C. COLOSIMO, *Il trasferimento d'impresa: casistica giurisprudenziale*, in *Lav. Dir. Eur.*, n. 2/2018, che si esprime nel senso della configurabilità del trasferimento di azienda ove sia conservata l'identità dell'entità trasferita "*da intendersi quale organizzazione funzionale che sopravvive identica a se stessa nel cambio appalto*"; A. SITZIA, *Il "subentro" di un nuovo appaltatore dopo la "Legge Europea" 2015-2016*, in *Lav. Giur.*, 2017, pag. 537; L. A. COSATTINI, *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *Lav.Giur.*, 2016, n. 11, pag. 953 e segg.; E. MASSI, *Cambio Appalto: le nuove norme*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2016, n. 42, pag. 2486.

Workers' Participation in the Firm: Between Social Freedom and Non-Domination*

Adalberto Perulli

1. Workers' participation in the firm management as integration of subordination and industrial democracy. 49

2. Subordination and Participation. 50

3. The participation of workers in the Firm management, between capabilities and non-domination. 52

4. Firm, autonomy and legitimacy. 56

5. Worker participation as an expression of social freedom. 57

6. The European perspective of board-level worker participation. 60

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 149/2019

1. Workers' participation in the firm management as integration of subordination and industrial democracy.

Usually, board-level worker representation is a topic discussed in the context of legal reflection on the governance structure of companies, and, therefore, more from the point of view of corporate law than of labour law (so, for example, in Denmark, Germany, and in the EU'slegal framework). Without in any way willing to part from this traditional perspective, in this chapter I would like to develop some arguments in favour of the participation from a perspective that privileges the individual right of workers, by freely developing certain elements of reflection drawn from moral philosophy, and in particular from the idea of "social freedom" as elaborated by Axel Honnet[154], and of "non-domination" as theorized in the neo-republican thought by Philip Pettit[155], to which is added the important contribution of Amartya Sen on the "capabilities" as an expression of the freedom of people in acquiring important functioning. I believe that these currents of philosophical-moral thought can usefully be mobilized in a convergent perspective, in which board-level worker participation represents the outcome of a process of revisiting the assumptions of traditional labour law, so that the employment relationship is the expression of a structure of domination (the capitalist firm) which necessarily limits the freedom (negative and positive) of the worker, and which identifies in the conflict between capital and labour the only horizon in which the values of the respective (social and economic)spheres find some precarious and transitory moments of composition. I believe that by adopting this traditional perspective - which is still very widespread in the doctrine of labour law - the possibility of promoting the participation of workers in the management of the company is greatly limited, even on the political-institutional level, whether it is considered as the *natural and intrinsic outcome of social freedom* achieved in the main spheres of human life (described in Hegel's philosophy of law: the affective relationships, the market and the democratic state), whether we consider it an *extrinsic legal construction* with respect to a capitalist dynamics governed by a purely individualistic rationality based on exploitation, according to Marxian reading.

If, as Honnet believes, in modern times there is an intrinsic *social normativity* of the economic sphere (compared to previous historical eras) capable of reuniting the idea of freedom with that of justice, and if, on the other hand, freedom and social justice are conceptualized as conditions that demand "non-domination" in a private bilateral relationship, a space is opened to revisit the theory of the employment relationship as a relation of subordination, which obviously is linked to the different conceptions of the firm and its governance in democratic terms advocated by the theorists of industrial democracy. In essence, a new perspective is opened in order to consider the employment relationship in a way different from that described by the great twentieth-century sociology at the dawn of the Fordist era, that is, in terms of the full subjection of the worker to the domain of the entrepreneur. Furthermore, we get to have a new space where to rethink both the scope of the economic domination and the structure of the labour market, and, finally, the strategic role of the labour factor in the organizational dimension of productive activity.

---

[154] A. Honnet, *Freedom's Rights. The Social Foundations of Democratic Life*, Columbia University Press, 2014 (french translation A. Honnet, *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique*, Gallimard, Paris, 2015).
[155] P. Pettit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997.

Participation becomes an evolutionary model capable of modifying at its root the domination-based framework within the context of a specific employment relationship, redefining the very notion of subordination: subordination *and* industrial democracy *together* represent the terms of the employment relationship[156] and together they project themselves into the dimension of enterprise as coexisting and functional factors for the achievement of social freedom. As the participation of workers in the enterprise is realized through the law that interferes with the arrangements, the rights and obligations governing the private relationship, this path obviously breaks the orthodox-liberal conception of freedom of contract to the extent that, as we shall see, *the participation of workers in the management of the firm can be conceived as an individual right related to "employment conditions"*. This contravenes both the classical (and neoclassical) liberal vision that attributes an absolute value to individual contractual autonomy, and to the "standard" economic vision that considers that private ordering is more economically efficient than state-sanctioned rules[157].

2. Subordination and Participation.

The employment contract, with which the firm acquires a factor of production necessary for productive activity, represents the paradigm of the modern subjection of a person to the juridical, economic and social power of others. Although rationalized in contractual terms and subjected to more or less penetrating limits by labour law, the original power of the entrepreneur flows directly into the employment relationship, consecrating the asymmetry of the parties' subjective legal positions as they are functional to the development of the company. Whether it is the exercise of authority in order to reduce the "transaction costs" typical of the market (Coase) or simply to impose the "domination of the will" of the entrepreneur on the one who is forced to live for selling one's labour force on the market (Marx), in the capitalist firm that situation is determined by what JJ Rousseau, in pre-republican France, described in these terms: "in the relation between man and the worse that can happen to one another to the other's discretion". This peculiarity of the employment relationship is masterfully represented in the Weberian fresco on the contractual society, which highlights the logical-juridical connection between the autonomy of regulated authorization through legal schemes, the reduction of constraints and the increase of individualistic freedom[158]. According to Weber, the possibility of entering into contractual relationships with others and the possibility of choosing between an ever greater number of schemes - which the law makes available for "association", in the broadest sense of the word - is in modern law enormously increased compared to the past, at least in the field of the exchange of goods, personal work and the provision of services. But the consequent decentralization of legal production through negotiating autonomy does not always increase the total of freedom within a given legal community: in the case of the employment relationship, the free will of those interested in the labour market allows people to submit to to the "conditions set by the economically strongest

---

[156] M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milan, 1985.

[157] See O. E. Williamson, *The Lens of Contract: Private Ordering*, 92 (2) Am. Ec. Rewv. 438, 2002.

[158] M. Weber, *Economy and Society*, Vol. 2, Chapter VIII, Economy and law (Sociology of law), University of California Press, 1978, p. 666 ff.

subject by virtue of his possession guaranteed by law". Which is to say that the principle of "coactus voluit" in the legal order based on the private ownership of the means of production determines de facto a coercion exercised as manifestation of power in the market struggle.

The tendency of modern law towards a contractual society therefore raises the question whether contractual autonomy has in practice had the result of increasing the freedom of the individual to determine the conditions of his existence beyond the purely formal aspects, or if instead, despite this - or perhaps partly because of this - the tendency towards a coercive schematization of existence has been accentuated. The answer to this fundamental question cannot be decided only on the basis of the development of juridical forms, since the greatest formal variety of the accepted contractual schemes, and even the formal authorization to arbitrarily determine the content of a contract, do not absolutely guarantee that these formal possibilities are accessible to all.

The possibility of increasing freedom is hindered by the differentiation of the effective distribution of possession, ensured by the legal system. And here we come to the point that most involves labour law and the theory of worker participation in corporate governance. According to Weber, a formal right of a worker to enter into a contract of any content with any entrepreneur practically does not imply that workers in search of employment have the slightest freedom to determine their working conditions, and in itself, such right does not guarantee any influence in this regard; on the contrary, the possibility for the most powerful on the market - in this case, normally, the entrepreneur - to fix those conditions at his will and offer them to the worker in search of work so that he accepts them or refuses them, is transformed - given the greater economic urgency of the need of job seekers - into unilateral power. The result of contractual freedom therefore consists in having the owners of the capitalist enterprise acquiring a power over the others, ultimately favoring their autonomy and their position of power.

This secularized vision of the privatistic myth of contractual private autonomy reaches us, after having represented for over a century the figure of the labour contract as an instrument of coercion - and not of emancipation - of the worker, and the enterprise as an elective place of exercise of the unilateral power of man over man. On closer inspection, then, this conception of the worker as *coactus voluit* finds its natural counterpoint in the socialist ideal that aims at achieving social freedom in the economic sphere, that is a change in the institutional organization of society aimed at producing emancipation from the limitations that hinder the equal participation of all subjects in the process of social self-constitution[159]. The ideology of the "free" labour contract that actually favours a noticeable accentuation of coercion through purely personal claims will make it possible to transform the relations of personal and authoritarian subordination typical of the capitalist enterprise into objects of exchange on the labour market.

The reproduction of this model, which violates every actual subjectivation in the context of the contract, realizes a sort of labour law "objectification" of the worker as the subject without any real possibility of realizing, through the contract, his own freedom; and since individuals or groups are objectively defined not only by what they are, but also by what they are considered to be, by

[159] A. Honnet, *Die Idee des Sozialismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2015.

a *perceived being* that, although strictly dependent on their being, is never totally referrable to it[160], labour law has perpetuated on the level of having to be this *perception of subjugation* by translating it into a sort of "distinctive property" of the employee, linked to his "status"[161].

A century after the Weberian analysis of the contractual society, labour law still questions the techniques capable of balancing the relationship between worker and employer. Above all, labour law is constantly seeking a theoretical and practical legitimacy to establish itself and, at the same time, a more cooperative and democratic vision of the work relationship: a relationship in which the elements of subordination, of domination and of dependence create space for man's social freedom in the workplace. It is time to rethink the notion of subordination and the worker as a *coactus voluit*, who is denied the right to participate in the decisions concerning their work relationship, the organization of work, and the strategic choices of the firm to which he, with his work, contributes. It is time to reconsider subordination as an expression of the unconditional domination of the worker in the workplace, which executes the will of the employer and cannot enter into the merits of the unilateral decisions that the company adopts. Worker participation is the horizon of a subordination that becomes *collaboration*, which involves the worker in the destiny of the firm, and which ultimately puts the value of the person back at the center of production, in the context of an equal participation of all the subjects in the process of social self-constitution[162]. In summary: while the "free" employment contract has allowed the transformation of the relations of personal subordination typical of the capitalist enterprise into objects of exchange on the labor market, participation inserts a decisive element of democracy in the relationship, balancing it in a collaborative and non-authoritarian way. If it is true that the employment relationship, unlike discrete market transactions, is a "governance structure", the participation of workers in the management of the business simply makes this governance more democratic.

3. The participation of workers in the Firm management, between capabilities and non-domination.

Although still today the Weberian vision can be said to be dominant in the representation that labour law has of contractual freedom, the evolution of democratic societies in a personalistic sense allows us to consider in a new light the matter of autonomy and authority guaranteed by the law in the contractual society, with reference both to the employment relationship and to the corporate governance.

First of all, a bundle of changes affects the capitalist industrial enterprise, which in its post-Fordist evolution seems to rely less and less on the discipline and the authoritarian coercion, although the macro-models of "empires" and "pyramids" are widely present also in the current neocapitalist phase[163], which is also characterized by a pervasive planning of behaviour even outside of strictly subordinate work[164]. But a fundamental change seems to concern the social paradigm as a whole, which after the eclipse of the typical subject of postmodern culture, lies precisely on

---

[160] P. Bourdieu, *Le Sens pratique*, Les Éditions de minuit, Paris, 1980

[161] See B. Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. Hepple (ed.), in *The Making of Labour Law in Europe*, Mansell Publishing Limited, London and New York, 1986, p. 33, according to which "the movement from status to contract was never completed".

[162] See A. Honnet, *Die Idee des Sozialismus*.

[163] P. Perulli, *Dopo il capitalismo*, in A. Perulli, a cura di, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Kluwer-Cedam, Milano, 2018

[164] See A. Supiot, *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.

that subject: no longer an abstract but a concrete subject, "constitutionalized" and imbued with a cultural experience and identity that becomes a channel through which to convey the founding values of the legal system.

In this new dimension of subjectivity, the Weberian theme of contractual freedom takes on an unprecedented rationalizing value: on the one hand, because one can perceive, among the meshes of a conception of the firm and of the relations of production, certainly irreducible to the twentieth-century scheme of the steel cage, what Weber already indicated as a possible "qualitative differentiation" of coercion and its distribution among the subjects from time to time participating in the legal community; on the other hand, because subjectivation, once embedded in the juridical-systematic coordinates that brought the capitalist organization of labour back to principles that are much more democratic than those that the Author of *Economy and Society* had in mind, does not necessarily reflect the *coactus voluit*, and above all it becomes a possible alternative vehicle for the penetration, even in the employment relationship, of individual and universal values and rights[165].

Subjectification can therefore represent a regulatory horizon that is partly free from the risks of domination implemented through negotiating autonomy, typical of the authorization schemes described by Weber. On the contrary, it, if correctly conveyed and functionalized by normative devices, should constitute a vector of appropriation and strengthening of individual capacities, of the defense of the self identified with the satisfaction of the needs of the subject and the increase of his/her capabilities understood as a kind of substantial freedom to acquire alternative combinations of operations.

This renewed attention to the freedom of the subject is a constant of post-positivist philosophical-juridical critical reflection. A renowned jurist as Franz Neumann, half a century before Sen's theory of capabilities, wrote that "civil-social rights" are indispensable for the realization of freedom, but they do not exhaust all freedom, being simply one of their elements: freedom is something more than the defense of rights against power, it also implies the possibility of developing the full potential of the human being[166]. This vision of freedom as individual freedom not only from coercion (negative freedom) but also as a faculty of acting in accordance with one's own interests (positive freedom) makes it possible to reconsider in more articulated terms the topic of regulatory intervention and its aims, which concern to a greater extent the worker protection (his negative freedom) and less the promotion of his position as a contracting party capable of negotiating in terms of equality (his positive freedom). To such a greater extent that it has been written that only the democratization of work and the cooperative participation of the subject in the control of his own activity will be able to dissolve the alleys of status and to consider the worker a contractually mature figure in the true sense of the term.

Unlike classical liberal individualism, which eliminates the social content of the self and reflects a purely market-oriented logic, the development of subjective freedom to acquire alternatives to

---

[165] See A. Touraine, *Nous, sujets humains*, Seuil, 2013.

[166] Franz L. Neumann, *The Concept of Political Freedom*, in *Columbia Law Review,* Vol. 53, No. 7 (Nov., 1953), pp. 901 ff.

operations is not the result of the individual's legal-contractual capacity isolated on a self-regulated market. The acquisition of capabilities is the result of the necessary intervention of legal institutions, aimed at promoting the active development of individual and collective freedoms[167].

Moreover, as Sen pointed out, individual freedom is not only a *central social value*, but also an inseparable *social product*, which implies precise choices of social institutions and public policies[168]. If individuals do not pursue their only limited personal interest, but, as *social persons*, they have broader values and goals that include understanding for others and a commitment to ethical norms, then the promotion of social justice can be pursued with greater chances, without clashing into the pessimistic consideration according to which the conflicts of interest of the subjects (understood as rigid maximizers of limited personal interests) prevail over the pursuit of social values[169].

This perspective of regulatory enhancement of individual capacities is well suited to the idea of worker participation in corporate governance, which is based on a strong axiological basis, which is that of social freedom. While respecting individual interests of the subject, participation does not so much designate the action of an actor selfishly devoted to himself (as in the traditional representation of the employment relationship), but above all, it reflects the penetrating action of the idea of social subject in individuals, transforming them in actors of liberating changes, with the help of institutions in their turn modified by laws inspired by fundamental human rights.

This tension towards the creation of individual capacities requires institutional vectors capable of transforming abstract principles into effective rules: in the theory of capabilities the problem consists in the translation of subjective preferences into substantial freedoms - that is to say in individual capacities - through a series of "conversion factors" operating at different levels[170]. Among these conversion factors, the organizational and life context of people, together with social and legal norms, play an essential role, so that the participation of workers should act as a factor of concretization / conversion to support the creation of capacity for the worker in the specific business context and, therefore, to implement concrete forms of democratization of the employment relationship.

Board-level workers participation should, in short, be part of a systemic project consisting in promoting substantial freedom in the workplace and in ensuring that each person can best fulfill him/herself in the performance of tasks useful to him/herself and others[171]. In the current phase, labour law is undergoing changes in its levels of protection and its its own objectives (if not its

---

[167] S. Deakin, *Capacitas: Contract law, capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in S. Deakin and A. Supiot, *Capacitas. Contract law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009; S. Deakin, Economic Approaches to the Evaluation of Labour Law: Comparing Coase, Hayek and Sen, in A. Lyon-Caen-A. Perulli (eds) Efficacia e diritto del lavoro, Cedam, Padova, 2008, p. 45 ff. On the approach of capabilities applied to labor law see R. Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach* (2016) 32 International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Issue 4, p.383 ff.; B. Langille (ed), *The Capability Approach to Labour Law*, OUP, 2019

[168] See A. Sen, La libertà individuale come impegno sociale, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 39

[169] A. Sen, La libertà individuale come impegno sociale, cit., p.41

[170] A. Sen, *Human Rights and Capabilities*, in Journal of Human Development, Volume 6, 2005 - Issue 2

[171] See A. Supiot*, Préface à la seconde édition (2016)*, in A. Supiot, sous la direction de, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 2016, p. XXIX.

values): therefore, the participation of workers can be a useful tool to make sense of the employment relationship in a direction that can bring together the efforts to redefine a social citizenship increasingly threatened by the deconstruction of the social rights and solidarity typical of the industrial era[172]. This is a perspective that is widely present in the legal systems of many European states (see below), yet not adequately valued, especially if it is considered in the light of the economic theories of the firm, tied to an individualistic-proprietary vision and refractory to any social review. In reality, the realization of a different conception of the firm paves the way for the construction of new bonds of solidarity in the places of production, such as to relaunch the aspiration, to which labour law has certainly contributed, to realize social freedom in the economic sphere: a conception in which individual freedom is rethought in a sense of solidarity, and the realization of one's own goals of freedom is not incardinated in the single person but in the community of solidarity.

To fully realize this project it is necessary not only to develop limits to the entrepreneur's power (according to the tradition of labour law) but above all to guarantee forms of intervention on the part of the workers in the strategic decisions of the company. A powerful theoretical indication that justifies this perspective can be traced in the neo-republican doctrine and in particular in the conception of non-domination as consitutuive of freedom. In this perspective, a legal system that is consistent with freedom ought to embed procedural protections for its citizens vertically facing the State, but also in respect of private social relationship, and in particular in the relationship between worker and entrepreneur[173]. Republicanism demands, as regards the State and political sphere, not only that citizens have the resilient right to question decisions, but also the resilient *rights to jointly share in influence and control over decision-making* so as to prevent uncontrolled interference and thereby legitimate the collective order itself. By "influence" Pettit intends the shared right and ability to contribute to decision-making; by "control", he intends the shared rights to contribute to decision-making plus the *capacity to impose a direction on decision making processes*. However, if joint influence and control are what make us free in terms of non domination at the political level, we should benefit from a similar staus as free and equal people in other major spheres of life: this is because the domination we can suffer in these spheres is no less substantial than the domination we are vulnerable to in political relationships. If we accept these points, the perspective that naturally opens up consists in applying these concepts of *influence and control* typical of the relationship between the citizen and the State, to the relationship between the worker-citizen and the firm.

Other mechanisms indicated by neo-republican theorists, such as a basic income that allows the worker to change employer, or a legal discipline of the employment relationship capable of eliminating arbitrary interference, or, again, a right to challenge decisions which concern the interests

---

[172] See A. Supiot, *En guise de conclusion: la capacité, une notion à haut potentiel*, in S. Deakin, A. Supiot, Capacitas. *Contract Law and the Insitutional Preconditions of a Market Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 162.

[173] See D. Cabrelli & R. Zahn, *Theories of Domination and labour Law: An Alternative Conception for Intervention?*, in Int. Jour. Of Comp. Lab.Law, 2017, p. 339 ff.

of workers, although thay are all necessary with a view to democratizing the employment relationship, they are not sufficient, because they do not guarantee the worker participation in the decision-making process of the company[174].

The forms of industrial democracy and corporate governance in which there is fair shared control among employees, managers, and owners, so that the workers participate in the decision-making processes on matters concerning work, productive investments, changes and the strategies of the company, therefore represent a natural outcome of the theory of non-domination applied to the employment relationship.

4. Firm, autonomy and legitimacy.

The firm, with its economic imperatives (not only of productivity and profit, but of valuing stock and share capital), stands out in contemporary society as an (social, economic, political) actor increasingly independent from the political-juridical sphere and at the same time more and more legitimized by the economic "tyranny of values" that guides the orientation of social communities. However, the autonomy gradually acquired by the firm in the neo-liberal context, and its not only juridical-formal, but, above all, social legitimation, are based on a fundamental contradiction, which the economic and juridical analysis fail to grasp. The firm is not in fact a *politically neutral actor*, and not so much because its structure is regulated by juridical-state mechanisms, but because it participates - like other social actors, including the State - in the logical and moral integration of the world, so that its legitimacy cannot be separated from its overall social function, from the function of transforming the world through collective creation[175]. The analysis of the economic-legal matrix is not aware of this fundamental profile of the company, which is conceived as a nexus of contract, if not even more simply (and immaterially) as a "production function".

In the legal field, only labour law has functioned as a (more or less effective) normative instrument of capitalist rationalization of the company, contrasting the pure egoistic and utilitarian logic of the homo oeconomicus, through important mechanisms of conditioning of corporate rationality and providing to the firm its not only formally, but also organizational and social, legal consistency.

There are two perspectives historically cultivated by labour law. On the one hand, a power of control or conditioning of the entrepreneur's choices that is exercised from outside the decision-making process. On the other hand, the Rhenish variant of a capitalism based on the participation of workers in the supervisory boards of large companies, allowing workers to influence the entrepreneur's economic and social decisions from within. Even in other European countries, such as Italy, the participation of workers in the management of companies was placed at the base of the legal and social order drawn up by the Constitution (Article 46 of the Constitution), even if

---

[174] See S. Blanc, *La codétermination dans deux courants de la philosophie politique contemporaine: le liberalisme-égalitaire rawlsien et le néo-républicanisme*, being published in O. Favareau (ed), Traité de codetérmination, Presses de l'Université Laval, Quebec City, Canada, 2019

[175] Cfr. P. Bourdieu, *Sur l'état, Cours au Collége de France 1989-1990*, Seuil, 2012, cours du 18 janvier 1990.

the implementation of industrial democracy was not implemented according to the model provided by the Constitution.

This scenario began to change progressively towards the end of the last century, and the deep roots of this change have been identified in a series of vectors, ranging from restructuring processes rethought in a transnational key to reticular organizational structures in continuous fibrillation, up to the model of financialization in which the managers themselves are selected more because of "objective" financial knowledge than on the basis of traditional values[176].

Today, albeit with many contradictions, that cycle seems to have been completed, and unfortunately with results that are far more problematic than those underlying a mere reorganization of the corporate governance structure. Faced with the financialization of capital on a global scale, the processes of dematerialization of the company, the extreme mobility of capital and the planetary fragmentation of production chains and value, one must wonder about not only what role labour law can still play in the face of the impracticability of the Fordist compromise, but also what residual function of labour law in the dominant view of the shareholder value, of the employment relationship reduced to the agency costs scheme, of the re-emergence of "community" visions with ambiguous aims of social legitimacy.

Faced with these processes, is there still room for a social-moral vision of capitalism or should we accept what Axel Honnet called his "distorted development"[177]? And what about the company: is it conceivable that it should be constitutionalized in a social and societal sense? Can the economy itself offer a platform for labour law in the reconstruction of a market and business theory that does not exclude the social contribution of regulation?

The benefits and advantages of such a perspective, in which a new paradigm faces the scene to govern social processes and is not engulfed by them, are many. As the German model of codetermination teaches, the advantages of worker participation range from the absorption of social conflicts to the motivation of workers and the increase in productivity, from the social legitimacy of managerial decisions that favours long-term strategies to the possibility of asserting interests of the whole company, even at the levels of investment decision and financing intentions[178]. It is, in short, a culture of cooperative modernization which, although German participation is the result of a specific historical, cultural and institutional context, can (and it actually is) be practiced in many other juridical systems, and can become a possible project, to be relaunched at European level.

5. Worker participation as an expression of social freedom.

In 1977 the labour lawyer Otto Kahn-Freund spoke out against the participation of workers in company boards as recommended in those years by the Bullok report[179]. The thesis of the renowned jurist consisted in the pluralism of values and in the ineliminable conflict of interests in

---

[176] R. Dore, *Stock Market Capitalism: Welfare Capitalism. Japan and Germany versus the Anglo-Saxons*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

[177] Cfr. A. Honnet, *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique*, Gallimard, Paris, 2015

[178] See M. Weiss, Workers Participation in the Enterprise in Germany, in A. Perulli & T. Treu (eds), Enterprise and Social Rights, Wolters Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2017, p. 293 ff.

[179] O. Kahn-Freund, *Industrial Democracy*, in Industrial Law Journal, Vol. 6, 1, 1977, p. 65 ff; see also *Labour and the Law*, Stevens&Sons Ltd, 1977.

industrial relations; participation would in fact have implied a potential prejudice to trade union autonomy, in the sense that it would have denied the very clear division in the pluralist analysis between the management function to effectively manage the trade union function independently.

For other but converging reasons, board level employee participation was also excluded from the economic theory of the firm and in particular from the agency theory, according to which the sharing of control of the company between workers and shareholders would not be legitimate because the workers are not the residual claimant with decision-making power, nor would such participation be effective because it would diminish the supervision of the controllers in the principal-agent relationship[180].

It is therefore necessary to think about the market, the business and labour relations differently, recovering a moral and social vision of the firm as an *institution of social freedom*. According to Honnet, social freedom is closely related to the institutional dimension and to the idea of mutual recognition that lives in the ethical-moral dimension of the market through a *normative functionalism* that, according to a line of thought that leads from Hegel to Durkheim and Polanyi, is capable to legitimize the market by forcing all actors to follow principles of fairness and justice[181].

The conditions for achieving social freedom in the context of the market economy are the following: first, "the purely individual self-interest constitutive of market behaviour must be able to fulfil the normative condition that all participants can understand as a suitable means for the complementary realization of their own respective purposes"; second, market institutions must "institutionally reflect these underlying claims to social freedom, thus ensuring that the participants remain aware of these claims"; third, "(e)xpressed in terms of recognition, this means that economic actors must have recognized each other as members of a cooperative community before they can grant each other the right to maximise individual utility"[182].

This last step, that directly regards the philosophical and normative theme of the recognition, is very important for the legitimization of the board level employee representation both from the point of view of the theory of the firm and from the point of view of the employment relationship. In general theoretical terms, participation is certainly an expression of recognition as a historical form of human intersubjectivity, that is – in a Hegelian way - a real institution where subjects mutually limit each other's selfish interests and, in such institution, they manifest their mutual recognition as beings endowed with equal dignity and freedom[183].

From this last perspective it is clear that the participation of workers represents a device capable of rebalancing the status of subordination to the extent that the coordination of individuals can be successful only if they "recognize each other not only legally as parties of a contract but also

---

[180] See B. Segrestin, S. Vernac, *Gouvernement, Participation et Mission de l'Entreprise*, Hermann, 2018, p. 58; see also B. Roger (éd.) *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Collége des Bernardins, 2012, p. 42 s.

[181] A. Honnet, *Freedom's Right*, p. 183

[182] A. Honnet, *Freedom's Right*, pp. 191-192

[183] See A. Honnet, Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice, in Acta Sociologica, Vol. 47, No. 4, (Dec., 2004), pp. 351-364

morally or ethically as members of a cooperative community"[184]. The first condition, related to the fact that the actors' behaviour on the market should lead to social freedom, is more problematic, since Honnet's reference is here to the concept of "corporations" that appears in Hegel's Philosophy of law: in fact, following Hegel, in the corporations the subjects see themselves as engaged in social cooperation, and solidarity requires discursive mechanisms of formation of will that cannot be reduced to economic rationality. In the Hegelian perspective corporations are "professional associations" of which individuals are members in virtue of their particular skill and profession, and they are part of civil society: corporations regulate these professions and protect their members against the contingecies of life[185]. It was therefore opposed to Honnet's analysis that the firm (and the market) do not know the solidarity mechanisms typical of corporations, and this was because market mechanism and discursive mechanisms of will formation are alternative, and sometimes competing, mechanisms of action coordination[186]. Consequently, in the economic activity of the market, as in the behaviour of the company, there would be no intrinsic structure capable of ensuring the development of social freedom, but only external limits coming from the State.

Put in these terms, critical analysis does not capture the constitutive and regulatory function of law within the institutions of the capitalist economy, namely the market and the enterprise. In reality, the firm and the market are institutions to which the legal system refers as intrinsic solidarity mechanisms (because they are constitutive) and not only extrinsic, as both are embedded in an ethical framework provided by legal norms. The legal systems that practice codermination therefore achieve social freedom in the sphere of labour through discursive mechanisms with which workers can deploy their cooperative activity. Social freedom requires that all participants in the labour market be able to carry out a cooperative activity in view of a common good that transcends the strategic and selfish behaviour of the actors, and for this they must be placed in a position to influence the business decisions, both strategic and those related to work organization: the first because they concern the development of the firm as a social institution, the second because they contribute to the "humanization of work" that constitutes, together with the discursive mechanisms of cooperation, the second regulatory prerequisite for achieving social freedom[187].

This view was opposed to co-determination because in reality it recognizes the power relations between employee and employer and allows each of the parties to realize their respective egoistic interest (consisting for the workers in gaining a certain degree of influence in the decision-making processes, for the entrepreneur the benefit of industrial peace)[188]. In this way, therefore, a real cooperative activity where both parties deliberate about the cooperative pursuit of shared aims, thus achieving social freedom, would not take place. But this criticism does not appear con-

---

[184] A. Honnet, *Freedom's Right*, p. 182.

[185] G. W. Hegel, *Elements of thePhilosophy of Right*, Cambridge University Press, 1991, 255A

[186] See T. Jütten, *Is the market a Sphere of Social Freedom?*, in Critical Horizons, Vol. 16, No. 2, May 2015, p. 195

[187] A. Honnet, *Freedom's Rights*, p. 237

[188] T. Jütten, *Is the market a Sphere of Social Freedom?*, p. 199

vincing, because, in conceiving codetermination as an extraneous device with respect to the (necessarily) conflicting logic between capital and labour, it ends up disregarding the legal reality of co-determination as recognition of the "constitutive" character of capital and labour as the founding factors of the firm (as an entity governed by a political responsibility functional to the creation of a common good[189]). In essence, the criticism does not take into account the *legal nature* of the mechanism that realizes participation, involving trade unions, works council and elections (or appointments) as an element in corporate governance regulation, that is, a constitutive-intrinsic element of the company; and this mechanism is not just an individual right of the worker but is an expression of societal values and such part of the social order.

If social freedom is identified with the "relationships of recognition" on which our life in common is woven, codetermination unequivocally represents the paradigm of the achievement of social freedom in the economic sphere, and for this reason it must be promoted within the social institutions, and in particular in that form of social institution which is the enterprise. But in order to promote co-determination, it is necessary to mobilize the normative functionalism of which Honnet speaks, through *supplementary norms* that legitimize economic activity through *feelings* (or, if you prefer, *values*) of solidarity and responsibility. This is the task, as we shall now see, of a Europe that must safeguard and revive its social model.

6. The European perspective of board-level worker participation.

It is well known that in the context of EU law there is not a single model of participation applicable to all the Member States: the first attempt to achieve such a goal through the Draft of the Fifth Directive on Company Law was unsuccessful, and was abandoned in 1988. Therefore, board level employee representation was left to be determined by the Member States. Member States decided to protect existing forms of participation in European Companies (SE) (RegulationEC No 2157/2001), European Cooperative Society (SCE) (Regulation EC No 1435/2003 and Directive 2003/72/EC) and in the case of cross-border acquisitions of a limited liability company (Directive 2017/1132). A right of worker participation was recognized by the 1989 Community Charter of Fundamental Social Rights for Workers according to which "information, consultation and participation of workers must be developed along appropriate lines, taking account of the practices in force in the various Memeber States" (Article 17), although it was not included in the 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union, that recognizes only information and consultations rights "in the cases and under the conditions provided for by the Community law and national laws and practices".

However, the right to participate is currently recognized by the Praemble of the Treaty (TEU) where it is stated that the Member States confirm their attachment to fundamental social right as defined in the European Social Charter signed in Turin and in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights for Workers, and by Article 151 of the Social Chapter of the TFEU: "The Union and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set

[189] See *Réformer l'entreprise*, Entretien avec Oliver Favareau, in *Études* 2018/9, p. 63.

out … in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Worker"[190]. These measures are subject to collective bargaining agreements and to the laws and practices of Member States[191]. However, one must not forget, or underestimate, that pursuant to Article 6 (3) TEU, Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the *constitutional traditions common to the Member States*, shall constitute general principles of the Union's law. As for the European Union's competence to legislate in this area, it is offered by art. 153 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) which, referring to the achievement of the objectives established by art. 151, states that "the Union shall support and complement the activities of the member States in the following field… (f) representation and collective defence of the interest of workers and employers, *including codetermination*, subject to paragraph 5" (which excludes wages, the right of association, the right to strike and lockout).

After a long period of impasse, the European Council has adopted two legislative instruments necessary for the creation of the European Company, namely the EC Regulation 2157/2001 on the Statute of the SE, and the Directive 2001/86/ EC, which complete the Statute as far as the involvement of workers in the SE are concerned. However, these tools did not produce significant effects. Directive 2001/86, in particular, is limited to providing that the establishment of an SE does not entail the disappearance or the weakening of the worker participation regime already existing in the national law of the companies participating in the constitution of an SE. In essence, Member States have only acknowledged that they protect existing forms of participation in the formation of an SE / SCE, while in the case in which none of partecipating companies was governed by rules allowing the partecipation of workers, there will be no duty to establish board-level representation of employees in the SE.

On this basis, the doctrine has long discussed about the virtues of the SE, whose effects in terms of maintaining pre-existing participation rights have even been questioned by empirical analysis[192], with a divison among those who claim that the SE has produced a effect of *Europeanization* of the right to participation[193], and those who think that the "before and after" principle on which the Directive is based has not produced useful effects[194]. In fact, if on one hand, the principle "before and after" guarantees *within certain limits* the pre-existing participatory rights (the agreement can reduce or terminate certain pre-existing rights under national law with a 2/3 majority vote in the special negotiating body (SE Directive, Art. 4(2) (g)), on the other hand, it does not favor the dissemination of the forms of institutional involvement of workers in those legal systems in which this tradition has not developed.

---

[190] The legal status of the Community Charter is that of a mere political declaration, as stated in its preamble, since, due to the opposition of the UK government, the Charter could not be integrated into the EC Treaty in 1989. Nonetheless, the preamble to the Treaty on European Union confirms the Member States' 'attachment to fundamental social rights as defined in the 1989 Community Charter', and Article 151 of the Social Chapter of the TFEU: 'The Union and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out … in the 1989 Community Charterof the Fundamental Social Rights of Workers…"

[191] See M. F. Dominick, *Toward a Community Bill of Rights: The European Community Charter of Fundamental Social Rights*, in Fordham International Law Journal Volume 14, Issue 3 1990, p. 660.

[192] A. Conchon, *Board-level employee representation rights in Europe. Facts* and Trends, ETUI, Brussels, 2011.

[193] See N. Kluge, *Workers' Participation in BASF SE and the European debate on Corporate Governance*, in Transfer, 2008, 14, p. 127 ff.

[194] See P. Davies, *Workers on the Board of the European Company?*in Industrial Law Journal, 2003, 32, p. 75 ff.

The substantial failure of the Europeanization of the right of participation through the SE, evidenced by a scarce diffusion of SE concentrated in the countries of central-northern Europe where the forms of organic participation are more rooted, must certainly not be denied. However, recognizing the limits of the SE Directive in the promotion and diffusion of the right to worker participation in national systems does not mean excluding that new attempts can be promoted within the European Union, as shown by the numerous resolutions of the European Parliament. In recent years, the European Parliament has repeatedly stressed the right of workers to be involved in business decisions on issues such as the introduction of new technologies, changes in work organization, production and economic planning. Finally, with the resolution of 19 January 2017 on the European Pillar of Social Rights, the Parliament recalled that the involvement of workers in the decision-making process and in the management of companies is precious, identifying in the social economy enterprises, such as cooperatives, a good example in terms of creating quality employment, supporting social inclusion and promoting a participatory economy.

The right to codetermination is therefore not only a "legitimate objective"in the light of European Union Law, as recognized by point 17 of the Community Charter of Fundamental Social Rights referred to in art. 151 (1) TFEU. In the current regulatory framework, it is possible to reconstruct the workers' participation right as an *individual fundamental social right*, that is, a *subjective right of the employee*. Based on the interpretation provided by the Court of Justice in case C-566/15 *Erzberger*, relating to the right of active and passive electorate in the election of workers' representatives to the supervisory board of the Companies, it can be argued that this fundamental social right, as well as required by art. 17 of the Community Charter of Fundamental Social Rights, falls within the scope of "*other conditions of work and employment*" in Art. 45 (2) TFEU, and therefore fully falls within the category of employees' rights according to the normative traditions of the Member States. In the *Erzberger* case, it was a matter of deciding whether the national rights that allow workers to participate in the boards of directors can legitimately be limited to the companies that operate on the national territory, as required by German law. According to the Court of Justice, art. 45 TFEU, although it precludes any national measure capable of hindering the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the same article, it cannot however guarantee the worker transferred to a branch of the company located in another Member State the rights relating to his "conditions of employment", as required by the legislation of the state of origin; consequently that worker loses his right of representation on the board of directors. According to the prospectus of the General Advocate, accepted by the Court of Justice, this right of representation on the board of directors (as required by German law) falls within the concept of "other working conditions" provided for by art. 45, 2 TFEU, and therefore constitutes an individual right under the TFEU.

This recognition of the right to participation as an individual right falling under the "working condition" is very important, because as it is connected to the free circulation it entails the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States. In connection with the provisions of the Community Charter on Social Rights, this recognition makes it possible to affirm that in the context of the European Social Model the right to participation is a Fundamental Social Right for all employees, even if this right is left to the initiative of each Member State to provide with a statutory law. In the German case, as stated by the Advocate General, the right to co-determination constitutes a "central element of the culture of cooperation" typical of that country, and "it constitutes the statutory development of the freedom to form and join trade

unions and permits the exercise of that freedom, which is guaranteed by the Grundgesetz (Basic Law)"[195]. In other words, the legislation that provides for the right to participation is a function not only of the interests of employees "but rather the general interest, in that it is intended to ensure cooperation and integration by also taking into consideration interests that go beyond the specific direct interests"[196].

It is evident that in this perspective the right to codetermination, which is also legally conceivable as a subjective right of the person, is also (and above all) *a right to social freedom* in the sense previously described. In fact, through the participation of workers in the management of companies, not only individual freedom is achieved, but the freedom to create together (in the community of solidarity) a more equitable and just society. This social freedom, as we mentioned, is based on the intrinsic social normativity of the economic sphere, on the basis of the mutual recognition of subjects as members of a cooperative community. These considerations can be applied *mutatis mutandis* to all national legislation that provide for the participation of workers in the management of companies, and allow the reconstruction of a model of codetermination which, despite being - in the current state of EU law - left to the will of the individual Member States, to find a common *ubi consistam* as a fundamental social right which expresses a set of "societal values" and traditions of the Member States. Even in those countries, such as Italy, which have not yet implemented a right of workers to participate in the management of companies, the horizon of participation as an expression of social freedom is well present in the sphere of social and political values and choices of the State. It is sufficient to say that the Italian Constitution expressly provides for the "right of workers to collaborate, in the ways and within the limits established by law, to the management of companies", and this with the aim of "economic and social elevation of work and in harmony with the needs of the production" (Article 46 of the Constitution). Although not implemented, the constitutional provision expresses a powerful normative value, as demonstrated, moreover, by the Delegation law 28 June 2012, N. 92, which contains a series of principles for supporting participatory industrial relations, inspired by European guidelines. In particular, the Delegation law confirms (paragraph 62, letter f) that, especially in larger companies (over 300 employees) exercised in the form of a joint stock company or SE, where the presence of a Management Board and a Supervisory board may be required to represent workers on the supervisory board with the same powers as shareholder representatives. Finally, the Delegation law provides for (par. 62, letter g) the privileged access of employees to the possession of shares in the company's capital, directly or through the establishment of bodies (foundations, institutions and associations) having as their purpose non-speculative use of shareholdings and the exercise of collective representation in corporate governance.

In other countries, such as France, where in the private business sector codetermination has a very recent legislative origin (2013 and 2015), and has developed on the basis of legislation that still leaves the control of the company to management and shareholders that dominate boards and thus restrict employee representatives' ability to exert power over strategic decisions, employee representatives do not give up: they actively pursue strategies aimed at gaining further influence. This shows that the seed of participation, once it has taken root, is able to develop

[195] Opinion C-566/15 point 102

[196] Opinion C-566/15 point 103

vigorously, modifying pre-existing models or cultural attitudes of a conflictual nature in industrial relations.

What characterizes Europe is the diversity of institutional models, but not the *basic idea of participation, which is now present in most legal systems*. The prospect of a more extensive Europeanization of worker participation in corporate governance must therefore be continued with conviction, *having in mind that it is not just a governance model referable to the structure of the company, but a fundamental social right of the worker, a right to social freedom*.

While respecting the prudent teaching of those who believed that regulation in the context of labour relations must take into account the structures of State and social power and avoid "transplanted" reforms, the method of legal comparison makes it possible to enhance the existing structures, traditions and values of the social and economic order of the Member States, in the direction of a more convinced realization of social freedom in the firm and in the society.

In order to cultivate this project, an interesting starting point can be represented by the "scalar" model proposed by the ETUC in 2016. According to that proposal, in companies with 50 to 250 workers, 2/3 of workers' representatives should be provided for, in those with 250 to 1000 1/3 of participation of workers' representatives, while companies with more than 1000 workers should guarantee full equality (1/2 of the seats for workers' representatives). If it is true that this proposal conflicts with the models of many Member States, and results as better than the German mechanism itself, there is no doubt that this is the paradigm to look at if one wants to ponder in terms of a true reform of the firm and of the employment relationship, with a view to a more advanced social freedom.

Il sindacato tra funzioni e valori nella "grande trasformazione". L'innovazione sociale in sei tappe*

Bruno Caruso

Entrambi gli approcci (difensivismo e socialdemocrazia assertiva) si distinguono dal neoliberismo in quanto riconoscono la necessità di aiutare i lavoratori a fronteggiare l'esternalità dell'insicurezza, ma l'approccio assertivo contribuisce a costruire la nuova economia emergente, mentre quello difensivo cerca soltanto di opporre resistenza. La socialdemocrazia assertiva si accosta quindi al neoliberismo laddove riconosce la necessità del cambiamento e adattamento in risposta alla globalizzazione.

Colin Crouch

1. La crisi della forma sindacato. 66

2. Una via d'uscita dal pessimismo della ragione. Un percorso in sei tappe. 69

3. Dal pluralismo sindacale ideologico alla differenziazione di funzioni. L'unità nel pluralismo. 70

4. Il rilancio del sindacato come autorità salariale nazionale e (in prospettiva) europea. L'uguaglianza. 72

5. Oltre l'eguaglianza e la protezione: la contrattazione collettiva come rete di protezione per lo sviluppo dell'autonomia individuale. La libertà. 80

6. Il sindacato come partner dell'impresa all'interno di "moduli cooperativi" per la produttività e il benessere aziendale: produttività e intelligenza collettiva. La partecipazione. 82

7. 'Social unionism' e la rappresentanza del lavoro "fissurizzato": nuove strategie di azione nel territorio e nella rete. La solidarietà. 85

7.1 (segue) Pretesi ostacoli giuridici allo sviluppo dell'organizzazione e all'azione negoziale di lavoratori non standard. 89

7.2. Ulteriori modalità di azione del social unionism: nuove e vecchie solidarietà. 91

8. Consenso e riforma interna dei sindacati. La democrazia. 92

9. Conclusioni. Percorsi e valori di riferimento. 93

Bibliografia. 94

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 394/2019

1. La crisi della forma sindacato.

Senza indulgere in alcun pessimismo si potrebbe affermare che la letteratura recente sul sindacato si propone soprattutto come riflessione sulla crisi di tale forma di aggregazione, rappresentanza e affermazione di interessi collettivi nell'economia uberizzata o se si preferisce post fordista [A. Belloni 2017; P. Mason 2015, N. Srnicek 2017; Sundararajan A. 2016; J. Rifkin 2017]. Sono questioni per molti versi conosciute e che sostengono l'idea - da tempo suffragata da rilevazioni sociologiche - di una confluenza di fattori verso uno status di crisi endemica non solo dei sindacati ma anche delle associazioni datoriali [M. Carrieri – P. Feltrin 2016; per il sindacato già con lungimiranza e acume G. Baglioni 2008, specie p. 183 ss.]. Alcuni di questi fattori di crisi, avrebbero per altro determinato, negli ultimi 35 anni, una convergenza dei principali sistemi industriali europei (ma non solo) verso un modello neo liberista, con inevitabile e diffuso declino dei sindacati[197]. Sarebbe, in tal modo, definitivamente tramontata l'idea novecentesca della centralità dei soggetti collettivi (partiti e sindacati) nei processi di organizzazione sociale, politica e a maggior ragione nel mercato e nell'economia [B. Caruso 2017]. Da cui consequenziali riflessi sull'epistemologia e sulla narrazione giuslavoristica.

È diffusa, invero, l'idea che la "polvere magica" della disintermediazione intende efficientizzare, alleggerire e velocizzare i processi sociali e culturali, oltre che aziendali, di mercato e finanziari, attraverso la sottrazione e la rimozione di intermediari; l'uberizzazione dell'economia produrrebbe pertanto una luhmaniana riduzione della complessità sistemica, realizzata non attraverso un *quid pluris* di decisionismo politico e di governabilità istituzionale, immaginata nel secolo scorso dal sociologo tedesco, o attraverso la rimozione degli ostacoli al funzionamento efficiente dei mercati come nella vulgata neoliberista; bensì attraverso l'uso pervasivo delle nuove tecnologie per riorganizzare i mercati interni ed esterni all'impresa ma pure i servizi, semplificandone le connessioni e le transazioni commerciali e gestionali. Tale riorganizzazione finirebbe oggettivamente (al di là di ogni soggettiva intenzione strategica come invece nella teorizzazione neo liberista) per ridurre al ruolo di vittime predestinate soggetti che della mediazione e intermediazione degli interessi hanno fatto la propria ragione d'essere. Gli stessi processi elevano invece al rango di protagonisti una nuova inedita categoria di consumatori/produttori: i *prosumer*[198], non tanto insofferenti alla mediazione organizzata ma strutturalmente ad essa non riconducibili; oltre che gli stessi consumatori tradizionali, detentori di nuovo tipo di potere (il *consumer power* alternativo al potere operaio/sindacale) in grado di determinare non soltanto i volumi ma anche i modelli

---

[197] Per un'indagine di tipo strutturalista della crisi delle organizzazioni sindacali in occidente, concentrata sulle strategie imprenditoriali e sulla resilienza neoliberista delle istituzioni, si veda il volume di L. Baccaro e C. Howell [2017] in particolare i dati riportati nel capitolo 3. Per dati aggiornati al 2016 e disaggregati per stati nazionale sulla union density sempre utili le statistiche OCSE https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=TUD&lang=en; si veda pure OECD 2018, p. 73 ss.

[198] Nella definizione della Treccani «il *termine prosumer (espressine coniata da Alvin Toffler nel libro The third wave (1980) è* una crasi dei termini *producer* e *consumer* che indica un consumatore che è a sua volta produttore o, nell'atto stesso che consuma, contribuisce alla produzione…. Mentre tra il 1995 e il 2000 protagonisti di Internet sono i portali, attraverso i quali il navigatore viene indirizzato a siti specializzati (e largamente sponsorizzati) per ogni esigenza, nella fase successiva hanno vita prospera i siti che incorporano le reazioni del cliente: i motori di ricerca, in cui l'attività del visitatore è determinante per fissare il prezzo delle inserzioni pubblicitarie; il commercio elettronico, in cui la reputazione del venditore, o dell'articolo posto in vendita, è costruito sui giudizi dei precedenti utilizzatori; i blog; i siti pervasi da uno spirito wiki, cioè di collaborazione attiva delle comunità dei loro frequentatori»

di produzione e di prodotto[199]. La uberizzazione dell'economia, secondo la visione apocalittica con riguardo all'intermediazione del lavoro, che si sta rapidamente sintetizzando, costituisce il punto culminante o addirittura terminale della parabola discendente, una sorta di "fine della storia" degli attori collettivi.

Per il sindacato e l'azione negoziale tradizionale, le conseguenze della riorganizzazione sociale e produttiva in atto sarebbero disastrose; si tratterebbe della trasformazione in malattia endemica o terminale di sintomi che si erano già manifestati nel secolo scorso: calo delle iscrizioni soprattutto tra giovani[200] e *professionals*, perdita di peso politico e dissolvimento della concertazione istituzionale, riduzione della copertura contrattuale e connesso fenomeno della frammentazione della rappresentanza e, oggi, della stessa contrattazione collettiva nazionale considerata, ancora, un vero e proprio pilastro regolativo e identitario[201]. Con le conseguenze in termini di affievolimento di voice e identità collettive analizzate in un volume di analisi di sistemi di relazioni industriali comparati, soprattutto di cultura anglosassone [i saggi contenuti nel volume di A. Bogg –T. Novitz 2014a]

Sul piano scientifico e accademico le conseguenze sono davanti agli occhi di tutti: senza arrivare alla sparizione delle cattedre di diritto sindacale in quasi tutte le università della IVY LEAGUE come avvenuto negli USA già nel secolo scorso, anche in Europa i temi tradizionali del diritto sindacale, centrali negli anni 70 e 80, sono retrocessi, se non proprio divenuti marginali, nella scala delle priorità tematiche, a confronto di altri temi emergenti tra cui il mercato del lavoro (una volta partizione del tutto marginale: il diritto amministrativo del lavoro), il diritto antidiscriminatorio, i nuovi diritti individuali [G. Anderson – P- Nuttal 2014; A. Bogg – T. Novitz 2014b; T. Novitz 2014] o il diritto del lavoro al servizio della produzione. Sul piano didattico va rilevato che i più recenti manuali di diritto del lavoro in Italia, come avveniva già prima dello Statuto dei lavoratori, sono diventati i contenitori del diritto sindacale - che è relegato in pochi capitoli. Anche le relazioni industriali, nella collaterale disciplina della sociologia, non vivono particolare smalto negli equilibri accademici e nella stessa attività di ricerca e didattica come dimostra la sostituzione progressiva degli insegnamenti di Industrial Relations con quelli *Human Resource Management* (HRM) nelle università e nelle *business school* [G. Gall 2018, 682; B. Kaufman 2010].

---

[199] Come scrive efficacemente D. Di Vico, Come si può inventare il lavoro che non c'è, sul Corriere della sera del 12 luglio 2019: «(…) la figura più evocata e temuta, il convitato di pietra … è il consumatore infedele degli anni Dieci. Se una volta si parlava di potere operaio/sindacale oggi il tema-chiave è il consumer power. L'innovazione deve fare i conti con lui: il cliente moderno che va direttamente sui siti delle aziende produttrici per scegliersi la lavatrice o il frigo, poi frequenta online Trovaprezzi. it, sceglie sulla rete il prodotto, passa da un rivenditore specializzato, controlla se la sua scelta slittando dal virtuale al reale tiene, poi torna a casa e compra il tutto con Amazon. È un processo di disintermediazione anche questo, come quello che investe la politica e altri ambiti. E per di più non si ferma al momento dell'acquisto. Perché il consumatore posta su Facebook e su YouTube una recensione della lavatrice o del frigo che ha comprato e riproduce il codice seriale del prodotto. Diventa un piccolo gnomo alla Moody's, crea un rating temutissimo dalle aziende produttrici».

[200] OECD 2019, p. 197 ss. Box 5.1, contesta in effetti, sulla base di evidenze empiriche, la semplificazione generazionale sostenuta da diversi autori (una sorta disaffezione strutturale delle nuove generazioni all'adesione e all'azione sindacale) e sostiene che la crisi della sindacalizzazione va correlata non tanto all'età quanto allo status di lavoratore precario spesso correlato al fatto che l'occupazione giovanile si concentra nei settori ove è ampiamente diffuso il lavoro non standard.

[201] Per ragguagli comparta di questa tendenza i saggi in S. Leonardi – R. Pedersini, ed., 2018. Sull'importanza economica e sociale della contrattazione di settore OECD 2018, cap. III

Le ragioni di questa crisi, che dai fenomeni sociali si estende alla ricerca e agli ordinamenti didattici, sono note e dissodate nella letteratura scientifica. Si tratta sia di processi oggettivi, sia di ragioni culturali di tipo identitario.

Fenomeni quali la globalizzazione e la concorrenza come motore di tutte le cose, le nuove tecnologie individualizzanti, l'organizzazione del lavoro post fordista, la de massificazione e la "fissurizzazione" del luogo di lavoro con l'estensione a dismisura del precariato e la fabbrica senza confini attraverso vecchie e nuove forme di esternalizzazione e decentramento [D. Weil 2014; K.W. Stone 2004; J. Fudge 2006], la decadenza della valenza identitaria del lavoro, sono tutti fattori che confluiscono nel determinare la crisi dei valori sociali e degli stessi processi di costituzione e affermazione di attori sociali; tali attori edificavano la propria soggettività organizzativa e la azione collettiva su fenomeni sociali, dislocazione di interessi e realtà produttive radicalmente diversi[202]. Alle identità collettive si sostituiscono identità frammentate che mettono alla ribalta incerte istanze di autonomia individuale sia di tipo esistenziale, sia di tipo economico, sia lavorativo (il lavoro sempre più come esperienza privata se non addirittura intimista ancorché ancora centrale anche tra le professionalità meno elevate [D. Marini 2018; S. Hariss A. B. Krueger, 2015]); da cui alcuni diffusi simboli e fenomeni: Io SPA, i Prosumer, l'acronimo DIY: *do it yourself* [203].

Tutti questi disparati fenomeni sono però ricomposti come tasselli di un unico mosaico: vale a dire lo scenario tratteggiato dagli studi sul risorgere delle diseguaglianze e del crescere della povertà relative di tipo nuovo, studiate ed evidenziate da studiosi e premi Nobel dell'economia come Stiglitz, Piketty, Deaton, Milanovic, Rodrick. Si tratta di analisi e preoccupazioni che vengono ormai prese in seria considerazione anche dalle istituzioni di governo mondiale dell'economia (dall'Ocse, al FMI, alla Banca centrale europea).

Queste analisi ci dicono che, se la diseguaglianza diminuisce sul piano globale, nel confronto tra nazioni ricche e nazioni tradizionalmente povere, i nuovi fenomeni e le nuove politiche – derivanti anche da un inadeguato assetto istituzionale del commercio internazionale conseguente all'iperglobalizzazione [D. Rodrik 2019] - producono invece una crescita evidente delle diseguaglianze endostatali e infraterritoriali e un impoverimento delle classe medie soprattutto in Europa; da cui l'emergere di nuovi populismi (la popolocrazia) e di ideologie neo sovraniste alimentati anche da questioni più generali [I. Diamanti M. Lazar, 2018]: l'immigrazione di massa, da un lato, e la crisi demografica dei popoli nativi, dall'altro, con relativa crisi di consenso delle organizzazioni di rappresentanza del lavoro, partiti e sindacati [L. Mariucci 2016; 2019a]. Si tratta di nuove fratture e

---

[202] Per una analisi soggettivista che colloca la crisi dei sindacati più che su fattori esterni, sulle insufficienze delle strategie di mobilitazione e di organizzazione J. Kelly [1998] e l'ampio dibattito postumo all'uscita del volume: per tutti J. Holgate – M- Simms M. Tapia [2018]; G. Gall [2018] e la stessa replica dell'autore J. Kelly [2018].

[203] Fino ad anni recenti la riconoscibilità sociale delle persone (si potrebbe dire la stessa identità pubblica) era collegata al lavoro che svolgevano. "Al lavoro erano legate anche le aspettative di ascesa sociale. Ma con il diffondersi del precariato e della flessibilità (fenomeni certamente diversi ma entrambi fonte di instabilità emotiva e materiale), con il nascere di figure professionali e competenze sempre diverse, con il contrarsi temporale dei cicli produttivi e l'accrescersi dei livelli di specializzazione, con il diffondersi di modalità organizzative che stanno rendendo sempre più obsoleto il suo esercizio nei grandi spazi collettivi del passato (dalla fabbrica all'ufficio), con la perdita di posti prodotta dall'automazione, il lavoro ha assunto connotazioni radicalmente nuove. Ha smesso di essere una fonte di sicurezza e stabilità. Tende a svolgersi in una dimensione sempre più privata e dunque non s'inquadra più in una cornice collettiva. Da strumento di crescita sociale sembra tornato ad essere mezzo di pura sussistenza materiale. Proprio queste trasformazioni nel modo di concepire e vivere il lavoro sono probabilmente uno (non l'unico ovviamente) fattore di crisi che ha colpito le organizzazioni politiche tradizionali e le grandi culture politiche della modernità". Così efficacemente A. Campi, *Oltre il caso Amazon, Rivoluzione nel lavoro ma la politica è indietro*, in Il Messaggero, 27.11.2017

cleavages che, con riguardo al diritto del lavoro, rendono comunque inadeguato il vecchio paradigma del diritto sindacale la cui crisi dei pilastri fondamentali era già stata messa adeguatamente a fuoco da Massimo d'Antona [2000a] alla fine del secolo scorso.

Concetti basici come interesse collettivo, rappresentanza negoziale, categoria professionale, sindacato unitario, classe operaia, luogo di lavoro, unità produttiva, non sono più declinabili senza almeno ulteriori specificazioni, che li rendano adattabili alla nuova realtà. Talché i frammenti di cambiamento, considerati nell'insieme, ci dicono del bisogno di un nuovo paradigma giussindacale [A. Bogg 2015; A. Bogg- T. Novitz 2014a]; mentre sempre più al centro della riflessione di ricercatori si pone il tema, in effetti storicamente ricorrente, del "trade union renewal" [C. Dufour, A. Hege, 2010; P. Fairbrother 2015; M. Nicklich – M. Helfen 2019].

Il quadro dunque darebbe linfa all'ipotesi apocalittica nella doppia variante: la ricetta dell'arroccamento nel passato magari rivisitato [la retrotopia secondo Z. Bauman 2017], ovvero della presa d'atto - magari con compiacimento di chi vede realizzarsi il teorema liberista attraverso imprevedibili scorciatoie - della fine della stagione dell'intermediazione del sindacato e dei corpi intermedi considerati, in quella vulgata, elementi di disturbo dell'equilibrio spontaneo del mercato e della formazione del prezzo naturale del lavoro.

2. Una via d'uscita dal pessimismo della ragione. Un percorso in sei tappe.

Questa prospettiva di pessimismo della ragione non è certo abbracciata da tutti coloro che studiano i corpi intermedi e il fenomeno associativo sindacale e datoriale in particolare. Colin Crouch [2013] per esempio - la cui citazione non è a caso utilizzata come esergo -, considera ancora fondamentale il ruolo dei soggetti collettivi (anche i partiti politici) a condizione che essi attraversino (e si lascino attraversare da) un processo di autoriforma sia di tipo organizzativo, sia con riguardo alle logiche di azione, proprio a partire dalla presa d'atto dei cambiamenti in corso.

Esteso questo approccio al diritto sindacale, risultano evidenti, come si dirà, le ricadute in chiave di rivisitazione sia del paradigma, sia di alcuni concetti basilari. Tale prospettiva può essere sostenuta da una ragione di tipo assiologico/valoriale e un'altra di tipo analitico/pragmatica.

La posizione assiologica è presto formulabile: rimangono immutate le ragioni che giustificano logiche di azione collettive e l'essenza originaria dell'idea, si direbbe webbiana, della coalizione e della *industrial democracy* (il nucleo imperituro della forma sindacato): i valori dell'uguaglianza e della solidarietà [Sciarra S. 2013] che tuttavia vanno profondamente ripensati anche filosoficamente e concettualmente e coniugati con una maggiore centralità della persona situata e della sua libertà di scelta come suggerisce l'utilizzo del paradigma delle capability applicato al diritto del lavoro [B. Langille, ed., 2109, R. Del Punta 2016 in questo vol.; R. Del Punta B. Caruso 2016].

Si può, a tal proposito, fare riferimento all'attualità di politiche all'insegna dei grandi temi su cui storicamente si è formata la coalizione del lavoro; vale a dire il riemergere della questione salariale dopo il grande freddo della crisi e delle politiche di austerity. Vicende come quelle di Ryanair, il diffondersi del lavoro irregolare e sottopagato nelle cooperative più o meno false, rimettono al centro una questione classica del diritto sindacale: il sindacato come autorità retributiva e strumento di redistribuzione dei redditi attraverso la contrattazione collettiva. Si può fare riferimento anche - questione in parte connessa - all'impoverimento relativo dei c.d. ceti medi che oggi ripropongono istanze di tutela e coalizione collettiva del tutto inedite per dimensione e qualità e non

riconducibili soltanto o semplicemente a vecchie e tradizionali istanze micro corporative [B. Caruso 2017].

E tuttavia mentre si ripropongono questioni classiche a cui l'azione sindacale ha storicamente dato risposte, al contempo si diffonde la consapevolezza dell'impossibilità di riproporre vecchie e obsolete ricette: il dissolvimento della persona nel gruppo, dell'individuale nel collettivo, della libertà di scelta di ognuno nelle dinamiche del soggetto collettivo e della regolazione uniforme e omogenea, la regolazione inderogabile che non tanto "vale per tutti" 'appiattendo', ma "costringe" tutti 'sottomettendo'; onde la critica alla colonizzazione del diritto del lavoro, già avanzata negli anni '90 da autori come Simitis, D'Antona e Mengoni.

C'è oggi latente un bisogno di autonomia e libertà individuale nei *digital workers*[204] ma non solo, che è genuinamente fondata e radicata nella modalità di organizzazione tecnologica del processo produttivo (come ci dice da tempo Adalberto Perulli) e che non appare in assoluta contraddizione con il bisogno di tutela plurima e collettiva anche nella dimensione giudiziaria (la prospettiva rimediale messa in evidenza, nelle varie giurisdizioni nazionali e nelle motivazioni dei giudici, nei casi Uber e Foodora, [T. Treu. 2017; B. Caruso 2019 Countouris De Stefano 2019].

A partire da queste magmatiche esperienze di voice anche nei nuovi loci tecnologici di lavoro (infra § 7) si può immaginare la *pars costruens* di questo saggio: se e come sia possibile recuperare la dimensione collettiva del diritto del lavoro e un ruolo progressivo dei soggetti sociali nel post fordismo e nella economia uberizzata, e come tutto ciò possa ribaltarsi sulle infrastrutture salienti del paradigma giussindacale fattualmente, assiologicamente e giuridicamente. Il tema ridotto al nocciolo è: se e come sia possibile re intermediare il lavoro e rilanciare la sua rappresentanza.

Gli studiosi di relazioni industriali, che si sono occupati di recente del tema, indugiano su concetti generali allo scopo di individuare strategie nazionali e razionali di rilancio del sindacato e della sua storica funzione. Parlano di un triangolo virtuoso con riguardo sia all'organizzazione, sia all'azione collettiva: trasparenza efficienza/competenza e partecipazione [R. Gumbrell-Mccormick & R. Hyman 2013; enfatizzano, per la IG Metall tedesca, la necessità del cambiamento soprattutto organizzativo Nicklich M. – Helfen M. 2019]. Sono i temi del sindacato 2.0, pronto ad affrontare la sfida di industria 4.0, molto cari a un sindacalista di razza come Marco Bentivogli [2016], ma ripresi anche da studiosi italiani [M. Carrieri e P. Feltrin 2016; G.P. Cella e T. Treu 2017]

Si può convenire con questa prospettiva e riproporla. Essa però va resa concreta, sintetizzandola in sei punti/tappe secondo la prospettiva analitica di cui si diceva. Si tratta di tracciati su cui si può inerpicare la razionalizzazione giuridica e la riflessione teorica; di meri grumi fattuali intorno ai quali rifondare una teorica del sindacato e una prassi regolativa e di azione coerente.

3. Dal pluralismo sindacale ideologico alla differenziazione di funzioni. L'unità nel pluralismo.

I. Il primo grumo concettuale intorno a cui provare a ripensare una nuova teoria della soggettività sindacale è più di natura metodologica che fattuale e riguarda una (ri)considerazione del pluralismo sindacale. Nel secolo lungo, nei manuali di relazioni industriali [G.P. Cella - T. Treu 1998 ma

[204] Il riferimento generalizzato ai c.d. digital workers è sociologicamente e giuridicamente infondato data la diversità di modelli datoriali e di rapporti di lavoro che germinano intorno alle piattaforme: si rinvia a B. Caruso 2019; pure G. Loffredo 2019, p. 264 ss.

anche 2009] e di diritto sindacale [B. Caruso – A. Alaimo 2012] il pluralismo sindacale viene ricondotto al rapporto delle diverse confederazioni sindacali con i partiti e le relative infrastrutture ideologiche, ma anche con le dottrine religiose. Il tema dell'unità o disunità sindacale, in tali sistemi, oltre che a logiche di conservazione di leadership e interne ai vertici di apparato - ovvero, come si è sostenuto, di patriottismo di organizzazioni in competizione nel mercato dei servizi agli utenti/clienti [U. Romangoli 2017, p.184] - è stato strettamente collegato anche alle stagioni politiche, ai rapporti con i governi e alle dinamiche dei partiti di riferimento (i c.d partiti pro labour)[205]. Oggi, la crisi dei partiti, del rapporto privilegiato, anche di tipo ideologico, tra partiti *pro labour* e sindacati di classe[206], e la ripresa del tema dell'autonomia e dell'unità sindacale come risposta strategica alla disintegrazione sociale, ripropongono, da un lato, il tema di una unità confederale che vada oltre la semplice unità di azione negoziale; dall'altro, una nuova dimensione del pluralismo con riguardo alle strutture di organizzazione e rappresentanza degli interessi e alle stesse funzioni e modalità di azione, gli scopi, e di utilizzazione di risorse e capacità [P. Fairbrother 2015, p. 571 ss.]: una risposta che sappia coniugare (una sorta di quadratura del cerchio[207]) il nuovo bisogno di contrasto alla diseguaglianza all'interno di strategie di attenzione e rispetto della differenziazione di interessi, sociale e identitaria. Con un apparente ossimoro il sindacato unitario va pensato e declinato al plurale. Secondo questo filone di pensiero, il sindacato dovrebbe auto riflettersi (almeno) come "uno e trino" per essere in grado di rispecchiare, nell'attività negoziale, gli ormai articolati interessi che fermentano nei differenziati e disarticolati luoghi di lavoro.

Si possono portare degli esempi per avvalorare tale costrutto. Solo all'interno del perimetro tradizionale dell'industria e dei servizi, la "classe operaia" si è moltiplicata almeno per tre presentando dinamiche di identità, di azione collettiva, e ponendo istanze di tutela e rappresentanza che richiedono differenziazione di contenuti e probabilmente di strumentazione di rappresentanza. Come suggerisce Dario Di Vico [2017], occorre differenziare, da un lato, la classe operaia cognitiva dell'industria 4.0, composta da neo professional che non si limita a dialogare con il management ma vi collabora gomito a gomito in nome dell'"interesse superiore" del lavoro (quello in concreto erogato dagli stessi collaboratori più che dipendenti) *e* dell'impresa (gli shareholders), istituzione con la quale si identificano. In tal caso l'esigenza di *voice* si identifica con un quid pluris di partecipazione "paritaria" anche nell'organizzazione produttiva di livello micro[208]: la c.d. partecipazione dal basso in cui agli elementi di coinvolgimento collettivo (il potere sindacale) tipico

---

[205] In Italia, come è noto, durante la prima repubblica fondamentale il Partito comunista e le diverse correnti del partito socialista per la CGIL, i partiti minori di centro sinistra e lo stesso partito socialista per la UIL (confederazione ideologicamente irrisolta secondo U. Romagnoli 2017), la Democrazia Cristiana per la CISL, un discorso a parte andrebbe fatto per la FIM. Per un recupero del concetto di pluralismo sindacale in chiave di *industrial pluralism* nella dimensione istituzionale europea multilivello, in ragione della grande crisi, S. Sciarra 2014, p. 243 ss.

[206] M. Carrieri 2018, L. Mattina 2018; M. Carrieri P. Feltrin, 2017 p. 214 ss., con particolare riguardo alla situazione italiana e soprattutto in prospettiva storica fino al secolo scorso M. Carrieri 2017a; in generale, su rapporto tra partiti e sindacati R. Hyman and R. Cumbrel-Mc Cormick 2010; P. Rathgeb 2018; M. O'Neill, S. White 2018.

[207] La quadratura del cerchio tra valori e principi in potenziale contrasto, come problema teorico dell'intero diritto del lavoro, è il tema affrontato pure da Del Punta in questo volume.

[208] Secondo A. Bogg. T. Novitz 2014b,12 si tratta di una tipologia di voice dei lavorati legata alle nuove tecniche di HMR dell'industria avanzata: la continua consultazione dei lavoratori molto formati e socializzati alle tecnologie digitali per evitare processi di fuga dall'azienda (modello HMR1), e la consultazione proattiva per il miglioramento continuo dei processi produttivi (modello HMR2). Si veda pure M. Aoki 2010

della partecipazione istituzionale (secondo le esperienze degli anni '70) si aggiungono nell'organizzazione *lean* - e non necessariamente in opposizione - elementi di maggiore responsabilità, ma anche di autonomia e libertà individuale di scelta nella organizzazione e nella prestazione di lavoro [per esempi concreti, A.Ponzellini -G. Della Rocca. 2015; L. Pero 2018; L. Pero A.M. Ponzellini 2015; in termini teorici, applicando il *capability approach*, R. Salais 2019, p. 322 ss.] (amplius infra § 6).

Dall'altro, in giustapposizione, si colloca la classe operaia neo fordista di alcuni settori manifatturieri, ma anche dei grandi supermercati, ma persino dell'industria ove si pratica il taylorismo digitale come Amazon (un mix impensabile sino a qualche anno fa di organizzazione tayloristica regolata dall'algoritmo e coadiuvata dai robot); in tale segmento si praticano e si rivendicano trattamenti tradizionali: salari decenti e controllo dei ritmi di lavoro, non più determinati dal capo "in carne in ossa" e dal suo cronometro come una volta, ma da un potere spersonalizzato (l'algoritmo appunto).

E, infine, ancora - non come escrescenza di arretratezza sociale ma come settore funzionale al modello che si va costruendo - la classe operaia costituita dalla "neo plebe" o del neo proletariato dei servizi, delle cooperative, della logistica, delle pulizie degli alberghi[209], del lavoro irregolare e sottopagato, a cui si indirizzano analisi unilateralmente apocalittiche sul futuro del capitalismo come quelle di Marta Fana [2017], e che invece semplicemente suggerisce un approccio meno politicamente prevenuto a istituti trascurati nella tradizione italiana, quale il salario minimo legale (*amplius*, *infra* § 4). Per ogni segmento vanno adattate strategie di azione e di rappresentanza diverse, data la estrema differenziazione di interessi e di strategia di coalizione di ognuno di essi.

Alla differenziazione dell'attività di tutela negoziale tradizionale, con riguardo alla differente natura e dislocazione degli interessi, secondo alcuni osservatori[210], andrebbe affiancata un pluralismo di tipo funzionale riferito, più che all'organizzazione, all'attività di offerta di altri servizi ai propri iscritti - in aggiunta a quelli contrattuali - ma anche il potenziamento dell'attività sociale nel territorio (*infra*, § 7.2). Quest'ultima non necessariamente a favore degli iscritti ma anche di specifiche categorie sociali (precari, licenziati, disoccupati, pensionati ecc.): attività già ampiamente sperimentata dai sindacati con gli istituti di patronati e rafforzata, da ultimo, con la normativa sul reddito di cittadinanza (artt. 5 comma 1 seconda parte e 9 bis della l. 28 marzo 2019 n. 26 di conversione del d.l n. 4/2019)

4. Il rilancio del sindacato come autorità salariale nazionale e (in prospettiva) europea. L'uguaglianza.

II. La seconda tappa per una riconsiderazione di ruolo e funzione dell'organizzazione sindacale riguarda il possibile recupero dell'anima tradeunionista e negoziale tradizionale del sindacato [T. Treu 2019a]. Malgrado la crisi diffusa della *union density* [C. Crouch 2017] le statistiche OECD[211] mostrano, infatti, pur in un generalizzato declino di lungo termine, una tenuta del grado di copertura della contrattazione collettiva di tipo prevalentemente salariale; tale fenomeno si manifesta

---

[209] È il movimento delle c.d. *kellies* nato in Spagna. Si v. "Le nuove schiave del pulito" in La Repubblica del 28 luglio 2019, A. Serrao sull'Espresso del 14 giugno 2019 "Sfruttamento, buste paga false, orari infiniti. La stagione in riviera peggio dei lavori forzati"

[210] È la posizione più attribuibile a Feltrin nel volume a due mani M. Carrieri - P. Feltrin 2016

[211] Per una sintesi delle tendenze della *union density* e della *collective bargaining coverage* OECD 2017, p. 125 ss.; OECD 2018, p. 74 ss.; S. Lehndorff, H. Dribbusch, T. Schulten (eds.) 2017.

soprattutto in Europa continentale e, al suo interno, anche nei paesi a bassa densità sindacale ma ove vigono strumenti di sostegno legislativo all'efficacia *erga omnes* dei contratti, come avviene in Francia; o come avvenuto in Germania dove, al declino del tasso di copertura della contrattazione collettiva, si è risposto rafforzando i meccanismi di estensione amministrativa del contratto collettivo e con l'introduzione del salario minimo legale[212]. Come ricerche comparate hanno dimostrato [P. Marginson 2015; Leonardi S. – Pedersini R. (ed.) 2018; T. Müller, K. Vandaele and J. Waddington (ed.) 2019], la crisi del *multiemployer bargaining level,* in ragione delle forti tendenze al decentramento indotte dalla crisi in tutta Europa, è stata contrastata e attenuata dai meccanismi istituzionali di sostegno a tale livello contrattuale, malgrado riforme intese a indebolirli in alcuni paesi (Grecia, Portogallo), essendo proprio quest'ultimi la maggiore variabile esplicativa della tenuta dei livelli di copertura [T. Schulten, L. Eldring, R. Naumann 2015; F. Traxeler S. Blaschke and B. Kittel 2010; S. Leonardi 2016; M. Malo 2016]. Meno determinanti in tal senso i meccanismi, molto diffusi in Europa, ma nazionalmente molto differenziati, di salario minimo legale [T. Schulten, T. Müller and L. Eldring 2015; M. Marocco 2017] e ancor meno le disposizioni di principio volte a tutelare sul piano sovranazionale il diritto di contrattazione collettiva, per esempio l'art. 28 della Carta europea dei diritti fondamentali e la giurisprudenza della Corte di giustizia [F. Rödl and R. Callsen 2016]. Tuttavia le analisi in campo non si spingono sino al punto di affermare una correlazione diretta e proporzionale tra le percentuali di *union density* e l'esistenza di meccanismi legali di sostegno alla contrattazione collettiva attraverso l'estensione amministrativa dei suoi effetti [T Schulten., Eldring L., R. Naumann 2015, p. 391 ss.][213].

Il sindacato, dunque, soprattutto attraverso la tradizionale negoziazione collettiva di settore, legalmente supportata, rimane una fondamentale autorità salariale con riguardo alla fissazione della retribuzione minima e standard; e ciò, si ripete, malgrado l'indebolimento generalizzato dei sistemi di contrattazione collettiva iniziato già dopo la metà degli anni '70 e culminato con la grande crisi del 2007/8[214]. Tale funzione è rilanciata in Italia, ma non solo, anche con funzione di possibile azione contrasto al fenomeno dei *working poor* e delle nuove diseguaglianze nell'economia digitale [D. Weil 2014; A. Ilsrae 2016; R. Strier – L. Sigad – Z. Eisikovits – E. Buchbinder 2014; in generale, sui temi della giustizia distributiva e sulla questione salariale: G. Davidov 2018; H. Spector 2018; C. Lucifora 2019, M. Marocco 2017; T. Treu 2019a, p. 7 ss. A. Meo 2102]. Il

---

[212] La Francia registra un livello di copertura contrattuale quasi totale (ultimo dato al 2014 al 98,46 %) a fronte di un dato di union density crollato al 7,91%; l'Italia, dati 2018, si attesta su un grado di copertura tra l'80% e 85%, anche se le modalità di calcolo di tale dato sono da sempre contestate in ragione della peculiarità del sistema di estensione di efficacia dei contratti collettivi (per via giudiziale o di sostegno indiretto tramite il sistema degli appalti pubblici), a fronte di una densità sindacale attestata sul 37,7% (valutazioni critiche sul livello di copertura in Italia in T. Treu, 2019, p.17). In generale Il tasso di copertura contrattuale tra il 2000 e il 2015 nei paesi EU17 è tendenzialmente stabile. È sceso, nel periodo considerato, dal 73% al 69% [dati in J. Waddington – T. Müller – K- Vandaele 2019, p. 9]; il declino si concentra soprattutto dopo il 2009 e riguarda i paesi più colpiti dai provvedimenti della Troika (Cipro, Grecia e Portogallo) in ragione di diffusi e lunghi blocchi contrattuali, la Finlandia è l'unica eccezione registrando invece un incremento della copertura contrattuale nel periodo di riferimento (dall'85% allo 89%). Per la Germania T. Schulten L. Eldring, R. Naumann 2015, p. 385: T. Treu 2019a, p. 10 ss.; T. Treu 2019b; M. Fuchs 2016 e, più di recente, M. Fuchs 2018.

[213] Condivisibilmente gli autori citati in testo affermano che la forza organizzativa dei sindacati dipende da un ampio *range* di fattori di ordine sociale, politico ed economico, e non può pertanto essere ricondotta ad una singola, ancorché importante, spiegazione quale appunto l'esistenza di meccanismi di estensione dei contratti collettivi - che in alcuni casi potrebbe incentivare addirittura fenomeni di *free riders* - pur evidenziandosi una positiva correlazione tra *union density* e meccanismi di estensione.

[214] Si rinvia alla già citata, imponente e importante, ricerca comparata in tre volumi sui 28 stati membri dell'UE curata da J. Waddington – T. Müller – K- Vandaele 2019.

riferimento è alle sacche di lavoro super sfruttato, di cui si è detto, e alla possibilità di contrasto anche ai fenomeni, di origine datoriale, di concorrenza sleale sul costo della manodopera - fenomeno che notoriamente comprime la produttività del lavoro e del sistema produttivo in generale[215] - e che hanno generato una inusitata produzione di disparati e improbabili contratti collettivi, in ragione della debole rappresentatività delle associazioni datoriali stipulanti, spesso con sede presso il consulente del lavoro compiacente [Treu 2019, parte II].

E infine la contrattazione collettiva di settore rimane leva, sempre efficace, di politiche economiche di redistribuzione e di rilancio dei consumi interni in chiave di moltiplicatore keynesiano dopo il grande freddo della crisi e delle politiche di *austerity* [ILO 2015][216]. Il rilancio dell'azione sindacale in chiave di autorità salariale, si giustifica – su un piano più generale - in ragione della rinnovata esigenza di coordinamento europeo delle politiche negoziali e di recupero retributivo, dopo il blocco della crescita dei salari reali, conseguenti alle politiche di austerità, che ha co-determinato la crescita delle diseguaglianze nel ciclo della grande crisi [Leonardi 2016; J. Waddington – T. Müller – K- Vandaele 2019, p. 13 ss.; per un'analitica disamina dei meccanismi istituzionali di disarticolazione dei meccanismi di wage setting nazionali in Europa, P. Marginson C. Welz 2015][217].

A questo proposito si è tornati a discutere, in Italia, se il ruolo di autorità salariale – fermo restando la funzione di aggancio delle retribuzioni agli aumenti di produttività riservata alla contrattazione di secondo livello - vada riproposto soltanto attraverso la contrattazione nazionale di settore dei sindacati comparativamente più rappresentativi, ancora supportata (in assenza di meccanismi legali) dalla giurisprudenza sull'estensione dell'efficacia dei minimi retributivi (come rivendicato dai sindacati confederali e come sembra pensare la stessa Corte costituzionale: sentenza n. 51/2015). Ovvero, anche attraverso un salario minimo legale secondo proposte presentate nella attuale legislatura[218] ma osteggiate dalle associazioni datoriali e dalle organizzazioni sin-

---

[215] La letteratura economica e giuridica sul punto è sterminata.

[216] Si rinvia al lucido articolo di A. Orioli sul sole 24 ore del 6 febbraio 2019 "Questione salariale: una sfida aperta" ove i riferimenti, sul tema, a economisti e sociologi come Mazzuccato, Crouch, Mayer, Blodget Bregman. La questione salariale, come questione globale, è stata rilanciata, come è noto, dal past presidente della BCE Mario Draghi. Vale considerare come la forte compressione della funzione redistributiva della contrattazione collettiva, che si è realizzata in quel vero e proprio *realm* delle politiche neoliberali in Europa che è diventato il RU (insieme ora al gruppo di Visegrad), è all'origine della *business depression* di quel paese: si rinvia all'importante manifesto dei giuslavoristi inglesi K. D. Ewing, J. Hendy and C. Jones ed. 2016, p. 9-12, ove riferimenti a documenti economici che mettono in diretta connessione, in quel paese, diseguaglianza crescente, compressione salariale e bassi saggi di sviluppo economico: testo e nt. 50 -51 -71. In quel paese esiste, notoriamente, anche un problema di *rule of law* per la contrattazione collettiva, posto che il diritto domestico sempre più di frequente si pone in palese contrasto con il diritto di libera contrattazione e di associazione sindacale stabiliti nelle disposizioni dell'ordinamento internazionale e sovranazionale e anche i trattati internazionali bilaterali. Problema che certamente tenderà ad accentuarsi con la Brexit, op. cit. p. 13.

[217] La *income inequality* non riguarda certamente soltanto il RU. Nei paesi UE17 si è accentuata a partire del nuovo secolo con picchi dopo la grande crisi soprattutto nei paesi di Visegrad. Altro dato empirico messo in luce dalle ricerche è l'allargamento della forbice tra incrementi di produttività e crescita dei salari reali che indica una ineguale distribuzione della ricchezza; dati in. Waddington – T. Müller – K- Vandaele 2019, p. 16. La forbice si accentua soprattutto nel settore pubblico in ragione delle politiche di *austerity*.

[218] Sono in discussione in sede unificata, presso la commissione Senato il DDL S. 658, Disposizioni per l'istituzione del salario minimo orario ad iniziativa della presidente della Commissione Sen. N. Catalfo (ora ministro del lavoro) del movimento 5 stelle e il DDL S. 1132, Norme in materia di giusta retribuzione, salario minimo e rappresentanza sindacale ad iniziativa del sen. Tommaso Nannicini del PD. Si fa riferimento in testo alla numerazione degli articoli originari delle due proposte prima delle modifiche intervenute (soprattutto nel DDL di iniziativa PD) dopo che si proceduto alla trattazione unificata dei diversi disegni (seduta della Commissione permanente del 7.5.2019). La formazione del nuovo governo, con molta probabilità, darà impulso al ddl essendo il salario minimo uno dei punti

dacali comparativamente più rappresentative per ragioni diverse ma convergenti[219]. Il tema, per questo profilo, è duplice: da un lato, se il recupero del ruolo di autorità salariale del sindacato debba essere supportato anche dallo stato con strumenti istituzionali forti (una legge che introduca meccanismi di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi di tipo oggettivo o soggettivo[220]) e non solo deboli o indiretti, come ad esempio la legislazione sugli appalti pubblici[221]. Dall'altro, se una tale legislazione di sostegno alla contrattazione collettiva- scontando il fatto che pure interventi di sostegno all'efficacia del contratto collettivo possono in astratto alimentare fenomeni di *free riding* sindacale[222]- sia compatibile con un meccanismo di salario minimo garantito per legge[223].

Le proposte in campo possono essere annoverate nel 'modello complementare' e non 'alternativo'[224], non negando entrambe il ruolo centrale della contrattazione collettiva di settore, rafforzata nella sua efficacia attraverso meccanismi di sostegno normativo ai sindacati maggiormente

---

programmatici della coalizione governativa "giallo rossa" nel frattempo insediatasi. Per il dibattito politico in corso, v. da ultimo, nella cronaca giornalistica: Sul salario minimo prove di convergenza tra Cinque stelle e Pd. Prove di accordo sul salario minimo, in il Sole 24 ore del 9 settembre 2019; Salario minimo intesa M5S-Pd a rischio sul ruolo dei sindacati, in La Repubblica del 11 settembre 2019. Per una ricostruzione anche del dibattito italiano in tema sino alla proposta contenuta e non attuata nel Jobs Act, M. Marocco 2017; sulle prospettive regolative e sul rapporto tra fonte negoziale e (ipotetica) fonte legale in materia salariale M. Delfino 2019.

[219] Le critiche sindacali tradizionali al salario minimo in Leonardi 2014, p. 209 pur in quadro di insieme possibilista. Una rassegna della posizione recente della CGIL e del segretario Landini in https://www.rassegna.it/tag/salario-minimo; per la Cisl https://www.cisl.it/in-evidenza/12652-il-volantino-cisl-sul-salario-minimo-sicuro-che-conviene-la-cisl-vuole-dare-risposte-ai-bassi-salari.html. Si v. pure il doc. comune CGIL CISL UIL in occasione dell'audizione alla commissione lavoro del senato http://www.uil.it/documents/Memoria%20Unitaria%20audizione%20salario%20minimo%20(12.03.19).pdf. Simmetrica la posizione di Confindustria: una sintesi in Pogliotti, Confindustria: no a salario minimo, più tutele con la contrattazione collettiva, in il sole 24 ore del 25 giugno 2019. Per una sintesi giornalistica delle posizioni di partiti e parti sociali in Italia si veda l'art. dell'Espresso 30 aprile 2019, A chi piace il salario minimo a chi no, di E. Occorsio. Soltanto in sei paesi, tra cui l'Italia, non esiste allo stato attuale una normativa sul salario minimo legale: tre paesi nordici, ove notoriamente vige un sistema volontaristico e una situazione di alta densità sindacale e di altrettanta alta copertura contrattuale, Danimarca, Svezia e Finlandia e poi l'Austria e Cipro, paese in cui esiste un sistema di fissazione per legge del salario minimo soltanto per alcuni gruppi occupazionali. Negli altri sistemi i meccanismi di salario minimo garantito sono fortemente differenziati (sistemi universali o settoriali, differenze di livello e di procedure che lo fissano. Per un'analisi del dibattito italiano sollecitato dalla proposta di introduzione, rimasta inattuata, contenuta nella legge delega n. 183/2014, si rinvia a M. Marocco 2017, p. 335 ss., ove anche un'analisi dei principali modelli europei p. 348 ss. Per una analisi ad ampio spettro dei meccanismi istituzionali anche se ferma al 2006, T Schulten., R. Bispinck and C. Schäfer (eds) (2006);

[220] Nelle indagini comparate la distinzione è chiara si rinvia a. Schulten T., L. Eldring, R. Naumann 2015; i meccanismi soggettivi collegano l'efficacia del contratto alla qualità soggettiva dei soggetti stipulanti normalmente verificata in termini di (maggiore) rappresentatività misurata: il contratto posto in essere da certi soggetti è legislativamente efficace. Nei sistemi ove vigono meccanismi oggettivi la qualità dei soggetti stipulanti non è invece condizione sufficiente occorrendo un atto ulteriore dell'autorità amministrativa (un decreto) che ne estenda gli effetti. In Italia, in ragione dell'assetto della Costituzione ispirato al modello soggettivo, il dibattito e le proposte in campo si sono ispirate al modello soggettivo, anche perché l'unica esperienza normativa ispirata al metodo oggettivo, la legge Vigorelli del 1959, non si è sottratta, ancorchè tale agli strali della Corte cost.

[221] In Italia l'art. 36 dello statuto dei lavoratori e ora gli artt. 23 co. 16, 30 co. 3 e 4, 95 comma 6 e 10, 97 commi 5 e 6 del d.lgs n. 50/2106; in dottrina per una completa disamina D. Izzi 2018, p. 67 ss. In Germania si distingue la 'piccola estensionÈ attraverso la legislazione degli appalti dalla 'grande estensionÈ attraverso meccanismi generali: T. Schulten, L. Eldring, R. Naumann 2015, p.364.

[222] Come sottolineano Schulten T., L. Eldring, R. Naumann 2015, p. 366 i sindacati mostrano storiche ambiguità nei confronti dei meccanismi legali di estensione perché se da un lato rafforzano le risorse pubbliche dall'altro disincentivano la dimensione associativa. L'atteggiamento storico della Cisl in Italia a fronte dell'art. 39 II comma e dei meccanismi di estensione è esemplificativo di tale persistente ambiguità che sembra sciolta solo di recente. Una sintesi delle convenienze sindacali e soprattutto datoriali a tali meccanismi a pag. 391 e 393 dell'articolo citato.

[223] A favore della compatibilità dei due meccanismi di tutela retributiva T. Treu 2019a, p. 8, che considera tale modello il più compatibile con la normativa costituzionale vigente in Italia.

[224] Sostengono la bontà del modello complementare di salario minimo legale in chiave comparata Schulten T., T. Muller L. Eldring, 2015, p. 332 che lo ritengono alternativo soltanto in situazioni di debolezza sindacale e di assenza di meccanismi amministrativi di

rappresentativi, con strumenti istituzionali di selezione dei soggetti deputati; ciò con riguardo anche alla rappresentanza datoriale, per ovviare pure alla patologica situazione di proliferazione contrattuale attualmente esistente[225]. Le due diverse proposte si distinguono soltanto per dettagli tecnici se non fosse che, come è noto, nei dettagli si 'nasconde il diavolo"[226] .

Le maggiori differenze sono riconducibili fondamentalmente al fatto che il ddl n. 658 Cinque stelle rinvia a 'un numero' (9 euro lordi: art. 2[227]) da attivare nelle ipotesi residuali di non applicabilità del contratto di settore; mentre il ddl PD. n. 1132 rinvia a un meccanismo istituzionale (una commissione paritetica in seno al CNEL[228]) per la sua determinazione, pur sempre residuale (le aree non coperte dal contratto di settore) ma flessibile. Non è chiaro (la norma si limita a prevedere poteri di aggiornamento in capo alla Commissione) se questa flessibilità possa spingersi sino a fissare il minimo con riferimento alle zone più arretrate del paese, per esempio in alcune aree depresse del meridione d'Italia, con possibilità di deroga verso l'alto nelle zone più sviluppate, anche tenendo conto del reale costo della vita, secondo l'ipotesi ventilata da T. Boeri sulla stampa quotidiana[229]; ovvero se possa pure differenziare per categorie di soggetti, come in altre esperienze, fissandolo in misura minore per esempio, per giovani o apprendisti [riferimenti in T. Treu 2019a, p. 11 e ivi rinvii].

L'altra differenza - non di poco conto, ma colmabile con interventi di armonizzazione - attiene alla fonte di produzione delle regole di misurazione delle rappresentatività per la contrattazione collettiva *erga omnes* (posto che entrambi i ddl prevedono il salario minimo legale come ipotesi residuale), individuata con rinvio (mero) ai protocolli sindacali nel ddl 5 stelle[230]; nella produzione regolativa secondaria prodotta da una commissione insediata presso il CNEL, nel ddl del PD[231].

---

estensione del contratto collettivo, op. cit. p. 348 ss. Ovviamente il salario minimo diventa ultroneo e fortemente contrastato in situazioni di copertura contrattuale quasi totale come nei paesi nordici dove è quasi del tutto assente il fenomeno dei *working poor*. In Belgio malgrado l'altissimo grado di copertura della contrattazione collettiva è pure presente una legislazione sul salario minimo, così come tradizionalmente in Francia, ove, com'è noto è proprio la determinazione dei minimi legali da parte dello stato che fa poi da traino alla contrattazione collettiva supportata; al contrario che in Olanda ove avviene il contrario: l'andamento dei rinnovi contrattuali determina la dinamica quantitativa del salario minimo.

[225] Il famoso record di quasi 900 contratti di settore (Treu 2019a, p. 18 e ivi ulteriori riferimenti ai dati CNEL), nella sostanza molto meno se si articola l'analisi degli stessi [F. D'Amuri – R Nizzi 2017, p. 8 ss.]. Nel report della Banca d'Italia si portano robusti argomenti analitici a favore di una ipotesi di salario minimo legale in funzione di temperamento degli effetti del fenomeno del proliferare dei contratti 'secondari' di settore (per specifiche categorie di imprese all'interno di un settore) e 'minori' cioè stipulati da organizzazioni marginali (soprattutto in settori come il commercio con retribuzioni medie inferiori dell'8%). Il report sembra dirci che se in alcune situazioni sembra giustificato lo scostamento dal contratto base, in altri casi si tratta di vero dumping sociale a cui anche la legge può cercare di porre rimedio. Si v. pure L. Bordogna 2019, p. 44 ss.

[226] È prevedibile che la nuova coalizione governativa mentre si scrive appena costituita – se non altro per esigenze di ragion pratica – dovrà trovare una sintesi.

[227] La precedente proposta Pd, primo firmatario Sen. Laus atto senato n. 310, poi superata dalla proposta Nannicini, si attestava in 9 euro netti; favorevoli alla proposta basata sul numero fisso sembrano U. Carabelli U. 2019 e L. Mariucci 2019. Invero, già nei punti programmatici circolati durante le trattative di formazione del nuovo governo il riferimento al "numero" pare che sia venuto meno.

[228] Tra i compiti della commissione paritetica istituita ex art. 2 è previsto pure la delibera sul "salario minimo applicabile (…) negli ambiti di attività non coperti da contrattazione collettiva, nonché i criteri per il suo aggiornamento (art. 2 comma 6 lett. h)

[229] T. Boeri, *Chi vuole davvero il salario minimo?* La Repubblica del 24 giugno 2019.

[230] Art. 3 comma 2. Per un commento U. Carabelli 2019

[231] Articolate competenze della commissione in materia sono previste dall'art. 2 comma 6 (punti a-g), la quale deve tuttavia tener conto "degli accordi interconfederali stipulati in materia dalle associazioni di rappresentanza comparativamente più rappresentative". Sotto questo profilo il DDL 1132 prende di petto la questione, insoluta in sede di TU sindacale - e conseguentemente, nella norma di richiamo del DDL 658 cinque stelle - della determinazione legale degli ambiti della contrattazione nazione di primo livello, " tenendo

Entrambi i progetti convergono, invece, sul coinvolgimento proattivo in varie guise di istituzioni pubbliche come, appunto il CNEL, e l'INPS (nel DDL 5 stelle, invero, il riferimento a entrambe le istituzioni è indiretto)[232].

Si consideri che l'Italia in Europa è tra i pochissimi paesi a non avere né un meccanismo forte di estensione del contratto collettivo (su trenta paesi considerati sei soltanto rimangono senza)[233]; né un meccanismo di salario minimo garantito per legge. Ciò è avvenuto per il convergere di operatività di soluzioni succedanee, contingenze storico politiche e tradizionale adesione inerziale al credo volontaristico della maggior parte dei grandi attori sociali e delle forze politiche; senza per ciò sottovalutare la sussistenza di noti ostacoli istituzionali (la funzione di regolazione negativa della II parte dell'art. 39 Cost. e in parte anche del I). La ripresa della centralità del sindacato come autorità salariale, nelle condizioni attuali, può fare allora a meno di uno dei due meccanismi ma non probabilmente di entrambi.

Con riguardo al capitolo della estensione della efficacia dei contratti e dell'intervento su rappresentanza e rappresentatività, la situazione sembra oggi storicamente invertita, data l'adesione all'ipotesi interventista delimitata, (non una legge sindacale a tutto tondo di attuazione dell'art. 39 II parte) della maggior parte degli attori sociali e, ormai, anche politici della vicenda italiana[234].

Ovviamente rimane aperta la questione della soluzione tecnica non solo più congeniale agli interessi (e alle ideologie) delle varie organizzazioni, sindacali e datoriali e delle forze politiche di governo che decideranno di intestarsi un tale intervento; ma anche quale possa essere la soluzione tecnica che sia meno in contrasto, se non con la lettera, con la *ratio* della II parte dell'art. 39 Cost e rispettosa del comma 1. Le attuali posizioni delle parti sociali, pur strategicamente convergenti nella recente produzione documentale[235], potrebbero divergere se la proposta non fosse direttamente concertata e delibata unitariamente, ma imposta dall'esterno (dai partiti di governo e/o di maggioranza parlamentare). Rimane, in ogni caso, il maggiore ostacolo istituzionale vale a dire il possibile contrasto con l'art. 39, II parte della Cost. Fu un simile ostacolo che indusse la ormai celeberrima rilettura D'Antoniana del suo quarto comma [2000b] in una delle tante stagioni di discussione parlamentare di una possibile legge sull'erga omnes e sulla rappresentanza sindacale.

---

conto della situazione esistente e della necessità di ridurre il numero dei contratti ed evitare sovrapposizioni": art. 2 comma 6 lett. a. Sarebbe questa una norma che certamente scardinerebbe il blocco ultimo di ogni progetto di legge sindacale (la vera madre di tutte le questioni di una legge su rappresentanza e rappresentatività); vale a dire il tema dei confini giurisdizionali dell'attività negoziale e della misurazione della rappresentanza (la tesi sostenuta da chi scrive in sede di audizione al Senato in qualità di esperto); ma quella che al contempo presenta i maggiori rischi di conflitto costituzionale, perché potrebbe impattare sul primo comma, e non sulla II parte, dell'art. 39.

[232] Si veda l'art. 3 del ddl Nannicini in maniera esplicita con riferimento al meccanismo di codificazione dei contratti collettivi. Nel DDL del moviemento 5 stelle il rinvio alla attività di queste istituzioni nella raccolta e nella certificazione dei dati di rappresentatività è indiretto nella misura in cui rinvia al TU sindacale ove è presente il coinvolgimento delle due istituzioni.

[233] Cyprus, Denmark, Italy,Malta, Sweden, United Kingdom nel quadro sinottico di Schulten T., L. Eldring, R. Naumann 2015, p. 369 ss., che considerano tuttavia la peculiarità del caso italiano di estensione per via della giurisprudenza costituzionalmente orientata sull'art. 36. A tali autori si rinvia per la utile analisi delle differenziazioni tecniche dei diversi meccanismi di estensione amministrativa, o di equivalenti funzionali, utilizzati nei 24 sistemi che li adottano.

[234] La nuova coalizione di governo dovrebbe (il condizionale è sempre d'obbligo nelle vicende politiche italiane) favorire l'ipotesi interventista.

[235] Il documento certamente più significativo del decennio che sancisce anche formalmente la svolta strategica è "il Patto della fabbrica" ratificato il 9 marzo 2018 subito dopo le elezioni del 4 marzo: L. Bordogna 2019. Esso segue il documento intersindacale del 2016, non sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl, Uil, *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sul! 'innovazione e la qualità del lavoro*, Roma, 14 gennaio 2016

A tale proposito alcuni segnali, anche se ancora molto indiretti e non certamente decisivi, provengono dalla Corte costituzionale (nell'attuale, inedita, composizione con due illustri accademici giuslavoristi). E non tanto dalla sent. n. 221/2012 - che ebbe a salvare l'art. 8 della l. n. 148/2011, dall'eccezione di incostituzionalità sollevata dalla regione Toscana, con argomenti riferiti alla specificità e limitatezza della norma e per questioni di competenza delle materie di riferimento - quanto dalla sentenza n. 51/2015, redatta dal giudice Sciarra, ove si profila la diversa prospettiva di aggancio dell'erga omnes dei contratti posti in essere dai sindacati comparativamente più rappresentativi, all'art. 36 piuttosto che all'art. 39 della Cost. Se l'*erga omnes*, per come costruito dal legislatore - sembra questo il messaggio nella bottiglia che invia la Corte - ha come formale base giuridica il salario sufficiente e si riferisce soltanto alla parte retributiva dei contratti, ancorché il meccanismo divisato possa indirettamente impattare sull'art. 39 II parte, non c'è conflitto costituzionale (fatte salve le pur delicate questioni di impatto sul primo comma nel ddl n. 1132). È questo il disco (mezzo verde) prospettato dalla Corte e ripreso in larga misura, anche se non esplicitamente, dai due ddl di cui si è dato conto. Tale segnale è stato colto da quella dottrina che ritiene non solo compatibile, ma anche complementare un intervento legislativo residuale sul salario minimo e una legge che consenta una estensione graduate dei contratti collettivi legandola, secondo il modello tedesco, a condizioni minime di presenza sindacale e di attività contrattuale nel settore di riferimento da verificarsi con procedure partecipate [T. Treu 2019a, p. 9, 13, 16 ss. Pure F. Liso F. 2018, p. 8 s.; G. Orlandini 2018 p. 9 ss., 16 ss].

Più divisiva, come accennato - ma in senso più di policy che giuridico istituzionale - l'ipotesi di un intervento mediante una legge sul salario minimo in funzione complementare, pur se - come soprattutto nelle ipotesi del ddl del PD - governato indirettamente dalle parti sociali e non dal governo, né automatizzato (aggiornato cioè con aggancio a indici automatici)[236].

Le proposte oggi in campo non sono certamente funzionali a sostenere meccanismi contrattuali di differenziazione salariale aziendale e territoriale come nella proposta rimasta inattuata del Jobs Act [P. Ichino 2014; M. Pallini 2016] salvi i possibili margini di flessibilità geografica nel caso in cui la proposta Pd dovesse ritenersi inclusiva di quanto sostenuto da T. Boeri (supra). Le proposte appaiono tuttavia idonee - per come tecnicamente congegnate - a sostenere la contrattazione dei sindacati leader e a contrastare il fenomeno crescente dei *working poor* anche fuori dal campo del lavoro subordinato standard[237]. Hanno le medesime *rationes* anche se perseguite con strumenti tecnici diversi; tale convergenza di scopi potrebbe preludere ad una armonizzazione tecnicamente, oltre che politicamente, sostenibile.

---

[236] Per la modellistica con riguardo ai poteri di determinazione M. Marocco 2017 p. 349 ss

[237] Sul punto, di un salario minimo esteso oltre la cittadella del lavoro subordinato standard, insiste molto l'ultimo employment outlook dell'OECD [2019] "the future of work", p.189 ss. In tale rapporto non si esclude neppure un allargamento della giurisdizione della contrattazione collettiva oltre il lavoro subordinato, nella c.d. grey area, escludendosi per tale ipotesi ogni contrasto con il principio di libera concorrenza, posto che lavoratori subordinati poveri e lavoratori semi indipendenti, altrettanto poveri, condividono la medesima condizione di vulnerabilità. Il rapporto da conto degli interventi in molti paesi OECD che hanno varato misure specifiche (*tailored*) per consentire l'esercizio del diritto di negoziazione per tali gruppi, mettendoli al riparo dalla disciplina antimonopolistica (infra 7.1.).

Per altro, a prescindere dal possibile carattere di sperimentalità della legge[238],sembra più confacente all'attuale equilibrio politico istituzionale italiano, anziché una legge che rinvii a un numero 'secco' (come nella proposta M5 stelle) una che preveda uno step negoziale e di concertazione istituzionale (come nella proposta PD della commissione paritetica bilaterale mediata dal Presidente del Cnel e supportata da uno staff tecnico di economisti e statistici[239]), in grado di generare 'un numero di equilibrio mobile', tale da evitare, empiricamente (con verifica ovviamente ex post e conseguenti aggiustamenti dinamici) il doppio e paventato effetto pernicioso di fuga dalla contrattazione collettiva se troppo basso, di lievitazione del costo del lavoro insostenibile per le imprese marginali o di nuova costituzione, se troppo alto, con negative ricadute occupazionali. Un numero che sarebbe fissato periodicamente da una Commissione con poteri anche di adattamento territoriale o per alcune categorie di lavoratori. Come gli studi sul salario minimo legale hanno dimostrato, la soluzione tecnica di tipo concertativo, se sconta una maggiore rigidità temporale dell'adattamento (il tempo dell'accordo), guadagna in termini non solo di consenso ma anche di probabile maggiore equilibrio del numero con riguardo ai due opposti effetti negativi che si intendono evitare (la fuga dal contratto o l'effetto di insostenibilità sul versante dei costi aziendali).

Con un ulteriore dato istituzionale a sostegno di un intervento ispirato a tale modello. Alle analisi comparate che, in maniera convergente, ci dicono di una attuale debolezza della strategia dei sindacati europei di coordinamento negoziale delle politiche retributive in dimensione europea[240], si giustappongono prese di posizioni dei nuovi vertici dell'UE favorevoli a una possibile direttiva quadro nella prossima legislatura, mirata a garantire in Europa non certamente un unico standard di salario minimo, ma tendenziali "retribuzioni minime comparabili". Ciò attraverso un set di indicatori mediani e comuni (costo della vita, salari medi nazionali, indici di produttività ecc.) che fissi la soglia del salario minimo in quantità diversa da stato a stato; per esempio, secondo proposte che circolano, il 60% del salario medio nazionale come soglia in grado di impattare il fenomeno dei *working poor* e tenendo conto della diversa dinamica dei salari reali e del potere di acquisto di ogni economia nazionale[241]. Il tutto nel nuovo quadro istituzionale fissato

---

[238] Meglio probabilmente una legge a termine da confermare con un rinnovato atto di volontà parlamentare soltanto sulla base della valutazione dei risultati conseguiti in un triennio di effettiva applicazione.

[239] Nell'ultima versione del DDL 1132 oggetto della trattazione in sede congiunta insieme al DDL n.310, 'originario del PD, e al n. 658 dei 5 stelle, la composizione della Commissione è prevista nell'art. 1 comma 4: "*È istituita, presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), la Commissione paritetica per l'individuazione dei criteri di maggiore rappresentatività delle associazioni sindacali dei lavoratori e delle associazioni nazionali di rappresentanza dei datori di lavoro, nonché degli ambiti e della efficacia dei contratti collettivi. La Commissione è composta da dieci rappresentanti dei lavoratori dipendenti, da dieci rappresentanti delle imprese e dal presidente del CNEL, che la convoca e la presiede. I membri della Commissione sono nominati, su designazione delle associazioni di rappresentanza comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. I membri della Commissione durano in carica cinque anni e possono essere riconfermati. In fase di prima nomina, i membri della Commissione rappresentanti delle parti sociali sono nominati dalle organizzazioni rappresentate nell'assemblea del CNEL*"

[240] Quantomeno per aree omogenee attraverso peculiari meccanismi volontari; si veda E. Fernàndez Macias – C. Vacas Soriano 2016; G. Van Gyes e T. Schulten (eds.) 2015; per il Nord Europa J. E. Dølvik – P. Marginson 2018, ove una contestazione della tesi Baccaro e Howell 2017 circa la convergenza neoliberale anche in questo contesto geografico, essendo la risposta delle istituzioni di relazioni industriali dei quattro paesi nordici più variegata e resiliente, p. 421. Sulle prospettive del coordinamento delle strategie negoziali della contrattazione collettiva europea T. Treu 2018, p. 408 ss.

[241] La proposta di un salario minimo europeo è stata formulata dal Presidente Macron e dalla Cancelliera Merkel e appoggiata dall'allora vicepresidente della Commissione Timmermans nella fase che ha condotto alla elezione a presidente della Commissione Europea

dal punto 6 del pilastro sociale - forse la norma dell'ordinamento sovranazionale più vicina al nostro art. 36 della Costituzione[242] -, che può fungere certamente da base giuridica per un intervento europeo sul salario minimo secondo quanto sopra indicato, superando ormai la diga di sabbia della esclusione della retribuzione dalle materie di competenza delle UE (art. 153, comma 5, TFUE)[243].

In conclusione, per le ragioni esposte, non pare possa affermarsi con sicurezza che meccanismi di efficacia dei contratti collettivi e salario minimo legale siano strumenti in natura alternativi o oppositivi; ciò nella misura in cui si affidi al salario minimo legale una funzione integrativa e non sostitutiva della contrattazione collettiva di settore. Laddove non arriva la contrattazione (le aree non solo settorialmente ma anche contrattualmente e soggettivamente marginali anche oltre il lavoro subordinato standard) non si capisce perché non debba agire la legge, secondo uno schema integrazionista nel rapporto tra le fonti che non mette in discussione la riserva costituzionale relativa a favore della contrattazione collettiva in materia di retribuzione, in condizione economiche ordinarie e non eccezionali. Tutto è rimesso non solo all'accordo politico e alla tenuta costituzionale, ma soprattutto alla messa a punto e alla tenuta costituzionale dei dettagli tecnici, all'altezza della importanza della riforma proposta.

5. Oltre l'eguaglianza e la protezione: la contrattazione collettiva come rete di protezione per lo sviluppo dell'autonomia individuale. La libertà.

III. La terza tappa di una strategia di rilancio del sindacato e di riqualificazione del suo ruolo di intermediario sociale potrebbe essere riassunto nella formula: 'più futuro' nella contrattazione collettiva e nuovi contenuti di attivazione della persona. In tal caso rileva sempre la funzione negoziale classica del sindacato ma rinnovata nei contenuti [244].

---

della sig.ra Ursula Von Der Leyen, la quale ha menzionato, nel suo discorso al Parlamento, proprio il salario minimo europeo come punto basilare del proprio programma di governo, ottenendo anche per questo l'appoggio determinante per la sua elezione dei deputati italiani del movimento 5 stelle, favorevoli a un intervento per legge sul salario minimo: si v. "*Salario minimo europeo, Macron rilancia la proposta e Merkel ora lo appoggia: Ue lo garantisca in tutti gli Stati membri*", D. Fiori, sul Fatto quotidiano del 15 giugno 2019. Contra Borga, *L'utopia di un salario minimo europeo,* sul Foglio del 20 maggio 2019. Si veda pure *Minimum wage: just a suggestion?* su eastwest.eu https://eastwest.eu/en/italy-calls?-on-europe/european-minimum-wage, del 21 maggio 2019, ultimo accesso 14.09.2019. Per argomenti più scientificamente fondati, D. Tsarouhas 2016; T. Schulten 2008. In effetti il salario minimo europeo era stato uno dei punti programmatici, mai concretamente perseguito, già dello Spitzenkandidat e poi presidente della precedente Commissione, J. Juncker: si v. T. Schulten, T. Müller, L. Eldring 2015, p. 327. A favore della disciplina europea di un meccanismo di salario minimo tutte le figure preminenti dell'attuale governo tedesco e dell'opposizione di sinistra, costituendo uno dei punti programmatici della coalizione di governo; favorevoli anche i vertici della DGB [2018], la maggiore confederazione sindacale tedesca e la federazione dei sindacati europei [ETUC 2017]: si v. T. Schulten, M. Luebker 2019, p. 11.

[242] «I lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso. Sono garantite retribuzioni minime adeguate, che soddisfino i bisogni del lavoratore e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali, salvaguardando nel contempo l'accesso al lavoro e gli incentivi alla ricerca di lavoro. La povertà lavorativa va prevenuta. Le retribuzioni sono fissate in maniera trasparente e prevedibile, conformemente alle prassi nazionali e nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali.» Un riferimento molto simile alla retribuzione sufficiente anche nell'art. 4 comma 1 della Carta sociale europea.

[243] Nella fase della grande crisi, come è noto, sono stati ripetuti gli interventi delle istituzioni europee volti a sollecitare politiche retributive nazionali restrittive, molto al limite della legalità comunitaria; si rinvia all'articolata analisi di F. Rödl and R. Callsen 2016 e ai saggi contenuti nel volume di X. Contiades, ed., 2013.

[244] Il rinnovamento dei contenuti della contrattazione collettiva di settore sia con riguardo agli obiettivi di perfomance aziendale e miglioramento dell'organizzazione del lavoro sia con riguardo a istanze di più ampio spettro dei lavoratori (professionalità, politiche di conciliazione, inclusività), segnalato da OECD 2019, p. 192 ss.

Fermo restando che le parti sociali hanno ribadito nel patto del 9 marzo 2018 il doppio livello di contrattazione, magari con un affinamento migliorativo degli strumenti di coordinamento organizzato [T. Treu 2019a, p. 23 ss.; M. Carrieri 2017b], il tema in oggetto è il tasso di innovazione sociale che la contrattazione collettiva, ai diversi livelli (non escluso pure quello territoriale come alternativo a quello aziendale) sia in grado di esprimere anche come strumento di empowerment individuale e di sviluppo delle *capacitas* individuali nella dimensione del lavoro [R. Salais 2019]. In tal caso la contrattazione collettiva, intesa quale rete di protezione sociale in grado di attivare la libertà e l'autonomia personale [R. Salais – R. Villeneuve R. ed. 2005], potrebbe funzione come fattore di conversione dei funzionamenti individuali (i mezzi), in capacità - abilità cognitiva, benessere organizzativo, conciliazione dei tempi e realizzazione di personali progetti di libertà a autorealizzazione nella dimensione del lavoro, rispetto della dignità: "*a life worthy of human dignity; a life that we have reason to value*", secondo le ricorrenti formule senniane articolate nel citato saggio di R. Salais [2019][245]. Che il sindacato oltre che del pane debba pure occuparsi delle rose, è del resto nel tradizionale imprinting delle teorie più avanzate su ruolo e funzione del sindacato e della stessa libertà sindacale [A. Bogg- T. Novitz 2014; A. Bogg 2019; ma anche G. Baglioni 2009][246].

È il tema del rilancio della funzione di rappresentanza/rispecchiamento del sindacato che può derivare da un rinnovamento di contenuti negoziali che tengano conto di nuove soggettività e nuovi bisogni da rappresentare, che sono variegati e diversamente posizionati e che pongono in rilievo nuove istanze di autonomia e libertà individuale degli stessi rappresentati (per esempio il diritto alla disconnessione, regolato già dal 2014 in alcuni contratti di settore, ma anche aziendali prima del suo riconoscimento legislativo, in Francia e in altri paesi[247]). Per quel che riguarda la contrattazione di settore rileva il tema della flessibilità dei tempi con ampia possibilità di scelta individuale di moduli di orario "*a'-la-carte*" attraverso le banche del tempo, che serve certamente a incrementare la produttività aziendale ma che è funzionale anche a politiche di conciliazione[248] (meglio del part time, che si è rivelato in linea di massima involontario e foriero di politiche di bassi salari più che di flessibilità virtuosa).

Ma oltre la flessibilità del tempo, si segnalano anche altri contenuti innovativi come il contrasto alle molestie sessuali e al mobbing presenti in molti contratti sia pubblici sia privati italiani[249]. E

---

[245] Nell'interessante contributo l'autore fa riferimento a quattro interconnessi significati di *capability* con riguardo al lavoro: *the capability to choice; the capability in personal accomplishment perspective*; *the capability to do (to realize);* e the *capability to deliberate,* ovvero *the capability for voice*, p. 324 ss. Ancorché in dimensione limitata con riguardo ad alcuni circoscritti istituti legislativi introdotti in Italia (il lavoro agile e l'art. 2103 comma 6 del c.c.) A. Perulli 2018, parla, con riguardo al *Capability Approach*, di soggettività regolativa.

[246] Nella letteratura di relazioni industriali questa strategia di rinnovamento sindacale nei contenuti negoziali, che richiede "*mutual responsiveness and dialogue*", viene metaforicamente considerata il *dancing,* rispetto al *boxing* dei tradizionali rapporti collettivi che si istaurano su orario e salario: Gregory and Nilsson cit. da M. P. Klindt 2017, 443.

[247] Accordi aziendali di questo tipo anche in Germania alla Volkswagen e alla filiale spagnola dell'AXA.

[248] Paradigmatico in tal senso l'accordo sulla riduzione d'orario – da 35 a 28 - dei metalmeccanici in Germania nel Land del Baden Württemberg con possibilità di scelta individuale di ritornare anche a 40 ore sulla base di una legittima offerta da parte dell'impresa. Altri esempi di accordi per accomodamenti sartoriali del tempo di lavoro in contratti di settore alla Deutsche Bahn, alla Deutsche Post e ai trasporti locali della Baviera e in Danimarca e Olanda: OECD 2019, 193.

[249] R. Salais 2019, p. 318 ss, ove il caso dell'uso strategico del mobbing da parte della multinazionale France Telecom, poi Orange, in Francia, per indurre lavoratori e lavoratrici alle dimissioni con la catena di suicidi che ne derivò. A. Perulli 2018, p. 27 giustamente

inoltre un primo nucleo di diritto generalizzato alla formazione e l'enfasi su istituti di welfare mirati anche alla qualità della vita extraziendale in luogo degli incrementi monetari, come si evidenzia nell'ultimo contratto metalmeccanico [B. Caruso 2018a e 2018b; A. Maresca, 2017, p. 719 ss.]. In tal senso, in Italia, si muove pure la regolamentazione legislativa del lavoro agile che apre interessanti spazi a triangolazioni interattive e virtuose tra norma legale, regolazione collettiva ed esercizio dell'autonomia individuale [Caruso 2019]. In ambito comparato si segnalano pure l'atto tasso di innovatività della "negoziazione dell'algoritmo" sull'uso corretto delle nuove tecnologie, rispetto al loro (ab)uso in funzione di controlli pervasivi e di limitazione della privacy [V. De Stefano 2018]; e anche con riguardo all'utilizzo delle tecnologie in funzione di direzione e gestione del lavoro [F.V Moore., M. Upchurch, X. Whittaker 2018, p. 1 dell'introduzione, ma passim]. Ma pure il ruolo complementare della negoziazione alle politiche attive del lavoro pubbliche, nel garantire meccanismi sicurezza nei processi di ristrutturazione e riconversione e di anticipo dei bisogni professionali e produttivi delle aziende[250]: formazione anche permanente[251] e addestramento professionale, ammortizzatori attivi, ricollocazione, riqualificazione professionale, osservatori bilaterali per anticipare il fenomeno del *shortskill* ecc. Come si è sostenuto [M.P. Klindt 2017, con *cases' studies* riferiti alla Danimarca] la gestione sindacale, per via negoziale, dei nuovi skill non è funzionale soltanto a rafforzare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro (non funziona solo come puntello di politica attiva), ma agevola pure l'allargamento e il rinnovamento della rappresentanza sociale in quanto rivitalizza la capacità sindacale di rappresentare i nuovi *professionals* (infra § 6) e il suo radicamento nel territorio (infra § 7)

Si tratta di contenuti che, osservati da presso [OECD 2019], ci dicono di come sia in atto un importante tentativo di recupero della regola collettiva non solo per obiettivi difensivi di protezione, o di avanzata tutela collettiva oltre quella retributiva (fondi sanitari e previdenziali settoriali), ma anche per strategie di "attivazione e riconoscimento" della persona situata, con valorizzazione di spazi di libertà ove l'autonomia individuale ha modo di dispiegarsi all'ombra della rete protettiva della norma sindacale secondo i dettami della teoria delle capacitazioni.

6. Il sindacato come partner dell'impresa all'interno di "moduli cooperativi" per la produttività e il benessere aziendale: produttività e intelligenza collettiva. La partecipazione.

IV. La quarta tappa del rilancio sindacale può essere individuata nella riconsiderazione del sindacato come partner, e non come soggetto antagonista, dell'impresa. Tale dibattito attraversa, storicamente, due fondamentali snodi identitari del sindacato: il tema della partecipazione, legato allo sviluppo della, e/o all'alternativa alla, funzione negoziale. E poi il rapporto con i tecnici e i

---

distingue tra strumenti di preservazione della libertà individuale contro l'arbitrio (la libertà come non dominio) tra cui certamente possono annoverarsi gli istituti anti mobbing - strumenti a tutela della dignità della persona anche se non direttamente a sostegno della capacità contrattuale del singolo - da strumenti accrescitivi delle, in senso aristotelico, potenzialità delle persone nei funzionamenti (la soggettività regolativa), vale a dire di sviluppo delle *capability* individuali.

[250] OECD 2019, p. 193-4 che cita lo scambio salario formazione del contratto dei metalmeccanici 2016 in Italia, come una best practice Sulla gestione contrattata della formazione aziendale in diversi paesi, OECD 2019, p. 195.

[251] Di rilievo l'accordo tripartito nazionale sulla formazione permanente degli adulti del 2017 in Danimarca, con specifici programmi di gestione e incrementi di fondi riservati alla contrattazione di settore.

lavoratori altamente professionalizzati[252], elemento della più generale questione della capacità del sindacato di allargare lo spettro della sua rappresentanza sociale includendo anche il segmento dei *professionals*. Per richiamare compiutamente queste due grandi questioni teoriche, è sufficiente rifarsi al pensiero di due illustri intellettuali che, nei diversi ruoli di imprenditore e di sindacalista, hanno lasciato fondamentali e raffinati contributi su entrambe: Adriano Olivetti e Bruno Trentin [su Olivetti, G. Berta 2015; su Trentin, A. Gramolati – G. Mari, a cura di, 2016][253].

Il tema delle relazioni industriali 'cooperative'[254], è stato notoriamente osteggiato dai sostenitori del tradizionale ruolo conflittuale e oppositivo del sindacato e non a caso, nei sistemi europei continentali dove maggiormente si è sviluppato il metodo partecipativo, ciò e avvenuto separando istituzionalmente negoziazione e partecipazione, con il c.d. doppio canale [Ponzellini e Della Rocca 2015]. Ruolo, collocazione e funzione del sindacato si pongono, pertanto, in oggettiva problematicità, laddove il lavoro, a prescindere dalle scelte dei suoi formali rappresentanti, coopera con il management, vuoi per incrementare la produttività o la redditività aziendale, vuoi per migliorare clima e il benessere aziendale, in ogni caso per il raggiungimento di obiettivi comuni anche esterni al perimetro dell'impresa, di recente, anche di etica sociale e ambientale[255]; da cui senso di appartenenza e identificazione dei lavoratori con l'azienda e la sua missione, e il conseguente forte ridimensionamento della struttura gerarchica dell'organizzazione del lavoro e persino dell'impresa nel suo complesso [L. Pero 2011; 2018; A. Grandori 2015]. Si tratta di un tema, oggi, fortemente attualizzato dalla materialità delle trasformazioni tecnologiche, produttive e sociali dell'impresa [B. Caruso 2016; 2018b]

In una versione riduzionista si tratta del tema classico della contrattazione di secondo livello di produttività e sul welfare aziendale, magari aggiornato da importanti novità: la nuova legislazione di sostegno finanziario, in Italia, a questi tipi di accordi e quindi un nuovo modulo di sostegno al sindacato [T. Treu 2018, 2019]; ma anche il tema degli spazi che si aprono per forme individualizzate di salario di produttività che premino il merito, ma anche di reddittività sino alla partecipazione finanziaria dei lavoratori all'impresa; pure di rilievo la novità di premi collegati a risultati non meramente di output produttivo o redditività aziendale, ma di *customer satisfaction*, non solo nel settore pubblico ma anche nel settore privato (in alcune aziende si stanno sperimentando premi collegati alla *digital trasformation* e al grado di soddisfacimento del consumatore).

---

[252] Questione già posta nell'organizzazione del lavoro fordista e nella fase dell'autunno caldo sindacale agli inizi degli anni '70 del secolo scorso: M. Lelli 1971

[253] Un richiamo al pensiero di B. Trentin nel senso di cui al § nell'articolo del segretario della CGIL, M. Landini, apparso nel Manifesto del 24 agosto 2019, "*Bruno Trentin. L'eredità presente per innovare l'unità sindacale"* messaggio agli iscritti alla CGIL

[254] La questione, in chiave di teoria di relazioni industriali, è stata tradizionalmente affrontata dagli autori riconducili alla scuola di Oxford, Hugh Clegg, Alan Fox, Allan Flanders e da Guido Baglioni in Italia; in chiave giuslavorista da maestri quali Otto Kahn Freund, Gino Giugni e Bill Wedderburn, i richiami sono superflui.

[255] Di recente ha avuto rilievo la notizia che 200 multinazionali USA hanno diffuso un comunicato comune ove si dichiara il cambiamento di focus dallo *shareholder value* ad obiettivi di benessere dei lavoratori e delle comunità ed obiettivi ambientali http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Basta-con-i-profitti-a-ogni-costo-la-svolta-etica-di-200-multinazionali-Usa-513ed772-3c06-446a-87b9-37173c5e82ec.html. Per un commento critico, l'articolo sul The Economist del 22 agosto 2019, What companies are for. Competition, not corporatism, is the answer to capitalism's problems. Si veda pure F. De Bortoli e S. Bocconi, Capitalisti. Il colore dei profitti. È sincera la svolta green?, in L'economia, del Corriere della sera del 26 agosto 2019

In tal caso il tema, ridotto all'osso e in prospettiva tradizionalmente e funzionalmente negoziale, è come riposizionare il ruolo del sindacato nella gestione di strumenti di coinvolgimento economico dei lavoratori e in particolare di strumenti premiali e incentivanti prima riservati all'amministrazione unilaterale del datore di lavoro [Caruso B. 2018a]. In altri termini, di quale debba essere la strategia del sindacato allorquando si trovi allocato nella linea di confine, oltre la quale la negoziazione nega sé stessa, per trasformarsi dialetticamente in partecipazione.

In una visione ri-fondativa di ruolo e funzione del sindacato, il tema va, invece, ri-considerato probabilmente come un campo di sperimentazione primario per una ricollocazione, strutturale e funzionale, totalmente nuova del sindacato: il possibile inveramento di quelle che sono considerate le utopie novecentesche dell'impresa umanizzata di Adriano Olivetti[256] e del sindacato dei produttori di Bruno Trentin. Ciò in ragione dei profondi mutamenti della tecnologia che non si limita soltanto a ridurre la necessità di lavoro umano, ma che ne esalta invece la funzione di affiancamento a macchine intelligenti e dunque nuove competenze, saperi e creatività. Onde la riproposizione di una relazione del sindacato con l'impresa e con i tecnici totalmente rifondata in virtù di nuovi cluster produttivi [M. Aoki 2010] ove la stessa categoria di inquadramento di lavoro subordinato sfuma nel concetto di collaborazione, non più inteso in senso paternalistico ma di effettiva partecipazione della gestione tecnica dell'azienda.

Questa evoluzione - insieme della tecnica e dei rapporti sociali di produzione - può suggerire una diversa narrazione rispetto a quella apocalittica della scomparsa della intermediazione della rappresentanza, laddove il protagonista di relazioni individualizzate sarebbe il lavoratore cognitivo che, isolatamente, coopera direttamente con il *management* senza più alcun bisogno di mediazione alcuna. Si tratterebbe di una diversa narrazione che va nel senso di un arricchimento della funzione di cooperazione strategica del sindacato con l'azienda, che implica competenza ed *expertise* tecnica dei suoi quadri, posti in grado di condividere consapevolmente mission e scopo dell'azienda e anche la sua responsabilità sociale e quindi un vero e proprio salto di qualità della sua funzione [M. Bentivogli 2106][257]. In tale segmento di imprese, minoritario ma in via di espansione, partecipazione formale e istituzionalizzata, anche di tipo strategico, e sperimentazione di schemi di coinvolgimento dal basso dei lavoratori, possono anche coesistere e non escludono affatto, come si intravede nel modello di relazioni industriali emiliano/tedesco[258], il ruolo della negoziazione sindacale totalmente riconsiderata nei suoi presupposti e nei suoi obiettivi: il sindacato che si identifica in una *mission a*ziendale, a sua volta ridisegnata e reingegnerizzata, in senso lato, sociale e non solo di profitto e di remunerazione degli *shareholder*[259].

---

[256] Sull'esperienza pioneristica di modifica dell'organizzazione del lavoro all'Olivetti F. Butera G. De Vitt 2011; N. De Amicis 2010.

[257] Si v. pure l'intervista sul Foglio del 12 aprile 2017, *Manifesto per una rivoluzione sindacale (e facciamo presto)*. Si veda pure C. Calenda – M. Bentivogli, *Un piano industriale per l'Italia delle compentenze*, il sole 24 ore del 12 gennaio 2018.

[258] Per una analisi dei modelli di partecipazione e di un significativo spaccato di casi aziendali della via Emiliana alle relazioni partecipative N. Girelli 2017, p. 77 ss.; L. Campagna -L. Pero 2017 ove l'analisi di 8 diversi modelli di partecipazione dal basso nell'organizzazione del lavoro; pure A. Alaimo 2014. Di modello emiliano approdato alla post-modernità, perfetta sintesi tra i gruppi di lavoro del metodo Kaizen e vecchio pansidacalismo, parla l'inchiesta di P. Bricco sul sole 24 ore del 9 dicembre 2015, "*Il laboratorio Emilia Romagna*". Per una considerazione della partecipazione dal basso anche funzionale ad una politica di prevenzione della salute e della sicurezza, non top down, burocratica e cartacea, ma attraverso il coinvolgimento dal basso e in concreto dei lavoratori, incisivamente L. Pero 2011, p 54.

[259] Considera la partecipazione istituzionale come radicale prospettiva di cambiamento del paradigma giuslavoristico conflittuale, tradizionale in chiave di realizzazione di libertà sociale A. Perulli 2019

7. "Social unionism" e la rappresentanza del lavoro "fissurizzato": nuove strategie di azione nel territorio e nella rete. La solidarietà.

V. La quinta tappa di un ripensamento di ruolo e funzione del sindacato passa attraverso la sperimentazione, in atto da qualche tempo, di nuove traiettorie trasversali di rappresentanza sociale oltre i confini dell'impresa tradizionale, soprattutto nel territorio ma anche nella rete [OECD 2019, p. 215]. Si possono portare alcuni esempi concreti desunti da una realtà in divenire, senza alcuna pretesa di sistematicità o intento prescrittivo, né tantomeno pedagogico nei confronti del sindacato.

Si può citare il tentativo di costruzione di nuove alleanze di partenariato sociale nel territorio con le comunità e le istituzioni locali di riferimento, soggetti di politiche attive[260] (già la trascorsa esperienza - non esente da elementi positivi - dei patti territoriali per lo sviluppo) con la sperimentazione di relazioni industriali 'empatiche' come alternativa al conflitto tradizionale, con ampliamento dell'azione di autotutela e di coalizione nel territorio; ciò anche come strategia di contrasto all'accentuazione, a partire dagli anni '90, del dualismo del mercato del lavoro e al conflitto tra insider e outsider[261].

Se ne sono avuti esempi recenti nella contrattazione collettiva di crisi: i casi di aziende che hanno fatto la storia del costume, del gusto e della moda italiana come la Borsalino[262] o la Melegatti[263] o la meno nota cooperativa di Castelfrigo[264] radicata nel territorio del comune di Castelnuovo Rangone (in questo caso però con gravi fratture tra i sindacati)[265]. Anche i casi, sempre più frequenti di *workers buyout*, fabbriche in crisi rilevate e rilanciate dai lavoratori in via di licenziamento, sono spesso sostenuti da mobilitazioni e ampie alleanze nel territorio. Quel che rileva in termini di innovazione dei metodi di azione e di organizzazione sindacale sono, in questi casi, le campagne di solidarietà, accanto o in luogo del tradizionale conflitto. Campagne mirate al coinvolgimento attivo, non genericamente dell'opinione pubblica, ma direttamente degli specifici consumatori dei prodotti di quelle aziende o della comunità locale e delle stesse organizzazioni della società civile, a difesa di specifici modelli di produzione e consumo con una particolare attenzione all'azione e

---

[260] M. P Klindt 2017, p. 444 parla dei sindacati come possibili soggetti di governance network.

[261] N. Durazzi – T. Fleckenstein - S. C. Lee 2018, p. 210 ss., ove un'analisi della evoluzione delle strategie del sindacato italiano verso modelli di rappresentanza più inclusivi, e in linea con la sua origine classista; questo, secondo gli autori, gli avrebbe consentito di svolgere un ruolo 'politico' agendo sul territorio e, in tal modo, di contrastare il dualismo del mercato del lavoro (insider outsider) sia nelle relazioni industriali sia nelle politiche di welfare.

[262] Il caso della mobilitazione della città di Alessandria alla vigilia di Natale del 2017 a fianco dei lavoratori della storica fabbrica di cappelli in crisi: "*Flash mob con il cappello per salvare Borsalino*", La Stampa del 24 dicembre 2017

[263] Nel dicembre del 2017 i consumatori si sono mobilitati via web per acquistare i prodotti della storica fabbrica di panettoni e cercare di contribuire a salvarla dal fallimento; l'uscita dalla crisi non è avvenuto ovviamente soltanto grazie a questa simbolica mobilitazione, ma ciò ha in parte contributo alla decisione di rilevare l'azienda da parte di un'altra proprietà.

[264] Si tratta di un caso di dumping salariale e di licenziamenti con mobilitazione di lavoratori extracomunitari anche con forme di mobilitazione nel territorio (sciopero della fame) e con un accordo separato da parte della Cisl considerato discriminatorio. Di Vico, "*La protesta di Castelfrigo e quell'accordo separato che mina i rapporti Cgil Cisl*", il Corriere della sera del 2 gennaio 2018.

[265] Sul rapporto tra sindacato e immigrati come strategia possibile di rinnovamento del sindacato si v. la ricerca di H. Connolly - S. Marino -M. Martínez Lucio, 2014, riferita a tre casi nazionali: Spagna, Olanda e Regno Unito.

al radicamento territoriale[266]. In questo filone, si inseriscono anche controversie di respiro nazionale e internazionale (i casi di Ryanair[267] Amazon[268] e in parte Ikea[269]) dove il sindacato, con innovative campagne di comunicazione, ha dato una immagine molto credibile di sé, quasi come 'bene pubblico'[270], di fronte alle nuove problematiche di tutela nell'economia globalizzata e di contrasto alle grandi multinazionali della rete e del digitale e alle ricadute sul lavoro [F. Rampini 2014]. In tali ultimi casi quello che rileva, come elemento di innovazione è, anche, l'importanza strategica della comunicazione sociale in guisa di strumento non solo di veicolazione delle ragioni del conflitto, ma anche di autonomo strumento di azione sindacale e di radicamento territoriale che si giustappone ad altri più tradizionali (la semplice astensione dal lavoro).

Con riguardo alla rappresentanza del lavoro frammentato, disseminato nel territorio e precario le indagini comparate hanno dato rilievo alla capacità del sindacato di contrattazione in rappresentanza dei lavoratori temporanei tramite agenzia di lavoro: in Italia (ma anche in Australia) questo è avvenuto, direttamente con le agenzie, con l'individuazione di un autonomo settore (e relative specifiche controparti datoriali in rappresentanza delle agenzie del lavoro), e non con le imprese utilizzatrici (il che è avvenuto, invece, a livello anche aziendale o di settore, per esempio, in Spagna e in Finlandia) [OECD 2019, p. 211]. Tale negoziazione in Italia, come è noto, ha avuto

---

[266] Va considerato per altro che l'individuazione del territorio come focus dell'azione sindacale, per la rilevata circolarità e interconnessione delle plurali strategie di rinnovamento, produce effetti positivi anche sull'estensione della copertura contrattuale di secondo livello; come nota T. Treu 2019a p. 28 ss. il livello negoziale territoriale va probabilmente considerato non solo come ambito negoziale residuale rispetto al quello aziendale, ma come alternativa funzionale in grado di consentire di adeguare l'organizzazione e l'azione sindacale, giuste recenti esperienze della contrattazione di produttività territoriale estesa alle piccole aziende.

[267] Come è noto, la compagnia aerea irlandese *low cost*, delle politiche di compressione salariale dei propri dipendenti e di perseverante rifiuto di riconoscimento e negoziati sindacali, ha fatto il proprio modello di *business*. In Italia tale rifiuto è stato superato grazie a un confronto supportato anche da una accorta campagna di mobilitazione della pubblica opinione da parte delle organizzazioni sindacali confederali e professionali iniziata nel 2017 e protrattasi, dopo una estate di turbolenze conflittuali, sino all'ottobre del 2018 in cui è stato stipulato il contratto con il personale di cabina con esplicito riconoscimento della applicazione delle leggi del lavoro e della giurisdizione italiane. L'accordo è stato stipulato da FIT CISL, ANPAC e ANPAV ma non da CGIL e UIL trasporti. La controversia ha pure registrato un forte coordinamento sovranazionale dell'azione sindacale con proclamazione di uno sciopero in diversi paesi europei il 28 ottobre 2018. Simili risultati anche in Irlanda e nel Regno Unito con la storica firma di accordi con i sindacati FORSA e UNITE.

[268] Anche il caso Amazon, e la sua organizzazione di taylorismo digitale - con conseguenze che ricordano i periodi più bui dello sviluppo industriale rilanciati e denunciati dalla stampa quotidiana ("*Amazon, dipendenti depressi e con istinti suicidi*, sul il Giornale del 16 aprile 2018, "*La mia vita a 100 pacchi all'ora e il cronometro per il bagno*" la Stampa del 10 novembre 2917) - è stato al centro di processi di mobilitazione con compagne di opinione sia contro le politiche retributive, sia di gestione del personale che di controlli digitali (la vicenda dei braccialetti): si veda "*Il buon senso non si compra su internet*" di D. Di Vico, sul Corriere della sera del 2 febbraio 2018; "*La vecchia fabbrica è come Amazon comanda sempre l'algoritmo*" inchiesta di R. Rho sul Corriere della sera del 4 gennaio 2018; "*Amazon se sciopera anche Draghi. La partita dei salari*", di M. Ruffolo sulla Repubblica del 25 novembre 2017. Anche in tal caso, il 24, novembre del 2017 si è registrato un esempio di coordinamento sovranazionale dell'azione conflittuale con uno sciopero contemporaneo nei siti italiani e tedeschi della multinazionale. Sul caso Amazon e le strategie sindacale nei siti italiani e tedeschi, si v. B. Cattero e M. D'Onofrio 2018.

[269] Il caso IKEA è diverso dai precedenti perché la multinazionale svedese ha sempre cercato di curare una immagine di responsabilità sociale e di attenzione alle *human relations*. E tuttavia tale immagine è stata incrinata dal licenziamento di una lavoratrice madre che aveva rifiutato in via di fatto, per accudire il figlio disabile, la rigidità degli orari e dei turni di lavoro. Anche in tal caso il sindacato ha utilizzato la controversia per rilanciare una immagine di sé e una pratica di tutela anche di istanze individuali non tradizionali (in questo caso la conciliazione dei tempi), non limitata ai confini aziendali. Sulla vicenda, che ha visto tuttavia una pronuncia giudiziale favorevole all'azienda, non riscontrandosi discriminazione, si v. gli articoli di stampa "*L'algoritmo detta turni. Rivolta per il licenziamento. 'Trattati come mobili' "*, in La Stampa del 30 novembre 2017; "*Mamma licenziata. Ikea vince la causa. Non c'è stata discriminazione. L'ira dei sindacati",* su Repubblica del 4 aprile 2018 e sempre sullo stesso quotidiano l'inchiesta "*La mia vita a Ikea con la paura di essere licenziato da un computer"* del 2 dicembre 2017.

[270] In generale, un ruolo 'civico' del sindacato è prescrittivamente affermato da A. Bogg e T. Novitz 2014b, p. 35.

anche una particolare ricaduta istituzionale, essendo stata di recente utilizzata per ovviare a irrigidimenti normativi che oggettivamente avrebbero inciso sull'utilizzabilità del contratto tramite agenzia anche su rapporti in atto, con effetti occupazionali deflattivi (il decreto dignità[271]). Come sottolineato da ricerche sul campo, l'elemento di novità è dato dal fatto che si è trattato di una negoziazione cha ha avuto come presupposto la condizione sociale di precarietà occupazionale nel territorio e di strutturale transizione lavorativa, a prescindere dal confronto con il datore di lavoro formale o l'utilizzatore sostanziale dei lavoratori temporanei (posto che, con riguardo alle condizioni di trattamento di questi lavoratori, nella UE almeno, il principio di parità di trattamento è legislativamente acquisito). Da cui, per esempio, l'enfatizzazione della formazione come veicolo a transizioni stabili e l'assunzione di uno stile negoziale non di semplice contrapposizione negoziale di interessi da mediare, ma mirato all'individuazione di *issues* comuni a tutela degli interessi delle imprese e dei lavoratori: una negoziazione a metodo collaborativo, tendenzialmente *win win.*

Sempre con riguardo alla rappresentanza e alla tutela del lavoro precario, ma anche povero, un capitolo a parte delle strategie di innovazione sociale del sindacato riguarda la rappresentanza del lavoro nella *gig economy* e i suoi specifici strumenti [OECD 2109, p. 204 ss.; H. Johnston C. Land-Kazlauskas 2018, p. 5 ss. A. Lamine & J. Prassl 2018, p. 269 ss.; J. Prassl 2018, p. 19 ss.; N. Countouris – V. De Stefano 2019, p. 37 ss.].

L' adattamento dell'azione sindacale al cambiamento tecnologico - che ha evidenziato ricadute sul mercato del lavoro, sulla tipologia di organizzazione di lavoro e d' impresa e sulla stessa qualificazione del rapporto di lavoro: un vero mutamento del paradigma produttivo - produce effetti (non solo in Italia), sia sul tradizionale ambito di negoziazione, sia sugli strumenti di tutela. Da cui il verificarsi di ricadute anche istituzionali: per esempio, le proposte di estensione del salario minimo legale oltre il rapporto di lavoro standard, anche nella rete, ove si concentrano sacche di lavoro grigio o persino di lavoro autonomo a basso o nullo potere negoziale (supra § 4). Ovvero l'affiancamento alle tutele negoziali tradizionali, di strumenti di assistenza, tramiti servizi legali, nei tribunali territoriali come avvenuto nella vicenda dei *riders* a Torino o anche a Milano. Tali fatti per altro, ci dicono della oggettiva interconnettibilità e circolarità delle diverse strategie di innovazione dell'azione sindacale che si stanno considerando.

Sul piano delle innovazioni istituzionali per i lavoratori della *gig economy* vanno segnalate pure le azioni di negoziazione *lato sensu* politica promosse da istituzioni locali, come nel caso della "carta dei diritti digitali nel contesto urbano" metropolitano, sottoscritta anche dal comune di Bologna con i sindacati tradizionali. Ovvero campagne legislative, unilateralmente promosse dal governo nazionale, come avvenuto in Francia dove una legge incoraggia le piattaforme a pubblicare vere e proprie carte di responsabilità sociale *on line* e formulari contrattuali standard.

Con riguardo specifico al rinnovamento dei moduli di organizzazione e rappresentanza sindacale dei lavoratori non standard, e della *gig economy* in particolare, le ricerche comparate mettono in

[271] Con l'accordo di rinnovo CCNL APL 2019 – 2021 con riguardo al periodo transitorio, si è superata la interpretazione della circolare n. 17 del 31.10. 2018 del ministero del lavoro sul computo retroattivo del termine di durata di 24 mesi, stabilendo che tutti i rapporti di lavoro tra l'agenzia e lo stesso lavoratore vengano conteggiati, ai soli fini del computo dell'anzianità lavorativa antecedente al 1° gennaio 2019, per un massimo di 12 mesi nell'arco temporale di 5 anni.

evidenza una rinnovata centralità dell'organizzazione territoriale pure nel progressivo assestamento di moduli diversi di azione e rappresentanza, come pure avvenuto nell'esperienza italiana. Gli esiti registratisi, non solo in Italia [OECD 2019 p. 212 ss.], sono, comunque, differenziati.

a) Una prima risposta - in qualche misura esterna al perimetro della rappresentanza sindacale tradizionale - è stata la creazione di strumenti di organizzazione e azione totalmente esterni alle organizzazioni sindacali tradizionali. Si tratta di associazioni operanti nel territorio e nella rete (*freelance associations*) anche per funzioni latamente mutualistiche e di assistenza con riguardo a un'offerta di lavoro altamente frammentata. Come il più volte citato rapporto dell'OECD mostra[272], queste associazioni, di tipo latamente professionale piuttosto che sindacale, possono costituire utili strumenti di aggregazione identitaria dei nuovi lavoratori nella rete, anche in funzione di rimedio alle asimmetrie informative, e come collettori per la fornitura di servizi anche innovativi di welfare (l'esperienza delle *umbrella companies* come SMART ed altre); ma certamente non possono sostituire i sindacati istituzionali nell'attività più tradizionale di negoziazione collettiva. Una dinamica di affiancamento e coalescenza delle due diverse logiche e modelli di rappresentanza, come in effetti avvenuto, è quindi quel che appare più adeguata a detta degli osservatori (OECD 2019, p. 212 ss.).

b) Con riguardo all'attività negoziale più tradizionale si configura una alternativa organizzativa, presente pure in Italia[273]:

b1) L' inglobamento delle nuove soggettività nelle strutture di rappresentanza orizzontali e verticali del sindacato, con effetti negoziali indiretti sulla qualificazione del rapporto di lavoro in termini di subordinazione dei gruppi di lavoratori rappresentati, ancorché con una regolamentazione che adatta la disciplina contrattuale del lavoro subordinato (soprattutto con riguardo a istituti quali l'orario e la retribuzione) alla specificità della prestazione degli stessi: cosi per i *riders*, in Italia, si è applicato il CCNL della logistica che, ovviamente, presuppone, malgrado il diverso indirizzo della giurisprudenza, la qualificazione del rapporto come subordinato[274]; il che è avvenuto anche con intese quadro di rilievo territoriale/regionale[275] . Quel che rileva con riguardo al soggetto negoziale è, che, a prescindere dal livello territoriale (nazionale o regionale) gli attori negoziali sono le strutture dei sindacati di categoria.

b2) Ovvero la variante, sempre interna ai sindacati tradizionali, di stipula di accordi[276] che prevedono trattamenti non solo economici ma anche normativi di tipo sartoriale con riconoscimento

---

[272] Si tratta di iniziative sia dei lavoratori (le *freelance workers associations* di artisti, giornalisti in vari contesti); sia delle piattaforme stesse che hanno promosso organizzazioni datoriali o associazioni professionali dei lavoratori della rete.

[273] Con un occhio particolare ai sindacati in Italia, il tema è stato affrontato da S. Bini 2019; G.A. Recchia 2019; M. Faioli 2017.

[274] Com'è noto è l'operazione compiuta dalla giurisprudenza di merito nei confronti dei *riders* di Foodora provvisoriamente risolto, in attesa della pronuncia della Cass., dalla Corte d'appello di Torino n. 26/2029 in riforma della sentenza del Trib.; si rinvia a Caruso 2019; in quella sentenza il contenuto economico del CCNL della logistica è stato considerato parametro retributivo ma non normativo di riferimento, pur non mettendosi in discussione la natura autonoma del rapporto di lavoro dei *riders*.

[275] È il caso dell'accordo quadro sui *riders* valevole per la ragione Toscana del luglio del 2017 ove sono stati introdotti meri adattamenti regolativi che tengono conto della oggettiva intermittenza della prestazione dei riders, senza negare la qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato.

[276] Non solo nel settore della consegna di cibo a domicilio ma anche in diversi settori a forte concentrazione di collaborazioni etero coordinate: call center, scuole private, terzo settore, recupero crediti, enti di formazione.

del rapporto di lavoro etero coordinato come fattispecie meritevole di regolamentazione contrattuale ad hoc e specifica, e non di mero adattamento della disciplina del lavoro subordinato; in tal caso la rappresentanza e la gestione negoziale è affidata a strutture di rappresentanza ad hoc pur all'interno dei sindacati tradizionali (FeLSA CILS, NIdiL CGIL e UIL Temp).

Le strategie di riorganizzazione sindacale stanno per altro inducendo anche processi di lento riassetto della rappresentanza datoriale con riguardo soprattutto ai settori emergenti (le piattaforme digitali) con iniziative - concessioni unilaterali di benefits, dialogo diretto con associazioni professionali ed erogazioni di servizi[277] - volte ad anticipare, e possibilmente evitare, l'azione sindacale negoziale tradizionale che rischia ovviamente effetti indesiderati di riqualificazione della natura rapporto di lavoro in senso osteggiato dalle piattaforme stesse [OECD 2019,p. 209 s. p. 213].

Non va peraltro trascurato anche un possibile effetto controintuitivo, questa volta positivo, delle nuove tecnologie digitali con riguardo sia alla dimensione del rafforzamento della c.d. *worker voice*[278], sia come strumenti facilitatori di meccanismi di tutela economica dei lavoratori della piattaforma[279]; sia, infine, per quel che qui interessa, come potenziale strumento per affinare e potenziare la capacità di azione, aggregazione, organizzazione informazione e comunicazione, degli stessi sindacati tradizionali: ciò attraverso i *social media groups,* i *forum* tematici, le comunità on line di lavoratori dispersi nel territorio, ecc. [M. Marazza 2019; R. Del Punta 2019; OECD 2019, p. 214]. Con effetti evidenti, se correttamente utilizzati[280], anche rispetto a una maggiore dinamicizzazione dei processi di verifica delle opinioni e del consenso di lavoratori difficili da raggiungere e coalizzare. Le ricerche mettono infine in evidenza la possibilità sindacale, grazie alle nuove tecnologie, di accesso ai big data e alle serie statistiche aziendali per affinare meglio le strategie rivendicative e calibrarle sullo stato reale delle aziende.

7.1 (segue) Pretesi ostacoli giuridici allo sviluppo dell'organizzazione e all'azione negoziale di lavoratori non standard.

Malgrado gli sviluppi e le opportunità che le nuove tecnologie consentono per i lavoratori non standard e malgrado i progressi dell'iniziativa sindacale in tal senso, tuttavia le ricerche sul campo confermano la difficoltà dei sindacati tradizionali di cogliere e tradurre in precise strategie negoziali (*agency*) le domande (*voice*) delle nuove tipologie di lavoratori non standard dispersi nella rete e nel territorio. Come già accennato, le ricerche in campo convergono sul fatto che la diffusione del lavoro non *standard*, nelle piattaforme digitali e in generale, è una delle cause principali

---

[277] La strategia dei '*safe harbours'* perseguita da Uber.

[278] Nel senso del rafforzamento della *voice* dei lavoratori si porta come esempio il caso della piattaforma *Amazon Mechanical Turk* (che intermedia microlavoretti) e dell'associazione volontaria *Turkopticon*, un sito fondato da due tecnici riconvertitisi in attivisti volontari, che svolge compiti di valutazione e consulenza *on line* circa la serietà della proposta contrattuale, la solvibilità e la serietà del committente del micro lavoro, la ricerca di buone opportunità ecc.; tutte attività volte a ridurre, se non a colmare del tutto, le asimmetrie informative nella rete: si rinvia a S. Silberman L. Irani, L. 2016.

[279] È il caso della piattaforma Bitwage che utilizza la tecnologia Blockchain per rendere più rapide e affidabili prestazioni economiche tra contraenti remoti.

[280] Sui rischi di un eccesso di democrazia diretta sulla funzione di concentrazione della rappresentanza negoziale dei sindacati, che possono essere accentuati anche dalle nuove tecnologie, si v. B, Caruso 2017 a proposito del caso Alitalia.

del declino della sindacalizzazione e della copertura della contrattazione collettiva[281]. Si tratta di difficoltà di ordine sociale (la oggettiva dispersione di tali lavoratori, la cultura e identità individualiste ecc.) ampiamente analizzate dalla letteratura in argomento[282],ma anche di ordine giuridico.

A tale ultimo proposito si è sostenuto, infatti, che la qualificazione dei lavoratori della zona grigia, come formalmente autonomi (e quindi imprenditori) [V. Daskalova 2017, p. 8 ss.], farebbe scattare l'ostacolo del rispetto della legislazione antitrust che finirebbe per essere utilizzata come formale limitazione di diritto europeo al diritto di organizzazione e negoziazione collettiva di tali categorie di lavoratori.

Tale argomento è facilmente contestabile anche in termini di equilibrio di mercato e di abuso di posizione dominante: la organizzazione dell'offerta di lavoro attraverso l'esercizio dei diritti collettivi (organizzazione e contrattazione collettiva), in settori ad alta concentrazione di lavoro non standard, servirebbe soltanto a bilanciare la situazione di monopsonio della domanda di lavoro a favore delle imprese che controllano il mercato delle piattaforme, con tendenza alla riduzione oltre i minimi della remunerazione di lavoratori; ciò finirebbe per produrre anche effetti di concorrenza sleale per le imprese che impiegano negli stessi settori lavoratori con trattamento ordinario. In tal caso, secondo le note tesi di S. Deakin e F. Wilkinson [2004], i diritti sociali collettivi fungerebbero da fattori istituzionali di correzione dei fallimenti del mercato [ma contro tale funzionalizzazione dei diritti al mercato R. Dukes 2014, p. 194 ss.][283]. E, tuttavia, la stessa Corte di giustizia dell'UE ha contribuito a sdrammatizzare il problema anche se con una decisione più pragmatica - e in quanto tale non del tutto risolutiva - piuttosto che di principio[284]: secondo la CGUE allorché la contrattazione collettiva tutela lavoratori solo apparentemente autonomi ma in una situazione di sostanziale assoggettamento e di bisogno di tutela, in concreto, del tutto analoga a quella dei lavoratori subordinati[285], non si pone neppure in ipotesi un profilo di contrasto con le norme antitrust, in particolare con l'art. 101 § 1 TFUE. Tale situazione - la distinzione e l'esistenza di falsi o genuini lavoratori autonomi - deve essere accertata dai legislatori e dalle corti nazionali. Tale sentenza ovviamente non chiude tutti i problemi: rimane per esempio in parte aperta la questione dei lavoratori genuinamente autonomi, ma con ridotte tutele[286]. Con riguardo a tale

---

[281] Secondo la ricerca dell'OECD 2019, p. 29 ss. risulta che, in media, la possibilità di sindacalizzazione dei lavoratori non *standard* è inferiore del 50% di probabilità rispetto a quella dei lavorati *standard.*

[282] Si vedano gli autori citati nel § 7.

[283] L'argomento economico articolato e sostenuto empiricamente in OECD 2019, p. 30 e 201 ss.

[284] È il noto caso *FNV Kunsten*: Corte di giustizia 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media contro Staat der Nederlanden*. Si v. ampiamente M. Biasi 2018, p. 10 ss. Il caso dei lavoratori autonomi ma contrattualmente deboli è stato sottoposto pure al comitato di esperti dell'OIL che ha ribadito che la convenzione n. 98 ribadisce la primazia del diritto di libera e volontaria contrattazione collettiva delle parti sociali.

[285] Viene in tal caso richiamata da molti autori la tutela sindacale intesa come strumento di libertà dal dominio altrui secondo le note teorizzazioni di P. Pettit 2012, p. 26 ss., edizione digitale.

[286] A tale situazione ha provato a rimedio il legislatore con le misure protettive contenute nella l. n. 81/2017 art. 1 ss., ritenute da molti osservatori un primo passo, ma ancora insufficienti: A. Perulli 2017a; 2017b.

ultimo problema, com'è noto, il legislatore italiano è intervenuto equiparando, per quanto concerne le tutele *standard*, i lavoratori etero coordinati ai lavoratori subordinati [287] (escludendo tuttavia i cococo genuini, auto coordinati) [288], ed estendendo ad essi - indirettamente in virtù del noto meccanismo giurisprudenziale di estensione dei trattamenti contrattuali standard - il contratto collettivo di riferimento dei lavoratori equiparabili. La soluzione legislativa prescelta in Italia ha, dunque legittimato[289],come si è prima accennato, la contrattazione collettiva di adattamento e specificativa di condizioni di trattamento per tali lavoratori semi indipendenti, riconoscendo loro indirettamente il diritto di contrattazione collettiva [Caruso 2019 anche per riferimenti giurisprudenziali][290].

7.2. Ulteriori modalità di azione del social unionism: nuove e vecchie solidarietà.

Come ulteriore esempio di allargamento delle funzioni del sindacato oltre i perimetri tradizionali dell'azione negoziale di settore o aziendale, in Italia, da tempo i sindacati svolgono attività di erogazione di servizi non solo negoziali ai propri iscritti. Non si tratta del pur sostenuto modello di *business unionism* (il sindacato ripiegato in se stesso a tutela privilegiata dei propri iscritti)[291], che ha avuto scarsa fortuna anche laddove è stato proposto, in Australia e negli USA e in Canada [R. Lambert 2013, p. 91 s.; I.T. MacDonald 2014]; quanto piuttosto di un sindacato in grado di dare *voice* e percorsi all'affermazione di esigenze anche extra lavorative dei propri iscritti e di più ampia portata nel territorio: una visione ampliata al sociale della cittadinanza industriale [P. Feltrin in M. Carrieri P. Feltrin 2016][292]. È la proposta di R. Gumbrell - Mccormick & R. Hyman [2013] del *social capital unionism*.

All'insegna della innovazione e dell'inclusione sociale vanno, infatti, annoverate quelle strategie di negoziazione e attività istituzionali di *welfare* territoriale (a tutela dei disabili, delle nuove povertà e marginalità per esempio l'assistenza agli immigrati nel territorio) che vedono protagonista positivo in Italia, un sindacato apparentemente ossimorico (in quanto per definizione non rappresenta lavoratori) come il sindacato dei pensionati. Ma pure in ambito sindacale più tradizionale, si pensi all'azione nel territorio delle organizzazioni sindacali dei lavoratori agricoli; a tale riguardo va considerata una sorta di 'ritorno al futuro' l'azione di contrasto al caporalato attraverso la strategia *multifold* di tali organizzazioni, in collaborazione con le associazioni più rappresentative delle imprese agricole: attività di studio del fenomeno sul campo, iniziative a sostegno per provvedimenti di tipo repressivo penale (l'introduzione del reato di caporalato: art. 603 bis c.p. [F. Santoni

---

[287] Art. 2 comma 1 del d.lgs n.81/2015.

[288] Art. 15 l. n. 81/2017.

[289] Art. 2, comma 2 lett. a) dl,g. n. 81/2015.

[290] Per riferimenti comparati di interventi simili a quello attuato in Italia OECD 2019 p. 30 ss., 207 ss. di riconoscimento del diritto di contrattazione a categorie di lavoratori sicuramente autonomi ma con scarso o nullo potere negoziale individuale: attori, giornalisti, musicisti, artisti dello spettacolo, *freelance*. Per esempio in Irlanda uno specifico emendamento alla legislazione nazionale *antitrust*, nel 2017 ha esteso il diritto di negoziazione collettiva ai "*fully dependent self-employed*" e non soltanto ai "*false self employed*" come invece sostenuto dalla CGUE nel caso *FNK Kunsten*. La legge ha sollevato pesante obiezioni da parte delle organizzazioni imprenditoriali Irlandesi. In tale contesto i diritti sociali si applicano ai lavoratori autonomi di nuova generazione, salva la prova delle autorità pubbliche che il riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva, non abbia ricadute e interferenze sul mercato. In generale si rinvia a V. De Stefano e A. Alosi 2018, p. 12 ss..

[291] La variante sovranista, con il sindacato schierato a tutela delle imprese e dei lavoratori dipendenti entro i confini nazionali, anche con il sostegno a politiche governative protezioniste, è una versione attuale che ha trovato adepti negli USA di Trump anche tra esponenti politici della sinistra come Bernie Sanders ed economisti come Joseph Stiglitz.

[292] In tale contesto andrebbe guardata con rinnovata attenzione, la riconsiderazione e riqualificazione della partecipazione istituzionale diffusa del sindacato negli organismi del secondo welfare (fondi previdenziali e enti bilaterali).

M. Mocella 2017, specificamente l'intervento di Santoni], e incentivazione a comportamenti virtuosi da parte delle imprese: la rete delle imprese agricole di qualità (il bollino blu) istituita a norma dell'art. 6 del D.L. n.91/2014 convertito in l. n. 116/2014 [per approfondimenti C. Faleri 2019, p. 160 ss. ; in generale sulle trasformazioni del lavoro in agricoltura id. 2018].

8. Consenso e riforma interna dei sindacati. La democrazia.

VI. Infine, ultima ma non per ultima, la strada dell'innovazione passa per un sindacato effettivamente rappresentativo, responsabile, democratico e trasparente. Come è noto, il tema della verifica della effettiva rappresentatività attraversa ormai anche le associazioni datoriali [T. Treu 2019a p. 19 e ivi ulteriori riferimenti nt. 37], ma con una differenza spesso trascurata dagli osservatori che tendono, invece, a unificare funzionalmente il problema con riguardo agli uni (i sindacati) e alle altre (le associazioni datoriali), dimenticando che, nell'assetto della Costituzione formale, il principio di democrazia non come vincolo di controllo esterno, ma come risorsa repubblicana di partecipazione, fu pensato dai padri costituenti avendo in mente soltanto i sindacati.

Per le associazioni datoriali il tema della effettiva rappresentatività ha un significato contingente e strumentale: serve a contrastare l'attuale frammentazione negoziale (supra § 4) ed evitare, in tal modo, fenomeni di concorrenza sleale tra le imprese attraverso il dumping contrattuale: è funzionale al mercato e a una equilibrata concorrenza In tal senso una riforma che vada nel senso della misurazione dell'effettiva rappresentatività delle associazioni datoriali per obiettivi di razionalizzazione negoziale ed economica, secondo modelli già varati altrove, si configurerebbe come intervento istituzionale a sostegno del mercato, della sua trasparenza e del suo equilibrio.

Nel caso del sindacato, invece, al contrario delle associazioni datoriali, il tema della rappresentatività - pur contribuendo certamente ad una gestione più razionale ed efficiente del sistema negoziale – non si ferma lì, ma si collega al tema più generale del consenso dei rappresentati e quindi della democrazia e della partecipazione, essendo la democrazia procedurale anche un valore fondante (un fine e son solo un mezzo) della chimica sociale di questo soggetto [B. Caruso 1986; M. D'Antona 2000c][293].

Il tema della democrazia sindacale è connesso, invero, all' essenza del sindacato quale comunità di individui non atomizzati, che aspirano a dare *voice* e a canalizzare le proprie domande di emancipazione nel lavoro mediante partecipazione consapevole e organizzata in un soggetto collettivo, che si assume però anche la responsabilità, attraverso le sue *leadership* centrali e periferiche, dopo avere verificato consenso e dissenso, di rappresentare, mediare e decidere, senza cedere pertanto alle nostalgie e alle lusinghe ideologiche della 'democrazia di base'.

La democrazia sindacale, come *mix* procedurale ed equilibrato di istituti di democrazia diretta e rappresentativa è, infatti, elemento basico della cittadinanza industriale: il punto di equilibrio di tale *mix*, che trova nel principio di maggioranza l'elemento procedurale di coagulo, è questione riservata all'autoregolazione del sindacato che, secondo il metodo riflessivo, lo stato può recepire

[293] Considerano la democrazia sindacale interna - invero più in termini di fini che di procedure - percorso ineludibile di rinnovamento e legittimazione del sindacato nel sempre più difficile compito di mediazione di interessi contrastanti, D. Dufour - A. Hege 2010, p. 357 ss. Gli autori si annoverano in quel filone di pensiero che identificano la crisi delle OOSS in fattori organizzativi interni che si riflettono sull'azione esterna (la capacità di rappresentare negozialmente interessi adeguatamente selezionati). Si v. pure K. Voss 2010.

nella misura in cui stabilisce di supportare, attraverso congegni pubblici, gli effetti di tale azione negoziale (l'*erga omnes*).

Democrazia, quale complesso strumentale (i diversi *tools* e moduli) di verifica del consenso dei rappresentati, e sindacato sono, dunque, contermini, sono consustanziali. Il sindacato non può abdicare alla sua vocazione maggioritaria nella funzione di rappresentanza negoziale ma anche di conflitto, con le responsabilità anche decisionali che questo assunto comporta; né può sottarsi a generali esigenze di trasparenza finanziaria e verificabilità della via associativa interna nella sua proiezione per così dire pubblicistica, se e nella misura in cui per la sua civica funzione, come è giusto che sia, si avvale, direttamente o indirettamente (attraverso il sistema di patronati) di risorse pubbliche e viene chiamato a svolgere compiti di interesse generale: è il tema del secondo e terzo comma dell'art. 39 [B. Caruso 2014].

Con riguardo alla rappresentanza negoziale, come si accennava (*supra* § 4), un intervento eteronomo non invasivo, che introduca per legge il principio di rappresentatività misurata e il principio di rappresentanza maggioritaria come regolatore del dissenso endo e intersindacale pare che sia giunto a un punto di coagulo di consenso, senza storici precedenti. La vicenda della persistente mancata attuazione del TU interconfederale 2014 sulla rappresentanza conferma quanto sostenuto da molti, ossia che l'autoregolamentazione in questa materia, per superare soglie accettabili di effettività, abbia bisogno anche di abbrivio legale.

Sarebbe davvero una occasione perduta, nella storia complessa dei rapporti tra stato e autonomia sindacale, tra sindacati e partiti, il verificarsi del paradosso istituzionale di una grande riforma legislativa di contrasto ai processi di disintermediazione, auspicata dai soggetti interessati, ma che rischia di arenarsi per confusione del quadro e del ceto politico, o per mancanza di adeguati interlocutori a quel livello.

9. Conclusioni. Percorsi e valori di riferimento.

I sei temi toccati costituiscono un possibile percorso, tutto da dissodare, per tentare di recuperare quella che è stata definita la "capacità strategica del sindacato", intesa come attitudine a valutare nuove opportunità e per anticipare, piuttosto che reagire soltanto, al cambiamento del contesto, adattando strategie negoziali, capacità organizzative e di rappresentanza [di *union capacity* come elemento di rinnovamento del sindacato parla P. Fairbrother 2015, p.507 s]; una strategia anche di recupero di senso e consenso nei confronti della funzione del sindacato nell'economia uberizzata e del suo intrinseco valore di bene civico.

Si tratta di percorsi tracciati in una metaforica mappa a scala molto ridotta in cui evidentemente sfuggono la gran parte dei dettagli; ma ciò dovrebbe servire a mettere meglio in luce le connessioni di tali percorsi con le sei stelle polari valoriali che dovrebbero illuminarli: unità nel pluralismo, uguaglianza, libertà, partecipazione, solidarietà, democrazia, tutti valori, non considerati in astratto ma riferiti allo storico soggetto di rappresentanza del lavoro e alla sua azione. Nulla di nuovo ovviamente, si tratta soltanto di un semplice tentativo di ri-declinarli in concreto e ricontestualizzarli nella della grande trasformazione in atto.

I temi e i tracciati di ricerca, appena abbozzati in questo scritto, indicano tuttavia questioni su cui sarebbe auspicabile addensare una nuova capacità di elaborazione teorica negli studi giussindacali, in piena continuità con l'approccio e il metodo realistico, giusta la lezione Giugniana e Kahn-freundiana a cui ci si ispira: dai fatti, alle norme, ai concetti. Vanno pertanto, intesi più come una

piattaforma di discussione, rivolta ai chierici del diritto sindacale ma anche ai pratici delle relazioni sindacali, piuttosto che come indicazione di un tracciato rigidamente precostituito.

Bibliografia

Alessi C. – Barbera M. – Guaglianone L. (a cura di) 2019, Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, Cacucci, Bari.

Alaimo A. 2014, L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali, DLM, 2, pp.295-333-

Anderson G.- Nuttal P. 2014, The Good-Faith Obligation: An Effective Model for Promoting Voice?, in A. Bogg- T. Novitz edited by 2014a

Aoki M. 2010, Corporations in Evolving Diversity, OUP, Oxford.

Baccaro L. - Howell C. 2017, Trajectories of Neoliberal Transformation European Industrial Relations L Since the I970s, CUP, Cambridge.

Baglioni G. 2008, L'accerchiamento. Perché si riduce la tutela sindacale tradizionale, il Mulino, Bologna.

Bauman Z. 2017, Retrotopia, Laterza, Bari.

Bentivogli M. 2016, Abbiamo rovinato l'Italia?, Castelvecchi, Roma.

Belloni A, 2017 Uberization, Egea, Milano.

Berta G. 2015, Le idee al potere, Edizioni di Comunità, Milano.

Biasi M. 2018, Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 358/2018

Bini S. 2019, Appunti sulla rappresentanza sindacale dei *contingent workers*, in Alessi C. – Barbera M. – Guaglianone L. (a cura di), 2019, pp. 575-589.

Butera F., De Witt G. (2011), Valorizzare il lavoro per rilanciare l'impresa, il Mulino, Bologna

Bauman Z. 2017, Retrotopia Laterza Bari

Bogg A. 2019, The Constitution of Capability. The Case of Freedom of Association, in B. Langille (editor).

Bogg A. 2015, Labour Law and Trade Unions: autonomy and Betrayal, p. 73 ss., in Bogg A., Costello C., Davies ACL and Prassl J. (eds.), 2015.

Bogg A., Costello C., Davies ACL, Prassl J. (eds.) 2015, The Autonomy of Labour Law, Hart, Oxford.

Bogg A. - Novitz T. 2014a (eds.), Voices at work. Continuity and Change in the Common Law World, OUP, Oxford, 2014.

Bogg. A. - Novitz T. 2014b, The Purposes and Techniques of Voices Prospects for the Continuity and Change, in Bogg A. - Novitz T. (eds.).

Bordogna L. 2019, L'accordo Confindustria-sindacati del 9 marzo 2018 su relazioni industriali e contrattazione collettiva, GDLRI,1, pp. 37-57.

Butera F. De Witt 2011, Valorizzare il lavoro per rilanciare l'impresa, il Mulino, Bologna.

Campagna L. - Pero 2017, La partecipazione non è un lusso borghese, Mondoperaio, 3, pp. 67-75.

Carabelli U. 2019, Riflessioni e considerazioni operative sul c.d. salario minimo https://www.comma2.it/?view=article&id=123:riflessioni-e-considerazioni-operative-sul-c-d-salario-minimo&catid=16.

Carrieri 2018, Dalla sovrapposizione alla divaricazione. L'evoluzione dei rapporti tra partiti e sindacati (1997-2017) RPS, 3, pp. 267-285.

Carrieri M. 2017a All' ombra della Federazione unitaria. I rapporti dei sindacati con i partiti e il sistema politico, E&L, 52, pp.63-76.

Carrieri M. 2017b, Migliorare il decentramento contrattuale, come le parti affrontano questa sfida in Dell'Aringa C., Lucifora C., Treu T., (a cura di) 2017., p. 470 ss.

Carrieri M. e Feltrini P. 2016, Al bivio, Donzelli, Roma.

Caruso B. 2019, I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali DRI, di prossima pubblicazione in scritti in Onore di R. Pessi.

Caruso B. 2018a, Recenti sviluppi normativi e contrattuali del Welfare aziendale. Nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?, RIDL, 3, pp. 369-388.

Caruso B. 2018b, Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0, GDLRI,1, pp. 81-125.

Caruso B. 2017, La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazionee re-intermediazione, ADL, 3, p. 555 -579.

Caruso B. 2016, Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act, GDLRI, 2, pp.255-289.

Caruso B. 2014, "Costituzionalizzare" il sindacato. I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista, LD, 4, pp. 595-620.

Caruso B. 1986, Contributo allo studio della democrazia nel sindacato, Giuffrè, Milano.

Caruso B. Alaimo A. 20012, Diritto sindacale, il Mulino.

Cattero B. – D'Onofrio M. 2018, Orfani delle istituzioni. Lavoratori, sindacatie le «fabbriche terziarie digitalizzate» di Amazon, QRS, 1, pp. 7-28.

Cella G.P. – Treu T. 2017, Recensione a Carrieri M., Feltrin P., 2016 GDLRI, 2, pp. 383-400.

Cella G.P. – Treu T. 2009, Relazioni industriali e contrattazione collettiva, Il mulino, Bologna.

Cella G.P. – Treu T. 1998, Le nuove relazioni industriali nella prospettiva europea, Il Mulino Bologna.

CNEL 2017, Mercato del lavoro e contrattazione collettiva 2016-2017, Roma.

Connolly, H. - Marino, S. - Martínez Lucio 2014, M. Trade union renewal and the challenges of representation: Strategies towards migrant and ethnic minority workers in the Netherlands, Spain and the United Kingdom, EJIR, 1, pp. 5-20.

Contiades X. ed. 2013, Constitutions in the Global Financial Crisis, Ashgate, Burlington.

Countouris N. De Stefano 2019, New Trade Union Strategies for New forms of Employment, ETUC, Brussels.

Crouch C. 2017, Membership Density and Trade Union Power, Transfer, 1, p. 47 – 61.

Crouch C. 2013, Quanto capitalismo può sopportare la società, Laterza, Bari.

Daskalova D. 2017, Regulating the new self-employed in the Uber economy: what role for EU competition law? TILEC Discussion Paper, DP 2017-028.

Davidov G. 2018, Distributive Justice and Labour Law, in Collins H., Lester G., Mantouvalou V. (eds.), Philosophical Foundations of Labour Law, Oxford University Press, Oxford, p. 141.

Deakin S. – Wilkinson F. 2004, The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution, OUP, Oxford.

DGB (Deutscher Gewerkschaftsbund) 2018: Beschlüsse des DGB-Bundeskongress, Berlin, 13.–17. May 2018, Berlin, https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/bundeskongress/21-ordentlicher-bundeskongress/dgb-obk-beschluesse-21-parlament-der-arbeit-dgb-bundeskongress-2018/

Diamanti I. - Lazar M. 2018, Popolocrazia, La metamorfosi delle nostre democrazie, Bari, Laterza.

Dølvik J. E. – Marginson P. 2018, Cross-sectoral coordination and regulation of wage determination in northern Europe: Divergent responses to multiple external pressures, EJIR, 25(4), pp. 409-425.

Dufour D. - Hege A. 2010, The legitimacy of collective actors and trade union renewal, Transfer, 3, p. 351.

Dukes R. 2014, The Labour Constitution, The Enduring Idea of Labour Law, OUP, Oxford.

Durazzi N. - Fleckenstein T. - Lee S. C. 2018, Social Solidarity for All? Trade Union Strategies, Labor Market Dualization, and the Welfare State in Italy and South Korea, 46(2), P&S, pp. 205-233.

D'Antona M. ora 2000a, Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?, in Opere a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Giuffrè, Milano, v. I, p. 221 ss.

D'Antona M. ora 2000b, Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi, in Opere a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Giuffrè, Milano, v. II, p. 399 ss.

D'Antona M. 2000c, «Chi rappresenta chi». I debiti della decima legislatura, in Opere a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Giuffrè, Milano, v. II, p. 297 ss.

De Amicis N. 2010, La difficile utopia del possibile, Ediesse, Roma.

De Stefano V. 2018, Negotiating the algorithm": Automation, artificial intelligence and labour protection, Employment Working Paper No. 246, ILO.

De Stefano V. – Aloisi A. 2018, Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human Rights Protection of Nonstandard Workers, BOCCONI LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES, 1, Milano.

Del Punta R. 2019, Social Media and Workers Right: Whats is at stake?, IJCLLIR, 1, pp. 79-100.

Del Punta R. 2016, Labour Law and the Capability Approach, IJCLLIR, vol. 32, pp. 383 -405.

Del Punta R. – Caruso B. 2016, Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta, LD, 4, pp. 645-678.

Delfino M. 2019, Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza, Editoriale scientifica, Napoli.

Dell'Aringa C. - Guerrieri C., (a cura di) 2019, *Inclusione, produttività, crescita. Un'agenda per l'Italia,* il Mulino, Arel, Bologna.

Dell'Aringa C,. Lucifora C., Treu T. (a cura di) 2017, Salari, produttività, diseguaglianze, il Mulino, Bologna.

Di Vico D. 2017, Nel paese dei disuguali, Egea, Milano.

ETUC 2017: 'For a common strategy on low and minimum wages', ETUC Resolution adopted by the Executive Committee in Malta on 15 -16 March 2017.

Ewing K. D., Hendy J. and Jones C. (ed.) 2017, A Manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of workers' rights, The Institute of Employment Rights, London.

Faioli M. 2017, *Jobs «App», Gig Economy* e Sindacato, RGL, I, 2, p. 291-305.

Fairbrother P. 2015, Rethinking trade unionism: Union renewal as transition, ELRR, 4, pp. 561-576.

Faleri 2019, Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno) di lavoro, LD, 1, pp. 140-171.

Faleri C. 2018, Il lavoro ai tempi di agricoltura 4.0 tra esigenze di stagionalità e fabbisogno di nuove professionalità, DML, 3, pp. 669-664.

Fana M. 2017, Non è lavoro è sfruttamento, Bari, Laterza.

Fernàndez Macias E. –Vacas Soriano C. 2016, A coordinated European minimum wage policy?, EJIR,22,2, pp. 97-113.

Fondazione Unipolis 2017, La partecipazione dei lavoratori nelle imprese, il Mulino, Bologna.

Fuchs M. 2018, Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco, DLM, 2018, 2, p. 211 ss.

Fuchs M. 2016, La contrattazione collettiva in Italia, vista con occhiali tedeschi, LD, 4, pp. 927-937.

Fudge J. 2006, The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection, in G. Davidov – B. Langille edited by, 2006, Hart, Oxford.

Gall G. 2018, The uses, abuses and non-uses of Rethinking Industrial Relations in understanding industrial relations and organised labour, EID, 39(4), pp. 681-700.

Girelli N. 2017, Una ricerca sul campo, in Fondazione Unipolis 2017.

Gramoladi A. – Mari G. 2016 (a cura di), Il lavoro dopo il novecento. Da produttori a ad attori sociali: la città del lavoro di Bruno Trentin per un'«altra sinistra», Firenze University Press.

Grandori A. 2015, 10 tesi sull'impresa, il Mulino, Bologna.

Gumbrell-Mccormick R. & Hyman R. 2013, Trade Unions in Western Europe, Hard Times, Hard Choices, OUP, Oxford.

Harris S. - Krueger A. B. 2015, A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker", The Hamilton Project.

Holgate J. –Simms M. - Tapia M. 2018, The limitations of the theory and practice of mobilization in trade union organizing, EID, 39(4) pp. 599-616.

Hyman R. – Gumbrell-McCormick R. 2010, Trade unions, politics and parties: is a new configuration possible?, Transfer, 16(3), pp. 315-331.

ILO, Global Wage Report 2014/15: Wages and Income Inequality, ILO, Geneva.

Ilsrae A. 2016, From living wage to living hours. The Nordic version of the working poor, Labour and Industry, 26,1, p. 20-57.

Izzi D. 2017, Lavoro negli appalti e *dumping* salaria, Giappichelli Torino.

Johnston H., Land-Kazlauskas C. 2018, Organizing On-Demand: Representation, Voice, and Collective Bargaining in the Gig Economy, Conditions of Work and Employment Series No. 94, ILO, Geneva.

Kaufman B. 2010, The theoretical foundation of industrial relations and its implications for labor economics and human resource management, ILRR 64(1), pp.74–108.

Kelly J. 2018, Rethinking Industrial Relations Revisited, EID, 39(4), pp.701-709.

Kelly J. 1998, Rethinking Industrial Relations, London, Routledge.

Klindt M. P. 2017, Trade union renewal through local partnerships for skill formation, Transfer, 4, pp. 441-455.

Lambert R. 2013, Agent of the market, or instrument of justice? Redefining trade union identity in the era of market driven politics, LH, 54(1), pp. 88-103

Lamine A. – Prassl 2018, Collective Autonomy far On-Demand Workers? Normative Arguments, Current Practices and Legal ways Forward, in Laulom S. (ed.) 2018, pp. 269-291

Langille B. 2019 (edited by), The Capability Approach to Labour Law, OUP, Oxford.

Laulom S. (ed) 2018 Collective Bargaining Developments in Times of Crisis, Kluwer.

Lelli M. 1971, Tecnici e lotta di classe, De Donato, Bari.

Lehndorff S., Dribbusch H., Schulten T. (eds.) 2017, Rough waters European trade unions in a time of crises, ETUI, Brussels.

Leonardi S. 2016, L'impatto della nuova governance europea sulla contrattazione collettiva. Un confronto fra Italia, Spagna e Portogallo, QRS, 1,17, pp. 147-172.

Leonardi S. 2014, Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione, LD, 1, p. 185-211.

Leonardi S. – Pedersini R. (ed.) 2018, Multi-employer bargaining under pressure. Decentralisation trends in five European Countries, ETUC, Brussels.

Liso F. 2018, Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018, Bollettino Adapt del 23 aprile 2018. n. 16.

Loffredo A. 2019, Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale? Labor 3, p. 264 ss.

Lucifora C. 2019, "Working poor" e politiche per l'occupazione, in C. Dell'Aringa – P. Guerrieri (a cura di) 2019.

Malo M. A. 2016, Collective bargaining reforms in Southern Europe during the crisis: impact in the light of international standards, in Pulignano V., Köhler H.D. and Stewart P. (ed.) 2016.

Marazza M. 2019, Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva, RIDL, I, pp. 57-79.

Maresca A. 2017, Il rinnovamento del contratto collettivo dei meccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo nazionale di categoria. GDRL, 3, pp. 709-728.

Marini D. 2018, Fuori classe. Dal movimento operaio ai lavoratori imprenditori della Quarta rivoluzione industriale, il Mulino, Bologna

Mariucci L. 2019a, Rileggendo i "Giuristi del lavoro" di Umberto Romagnoli, LD.

Mariucci L. 2019b, In favore del salario minimo legale, https://volerelaluna.it/lavoro-2/2019/05/29/in-favore-del-salario-minimo-legale/

Mariucci L. 2016, Culture e dottrine del giuslavorismo, LD, 4. 585-644.

Marginson P. 2015, Coordinated bargaining in Europe: From incremental corrosion to frontal assault?, EJIR, 21,2, pp. 97-114.

Marginson P. - Welz C. 2015, European wage-setting mechanisms under pressure: negotiated and unilateral change and the EU's economic governance regime, Transfer, 21 (4), pp. 429-450.

D'Amuri F., Nizzi R. 2017, I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia, Banca d'Italia, Occasional papers, n. 416, dec.

Mac Donald I. T. 2014, Towards Neoliberal Trade Unionism: Decline, Renewal and Transformation in North American Labour Movements, BJIR, 52:4, pp. 725-752.

Marocco M. 2017, Il salario minimo legale nel prisma europeo: prospettive per l'Italia, GDLRI, 2, pp. 337-363

Mason P. 2015, Postcapitalismo, il saggiatore, Milano.

Mattarella B. G. 2003, Sindacati e pubblici poteri, Giuffrè, Milano.

Mattina L. 2018, Un lungo addio? I rapporti tra partiti e sindacati, QRS, pp. 173-185.

Meo A. 2012, I *Working poor.* Una rassegna di studi sociologici, RPS, 2, pp. 219-241.

Moore F.V., Upchurch M., et Whittaker X. (ed.) 2018, Humans and Machines at Work. Monitoring, Surveillance and Automation in Contemporary Capitalism. Palgrave Macmillan.

Müller T., Vandaele K. and Waddington J. (ed.) 2019, Collective bargaining in Europe: towards an endgame, Volume I-III, ETUI, Brussels.

Nicklich M. – Helfen M. 2019, Trade union renewal and `organizing from below' in Germany: Institutional constraints, strategic dilemmas and organizational tensions, EJIR, 1, pp. 57-73.

Novitz T. 2014, Information and Communication Technology and Voice: Constraint or Capability?, in A. Bogg- T. Novitz edited 2014a

O'Neill M., White S. 2018, Trade Unions and Political Equality, in Collins H., Lester G., Mantouvalou V. (eds.), Philosophical Foundations of Labour Law, Oxford University Press, Oxford, p. 252.

OECD 2019, OECD Employment Outlook, The Future of work, OECD publishing Paris.

OECD 2018, OECD Employment Outlook, OECD publishing Paris.

OECD 2017, OECD Employment Outlook, OECD publishing Paris.

Orlandini G. 2018, Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale, LD,1, pp. 7-33.

Pero L. 2018, Il lavoro intelligente. La partecipazione necessaria, Mondo operaio, 1, pp. 36 -39.

Pero L. 2011, Produttività e partecipazione, Mondo operaio, n.10, pp. 53-56.

Pero L. – Ponzellini A. M. 2015, Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta, in La partecipazione incisiva, a cura di M. Carrieri, P. Nerozzi e T. Treu, il Mulino, Bologna.

Perulli A. 2019, Workers' Participation in the Firm: Between Social Freedom and Non-Domination, di prossima pubblicazione WP D'Antona.

Perulli A. 2018, La soggettività regolativa nel diritto del lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018

Perulli A. 2017a, Il *Jobs Act* degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale, RIDL, I, pp. 173-201.

Perulli A. 2017b, Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro e ritorno, LD,2, pp. 251-281.

Pettitt P. 2012, On the people's terms. A Republican Theory and Model of Democracy, CUP, Cambridge, edizione digitale.

Ponzellini A.M. Della Rocca G. 2015, Continuità e discontinuità nelle esperienze di partecipazione dei lavoratori all'innovazione produttiva. Partecipazione istituzionale e partecipazione diretta E&L, p. 55 -66.

Prassl J. 2018, Collective Voice in the Platform Economy: Challenges, Opportunities, Solutions, ETUC, Brussels.

Pulignano V., Köhler H.D. and Stewart P. (ed.) 2016, Employment relations in an era of change. Multi-level challenges and responses in Europe, ETUC, Brussels.

Rampini F. 2014, Rete padrona, Feltrinelli, Milano.

Rathgeb P. 2018, When weak governments confront inclusive trade unions: The politics of protecting labour market outsiders in the age of dualization, EJIR, 24, pp. 5-22.

Recchia G. A. 2019, *Alone in the crowd*? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy, in Alessi C. – Barbera M. – Guaglianone L. (a cura di), 2019, pp. 593-608.

Rifkin J. 2017, Laa società a costo marginale zero. L'internet delle cose, l'ascesa del «commons» collaborativo e l'eclissi del capitalismo, Mondadori

Rödl F. and Callsen R. 2016, Can Article 28 of the EU Charter of Fundamental Rights offer protection?, ETUI, Brussels.

Rodrik D. 2019, Dirla tutta sul mercato globale, idee per un'economia mondiale assennata, Einaudi, Torino.

Romagnoli U. 2017, Sindacato e Costituzione: un incontro ravvicinato, ma non troppo, LD, 2, p. 169 - 186.

Salais R. 2019, Freedom in Work and the Capability Approach: Toward a Politics of Freedom for Labour?, in B. Langille (ed.) 2019.

Salais R. - Villeneuve R. 2005 (ed.), Europe and the Politics of Capabilities, CUP, Cambridge.

Santoni F. Mocella M. 2017, La nuova disciplina a contrasto del lavoro sommerso in agricoltura, DA, 2/3, pp. 371-386.

Schulten T. 2008 Towards a European Minimum Wage Policy? Fair Wages and Social Europe, EJIR, 14, 4, pp. 421-440.

Schulten T. – M. Luebker 2019, WSI Minimum Wage Report 2019, WSI Institute of Economic and Social Research.

Schulten T., L. Eldring, R. Naumann 2015, The role of extension for the strength and stability of collective bargaining in Europe in: Van Gyes, G. and Schulten, T. (eds) pp. 361-400.

Schulten, T., Müller T. and Eldring L. 2015, 'Prospects and obstacles of a European minimum wage policy', in: Van Gyes, G. and Schulten, T. (eds) 2015, pp. 327-359.

Schulten T., Bispinck R. and Schäfer C. (eds) (2006) Minimum Wages in Europe, Brussels, ETUI.

Sciarra S. 2014, Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea, Studi sull'integrazione europea, IX, pp. 237-246

Sciarra S. 2013, L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi, Laterza, Bari.

Silberman S. - Irani, L. 2016, Operating an Employer Reputation System: Lessons from Turkopticon, 2008-2015, CLL&P, 3, pp. 504,541.

Spector H. 2018, A Risk Theory of Exploitation, in Collins H., Lester G., Mantouvalou V. (eds.), Philosophical Foundations of Labour Law, Oxford University Press, Oxford, p. 205.

Srnicek N. 2017, Platform capitalism, Polity Press.

Strier R. –Sigad L. –Eisikovits Z. –Buchbinder E., 2014, Masculinity, Poverty and Work: The Multiple Construction of Work among Working Poor Men, JSP, 43,2, pp. 331-349

Sundararajan A. 2016, Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism (The MIT Press) Cambridge Massachusetts

Stone K.V.W. 2004, From Widgets to Digits, CUP, Cambridge.

Traxler F., Blaschke S. and Kittel B. (ed) (2001) National labour relations in internationalized markets. A comparative study of institutions, change and performance, Oxford, Oxford University Press

Treu T. 2019a, La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 386/2019.

Treu T. 2019b, Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 397/2019.

Treu T. 2018, La contrattazione collettiva in Europa, DRI, 2, pp. Pp. 371-412.

Treu T. 2017, Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy, LD, 3-4, pp. 367-405.

Traxler F., Blaschke S. and Kittel B. 2001 National Labour Relations in Internationalized Markets: A Comparative Study of Institutions, Change and Performance, Oxford University Press

Tsarouhas D. 2016, A European Minimum Wage Policy, FEPS Policy brief, march

Van Gyes G. – Schulten T. 2015 (edited by), Wage bargaining under the new European Economic Governance, Etui Brussels.

Voss K. 2010, Democratic dilemmas: union democracy and union renewal. Transfer 16(3), pp. 369-382.

J. Waddington – T. Müller – K- Vandaele 2019, Setting the scene: collective bargaining under neoliberalism, in Müller T., Vandaele K. and J. Waddington (ed.) 2019, vol. I, pp. 1-32.

Weil D. 2014, The Fissured Workplace, HUP Massachussets, Cambridge.

Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*

Riccardo Del Punta

1. Il diritto del lavoro e i valori. 104
2. Un diritto contro la libertà di mercato. 108
3. L'attacco neoliberale e le reazioni della dottrina. 112
4. Per un diritto del lavoro "economicamente sostenibile". 114
5. I valori del diritto del lavoro: una reinterpretazione. 118
6. Il diritto del lavoro come terminale di informazioni. 123
Riferimenti bibliografici. 124

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 395/2019

1. Il diritto del lavoro e i valori.

In quel cruciale passaggio della modernità rappresentato dai decenni tra Ottocento e Novecento, diverse e innovative correnti del pensiero giuridico hanno rivolto lo sguardo, più che ai concetti e alla struttura del diritto, alle forze concrete e alle istanze economiche e sociali che incessantemente producono, modificano e distruggono le realizzazioni del diritto positivo.

Uno dei propellenti più potenti che sospingevano, a livello ideale, questi movimenti, era rappresentato da quei concetti etico-sociali, che già nell'Ottocento avevano cominciato a occupare lo spazio pubblico, e che ancora di più lo avrebbero occupato nel secolo successivo.

Una storia intrigante, quella dei *valori*, a cominciare dal fatto di essere il frutto della kantianizzazione di un concetto originariamente economico: da qualcosa che vale per l'uso o per lo scambio, a qualcosa che ha pregio o importanza di per sé, di solito (ma ahimè non necessariamente) come fondamento positivo della vita umana.

In questo spirito i valori si distinguono dalle preferenze soggettive perché indicano ciò che non semplicemente è desiderato ma è desiderabile, e possiede quindi una *dimensione normativa*, sebbene variabile a seconda dei popoli e dei gruppi[294].

Una dimensione, peraltro, tutta da *fondare*, da cui i ricorrenti tentativi (che hanno coinvolto anche la scienza giuridica) di sfuggire al relativismo dei valori (predicato, ad es., dalla componente più estrema del secolarismo liberale[295]) attestandone una qualche oggettività.

Un tentativo compiuto, in particolare, dalla filosofia dei valori di impronta neokantiana[296], e specularmente avversato da quelle correnti che, sulla scia di Nietzsche (il quale, peraltro, dei valori predicava la "trasvalutazione"), hanno sottoposto il discorso sui valori a una critica radicale, poi ripresa, in una prospettiva giuridico-costituzionale, dall'immagine schimittiana della "tirannia dei valori"[297].

L'avanzata dei valori, peraltro, era inarrestabile, in quanto portato dei processi di democratizzazione riflessiva in atto nella società occidentali. Del pari, era scritto nel destino dei tempi che essi si infiltrassero, sempre più capillarmente, nel mondo del diritto.

In effetti, in quella stessa epoca di passaggio, uno dei giganti del Novecento, Max Weber, aveva testimoniato l'alba di un diritto nuovo, definito "materiale" per distinguerlo da quello "formale" della tradizione pandettistica ottocentesca[298]. Nuovo, non tanto per essere il prodotto di forze storiche e politiche contingenti (un sociologo della statura di Weber non poteva ignorare che

---

[294] V. Kluckhohn 1979.

[295] Contro la quale si concentra la critica di Pennacchi 2018, 37 ss. Ma il liberalismo non è necessariamente relativista.

[296] In argomento, v. Poliseno 2006.

[297] V. Schmitt 1979.

[298] V. Weber 1981, *III. Sociologia del diritto*, 14 ss., cui *adde* questo passo a p. 192: "Ma con il sorgere dei problemi di classe si cominciano ad additare al diritto aspirazioni materiali che mettono in dubbio proprio la sufficienza di quei semplici criteri di onestà mercantile e rivendicano la necessità di *un diritto sociale fondato su postulati etici di intonazione patetica (come la "giustizia" e la "dignità umana")* (corsivo mio), e ciò sia da una parte degli interessati (specialmente la classe lavoratrice), sia dagli ideologi del diritto. Ma ciò mette radicalmente in discussione lo stesso formalismo giuridico…". Sui corrispondenti paradigmi di razionalità, v. Weber 1981, *I. Teoria delle categorie sociologiche*, 21-22.

questo era sempre accaduto nella storia umana), bensì per il fatto di non nascondersi più, ossia di non celare la propria politicità (e parzialità) dietro i concetti dogmatici e le forme giuridiche.

Di quel grande rinnovamento della cultura europea sviluppatosi sull'onda delle critiche al positivismo (ma non necessariamente all'illuminismo)[299], ha fatto dunque parte anche la crisi della tradizionale sapienza giuridica, che ha sottratto al diritto quel tanto di stabile che esso aveva dato l'illusione di essersi conquistato, riconsegnando non soltanto i suoi contenuti (come persino un giuspositivista come Hans Kelsen non avrebbe avuto difficoltà a concedere), ma anche i suoi concetti e principi (il che Kelsen ha cercato, invece, di contrastare, impegnato com'era nell'impresa di depurare la conoscenza giuridica da tutti gli elementi considerati spuri), alla connaturata precarietà della storia.

Una precarietà, tra l'altro, che nel campo dell'economia e del lavoro era particolarmente accentuata, giacché al cuore dei sommovimenti del tempo c'era proprio la questione sociale, ossia il tema delle condizioni di lavoro e di vita della classe operaia artefice materiale dell'industrializzazione, e quello che cominciava ad originare, anche a prezzo di lotte e di sangue, da questi sommovimenti, era un diritto che appariva come una minaccia all'ordine liberale borghese. Non era ancora chiaro a tutti, infatti (salvo che ai marxisti rivoluzionari, che infatti ne diffidavano), che lungi dal soffiare sul fuoco della palingenesi proletaria, quel diritto avrebbe potuto fungere, al contrario, da strumento di difesa del sistema.

Non è dunque un caso che proprio nel nascente diritto del lavoro Weber – nel quale, per giunta, i valori erano oramai consegnati a un politeismo che li alleggeriva di connotazioni metafisiche - scorgesse uno degli esempi paradigmatici di diritto materiale[300].

La latente crisi del giuspositivismo, o almeno delle sue versioni più concettualistiche, è poi esplosa nel contesto della crisi della coscienza occidentale seguita alle tragiche vicende del secondo conflitto mondiale, col che la reciproca appartenenza tra il mondo dei valori e quello del diritto è tornata, forse per sempre, alla ribalta, costringendo i teorici del diritto a tenerne conto[301].

Ma, con i valori, si è riproposto il problema della loro *selezione*, che non poteva restare affidata soltanto ai pur essenziali dispositivi delle procedure democratiche.

In particolare, nella temperie del secondo dopoguerra, diversi ordinamenti giuridici, tra cui quello italiano, hanno cercato di apporre dei suggelli forti su un certo patrimonio assiologico, in modo da tracciare delle linee di non ritorno che li preservassero dal ripiombare nella catastrofe delle dittature.

Ciò ha portato in auge l'eredità migliore della civiltà europea, incarnata dai valori di Dignità, Libertà, Eguaglianza, Giustizia, Solidarietà, i quali si sono intersecati, a loro volta, con il Lavoro, as-

---

[299] Sulla rivolta contro il positivismo e sulla storia delle idee di quel periodo, resta insuperata la ricostruzione di Stuart Hughes 1967, che annovero tra i libri più belli che abbia avuto la fortuna di leggere.

[300] V. Weber 1981, *III. Sociologia del diritto*, 85-86, con un passo troppo lungo da poter essere riportato qui, ma che meriterebbe di essere incluso nella tavola dei *fundamenta* del diritto del lavoro.

[301] V., per tutti, Mengoni 1985.

surto a chiave maestra di accesso alla cittadinanza sociale, secondo quanto proclamato, in particolare, dalla Carta costituzionale italiana.

L'impatto di quest'ultima sulla base valoriale della materia è stato, tuttavia, ambivalente. Da un lato, essa ha confermato l'inerenza dei valori di giustizia e solidarietà sociale alla dimensione fondativa del diritto del lavoro, che sulla base di quei valori (e della legittimazione costituzionale) si è ulteriormente sviluppato. Dall'altro lato, essa ha positivizzato quei valori, anche se per lo più sotto la forma di principi[302], introiettandoli nell'ordinamento giuridico, e così schermandoli in qualche misura dal dibattito filosofico-politico, che nel frattempo procedeva per le proprie strade.

Da cui il paradosso di una cultura impregnata di valori, che però ha quasi smesso di discuterne, e pure di imparare da chi li studiava per mestiere (si pensi, ad es., al nuovo inizio del dibattito filosofico sulla giustizia, segnato dalla pubblicazione di *A Theory of Justice* di John Rawls), reputando di averli già trovati una volta per tutte nella Costituzione, e di non avere, perciò, bisogno di altro.

Valori fondativi di diritto, pertanto, ma a loro volta fondati e oggettivati dall'autorità del diritto, al punto di essere letti, nella più recente fase in cui le tutele sociali hanno iniziato un percorso discendente e non soltanto ascendente come nei Trenta Gloriosi, in chiave di rilancio della progettualità regolativa a fronte della deriva neoliberale presa dalle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione[303].

Peraltro, se lo rapportiamo all'ambizione che nutriva, vale a dire quella di rendere inespugnabile il fortino di ciò che è "indecidibile", essendo stato già deciso una volta per tutte[304], questo tentativo non mi pare riuscito, dal momento che le teoriche dei diritti fondamentali si sono rivelate in grado di coprire, nella migliore delle ipotesi, soltanto una porzione di un *acquis* giuslavoristico avanzato come quello italiano[305].

Né, al fondo, esso può riuscire, giacché disconosce la connaturata storicità del diritto del lavoro[306]: e della storia non si può prendere soltanto quello che piace, scartando ciò che si giudica regressivo.

Questo non significa, evidentemente, togliere rilievo alle indicazioni della Costituzione, che tracciano le grandi direttrici di sviluppo dell'azione pubblica, né negarne, nel merito, la fondamentale finalizzazione sociale, e in specie lavorista.

---

[302] Pur riconoscendo l'esistenza di un nucleo comune (e di una certa intercambiabilità) tra valori e principi, traccia però una sottile distinzione tra essi (con una dichiarata preferenza per i secondi) Zagrebelsky G. 2018, 235-239, secondo cui il valore (nietzscheano) è "un *bene finale* che sta innanzi a noi come una meta che chiede di essere perseguita tramite attività teleologicamente orientate" (e il fine delle quali spesso giustifica i mezzi, quand'anche abietti), mentre il principio (kantiano) è "un *bene iniziale* che chiede di realizzarsi attraverso attività conseguenzialmente orientate". Tuttavia, viene sommessamente da obiettare, da un lato si può e si deve discutere della bontà dei valori (come giustamente rimarcato da Pennacchi 2018); dall'altro, anche i principi, se non altro quando sono giuridici e non soltanto morali, si debbono considerare sottoposti al test delle conseguenze, che è poi la traduzione della weberiana "etica della responsabilità" (v. in argomento anche *infra*, § 6).

[303] Non mi sembra, peraltro, che l'indubbia offensiva lanciata dal neoliberismo abbia provocato, e non soltanto nell'ambito culturale qui in considerazione, quell'ostracizzazione e quella conseguente eclissi dei discorsi sui fini e sui valori, che sono lamentate da Pennacchi 2018, nel quadro di una critica radicale alla "razionalità strumentale" dell'economia.

[304] V. Ferrajoli 2013, 64, e, più ampiamente, 2007, I, in specie 846 ss., sul paradigma dello "Stato costituzionale di diritto".

[305] V., in argomento, Caruso – Fontana 2015.

[306] Mi permetto di rimandare a Del Punta 2002.

Questa finalizzazione, tuttavia, non è a un'unica dimensione, come per quei cultori del social-costituzionalismo che ritengono di poter riassumerla nell'asserito primato del sociale sull'economico, bensì si inserisce in un complesso di orientamenti valoriali che debbono essere rapportati, tramite l'interpretazione costituzionale e in specie le (dai suddetti di solito criticate) operazioni di bilanciamento tra principi in eventuale conflitto, alle concrete circostanze storiche. Con ancora maggiore evidenza, deve essere altresì lasciata al dibattito pubblico e alla decisione politica la scelta dei mezzi più idonei a raggiungere i fini posti dalla Carta[307].

Sebbene *a partire dalla Costituzione*, il discorso sui valori del diritto del lavoro resta, insomma, tutto da svolgere, e il modo migliore di farlo è quello di analizzare il percorso di tali valori in sincronia con le forme storiche dell'evoluzione della materia.

A questo modo di procedere si potrebbe obiettare, invero, che i valori esprimono un dover essere, per cui dovrebbero potersi imporre alla realtà e non viceversa. Non condividerei l'obiezione, che reputerei inficiata da un sovrappiù di idealismo, essendo dell'avviso che i valori sono soggetti a una *co-evoluzione* con i processi reali ai quali si rapportano.

Un assunto, questo, dal quale traggo a sua volta l'indicazione di metodo che il discorso sui valori deve miscelare *realismo storico e tensione normativa*, distillando il meglio dall'evoluzione storica della materia, in modo da additare a questa (pur senza, ovviamente, potergliela imporre) la migliore pista da seguire.

Entro questa prospettiva cognitiva, sosterrò qui la tesi di fondo (che si macchierà, come ogni ragionamento a tesi, di semplificazioni e omissioni) che, come i valori tradizionali del diritto del lavoro hanno preso forma in un contesto strutturale che ne giustificava una preponderante finalizzazione anti-mercato, così le profonde trasformazioni che hanno interessato quel contesto, in conseguenza della globalizzazione e delle coeve rivoluzioni tecnologiche, suggeriscono non già il superamento, bensì una *rivisitazione costruttiva* di quei valori.

Nella mia concezione, le ragioni in favore di tale rivisitazione sono di una duplice natura: ragioni *intrinseche*, inerenti al contenuto e alle implicazioni dei possibili valori in gioco e della loro possibile modernizzazione; e ragioni *estrinseche*, inerenti al rapporto a mio avviso più idoneo tra i valori etici e/o politici del diritto del lavoro e una sfera che non è, o non pare, immediatamente produttiva di valori, come quella economica.

Le due parti del ragionamento potrebbero stare in piedi, in teoria, l'una prescindendo dall'altra: nondimeno, *la complementarietà tra esse è evidente*, nel senso che – questa è la tesi – *la modernizzazione dei valori che sarà suggerita rappresenta*, a mio giudizio, *anche il modo di impostare nei termini più appropriati e fruttuosi il rapporto tra il diritto del lavoro e l'economia di mercato*.

E proprio perché il tema dell'incontro/scontro tra le due razionalità, giuslavoristica ed economica, assume un rilievo preliminare ai fini della delimitazione del campo assiologico, esso sarà affrontato per primo, ipotizzando la compresenza, nella cultura giuslavoristica, di due indirizzi di base, caratterizzati da divergenti orientamenti rispetto all'economia di mercato (§ 2). Saranno poi discussi i termini in cui la disciplina, nelle suddette articolazioni, ha reagito all'attacco delle istanze neoliberali (§ 3). A partire da queste premesse, saranno addotte ragioni in favore di un diritto del

[307] Ho analizzato più a fondo queste tematiche interpretative, se vuoi, in Del Punta 2014.

lavoro "economicamente sostenibile", che punti cioè al migliore compromesso possibile tra le istanze di socialità e di efficienza, lungo il filo rosso della valorizzazione del lavoro umano (§ 4). Sulla scorta di queste osservazioni di contesto, sarà possibile tornare sui valori, per suggerirne una reinterpretazione costruttiva che li renda maggiormente consoni ai processi di trasformazione intervenuti e tuttora in corso, in particolare sotto il profilo della promozione non paternalistica dell'autonomia e del ruolo del lavoratore; con uno speciale riferimento, come guida per tale rivisitazione, all'approccio delle *capabilities* (§ 5). Concluderanno l'articolo rilievi basici in merito alle implicazioni dell'impostazione suggerita in punto di selezione delle tecniche regolative della disciplina e di valutazione del loro impatto, riassunte nell'immagine del diritto del lavoro come terminale di informazioni (§ 6).

Mi preme, infine, un'avvertenza. Il fatto che le riflessioni qui proposte immaginino una sorta di filo diretto tra i valori e il diritto (del lavoro) non significa che quel filo sia sempre trafficato. Varie ed eterogenee, infatti, sono le istanze che giocano nei processi di produzione del diritto del lavoro: basti pensare alle infinite istanze di *problem-solving* che si presentano ogni giorno alle autorità governative e legislative, ed alle quali esse cercano di rispondere nelle forme possibili, e spesso con meri intenti di salvaguardia o estensione delle basi di consenso. Un'analisi a sé dovrebbe essere dedicata, altresì, alla produzione giudiziaria del diritto: ma, anche lì, i fattori all'opera possono essere di svariata natura, e inoltre l'interpretazione non chiama sempre in causa i grandi valori, al massimo fissandosi su quella specifica componente valoriale che è condensata nella *ratio* di singole norme.

I valori, insomma, non sono materiali da tutti i giorni. Ciò non toglie che essi definiscano la *base fondamentale* che sorregge il discorso giuslavoristico nelle sue molteplici forme e manifestazioni.

2. Un diritto contro la libertà di mercato.

Man mano che ha acquisito forma e organicità, quantomeno nei sistemi europeo-continentali, il diritto del lavoro si è costituito, tecnicamente tramite la previsione di vincoli inderogabili all'autonomia negoziale privata, come *contro-limite al capitalismo di mercato*, allo scopo di restringerne la libertà di azione nei confronti dei lavoratori. Questo è avvenuto nel quadro di circostanze storiche che, com'era ben presente ai settori più illuminati delle classi dirigenti, imponevano di prendere di petto la questione sociale.

In questo modo il diritto del lavoro si poneva, sì, come diritto *dell'*economia, oltre che *nell'*economia, in quanto strumentale alla stabilizzazione dei dispositivi economici incentrati sul lavoro subordinato, ma lo faceva con una finalizzazione dichiaratamente partigiana, che, pur senza stravolgere i rapporti di forza con il capitale, ambiva a limitarne la libertà di utilizzazione/sfruttamento del lavoro. La riprova sta nel fatto che la borghesia capitalista fece di tutto fuorché spalancare le porte di fronte alla sua progressiva avanzata.

Definire "capitalistico"[308] il diritto del lavoro pre-costituzionale, anche al fine di magnificare per contrasto la successiva costituzionalizzazione, è perciò un giudizio che tradisce la storia di una materia che, per quanto sia fiorita con la Costituzione, è nata ben prima di essa.

---

[308] V. Bavaro 2018.

Non c'è dubbio, semmai, che a livello di ispirazione generale le istanze del nascente giuslavorismo poggiassero su quantomeno implicite premesse marxiste, a cominciare dalla critica radicale (poi recepita dal già evocato Weber) all'idea stessa di contratto di lavoro, bollata come una mistificazione borghese.

Ma se il pensiero marxista restava concentrato sull'obiettivo dell'abbattimento rivoluzionario del sistema capitalistico, in quanto strutturalmente basato sullo sfruttamento o comunque sull'alienazione dei lavoratori, nei filoni deviazionisti del movimento, che trovavano una crescente rispondenza nell'azione delle forze partitiche e sindacali, il focus cominciava a spostarsi, più realisticamente, sul miglioramento graduale delle condizioni dei lavoratori. Per dirla con Eduard Bernstein, "Il movimento (cioè i compiti immediati della socialdemocrazia) è tutto, e ciò che è chiamato obiettivo finale del socialismo è nulla…"[309].

È accaduto, in sostanza, che il diritto del lavoro si è staccato dal proprio fondo marxista, proiettandosi sul terreno socialdemocratico e riformistico e scendendo, in tal modo, praticamente a patti con il capitalismo di mercato, sebbene per trasformarlo in senso sociale.

Dopo di che, in virtù di una naturale dinamica dialettica, questa disponibilità al compromesso avrebbe dovuto comportare, prima o poi, l'abbandono o quantomeno la relativizzazione dell'equazione originaria tra subordinazione e sfruttamento, alla luce della quale, tra l'altro, il diritto del lavoro finiva con l'essere, nella migliore delle ipotesi, inutile, quando non dannoso a causa delle false lusinghe che poteva ingenerare nel proletariato.

Quasi mai, peraltro, quell'equazione è stata portata sino alle estreme conseguenze: si è preferito, per lo più, lasciarla dietro le quinte, se non rimuoverla, mentre ci si dedicava a costruire, pragmaticamente, il diritto del lavoro del presente. Il che, di passaggio, ha fatto di Marx l'autore forse meno citato dai giuslavoristi.

Ma il rimosso si è costantemente riaffacciato, nella veste di una divaricazione tra due *atteggiamenti strategici*, che se in talune stagioni è rimasta assorbita o coperta, in altre si è allargata pur senza giungere mai, o quasi, a rompere l'unità culturale della disciplina.

Con una dose di consapevole (e spero perdonabile) arbitrio, mi piace battezzare *sinzheimariana* la prima di tali prospettive – che avverto tuttora dominante nel giuslavorismo italiano -, da colui che, trasferendo le proprie scaturigini marxiste sull'idea di un ruolo forte dell'intervento statuale a disciplinamento del mercato, più di tutti ha simboleggiato, nel grande laboratorio di Weimar, l'accesso del diritto del lavoro all'età della consapevolezza[310].

L'aspetto che mi preme di quest'ottica classicamente socialdemocratica, rapportabile in particolare al primo Sinzheimer (forse sacrificandone la fase successiva[311]), e che si inserisce, più in generale, nell'amplissimo alveo del pensiero critico germinato in seno alla modernità occidentale-capitalistica, è che in essa la compromissione col capitalismo è di norma vissuta con una latente riserva mentale, in virtù della quale il diritto del lavoro è concepito non già soltanto come una mossa pragmatica finalizzata all'*empowerment* della classe lavoratrice, bensì, più ambiziosa-

[309] V. Bernstein 1968, 6.

[310] Per una recente ripresa, e difesa, dell'idea sinzheimeriana di "Costituzione economica", v. Dukes 2014, spec. 12 ss.

[311] V. Nogler 2016.

mente, come uno strumento di emancipazione dei lavoratori dai dispositivi dell'economia di mercato, in vista di un'idea alternativa, quantomeno da "separati in casa" se non da divorziati, di convivenza sociale.

Ad alimentare questa visione è stata, peraltro, anche la dottrina sociale cattolica, in quanto rivolta al superamento dell'ordine di mercato nel nome di un rinnovamento morale dell'uomo incentrato sul trascendimento dei suoi istinti egoistici, a cominciare da quello al profitto[312].

L'identikit del tipico giuslavorista *no-market* può essere così abbozzato: un'eticità anti-individualistica e anti-utilitaristica e una correlata (anche se, sovente, implicita) antropologia della "diversità" del lavoratore subordinato; 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[313]); 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.

A fronte di questo principale orientamento, si è col tempo manifestato, sebbene in ordine sparso, un diverso indirizzo politico-culturale che definisco, con un'altra licenza, dell'*economia sociale di mercato*, in quanto ispirato all'idea della conciliazione tra mercato, concepito però come ordine istituzionale e non naturale come nel liberalismo classico, e giustizia sociale.

Il ricorso a tale formula potrebbe suscitare perplessità, visto che essa è considerata espressione dell'ordoliberalismo tedesco[314], cioè di una tradizione di pensiero che, sebbene le sue premesse, omogenee a quelle polanyane nell'enfasi sul ruolo ordinatore della legge[315], potessero giustificare (e abbiano spesso giustificato) interventi correttivi del mercato in senso sociale[316], ha sempre avuto come stella polare la competizione di mercato (e, per altro aspetto, l'avversione anti-keynesiana), per cui sarebbe forzato considerarla un riferimento teorico del diritto del lavoro.

E questo vale sia che si guardi alla sua configurazione di base, non a caso considerata da Michel Foucault come un modello biopolitico manipolatorio (e perciò più pericoloso di quello liberale

---

[312] È esemplare, a questo riguardo, la posizione di Papa Francesco (per una *summa* della quale v. l'intervista rilasciata al Sole 24Ore il 7 settembre 2018).

[313] Per una critica, v. Del Punta – Caruso 2017.

[314] Su cui v. l'ottimo Hien – Joerges (eds.) 2017.

[315] V. Woodruff 2017.

[316] Ad es., sull'ordoliberalismo "sociologico" di Ropke e Rustow, che si differenziava da quello di Eucken perché riteneva che l'ordine di mercato non bastasse ad assicurare la solidarietà sociale, v. Dyson 2017, 90 ss.

classico), in quanto tendente all'assoggettamento di tutta la vita sociale all'imperativo economico[317], sia che si preferisca enfatizzarne le più recenti contaminazioni politiche col neoliberalismo, che si sono manifestate, in particolare, nella gestione a trazione tedesca delle politiche europee di austerità[318].

Ma, senza farmi irretire oltre da tale genealogia, mi limito qui a riferirmi all'"economia sociale di mercato" in un'accezione più candida, che trovo rispecchiata nell'art. 151 del TFUE. Un ideale di cui può ritenersi un fautore, semplicemente, chi creda nella "promozione dell'occupazione", nel "miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso", in una "protezione sociale adeguata", nel "dialogo sociale", nello "sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo" e nella "lotta contro l'emarginazione", ma che sia parimenti convinto dell'importanza di rendere compatibile tutto questo con la "necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione".

Del resto, a dispetto dell'impronta classicamente ordoliberale del Trattato di Roma, è stato pur sempre all'ombra di questo che, come riverbero degli sviluppi nel frattempo occorsi nei principali ordinamenti nazionali (a cominciare da quello tedesco), ha potuto prendere corpo, soprattutto dopo Maastricht (cui risale la formulazione dell'attuale art. 151) e prima di incagliarsi nelle secche dell'allargamento dell'Unione e delle contraddizioni dell'euro, il diritto sociale europeo.

Il richiamo all'imperativo di mantenere la *competitività* dell'economia dell'Unione è tutto fuorché un dettaglio, giacché (a maggior ragione se esso è letto, come deve, nel contesto di altri valori cardine dell'UE, quelli sì ordoliberali doc, primo fra tutti la libertà di concorrenza) eleva l'istanza economica dal rango di mero contro-limite e la incorpora nella funzione economico-sociale del diritto del lavoro.

La differenza strategica fondamentale è che in questa prospettiva, in luogo di una tendenziale antitesi all'ordine di mercato, predomina la tensione verso l'obiettivo di *un mercato pienamente funzionante e inclusivo*, in quanto caratterizzato dalla libera partecipazione di tutti i suoi protagonisti, compresi i lavoratori. Ciò nella consapevolezza che è nel mercato, e nelle imprese che ne sono i principali attori, che si giocano anche i destini del lavoro.

Ne discende che, per quanto il lavoratore debba essere assistito nella sua azione di mercato, anche con interventi rientranti nello strumentario tradizionale del diritto del lavoro (inclusa la sottrazione di certi beni alla negoziazione), non si rinuncia a coltivare la possibilità che il contratto di lavoro possa essere riconciliato, almeno in parte, con il mercato.

Le implicazioni che ne discendono non sono di poco momento. Così, al di là del comune denominatore di talune scelte di fondo a protezione di beni fondamentali dei lavoratori, un fautore di questo approccio non coltiva di solito il mito della "diversità" del lavoratore, che dipinge come fatto di nobiltà e miserie al pari di ogni essere o gruppo umano; reputa l'efficienza del sistema un

---

[317] V. classicamente Foucault 2009. L'ordoliberalismo è considerato uno dei due grandi filoni del neoliberalismo (l'altro essendo quello austro-americano risalente a Hayek) anche da De Carolis 2017, la cui riflessione critica si appunta sulla insuperabile contraddizione della visione neoliberale, che è condannata al tramonto nella misura in cui si rivela incapace di gestire, in particolare sotto il profilo dei meccanismi di potere, quella "dinamizzazione" della società che essa ha contribuito a scatenare (ed è forse per un certo qual fascino, che filtra dalle pagine dell'autore, per l'ambizione di questo progetto, che Pennacchi 2018, p. 86 nt. 42, giunge ad attribuirgli, ingenerosamente, "un notevole livello di contiguità col neoliberalismo").

[318] V. Ferrera 2017.

problema comune di imprenditori e lavoratori, e ha un atteggiamento aperto, ancorché non supino, nei confronti dell'economia e in generale del dialogo interdisciplinare; tende a considerare la contrapposizione di interessi come un dato storico ma non strutturale del contratto di lavoro, per cui è attratto dalla prospettiva di un'evoluzione in senso collaborativo della sua causa; reputa utile lo sviluppo di forme di retribuzione collegate alla produttività del lavoro ed è decisamente a favore degli schemi di Welfare aziendale; crede, come tutti, nella tutela contro il licenziamento ingiustificato, ma ritiene che la reintegrazione possa essere sostituita, di massima, da un'adeguata tutela economica; è interessato alla sperimentazione di meccanismi di autonomia individuale assistita, e in generale non considera l'inderogabilità come un dogma; sottolinea l'importanza delle politiche attive (sebbene a ciò faccia seguire di rado un effettivo impegno intellettuale); crede nella partecipazione come prospettiva strategica dell'azione collettiva[319].

Dovessi quindi risalire alle origini della faglia qui esplorata, penso che vi rinverrei una sostanziale diversità di vedute sul peso da attribuire alla dimensione dell'*economico* nella costruzione dell'*ordine sociale*[320]: una dimensione tanto accettata in tutta la sua pratica importanza dagli uni, quanto rigettata più o meno apertamente dagli altri, i più radicali dei quali tendono a considerare i primi, nel migliore dei casi, come portatori sani del virus della razionalità calcolante dell'economia, e, nel peggiore, come quinte colonne (o, più benevolmente, come inconsapevoli strumenti) del neoliberalismo.

3. L'attacco neoliberale e le reazioni della dottrina.

Per descrivere in quali termini il contesto economico sia mutato, rendendo sempre più faticoso per paesi come l'Italia crescere e soddisfare le aspirazioni di benessere dei suoi cittadini, e mettendo perciò in crisi gli equilibri sociali tra cui quelli presidiati dal diritto del lavoro, fiumi di parole sono scorsi. Limpido come sempre, Michele Salvati ha così descritto i problemi derivati dalla svolta neoliberale e globalizzata del capitalismo che si è consumata dagli anni '80 del secolo scorso[321]:

In un contesto di libera circolazione dei capitali e di cambi flessibili crescono maggiormente i Paesi più competitivi, con salari più bassi, con buone capacità tecnologico-organizzative, o per il concorso di entrambi i motivi. I Paesi più ricchi e industrialmente maturi, quelli favoriti dal precedente regime, devono adattarsi a tassi di crescita minori. Nei più competitivi tra di essi, tuttavia, la crescita è ancora sufficiente a sostenere adeguate istituzioni di Welfare e livelli decenti di occupazione. Anche in questi si registrano però forti perdite relative di reddito e di occasioni di lavoro stabile nei ceti professionalmente più deboli e nelle aree culturali meno favorite. E si registrano spesso forti squilibri nella distribuzione del reddito a favore dei ceti avvantaggiati dai caratteri

---

[319] I due atteggiamenti esemplificati sono rintracciabili, seppure tra le righe, anche negli approcci interpretativi della giurisprudenza. Senza addentrarmi in tale analisi, mi piace però menzionare una decisione che mi sembra incarnare alla perfezione quello spirito di conciliazione tra i diritti dei lavoratori e le istanze economiche, qui individuato come la cifra della posizione riformatrice: la sentenza n. 25201/2016 della Cassazione sul classico tema del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, che non a caso è stata bersagliata da critiche dalla sponda garantista (v., ad es., Speziale 2018).

[320] È qui, infatti, che va sostanzialmente a parare la serrata (e comunque stimolante) critica di Pennacchi 2018 alla "razionalità strumentale" dell'*homo oeconomicus*, con la parallela evocazione di un nuovo "modello di sviluppo", anzi, di più, di una nuova "forma di vita" diversa da quella capitalistica (107 ss.).

[321] V. Salvati, *La campagna elettorale e il declino del paese*, Corriere della Sera, 21 dicembre 2017.

tecnologici e finanziari di questa fase della globalizzazione: di qui la protesta e la crescita di movimenti populistici. *Nei Paesi industrialmente avanzati e ancora ricchi (ma per quanto?) e però meno competitivi – l'Italia è un caso tipico – questi fenomeni si avvertono con maggiore intensità* (corsivo mio).

In questo nuovo contesto globale, caratterizzato dalla crisi dello scambio fordista-welfarista, e nel quale hanno altresì giocato fattori di grande impatto come il mutamento in senso postfordista dei modelli di produzione e consumo e i progressi e l'applicazione estensiva delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, le politiche nazionali hanno subito una drammatica torsione verso la competitività e la crescita, nel tentativo sovente affannoso di non far perdere alle rispettive economie posizioni nello scacchiere mondiale, nonché di impedire il declino quando non la scomparsa di interi comparti produttivi[322].

Le politiche del lavoro hanno seguito a ruota (sino a vedersi scaricato addosso, in alcuni passaggi, un peso vistosamente improprio), enfatizzando al massimo l'obiettivo occupazionale, del quale anche la cultura giuslavoristica è stata costretta, alla fine, a interessarsi[323], superando le resistenze (della serie: noi ci curiamo degli occupati, ai disoccupati devono pensare altri) dovute al timore di aprire le porte a un nemico che avrebbe potuto corroderla dall'interno.

Si è così entrati nell'era della massima aggressività del sapere economico di impronta neoliberale, le cui ricette, a lungo abbracciate dalle maggiori istituzioni internazionali (e pure europee, dato l'intreccio con la faglia Nord-Sud formatasi nella UE), sono entrate in collisione con le conquiste giuslavoristiche. Il che si è tradotto, in tutti i sistemi avanzati di diritto del lavoro, nell'adozione di una serie di riforme dominate dalla flessibilità, per quanto con una costante ricerca di compromessi con gli assetti preesistenti, nonché di rilanci in direzioni possibilmente nuove, anche se non da tutti reputate tali (come la *flexicurity*).

L'attacco neoliberale ha ovviamente agitato, a dir poco, la dottrina italiana (e internazionale), le cui reazioni, peraltro, hanno continuato a svilupparsi sulla falsariga dei due atteggiamenti di base fotografati nella precedente sezione.

La risposta prevalente, almeno per lungo tempo, è stata di tipo difensivo, ossia protesa a respingere in blocco le pressioni liberalizzanti, talora preoccupandosi di confutarne la fondatezza (ad es. rimarcando l'inesistenza di evidenze circa l'effetto pernicioso dell'EPL sull'occupazione[324]), ma per lo più screditandole sotto il profilo dell'etica pubblica.

La *lotta per i diritti sociali*, in quanto espressioni di una società giusta e solidale, in contrapposizione all'individualismo competitivo e al liberismo selvaggio, è divenuta la cifra di questa resistenza[325], che nel contesto italiano si è caratterizzata, come già commentato, anche per la ricerca di agganci costituzionali.

---

[322] Un contesto economico, questo, di massima ignorato – *come se non esistesse, o non rilevasse* – dalla maggior parte dei critici del neoliberalismo (*ex multis*, Pennacchi 2018), i quali, nella migliore delle ipotesi, se ne sbrigano riconducendo l'ascesa delle economie "nuove", tra le quali quella cinese, esclusivamente alle scelte politiche della Spectre neoliberale che hanno portato alla liberalizzazione degli scambi commerciali e dei movimenti di capitale: scelte certamente passibili di varie critiche, ma che difficilmente possono spiegare, da sole, fenomeni storici epocali quali i processi in corso di redistribuzione della ricchezza globale.

[323] V. le prime sollecitazioni di Ichino 1996.

[324] V., ad es., Speziale 2014.

[325] V. ad es., ma in chiave di sollecitazione alla riscossa, alla luce della crisi del neoliberalismo susseguente agli eventi del 2007-2008, Pennacchi 2018.

In sintesi, secondo questi pur variegati indirizzi, l'impostazione di base del diritto del lavoro resta valida, per cui, fatte salve al massimo alcune manutenzioni, né le principali tecniche regolative della materia, a cominciare dall'inderogabilità, né tantomeno i suoi valori portanti, meritano di essere messi in discussione. Si tratta, al contrario, di procedere alle opportune riforme delle riforme neoliberali o liberiste, e semmai di portare a termine l'universalizzazione dei diritti del lavoro (come nella Carta dei diritti universali proposta dalla CGIL).

Mi pare lecito leggere questi orientamenti in continuità con il DNA sinzheimeriano della materia, da sempre in mezzo al guado tra il desiderio di condizionare il capitalismo e la tentazione dello smarcamento dalle sue leggi.

Di contro, altre scuole e altri autori, pur patendo come tutta la materia gli attacchi neoliberali, hanno tentato di volgere la crisi in positivo, vivendola come un'occasione di modernizzazione delle istituzioni del diritto del lavoro. Ciò andando alla ricerca di formule e strategie regolative rivolte a conciliare la socialità con il mercato e quindi a proporre una filosofia di protezione del lavoratore economicamente compatibile col nuovo contesto.

Sul piano di quella cartina di tornasole rappresentata dalle ricadute istituzionali, la tendenza principale ascrivibile a questo filone è stata quella a concettualizzare lo spostamento del focus della regolazione, e dunque degli interventi a protezione del lavoratore, dalla dimensione del *rapporto* (o mercato interno) a quella del *mercato* (esterno) del lavoro[326]. Questa posizione ha trovato un naturale approdo nella *flexicurity* europea, peraltro bisognosa di un rilancio *(*in particolare per il cruciale aspetto della *security*) come tutte le politiche sociali dell'Unione[327].

In un'ottica teoricamente più ambiziosa, riconducibile a una sorta di ordoliberalismo di sinistra, la proposta di ridefinire il diritto del lavoro in termini di *law of the labour market* è stata avanzata nel quadro di una confutazione della critica economica di taglio neoclassico, e dunque per sostenere – anche sulla scorta di altre correnti economiche, a cominciare da quella neoistituzionale – l'efficienza di varie discipline lavoristiche, in quanto correttive delle disfunzioni del mercato del lavoro[328].

Soltanto in rari casi, invece, la riflessione sulla crisi si è spinta sul terreno dei valori di riferimento della materia. A questo riguardo la discussione domestica è rimasta alquanto scollegata da quella internazionale, che ha prodotto studi espressivi di orientamenti diversi ma tutti alieni da eccessi catastrofisti[329], nonché aperti al confronto con le novità proposte dallo scenario economico, quand'anche fosse per rivendicare, come nel *purposive approach* suggerito da Guy Davidov, la perdurante attualità dei fondamentali del diritto del lavoro[330].

4. Per un diritto del lavoro "economicamente sostenibile".

A seguito delle trasformazioni strutturali legate alla globalizzazione e alla informatizzazione, ma

---

[326] Non si può non ricordare, al riguardo, Biagi 2003.

[327] In questa prospettiva, v. Treu 2017.

[328] V. Deakin – Wilkinson 2004.

[329] V., ad es., Davidov and Langille 2011.

[330] V. Davidov 2016.

prima ancora alle dinamiche evolutive del fordismo, si è aperta nel campo del lavoro una nuova partita, dagli esiti altalenanti, nella quale i difensori della tradizione giuslavoristica si sono trovati a giocare, per lo più, un ruolo di resistenza, nell'oggettiva difficoltà di ritornare a un diritto del lavoro di sapore "statutario"[331].

Il che non ha impedito a questa resistenza, beninteso, di annoverare significativi successi: il principale, che si è avvalso in più occasioni della collaborazione della giurisprudenza, è consistito nella notevole dose di resilienza che un ordinamento giuslavoristico come quello italiano ha opposto alle ricette neoliberali più spinte, sì che i pur reiterati processi di flessibilizzazione della disciplina (2003-2012-2015) non sono arrivati al punto di produrre sconquassi deregolativi come quelli propugnati da taluni economisti. La vicenda del d.lgs. 23/2015, che ha rappresentato il massimo punto d'attacco delle idee neoliberali, ma cui la cui logica di fondo è stata smontata dalla Corte costituzionale[332], si può reputare emblematica. Né sono mancate vere e proprie controffensive[333].

Nel contempo, però, il *match* più importante in chiave strategica (a mio modo di vedere, ovviamente) è iniziato tra chi, facendosi forte del verbo neoliberale e dei fattori internazionali (tra cui l'interesse del sistema paese a divenire più attrattivo per gli investimenti esteri), puntava in effetti a smantellare il più possibile le istituzioni del diritto del lavoro e sindacale, e chi, se da un lato faceva presente ai garantisti che la svolta della flessibilità doveva essere accettata, per mettere le imprese italiane nelle condizioni di competere a livello globale, e che la materia poteva essere meglio difesa modernizzandola nella direzione di un'efficiente economia sociale di mercato, seppure a costo di lasciarsi qualcosa per strada, dall'altro lato contestava ai neoliberali che destrutturare le regole giuslavoristiche, oltre a essere sbagliato in sé, non conveniva neppure alle imprese, finendo col deprezzare il lavoro invece di valorizzarlo in quanto risorsa chiave della nuova economia e dei correlati modelli di competizione.

Era scontato, altresì, che i riformatori finissero nel fuoco delle critiche da sinistra: ma, pur trovando sbagliate queste ultime, riconosco che la parte costruttiva delle analisi elaborate in questa prospettiva è stata timida se non carente.

Una difficoltà propositiva che veniva, d'altronde, da lontano, ove si consideri che lo stallo che si è venuto a creare tra le due visioni giuslavoristiche in campo è stato ed è un capitolo, e non tra i meno importanti, della crisi irrisolta della sinistra (anzi, delle due sinistre[334]) nell'epoca in cui il crollo del muro di Berlino e la globalizzazione hanno messo in crisi gli equilibri socialdemocratici diffusamente raggiunti: il che si è concretizzato nell'evidente difficoltà di delineare politiche economiche adatte a governare, da sinistra, le trasformazioni intercorse nel capitalismo, senza im-

---

331 Si consideri, per fare un esempio, che di solito le proposte di ripristino dell'art. 18 St.lav. non si spingono sino al punto di invocare l'originale (come modificato con l. n. 108/1990), ma sembrano accontentarsi di azzerare il d.lgs. n. 23/2015 recuperando per tutti (e non soltanto per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015) la pur allora vituperata versione forneriana della norma.

332 V. la notissima Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194.

333 Come quella del Decreto Dignità (d.l. n. 87/2018, conv. con l. n. 96/2018), in quanto oggettivamente ascrivibile a una ben nota linea vincolistica (v., in particolare, il pur parziale ripristino della causale del contratto a termine), e che molti giuslavoristi non hanno mostrato di apprezzare, od hanno sminuito, presumibilmente per ragioni di imbarazzo politico (forse destinato a venir meno da quando PD e LEU sono andati al Governo con i 5 Stelle).

334 Per questa chiave di lettura, v. già Del Punta 2008, spec. 284 ss.

pedire a questo di funzionare in modo efficiente, e quindi senza rifluire in qualche forma di corbynismo (il cui scavalcamento a sinistra della socialdemocrazia nel nome di un rinnovamento democratico dell'economia capitalistica[335], e in specie della sua componente finanziaria, è speculare al blairismo, che aveva tentato di correggerla in senso *market-friendly*).

Di questo stallo hanno approfittato i vari movimenti *populistici* (a cominciare da quello che ha portato all'elezione di Donald Trump), avvantaggiati dall'avere meno remore, rispetto a una sinistra assai più ingessata (anche perché non altrettanto spregiudicata), a proporre ricette di facile presa popolare, come quelle della battaglia per il protezionismo e contro le delocalizzazioni[336].

Credo che sia chiaro, dall'analisi sin qui svolta, che la prospettiva che reputo più feconda è quella di rinunciare, per la cultura giuslavoristica, a rappresentare una visione del mondo alternativa ed emancipatoria in senso forte, e di lavorare invece dentro il mercato per tentare di regolarlo alla ricerca del *miglior compromesso possibile tra socialità ed efficienza*.

Alla base di quest'opzione c'è anzitutto, per quanto detto, l'oggettività (di solito rimossa da chi, enfatizzando le periodizzazioni, legge l'ultima o penultima fase esclusivamente come vittoria del revanscismo neoliberale[337]) di uno stato di necessità, rappresentato dalla curva discendente, nella nostra parte di mondo, del ritmo della crescita economica, e dal conseguente imperativo di mobilitare tutte le risorse disponibili a tale fine, facendo squadra come sistema piuttosto che litigando tra noi. Ciò sulla premessa che la crescita è la precondizione della maggior parte delle tutele, e che non ci saranno diritti e trattati, né Ferrajoli o Rodotà che tengano, se il paese continuerà a impoverirsi.

Il che, peraltro, non significa affatto dimenticarsi che ci sono beni, come la dignità e la salute, che debbono continuare a non poter essere scambiati sul mercato[338]: rassegnarsi all'evidenza che il lavoro è *anche* una merce, e che quello che importa è che essa sia scambiata a condizioni eque, non implica che tale mercificazione possa essere integrale.

In questo spirito una prospettiva come quella della *law of the labour market* presta il fianco alla critica, avanzata da Ruth Dukes, di sottovalutare il retroterra conflittuale, e più in generale la politicità, del diritto del lavoro[339]. Questo non mi induce, tuttavia, a condividere il rilancio di marca sinzheimeriana e socialdemocratica proposto dalla stessa Dukes, bensì a rivendicare le ragioni di un *bilanciamento* – la delineazione dei termini del quale sarà l'impresa del futuro – tra l'eredità socialdemocratica e la cultura mercatista coltivata da vari filoni di pensiero, tra cui anche quello ordoliberale.

Si potrà vedere in questo un'ennesima risurrezione dell'idea di Terza Via, con la scontata evocazione del presunto fallimento del *New Labour* di Tony Blair, e quel che di solito ne segue: la mia sintetica risposta è che, o si fuoriesce dal capitalismo (ma in nome di che cosa non è, per dirla con un eufemismo, granché chiaro), o le Terze Vie, sempre vecchie e nuove a un tempo, sono un destino.

---

335 V. Guinan and O'Neill 2018.

336 V., infatti, anche l'art. 5 del Decreto Dignità.

337 V., ad es., Bavaro 2018.

338 V., classicamente, Sandel 2013.

339 V. Dukes, 194 ss.

A militare nella direzione qui sostenuta gioca anche una seconda considerazione strategica, che concerne l'opportunità di agganciare i processi di trasformazione dei modelli di *business* e di organizzazione del lavoro. Queste trasformazioni sono in atto sin dal tramonto del fordismo, e già da allora voci non sospette, come quella di Bruno Trentin, sollecitavano a considerarle come un'opportunità, più che come una minaccia *a priori*, così da allargare dall'interno, per quanto in Trentin ancora in un'ottica di pace armata, gli spazi di democrazia industriale, e promuovere, anche tramite una nuova generazione di diritti oltre che in virtù di una rinnovata azione sindacale, la *valorizzazione del lavoro umano*[340].

La rivoluzione digitale in corso[341] promette di rappresentare un decisivo salto di qualità in questa stessa evoluzione, nella misura in cui essa suscita, oltre alla grande paura della scomparsa del lavoro (che deve spingerci, d'altronde, a lavorare sempre di più e meglio sulle politiche attive e sulle reti di sicurezza), la grande speranza di una sua definitiva valorizzazione, in quanto lavoro a elevata intensità di conoscenza, e pertanto sempre meno eterodiretto.

Ciò senza dimenticare, nel contempo, l'inquietante tendenza alla *polarizzazione* dei nuovi lavori tra una fascia tecnologicamente qualificata e una malpagata e spesso precaria (*gig worker* inclusi), che deve essere oggetto di tutele specifiche.

Il tutto si inserisce, infine, in un contesto in cui crescono di importanza, nel capitalismo reale oltre che nella letteratura sociologica e manageriale, le esperienze e i movimenti tendenti a proporre nuovi modi di fare *business*, in una logica che tende a includere una maggiore internalizzazione, da parte delle imprese, degli interessi degli *stakeholder*[342].

In questa prospettiva, un'idea guida, e qui intesa nel suo proprio senso (a differenza che nella provocatoria parafrasi del titolo del paragrafo), è quella di *sostenibilità*[343], che suscita un crescente interesse nella parte più innovativa del mondo delle imprese, soprattutto se operanti su scala internazionale, ad esemplificare un nuovo modello di sviluppo in cui valore economico e valore sociale sono ricongiunti in un'ottica di medio o lungo termine.

La scommessa, insomma, è quella di inserire la socialità in un processo generativo di valore economico – un "valore condiviso"[344] -, anche sfruttando le incredibili possibilità comunicative (e di controllo sociale) offerte dalla rete e dai *social network.*

Queste tendenze – beninteso - non arriveranno al punto di soppiantare il tradizionale modello degli *shareholder*, che resterà l'asse portante del sistema economico, ma potrebbero favorirne un'evoluzione interna.

E che, ironicamente, possano essere anche gli anonimi consumatori globali a favorire indirettamente la tutela dei lavoratori, giocando sistemicamente sul terrore delle imprese di perdere la

---

[340] V., ad es., Butera 2016.

[341] Sulle sfaccettate caratteristiche e implicazioni della quale v. Cipriani, Gramolati, Mari 2017.

[342] Al riguardo, è significativo – ma con la riserva di verificarne l'impatto, a maggior ragione perché viene da un paese ove il lavoro abbonda, ma è pure molto sbattuto - il documento pubblicato il 19 agosto 2019 dalla *Business Roundtable* (un'associazione che riunisce 181 imprese globali di genesi statunitense), che è appunto incentrato sul rilancio dell'idea di un'impresa orientata a beneficio di tutti gli *stakeholder*.

[343] Su cui v. Cagnin 2018.

[344] V. Porter and Kramer 2011.

propria "reputazione commerciale", non dovrebbe essere vissuto dalla cultura giuslavoristica come una ferita narcisistica: è il lavoro, in fondo, che conta, più che il suo diritto.

Il senso di queste riflessioni è sostenere che la riflessione giuslavoristica deve sapersi inserire, con il suo patrimonio di conoscenze e di valori, entro i processi di trasformazione capitalistica in atto, e quindi entro una prospettiva di regolazione del mercato che sia economicamente compatibile e, di più, che punti alla progettazione di alleanze strategiche o quantomeno di giochi a somma positiva tra capitale e lavoro, essendo questo l'unico possibile terreno su cui le economie mature possono giocare la partita delle tutele nell'odierna era di bassa crescita.

Questo implica, tra l'altro, una conseguenza non da poco, in termini sia epistemologici che culturali, e cioè che *in tanto si può dare una teoria del diritto del lavoro, in quanto essa si connetta a una teoria dell'economia e della società*.

Il che, tornando per l'ultima volta su aspetti già toccati, significa anche che la giusta critica al neoliberismo è ovviamente legittimata a tradursi in proposte regolative rivolte agli obiettivi di una maggiore qualità e migliore qualità del lavoro, ma possibilmente senza esondare in una critica alla dimensione economica *tout court*, che, per quanto possa essere intellettualmente accattivante (non per chi scrive), rappresenta una divagazione rispetto a obiettivi più urgenti.

Critichiamo pure, in altre parole, le forzature ideologiche della catallassi hayekiana[345] e di quel che ne è seguito, ma senza dimenticare che una volta fatto questo ci sono pur sempre un sistema capitalistico da regolare e obiettivi tangibili da perseguire (come quello, per dirne una, di far pagare le imposte ai giganti della tecnologia, da cui tutti siamo stregati), piuttosto che produrre le ennesime e moraleggianti critiche della razionalità calcolante.

E, quanto al prototipo antropologico di riferimento, non cessiamo di ricordare agli economisti *mainstream*, peraltro sfidati sempre di più da correnti che puntano a rinnovare le basi della riflessione economica (tra cui quella avviata da Amartya Sen: v. *infra*), che l'*homo oeconomicus* rappresenta un'astrazione del tutto parziale e fuorviante, ma non cadiamo per questo nell'opposto, ed altrettanto imperdonabile (rispetto alla vita reale) eccesso, di immaginarci un lavoratore alieno da impulsi economici e competitivi, e quasi angelicato.

Un programma come quello abbozzato, nondimeno, potrà suonare deludente ai militanti del pensiero critico, costretto com'è a vivere di continui e sempre reversibili compromessi e aggiustamenti tra socialità e efficienza, lontano dalle entusiasmanti vittorie così come dalle eroiche sconfitte: è però un tempo, quello presente, in cui sembra opportuno accontentarsi di soluzioni ragionevoli.

5. I valori del diritto del lavoro: una reinterpretazione.

L'analisi sin qui svolta, che ha condotto a evidenziare le ragioni di un diritto del lavoro in grado di convivere costruttivamente con il sistema economico, ed anzi di rappresentarne una risorsa regolativa, deve essere ora saldata – sia pure per tratti essenziali - con la riflessione sui valori, intesi come concetti che, lungi dall'originare da generalizzanti riflessioni filosofiche, emergono dall'esperienza viva della materia in un nesso co-evolutivo con essa[346].

---

[345] V. De Carolis 2017.

[346] Come illustrato *retro*, § 1.

Il cielo dei valori di riferimento del diritto del lavoro è sempre stato così semplice, da far pensare a tante variazioni di un unico concetto.

Nella letteratura internazionale la massima più ricorrente per giustificare l'esistenza della disciplina, di fonte sia legislativa che collettiva, è sempre stata quella per cui il diritto del lavoro punta a correggere, tramite la protezione imperativa del soggetto debole, la *disparità di potere* esistente tra le parti della relazione di lavoro subordinato.

Una giustificazione di giustizia sociale, quindi, realizzata tramite la giustizia contrattuale, a partire dalla premessa dell'antitesi di interessi tra le parti del contratto individuale di lavoro e della portata mistificatoria di questo.

Il principio della correzione delle disparità di potere si è avvicendato, nella letteratura, con quello della *non mercificazione* del lavoro, oggetto della Dichiarazione di Philadelphia, ma da sempre in bilico tra l'essere un nobile slogan e un principio dotato di effettiva operatività, fermo il dato di realtà che un mercato del lavoro esiste.

Infine, ma non per ultimo, il diritto del lavoro è sempre stato considerato, tramite la sua azione redistributiva (perseguita, in particolare, mediante la contrattazione collettiva) uno strumento di avanzamento dell'*eguaglianza*.

Ma l'eguaglianza è rimasta, più che altro, una meta regolativa i cui contenuti normativi sono stati di rado analizzati sino in fondo, anche perché il diritto del lavoro non poteva spingersi al punto di superare l'asimmetria del rapporto di produzione capitalistico.

In una prospettiva più generale, neppure si è raggiunto un consenso sul fatto se l'eguaglianza, a cui il diritto del lavoro era chiamato a contribuire, doveva intendersi come eguaglianza liberale dei punti di partenza e delle opportunità o come egualitarismo dei punti di arrivo.

La lista potrebbe essere ampliata[347], ma i valori testé esaminati, tutti perfettamente calati nell'*humus* economico-sociale del diritto del lavoro, sembrano coprire l'essenziale del patrimonio assiologico della materia.

Resta da vedere come i fattori di trasformazione evidenziati, e la torsione che essi hanno impresso alle politiche del lavoro, possano riflettersi, secondo l'approccio di analisi qui seguito, sui valori di riferimento.

Suggeriscono, tali fattori, e la metabolizzazione di essi che è stata qui predicata in uno spirito di confronto aperto con le logiche di mercato, un atteggiamento totalmente revisionistico, magari sino al punto di considerare la tradizione giuslavoristica un ferrovecchio da buttare?

Ovviamente non è così, posto che gli aspetti di debolezza e di vulnerabilità inerenti alla condizione di soggezione e di dipendenza del lavoratore subordinato sono ancora in buona parte lì, e sono anzi accentuati nelle situazioni di lavoro precario e povero.

Per fronteggiarli, una serie di protezioni imperative dovranno continuare ad esservi, con particolare riguardo alle norme volte a riconoscere i diritti fondamentali dei lavoratori e a contrastare l'abuso dei principali poteri datoriali. Queste tradizionali tecniche hanno o dovrebbero avere, quindi, un futuro.

---

[347] Per una rassegna aggiornata, v. Davidov 2016, 55 ss.

Persino nel dibattito angloamericano, o quantomeno in quello filosofico-giuridico (e non è una precisazione da poco), il valore della protezione del lavoratore dai dispositivi privati di potere è riconosciuto, ad esempio sulla base della concezione neorepubblicana della libertà come non-dominio[348].

Neppure è revocabile in dubbio che, sin quando esisterà, il diritto del lavoro avrà tra le sue funzioni essenziali quella redistributiva, la cui missione si presenta oggi particolarmente delicata, data la crescente diseguaglianza che affligge i sistemi capitalistici, avanzati e non.

Ciò concesso, il principale problema che ravviso nelle classiche tecniche giuslavoristiche è che esse esprimono una concezione della protezione programmaticamente tutoria e paternalistica, nella quale non v'è posto per l'autonomia individuale del lavoratore subordinato, nella misura in cui questa è considerata inattingibile *a priori* a causa dell'irrimediabile debolezza negoziale del predetto.

Viceversa, i processi di trasformazione evidenziati postulano un lavoratore non più mero recettore passivo di protezione, ma al contrario *attivo* nel mercato del lavoro: e cioè tanto nel mercato interno, ove i modelli della produzione e quelli correlati dell'organizzazione del lavoro sono in via di trasformazione (anche se non a 360°) in senso postfordista e digitale, il che implica in misura crescente la partecipazione e responsabilizzazione del lavoratore; quanto nel mercato esterno, ove le persone sono sempre più chiamate a destreggiarsi tra percorsi lavorativi mutevoli e sovente discontinui.

La suggerita *reinterpretazione dei valori* deve dunque prendere le mosse dal comprendere che il compito della regolazione dovrà essere, sempre di più, quello di sostenere il lavoratore in queste vicende e transizioni, tramite un apparato di misure di tipo *capacitante*, ispirate a un'immagine dello stesso lavoratore non più (soltanto e prevalentemente) come paziente bensì come agente[349], in altre parole come un *soggetto* del quale l'azione pubblica e quella collettiva debbono sostenere le competenze, lo spirito di iniziativa, la capacità di fare scelte, *ergo* l'autonomia e la correlata responsabilità.

D'altronde, se è vero che il lavoro della conoscenza e il 4.0 richiedono che ci sia la persona, allora questa deve avere il diritto al proprio fianco: diritto all'informazione, diritto alla formazione permanente, diritto alla partecipazione, diritto a avere voce in capitolo sull'organizzazione del lavoro, diritto alla disconnessione, diritto al proprio tempo sul lavoro e fuori del lavoro ecc.

Diritti che, facendo crescere il lavoratore, possono spezzare l'inveterata tentazione della proprietà privata del tempo pagato, soltanto in apparenza compensata da protezioni meramente paternalistiche, che resta insita nei meccanismi del lavoro subordinato, e che della persona rappresenta la negazione.

La stessa contrapposizione fra la protezione "nel rapporto" e quella "nel mercato", che ha avuto senso tematizzare in una certa stagione, merita di essere ripensata in vista di una visione più inclusiva, nella quale la tutela del lavoratore nel mercato *lato sensu* inteso giunga progressiva-

---

348 V. i contributi raccolti in IJCLLIR, n. 3/2017.

349 Per tale idea, e sia pure senza dimenticare che ci sono circostanze anche drammatiche in cui le persone debbono essere trattate come pazienti, v. Veca 2019, 86.

mente a imporsi come il nuovo centro focale della materia, capace come tale di inglobare la protezione nel rapporto anche ove quest'ultima rimanga, in quanto contemplante divieti imperativi di condotta, di fattura *anti-market*.

In questo contesto, nel quale alla regolazione spetterà di promuovere, a vario livello, le opportunità di partecipazione al mercato, quello che serve è un riferimento assiologico che, tenendo fermo il concetto dell'impegno sociale dello Stato in una con l'essenziale funzione di intermediazione svolta dai sindacati, e senza disconoscere il bisogno di protezione del lavoratore subordinato, sappia però guardare anche al di là di tale prospettiva difensiva, che è poi quella della socialdemocrazia classica, per proiettarsi verso l'obiettivo positivo della *soggettivazione* del lavoratore, da considerare come il più profondo tra i valori sottesi alla materia[350].

Del resto, come osservato da Alain Touraine[351], la soggettivazione è (insieme con la razionalizzazione) una delle grandi dinamiche della modernità, e l'affascinante storia della parola "soggetto", che dal designare una condizione di soggezione ha subito una completa torsione del proprio significato, sino a evocare una valorizzazione della persona come autonomo artefice della propria vita, potrebbe trovare una rispondenza, a voler fare professione di ottimismo, anche nell' evoluzione storica del lavoro subordinato.

Nella riflessione contemporanea non difettano i possibili riferimenti teorici per questo tipo di prospettiva. In alcuni approfondimenti, peraltro inseriti in un campo di studi da tempo aperto a livello internazionale[352], ho sostenuto che il *Capabilities Approach*, avviato e sviluppato da Amartya Sen[353] e Martha Nussbaum[354], e che è oggi il motore di un ricco florilegio di studi interdisciplinari anche nel quadro della *Human Development and Capabilities Association*, potrebbe fornire, nell'attuale stadio della materia, un'adeguata base valoriale improntata a un radicale liberalismo sociale[355], e dunque con una correzione, che però non equivarrebbe a un disconoscimento, dell'*acquis* socialdemocratico[356].

La dimensione normativa della teoria in discorso è incentrata sulla primazia della *libertà sostanziale* di ciascuna persona di poter essere o fare quel che desidera, e quindi su una libertà che si proietta oltre il liberalismo classico, nella misura in cui presuppone che lo Stato si preoccupi delle effettive possibilità di soddisfacimento delle aspirazioni di vita dei suoi cittadini.

Parlare di libertà nel lavoro subordinato potrebbe sembrare un controsenso in termini: ma le maglie delle relazioni di lavoro si vanno allargando, per cui, una volta fatti i conti come si deve con il cruciale tema del potere (in partenza rimosso dal carattere non relazionale dell'approccio teorico in questione), e una volta chiarito che il liberalismo seniano, pur avendo, al pari di ogni

---

350 Per brillanti considerazioni in questa prospettiva, dichiaratamente inserite nella prospettiva delle *capabilities*, v. Perulli 2018.

351 V. Touraine 1993, il quale è tornato in grande stile (e con un'appassionata forza immaginativa) sull'idea della soggettivazione, declinata in chiave di risposta universalistica alle degenerazioni della modernità, tra cui quelle portate dal capitalismo finanziario e consumistico, di conseguenza elevando a nuovo attore sociale un individuo post-egoistico e trasformativo, in Touraine 2017.

352 Che è stato estensivamente esplorato in Langille 2019.

353 Di cui v., ad es., Sen 2009.

354 Di cui v., ad es., Nussbaum 2006.

355 In questa prospettiva, con reiterati riferimenti a Sen, v. Veca 2019, ad es. 23, 83, 113, 238-239.

356 V. Del Punta 2016, ulteriormente sviluppato e per alcuni aspetti rivisto in Del Punta 2019.

liberalismo, una base individualistica (nel senso che considera le persone come terminali ultimi dell'azione pubblica), coltiva un individualismo etico ma non ontologico, per cui non implica alcuna negazione della dimensione collettiva dell'azione sociale[357], la prospettiva delle *capabilities* potrebbe contribuire alla razionalizzazione valoriale del diritto del lavoro di nuova generazione, che è quello che traghetterà la materia nel futuro.

L'approccio in discorso presenta anche (ma non esclusivamente) una dimensione economica, come risulta dalla già menzionata proposta di un diritto del lavoro *labour market-oriented*, nel quadro della quale la promozione delle *capabilities* dei lavoratori è rivolta a sviluppare le loro capacità di accesso al mercato, ed è, quindi, fondamentalmente, efficiente[358]. Il che è in sintonia con quella ricerca di sinergie tra la dimensione assiologica e quella economica, che è uno dei *leitmotiv* delle riflessioni qui presentate.

È innegabile, nondimeno, che il pur parziale sganciamento del diritto del lavoro dal cordone ombelicale dell'asimmetria di potere, "degradata" da fondamento pressoché indiscusso a ostacolo da rimuovere, può rappresentare la premessa di un ripensamento complessivo della disciplina in chiave di promozione delle capacità e strumentalmente dei diritti individuali (o umani[359]), che potrebbe propagarsi alla stessa fattispecie della subordinazione per come è tradizionalmente configurata[360].

Più in generale, la visione proposta potrebbe essere accusata di scommettere su troppe quadrature di cerchi: tra socialità ed efficienza, ma anche tra diritto del lavoro vecchio e nuovo e i rispettivi valori di riferimento.

Invero, auspicare che la storica condizione di soggezione del lavoratore subordinato possa rovesciarsi in un lavoro riconciliato nella sua duplice dimensione di mezzo e di fine, e che questo giovi pure all'efficienza economica del sistema, è a dir poco una scommessa impegnativa, equivalendo niente di meno che al superamento di una delle grandi scissioni della modernità.

Essa potrà realizzarsi, nella migliore delle ipotesi, con gradualità, anche considerato che presuppone un mutamento nel ruolo stesso del diritto del lavoro, da diritto che si limita a garantire e proibire a uno che cerca anche di promuovere e di influire virtuosamente sulle convenzioni e sulle prassi: il sentiero è stretto, ma è forse l'unico a disposizione.

Detto altrimenti, si tratta di cogliere il senso profondo di un processo di trasformazione già in atto nella materia, per distillarne le componenti di positività e volgerle verso un orizzonte valoriale progressivamente nuovo, nel quale possano identificarsi tanto le istanze di socialità quanto quelle di efficienza, sì da dare un fondamento più solido al diritto del lavoro del XXI secolo.

---

[357] Quello che esso contrasta, invece, è simmetricamente un collettivismo ontologico, che tenda a negare l'individuale e a riassorbirlo nel collettivo, secondo un approccio che in effetti trova riscontro in una parte importante della tradizione giuslavoristica. Mi sembra, tuttavia, che non esistano più le condizioni sociologiche di base, in particolare a livello di composizione di classe, per riproporre una prospettiva di questo genere, ammesso e non concesso che essa possa essere accettabile.

[358] V. Deakin 2019.

[359] Per la considerazione del *Capabilities Approach* come una specie di *Human Rights Approach*, v. Nussbaum 2011.

[360] Per interessanti riflessioni in questo spirito, v. Barbera 2018.

6. Il diritto del lavoro come terminale di informazioni.

I valori sono molto, ma non tutto. Essi delineano i grandi *fini* dell'azione regolativa del diritto del lavoro (che peraltro, come suggerito, deve essere contemperata con altre dimensioni), ma poco o nulla dicono sui *mezzi* più idonei a perseguirli.

D'altronde, soltanto una sopravvalutazione del giuridico, che dovrebbe essere estranea a una cultura sensibile all'effettività della protezione (e che dovrebbe abbracciare, quindi, una dogmatica orientata alle conseguenze), come quella giuslavoristica, potrebbe far ritenere che bastino le proclamazioni normative a far ritenere realizzate date finalità[361]. Per evocare nuovamente Sen, i diritti sono obiettivi[362].

Ne discende che il *mismatch* tra mezzi e fini è sempre in agguato, al punto di essere stato identificato[363] come il problema principale della disciplina. Da cui l'indispensabilità, in termini generali, di un approccio *pragmatico*: per fare degli esempi, l'efficienza dei servizi per il lavoro è più importante di ogni solenne proclamazione del diritto al lavoro; la garanzia giuridica di un posto per un lavoratore disabile è un punto di partenza, ma il fatto che le persone con disabilità vengano davvero integrate nell'ambiente di lavoro non è certo meno importante; nella tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, i diritti legali vengono dietro ai modelli organizzativi finalizzati a calare le misure di protezione nella realtà quotidiana del lavoro.

Ancora, è possibile fondare la giustificazione di una normativa antidiscriminatoria a prescindere da ogni altra considerazione (ad es. di efficienza), ma non si cesserà per questo di aver bisogno di sapere se questa normativa funziona, o, se, a quegli stessi fini che ci si propongono, serve dell'altro.

Per potersi muovere in questi ambiti, a livello di selezione delle tecniche di tutela così come delle successive valutazioni di impatto, è essenziale, se non si vuole fare del dilettantismo, il contributo di saperi tecnici diversi da quello giuridico, che a sua volta presuppone l'apertura del discorso giuslavoristico ad accoglierli e a metabolizzarli. Questo è specialmente vero quando le valutazioni d'impatto includono la ricognizione di nessi di causalità che quasi mai trovano riscontro in vere evidenze empiriche, ma risultano al massimo da valutazioni probabilistiche[364].

In una prospettiva epistemologica come quella delineata il diritto del lavoro si trova a essere, in sintesi, il *terminale di informazioni* che veicolano istanze filosofiche (e in particolare, per l'appunto, valoriali), sociologiche, economiche ecc., o anche semplicemente pratiche, alle quali esso non può dirsi indifferente (ma senza doversi sottomettere in partenza ad alcuna di esse), a meno

---

361 Sulla diversa posizione di Zagrebelsky G. 2018, quantomeno con riguardo ai principi, v. *retro*, nt. 9.

362 V. Sen 2000.

363 Dal citato Davidov 2016.

364 Siamo certi, ad esempio, di conoscere le vere ragioni alla base della stipulazione di contratti a termine? Il giuslavorista tende a vedere la scelta di questa forma contrattuale attraverso la lente della precarizzazione della forza lavoro, e quindi come uno strumento di potere nei confronti dei lavoratori. Non pare avventato supporre, invece, che agli imprenditori prema di più la stabilità delle condizioni di mercato: se così fosse sarebbe proprio la strutturale labilità degli odierni mercati, in preda come sono dei più svariati effetti-farfalla, a spiegare meglio la paura degli imprenditori di assumere a tempo indeterminato. A seconda di quale sia l'ipotesi corretta, misure restrittive del ricorso al contratto a termine possono risultare sensate, ovvero inefficaci se non controproducenti. Deve essere riconosciuto, peraltro, che l'evidenza empirica successiva al Decreto Dignità ha rivelato l'esistenza di una quota di contratti a termine che avrebbero potuto essere stipulati a tempo indeterminato, e che difatti, a fronte dei nuovi vincoli, sono stati stabilizzati.

di volerne insensatamente negare la rilevanza, come se la proclamazione del diritto potesse idealisticamente bastare a se stessa.

In un contesto del genere, la riflessione giuridica potrà continuare a svolgere la sua indispensabile funzione di *sintesi* a condizione di approfondire e affinare il *dialogo interdisciplinare*: e ciò secondo prassi improntate alla trasparenza ermeneutica e idonee a governare la complessità nella quale, a dispetto dell'attuale arroganza delle forze della semplificazione, siamo oramai immersi.

Riferimenti bibliografici.

Barbera M. (2018), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, DLRI, 581.

Bavaro V. (2018), *Lineamenti sulla Costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, LD, 243.

Bernstein E. (1968), *Socialismo e socialdemocrazia*, Laterza, Bari.

Biagi M. (2003), *Un giurista progettuale. Scritti scelti* (da Montuschi L., Tiraboschi M., Treu T.), Giuffrè, Milano.

Butera F. (2016), *Bruno Trentin e l'utopia forse realizzabile di un nuovo modello di organizzazione del lavoro*, in Gramolati A., Mari G. (a cura di), *Il lavoro dopo il Novecento. Da produttori ad attori sociali*, FUP, Firenze, 75.

Cagnin V. (2018), *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano.

Caruso B. – Fontana G. (a cura di) (2015), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna.

Cipriani A., Gramolati A., Mari G. (a cura di) (2017), *Il lavoro 4.0. La quarta Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, FUP, Firenze.

Davidov G. and Langille B. (eds.) (2011), *The Idea of Labour Law*, OUP, Oxford.

Davidov G. (2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, OUP, Oxford.

Deakin S. and Wilkinson F. (2004), *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, OUP, Oxford.

Deakin S. (2019), *The Capability Approach and the Economics of Labour Law,* in Langille B. (ed.), *cit. infra*, 143-158.

De Carolis M. (2017), *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Quodlibet, Macerata.

Del Punta R. (2002), *Il diritto del lavoro tra valori e storicità*, LD, 349.

Del Punta R. (2008), *Il diritto del lavoro tra due secoli: dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano.

Del Punta R. (2014), *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, RIDL, I, 373.

Del Punta R. (2016), *Labour Law and the Capability Approach*, IJCLLIR, vol. 32, 383.

Del Punta R. – Caruso B. (2017), *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, LD, 645.

R. Del Punta (2019), *Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?*, in Langille B. (ed.), *cit. infra*, 82-102.

Dukes R. (2014), *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law*, OUP, Oxford.

Dyson K. (2017), *Ordoliberalism as Tradition and as Ideology*, in Hien J. & Joerges C. (eds.), *cit. infra*, 87-99.

Ferrajoli L. (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari.

Ferrajoli L. (2013), *Dei diritti e delle garanzie*, Il Mulino, Bologna.

Ferrera M. (2017), *Ordoliberalism, Responsibility and Solidarity in the EU*, in Hien J. & Joerges C. (eds.), *cit. infra*, 115-128.

Foucault M. (2009), *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano.

Guinan J. and O'Neill M. (2018), *The institutional turn: Labour's new political economy*, www.academia.edu.

Hien J. & Joerges C. (eds.) (2017), *Ordoliberalism, law and the rule of economics*, Hart Publishing, Oxford and Portland.

Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.

Kluckhohn C. (1979), *Lo specchio dell'uomo*, Feltrinelli, Milano.

Langille B. (ed.) (2019), *The Capability Approach to Labour Law*, OUP, Oxford.

Mengoni L. (1985), *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna.

Nogler L. (2016), *Percorsi di lettura sulla svolta antropologica di Hugo Sinzheimer*, DLRI, 773.

Nussbaum M.C. (2006), *Frontiers of Justice: Disability, Nationality and Species Membership*, HUP, Cambridge Mass. – London.

Nussbaum M.C. (2011), *Capabilities, Entitlements and Rights: Supplementation and Critique*, Journal of Human Development and Capabilities, Vol. 12, No. 1.

Pennacchi L. (2018), *De valoribus disputandum est. Sui valori dopo il neoliberismo*, Mimesis, Milano-Udine.

Perulli A. (2018), *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018.

Poliseno A. (2006), *Valori e filosofie dei valori*, Armando Editore, Roma.

Porter M.E. and Kramer M.R. (2011), *Creating Shared Value,* Harvard Business Review, 64.

Schmitt C., *La tirannia dei valori* (1979), Adelphi, Milano.

Sandel M. (2013), *Quello che i soldi non possono comperare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli, Milano, 2013.

Sen A.K. (2000), *Work and Rights*, International Labour Review, Vol. 139, No. 2, 119-128.

Sen A.K. (2009), *The Idea of Justice*, Penguin Group, London.

Speziale V. (2014), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, RGL, I, 345 e 447.

Speziale V. (2018), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra "clausole generali", principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, DLRI, 127.

Stuart Hughes H. (1967), *Coscienza e società. Storia delle idee in Europa dal 1890 al 1930*, Einaudi, Torino.

Touraine A. (2003), *Critica della modernità*, Il Saggiatore, Milano.

Touraine A. (2017), *Noi, soggetti umani*, Il Saggiatore, Milano.

Treu T. (2017), *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, in Cipriani A., Gramolati A., Mari G. (a cura di), *cit.*, 495.

Veca S. (2019), *Qualcosa di sinistra. Idee per una politica progressista*, Feltrinelli, Milano.

Weber M. (1981), *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano.

Woodruff D.M. (2017), *Ordoliberalism, Polanyi, and the Theodicy of Markets*, in Hien J. & Joerges C. (eds.), *cit.*, 215-228.

Zagrebelsky G. (2018), *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino.

Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*

Tiziano Treu

1. La sottovalutazione storica delle regole. 128
2. Reiterati e fragili tentativi di autoregolazione. 128
3. Motivi di criticità: decentramento contrattuale e frammentazione dei lavori. 130
4. Cont.: Globalizzazione e diversificazione delle imprese. 131
5. Cont.: Variabilità dei perimetri contrattuali. 132
6. Unicità dell'unità contrattuale e libertà sindacale: il caso tedesco. 133
7. Inapplicabilità della soluzione tedesca al nostro sistema. 134
8. Procedure non regole rigide. 135
9. Autonomia collettiva e definizione eteronoma delle categorie contrattuali. 136
10. Regole certe come presupposto per un "erga omnes" salariale. 139
11. Criteri di rappresentatività sindacale. 141
12. La rappresentatività delle associazioni datoriali. 143
13. Utilità e limiti dell'intervento legislativo sul sistema contrattuale. 144
14. Nuove tecniche per la regolazione dei contenuti contrattuali: mansioni e orari di lavoro. 145

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 396/2019

1. La sottovalutazione storica delle regole.

Le parti delle nostre relazioni industriali hanno sempre sottovalutato l'importanza delle regole, specie di quelle di sistema che ne definiscono gli assetti fondamentali.

Anche quando i rapporti fra sindacati e imprenditori, passato il periodo dell'immediato dopoguerra, hanno intrapreso un percorso di sviluppo assumendo strutture e contenuti simili a quelli degli ordinamenti sviluppati, la questione delle regole è stata a lungo rimossa. Poi, nel periodo del pluralismo, è stata affrontata essenzialmente con lo strumento della autoregolazione.

Tale approccio rifletteva per un verso la diffidenza degli attori sociali, radicata nella nostra storia, nei confronti di interventi dello Stato, non solo del legislatore ma anche dell'amministrazione; per altro verso manifestava una fiducia nella capacità delle parti di regolare in via contrattuale non solo i contenuti dei rapporti individuali di lavoro ma anche le dinamiche del sistema. Si tratta di una fiducia sorprendente se si considera l'alto tasso di conflittualità a lungo presente nelle nostre relazioni industriali, che non riguardava solo aspetti di dettaglio ma gli stessi orientamenti fondamentali delle politiche sindacali e del lavoro. Eppure non c'è dubbio che, sia pure fra non poche contraddizioni, le regole definite fra le parti fino al livello confederale hanno raggiunto nel tempo un alto grado di complessità e precisione nella definizione dei punti principali dell'ordinamento: dalle strutture della contrattazione collettiva, alle manifestazioni dello sciopero specie nei servizi pubblici essenziali, e più di recente ai criteri per definire la rappresentatività delle parti. Di tale capacità regolatoria è emblematico già il patto sociale del 1993.

L'impegno delle parti sociali nel consolidare e aggiornare questo complesso regolatorio è continuato negli anni fino ad oggi. E non è di poco conto che tale impegno, con la produzione di molteplici regole specie confederali, sia durato attraverso diversi governi di vario orientamento, compresi alcuni se non ostili alla attività sindacale, certo meno inclini a sostenere lo sforzo regolatorio delle parti di quanto fosse stato in passato. Non a caso tali regole negli ultimi anni si sono perfezionate fra le parti senza la presenza attiva del governo, come invece era stato nel 1993.[365]

2. Reiterati e fragili tentativi di autoregolazione.

Tutto ciò conferma la responsabilità delle parti sociali e la loro volontà di essere protagonisti della regolazione delle relazioni industriali. Ma al tempo stesso nasconde un'indubbia fragilità. La reiterazione degli accordi confederali è servita a perfezionare alcuni aspetti della regolazione, ma nasconde elementi di debolezza, cioè in sostanza la mancanza di consenso o il consenso solo parziale su alcuni punti critici degli accordi; e ciò a causa di divergenze non solo fra le parti contrapposte, sindacati e imprenditori ma anche interni alle confederazioni e alle categorie sindacali.

Sono emblematiche le questioni, in parte ancora aperte, dei poteri e della struttura delle rappresentanze sindacali, dei rapporti fra queste e le organizzazioni di categoria e territoriali, delle condizioni di perfezionamento dei contratti collettivi da parte delle stesse strutture sindacali e nei rapporti con la generalità dei lavoratori, in primis del ruolo del referendum.

---

[365] Cfr. da ultimo la visione sinottica e i commenti di M. Faioli, *Protocollo e accordi sulla rappresentatività e la contrattazione collettiva. Quadro della situazione al 2018*, in CNEL, XX Rapporto sul mercato del lavoro e contrattazione collettiva, p. 277-8; e R. Benaglia, *Assetti e contenuti della contrattazione collettiva. Cosa è stato fatto. Cosa manca,* in Relazioni Industriali e contrattazione collettiva, Working Papers Fondazione Tarantelli, n. 16/2019, p. 11 ss.

La definizione di questi aspetti e le loro criticità dipendono dalle complesse dinamiche interne delle diverse organizzazioni sindacali, dalla loro storia e ideologia. Esse sono stati infatti oggetto di dibattito fra le maggiori confederazioni sindacali, mentre le organizzazioni datoriali si sono sostanzialmente limitate a prendere atto gli esiti del dibattito, pur essendovi interessate per i loro riflessi sui comportamenti esterni del sindacato.

Viceversa gli assetti contrattuali, in particolare i rapporti fra i diversi livelli della struttura contrattuale italiana, sono oggetto da sempre di confronto, anzi di accesa contrattazione fra le organizzazioni delle due parti, talora con l'intervento dei governi. Il che è del tutto comprensibile, perché in un sistema complesso basato su una contrattazione multilivello come quello italiano, i rapporti fra livelli contrattuali sono centrali per determinare la direzione complessiva delle relazioni industriali e spesso il loro impatto sulle stesse politiche economiche e sociali del paese.

Questi aspetti di struttura hanno ricevuto soluzioni variabili nel tempo, si può dire fin dalle origini della contrattazione articolata degli anni 60, con ricorrenti tentativi di razionalizzazione da parte dei vertici dei sindacati e delle organizzazioni degli imprenditori. Ma le direttive provenienti dalle confederazioni, comprese quelle più articolate raggiunte dal patto del 1993, dal testo unico fra Confindustria e CGIL, CISL e UIL del 2014, e dal cd. "patto della fabbrica" del marzo 2018 fra le medesime parti, sono state esposte a condizionamenti non solo esterni, ma provenienti delle diverse categorie, a cominciare da quelle più forti che sono storicamente caratterizzate da orientamenti diversi, come i metalmeccanici, i chimici e poi i servizi, per non parlare del pubblico impiego che fa storia a parte.

Le regole concordate dai vertici confederali hanno sempre risentito di tali condizionamenti, come si vede dai frequenti rinvii da parte degli accordi confederali alle diverse categorie, per specificazioni e varianti su singoli aspetti, talora per vere e proprie eccezioni ammesse alla disciplina confederale oppure ancora dai silenzi e non detti su singoli punti critici.

Tali accordi costituiscono una specie di *soft law* contrattuale che punta a fissare obiettivi di massima lasciando alle categorie la scelta dei tempi e dei modi per procedere nelle direzioni segnalate. Tale carattere è confermato anche dal recente "patto della fabbrica", un documento di indubbio impegno strategico, ma aperto su varie questioni, perché preoccupato di tenere insieme tendenze alquanto diverse fra le maggiori categorie soprattutto industriali.

A guardare in retrospettiva si può ritenere, e anch'io mi sono espresso in tal senso,[366] che questo assetto di regolazione soft, a bassa istituzionalizzazione, ha avuto il merito di "tenere insieme" il nostro sistema di relazioni industriali. Il che non è poco, considerate le tensioni presenti nel sistema italiano, quelle interne, non solo organizzative ma ideali mai sopite, e quelle indotte dall'esterno da diversi governi e tendenze politiche.

Questa relativa tenuta non significa che il nostro sistema di relazioni industriali, in particolare la contrattazione collettiva, abbia avuto performance ottimali. Anche osservatori non prevenuti

---

[366] Cfr. anche per una ricostruzione storica, M. Carrieri, T. Treu, *Introduzione, Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare,* in M. Carrieri, T. Treu, *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, 2013, p. 63 ss.; e T. Treu, *Contrattazione e rappresentanza,* in *Salari, produttività, diseguaglianze,* Arel, il Mulino, 2017, p. 335 ss.

hanno rilevato che la bassa istituzionalizzazione ha contribuito a ridurre l'efficacia del sistema[367] che è riscontrabile per vari aspetti: dalla scarsa dinamica salariale, ai dualismi che attraversano le relazioni industriali italiane, certo non tutte dipendenti da debolezze dei rapporti fra le parti ma aggravate dalle condizioni di contesto economiche e politiche.

A dire il vero tali valutazioni sul funzionamento delle nostre relazioni industriali sono approssimative; per essere avvalorate richiederebbero indagini approfondite dei vari prodotti della contrattazione collettiva condotte su dati attendibili, rilevate nel lungo periodo nonché sostenute da un buon grado di condivisione almeno dei parametri fondamentali da utilizzare.

3. Motivi di criticità: decentramento contrattuale e frammentazione dei lavori.

In ogni modo un punto emblematico delle difficoltà del sistema riguarda la sua incerta reazione alle tendenze verso il decentramento che sono presenti in molti aspetti dell'economia.[368]

Lo scostamento recente dal tradizionale assetto centralizzato della nostra contrattazione collettiva è stato indubbio, ma anche alquanto contrastato e oggetto di valutazioni opposte. Secondo alcuni il decentramento contrattuale finora realizzato è ancora insufficiente per rispondere alle esigenze della nuova economia, come si desume dal fatto che il contratto nazionale di categoria determina ancora la grande parte delle dinamiche salariali, lasciando poco spazio alla contrattazione decentrata per riflettere le diverse condizioni produttive e organizzative delle singole aziende. Per altro verso tale livello contrattuale, nonostante gli incentivi previsti da diverse leggi recenti, non riesce a raggiungere se non in parte minoritaria l'universo delle piccole e piccolissime imprese che popolano il nostro sistema economico.

È così che il panorama delle relazioni industriali italiane, sotto la copertura del contratto nazionale di categoria, si caratterizza per divergenze marcate, non sempre collegate con le condizioni ed esigenze oggettive delle varie realtà produttive, ma determinate dalle variabili contingenze delle imprese e condizionate dai dualismi propri del nostro sistema economico.

D'altra parte anche il legislatore ha dato input diversi al riguardo; dall'articolo 8 della legge 148/2011 di conversione del decreto legge 138/2011, di significato potenzialmente dirompente sul sistema contrattuale, ma in realtà utilizzato con cautela dalle parti, all'articolo 51 del decreto 81 del 2015 il cui indubbio favore per il decentramento contrattuale ha aperto la strada a scelte diverse delle parti sociali.

Quale che sia il giudizio sulle recenti vicende, il nostro assetto di relazioni industriali si sta rivelando sempre meno adatto a fronteggiare le trasformazioni del mondo del lavoro e le turbolenze dell'economia globale. La sfida posta da questa grande trasformazione va oltre questi aspetti spe-

---

[367] Cfr. fra i tanti M. Rusciano, *Legiferare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro*, LD, 2016, p. 953 ss.; B. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!,* L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 453.

[368] T. Treu, *Contrattazione e rappresentanza,* cit., p. 339 ss. IL problema non è solo italiano ma riguarda la gran parte degli ordinamenti contrattuali europei: cfr. S. Leonardi, R. Pedersini, *Mulitemployer bargaining under pressure. Decentralization trends in five european countries*, ETUI, Bruxelles, 2018, spec. cap. 1 e cap. 9; T. Mueller, K. Vandaele, J. Weddington (eds), *Collective bargaining in Europe; towards an endgame*, ETUI, Bruxelles, 2019, spec. cap. 1 e cap. 30.

cifici, perché investe le basi su cui si è costruito il sistema di relazioni industriali e rimette in discussione dalle fondamenta le strategie delle parti nei rapporti collettivi come in quelli produttivi. Investe la stessa concezione o, come si dice, il paradigma della nostra materia.

La incertezza e la fragilità delle regole riguardanti la rappresentatività e la struttura della contrattazione che sono state centrali nella regolazione del lavoro indeboliscono la capacità di reazione di questa parte dell'ordinamento e di conseguenza dell'intero sistema nazionale alle sfide della nuova economia. Tale situazione di incertezza favorisce infatti le tendenze già presenti alla disgregazione e frammentazione delle posizioni degli interessi sia dei lavoratori sia delle imprese. Come ho già avuto modo di sostenere, le sfide delle trasformazioni in atto sono anche più dirette e gravi per il sistema delle relazioni industriali di quanto non siano per i rapporti individuali di lavoro.[369] Sono gravi, perché indeboliscono o svuotano le condizioni materiali e persino antropologiche che sostanziano l'azione collettiva: quella azione su cui nostri modelli sociali hanno puntato per rafforzare, talora più che sulla legge, il lavoratore contraente debole nei confronti del datore di lavoro.

L'alterazione di queste condizioni comporta effetti negativi su entrambi i versanti dei lavoratori e delle imprese. La variabilità e la frammentazione dei lavori rendono difficile la sindacalizzazione, non solo per motivi organizzativi, ma perché diversificano con modalità nuove e difficili da interpretare anche da sindacati attenti i bisogni e le aspettative dei lavoratori. Lo si vede dagli scarsi risultati ottenuti anche dai tentativi più coraggiosi di innovazione nelle pratiche di proselitismo e di rivitalizzazione del sindacalismo di vari paesi.

Non a caso le esperienze di coinvolgimento e di organizzazione dei nuovi lavoratori digitali, di cui i "riders" sono solo una manifestazione specifica, hanno finora fatto poca strada. Gli esiti sono scoraggianti non solo per le iniziative avviate dai sindacati storici tramite la costituzione di organismi dedicati alle categorie di lavoratori atipici; non sono migliori per le iniziative dei movimenti di aggregazione spontanea.

4. Cont.: Globalizzazione e diversificazione delle imprese.

La diversificazione delle forme delle attività d'impresa ha implicazioni non meno evidenti per le sorti delle relazioni industriali, anche se finora sono meno studiate delle trasformazioni riguardanti il lavoro.[370]

Un aspetto macroscopico è la crescita delle dimensioni sovranazionali dell'impresa ormai accessibili anche a molte aziende di media grandezza. Questi player sovranazionali esercitano una influenza crescente che sfugge del tutto all'ambito tradizionale delle relazioni industriali le quali sono ancora essenzialmente nazionali.[371]

---

[369] T. Treu, *Transformations of work: challenges to national systems of labour law and social security*, in *Transformations of work challenges for the institutions and social actors*, G. Casale, T. Treu (eds), W. Kluwers, *Bulletin of comparative Labor Relations,* 105, 2019, p. 385.

[370] Cfr. M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione della regola del diritto*, DLRI, 2010, p. 203 ss.; V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, DLRI, 2010, p. 1 ss.

[371] Il tema è al centro del dibattito internazionale: v. F. Guarriello, *Transnational collective agreements*, in T. Treu, G. Casale (eds), *Transformations of work*, *Bulletin of comparative Labor Relations*, W. Kluwers, 2019, p. 203; F. Guarriello, C. Stanzani (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali*, Franco Angeli, 2018, p. 208 ss.

Da una parte tendono a svuotare la funzione storica della contrattazione di categoria che è quella di togliere i salari dalla concorrenza; dall'altra attivano forme nuove di relazioni di lavoro con inediti gradi di libertà e senza interferenze da parte dei poteri statali, perché le loro iniziative nella gestione delle risorse umane si svolgono in forme unilaterali o talora concordate con i propri consigli aziendali e meno frequentemente con le ancora deboli organizzazioni sindacali internazionali.

Meno visibile e meno osservato è l'impatto che la diversificazione delle imprese e dei sistemi produttivi esercita su un altro cardine storico delle relazioni industriali, cioè sulle categorie merceologiche e sui loro confini.

Nei sistemi come il nostro che hanno sempre avuto come baricentro il contratto di categoria, l'oscurarsi e il segmentarsi dei confini fra le categorie fanno venir meno l'*ubi consistam* sia della struttura contrattuale sia della stessa rappresentanza sindacale e datoriale.

Non a caso è solo di recente che il problema della rappresentatività si è posto anche per le associazioni datoriali oltre che per i sindacati dei lavoratori.[372] La crescente concorrenza esercitata nei confronti delle associazioni datoriali storiche da nuove aggregazioni di imprese ha motivi diversi. *In primis* riflette la ricerca di margini di costo e di nuove flessibilità, ma persegue anche l'obiettivo di operare in aree produttive nuove ritagliate a margine o all'interno delle categorie storiche, sulla cui specialità si intende fondare la propria azione rappresentativa e legittimarla nei confronti delle controparti sindacali e talora degli stessi pubblici poteri.

5. Cont.: Variabilità dei perimetri contrattuali.

Il cambiamento dei perimetri entro cui svolgere l'attività rappresentativa è un fattore potenzialmente destabilizzante per entrambe le organizzazioni, sindacali e datoriali, e per l'equilibrio del sistema contrattuale. Anche perché l'incertezza dei confini storici può essere sfruttata in modo non necessariamente convergente dalle organizzazioni delle due parti, non solo quelle nuove ma anche da quelle tradizionali. Ad esempio, una organizzazione datoriale che voglia forzare i tradizionali confini di rappresentanza può perseguire questo risultato attraverso un accordo con un sindacato interessato anch'esso per motivi diversi alla possibilità di estendere il proprio ambito di azione.

Situazioni simili si stanno verificando ad esempio nei confini fra settori industriali e settori di attività artigiane, con la conseguenza di dare luogo a controversie giurisdizionali finora inedite del nostro sistema. È significativo che a tale questione dedichi una attenzione specifica il patto della fabbrica fra Confindustria Cgil Cisl e Uil del 2018 che impegna le confederazioni stipulanti a esercitare un'attenta verifica dei perimetri di attività delle organizzazioni loro aderenti e quindi dei relativi contratti .un simile impegno peraltro, come ogni clausola della nostra contrattazione in questo caso della cosiddetta parte obbligatoria, può operare esclusivamente rispetto alle organizzazioni associate alle confederazioni stipulanti e quindi solo per la definizione dei perimetri interni al sistema industriale.

È da notare che tale questione si è presentata in termini simili nei sistemi di relazioni industriali di altri paesi europei pure più assestati del nostro a riprova del suo fondamento strutturale. Essa

---

[372] Cfr. M. Forlivesi, *La rappresentatività datoriale, funzioni, modelli, indici di accertamento*, LD, 2018, p. 521; M. Marazza, *Perimetri e rappresentanza sindacale, (dei datori di lavoro e dei lavoratori*), LL Issues, 2018, 4, 2; V. Papa, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali,* Giappichelli, Torino, spec. p. 133 ss.

ha sollevato non poche controversie di principio, come dimostrano in particolare le vicende dell'ordinamento tedesco e gli interventi della Corte costituzionale di quel paese.

6. Unicità dell'unità contrattuale e libertà sindacale: il caso tedesco.

Anche in quel paese, dove pure il sistema contrattuale è regolato con norme di legge, la capacità di governare il pluralismo sindacale è andata scemando con rapidità impressionante per motivi simili a quelli presenti in molti ordinamenti del lavoro: da una parte la desocializzazione che investe tutti gli ambiti della nostra vita e dall'altra il fatto che i confini dei settori merceologici si spostano di frequente. Per quanto qui interessa è da segnalare che gli interventi d'autorità nella soluzione nelle controversie interne al sistema sindacale, in particolare quelle riguardanti i conflitti tra diversi contratti collettivi relativi alle stesse unità produttive, sono stati ritenuti incostituzionali dalla giurisprudenza tedesca, perché in contrasto con il principio di libertà sindacale che comprende l'autodeterminazione sull'ordine interno delle organizzazioni sindacali.[373]

D'altra parte anche le indicazioni della giurisprudenza di quel paese chiamata a dirimere tali controversie e a far valere l'unicità dell'unità contrattuale in base al principio di specialità si sono rivelate non sempre sufficienti. Così al problema è stata data risposta dal legislatore con la legge 10 luglio 2015 che ha regolato il concorso /conflitto fra contratti collettivi secondo il principio della prevalenza del contratto sottoscritto dalla organizzazione sindacale che dimostra di avere il maggior numero di iscritti tra i lavoratori dell'unità produttiva.

La Corte Costituzionale, con decisione 11 luglio 2017, respingendo vari ricorsi, ha confermato la legittimità della legge ritenendo che il legislatore può intervenire per regolare i presupposti strutturali che "consentono alla contrattazione collettiva di svolgersi in un contesto di equa parità sociale e di conseguenza di produrre adeguate condizioni di lavoro ed economiche" e che "la legge deve agire quando sopraggiungano guasti durevoli nella capacità di funzionamento del sistema di contrattazione collettiva". La Corte ha peraltro precisato che tali condizioni devono essere interpretate in senso restrittivo in nome della tutela della libertà sindacale e che legislatore è tenuto a prevedere condizioni nella conclusione del contratto collettivo maggioritario affinché questo tenga in adeguato conto gli interessi dei gruppi professionali che subiscono la regola della maggioranza. Infine è significativo che secondo la stessa Corte la legge in questione deve ritenersi nella disponibilità delle parti collettive coinvolte, le quali possono quindi adottare una disciplina collettiva diversa, a condizione che sia concordata in modo unitario da tutte le organizzazioni collettive coinvolte.

Le vicende richiamate, anche se riguardanti un contesto diverso dal nostro, possono dare qualche spunto di riflessione per le questioni che si sono presentate nell'ordinamento italiano. Anzitutto per segnalare come il principio di libertà sindacale che la Costituzione italiana sancisce al pari di quella tedesca ponga limiti precisi all'intervento del legislatore nelle dinamiche della contrattazione collettiva che della libertà sindacale è espressione. Un intervento del legislatore quale

---

[373] Cfr. M. Fuchs, *La contrattazione collettiva in Italia, vista con occhiali tedeschi*, DL, 2016, p. 933; M. Fuchs, *Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco*, DLM, 2018, p. 212 ss., con analisi critica del principio dell'unità contrattuale, che dopo essere stato a lungo applicato è stato respinto dal BAG in quanto contrario alla libertà di coalizione di cui all'art.9 della Costituzione tedesca.

quello attuato in prima istanza nel sistema tedesco che definisse di autorità i perimetri della contrattazione collettiva difficilmente potrebbe sfuggire alle stesse obiezioni di costituzionalità avanzate dalla corte di quel paese.

Una simile conclusione è conforme a tutta la tradizione dottrinale italiana secondo cui la definizione delle categorie merceologiche e contrattuali è corollario imprescindibile della libertà dell'organizzazione sindacale e quindi esclude ogni intervento d'autorità e una concezione ontologica della categoria, quella invece implicita nell'articolo 2070 del codice civile.

D'altra parte la soluzione introdotta dalla legge del 2015 ha passato il vaglio della Corte tedesca con non pochi distinguo e precisazioni, in particolare con l'argomento che la norma non toccherebbe il principio dell'autodeterminazione dell'ordine interno sindacale, ma disciplinerebbe piuttosto il concorso nell'unità produttiva di più contratti collettivi. Essa sarebbe giustificata per evitare guasti durevoli alla funzionalità del sistema e inoltre solo a condizione che si rispetti il principio di proporzionalità e mantenga le garanzie sopracitate a tutela della libertà delle minoranze e del diritto di sciopero.[374]

Senza voler entrare nel merito delle vicende menzionate, rilevo che la soluzione adottata dal legislatore tedesco per superare le obiezioni di costituzionalità sollevate in passato, evita di affrontare la questione dei confini fra le categorie contrattuali e di decidere in merito. Viceversa si riferisce all'ambito dell'impresa che è di per sé un punto di incidenza dei contratti su cui non c'è questione, e fa dipendere la prevalenza di un contratto soltanto da un elemento quale il grado di presenza associativa del sindacato stipulante che è rispettoso del tutto della libertà sindacale.

7. Inapplicabilità della soluzione tedesca al nostro sistema.

Quale che sia la persuasività costituzionale di tale argomento nel contesto tedesco, l'applicazione di una simile soluzione nel nostro ordinamento incontrerebbe non poche difficoltà e avrebbe un impatto carico di conseguenze sull'intero sistema tale da richiedere un'attenta valutazione. Far dipendere la scelta in caso di concorso/conflitto fra diversi contratti dalla presenza sindacale nella singola impresa spingerebbe a una ulteriore aziendalizzazione delle nostre relazioni industriali, cioè in una direzione fortemente controversa nel sindacato e vista con preoccupazione dalle stesse organizzazioni datoriali.

Più specificamente comporterebbe una differenziazione delle condizioni di lavoro su base aziendale a seguito dell'applicazione dei contratti di categoria diversi a imprese dello stesso settore, a seconda delle zone di influenza sindacale. L'impatto complessivo di una simile soluzione sul nostro assetto contrattuale sarebbe più consistente di quanto non possa essere in quello tedesco dove la metà dei contratti collettivi ha già un ambito di efficacia circoscritto a una singola azienda.

Non a caso all'acutizzarsi dei fenomeni di frammentazione rappresentativa e categoriale le nostre parti sociali hanno risposto, da ultimo nel citato patto della fabbrica, con l'impegno a mettere in atto un percorso specifico di ricognizione e di certificazione sia dei perimetri della contrattazione collettiva nazionale di categoria per valutarne l'adeguatezza rispetto ai processi di trasformazione in corso nell'economia sia dei soggetti firmatari di contratti collettivi nazionali di categoria al fine di accertarne sulla base di dati oggettivi l'effettiva rappresentatività. A seguito di tale ricognizione

---

[374] V. ancora M. Fuchs, *Il principio dell'unità contrattuale,* cit., 222 ss.

le parti si sono impegnate ad adottare regole che assicurino il rispetto della contrattazione e dei suoi contenuti.

8. Procedure non regole rigide.

In realtà un simile percorso può difficilmente pervenire a definizioni certe e stabili dei perimetri che garantiscano una più stretta correlazione tra contratti collettivi nazionali applicati e reale attività di impresa. La mutevolezza dei sistemi produttivi e delle forme di lavoro che è all'origine del problema non si può eliminare una volta per tutte solo perché se ne danno carico le parti invece che il legislatore o la giurisprudenza.

La verità è che il governo di simili rapporti richiede un approccio diverso, non definitorio ma essenzialmente procedurale con l'attivazione cioè di procedure di esame e di monitoraggio fra le parti che permettano di adeguare le soluzioni contrattuali alle realtà produttive e alla loro evoluzione. Questa tecnica procedurale è poco approfondita e ancora meno praticata dalle nostre parti sociali, che hanno sempre trascurato la parte istituzionale e obbligatoria dei contratti collettivi e hanno sempre esitato a sostenerne l'effettività con meccanismi sanzionatori. Di conseguenza questa strumentazione contrattuale ha perso di significato, perché tecniche simili per essere effettive presuppongono sistemi di monitoraggio continuo e strumenti sanzionatori. La mancanza di tali strumenti rende precario l'impegno scritto nel patto della fabbrica, di voler assicurare il rispetto dei perimetri della contrattazione collettiva e dei suoi contenuti.

La utilità di procedure del genere è avvalorata dal fatto che esse sono state adottate in altri ordinamenti anche in tema di controversie giurisdizionali. La loro diffusione è presente non solo negli ordinamenti anglosassoni dove vige una concezione del contratto collettivo meno normativa e più procedurale della nostra e dove si sono sviluppate le forme di amministrazione e di risoluzione congiunta delle controversie relative all'applicazione del contratto; ma anche nel sistema tedesco dove proprio in relazione alla questione sopracitata tutti i sindacati della DGB hanno stabilito nello statuto il principio che uno solo di loro può essere competente a svolgere la contrattazione collettiva in una determinata azienda al fine di evitare le competizioni interne. Per dare concretezza a questo principio lo statuto della DGB prevede apposite procedure di decisione, compreso un collegio di arbitrato interno competente a decidere i conflitti di competenza.[375] Un simile sistema che si basa sulla volontarietà e sulla trasparenza (ma con una formula di chiusura arbitrale), è stato dichiarato legittimo dal tribunale federale del lavoro, il quale ha escluso che esso violi la libertà di coalizione; e ha manifestato una buona tenuta in quanto i tribunali del lavoro si orientano secondo le decisioni del collegio arbitrale stabilito all'interno della DGB.

La scelta delle parti del patto della fabbrica di perseguire congiuntamente a livello confederale la composizione consensuale delle controversie giurisdizionali denota la consapevolezza della gravità della questione. Le prime esperienze in sede del Cnel, cui le parti del patto hanno ritenuto di affidare il compito di accompagnare questo percorso, confermano la complessità della questione e la difficoltà di affrontare con accordi estemporanei caso per caso fra le singole parti della controversia. Del resto la storia mostra che le controversie "giurisdizionali" sono fra le più difficili da comporre fra le parti, perché toccano questioni di identità e di sopravvivenza delle organizzazioni.

---

[375] V. M. Fuchs, *La Contrattazione collettiva*, cit., p. 933 e ID, *Il principio dell'unità contrattuale*, cit., p. 213 ss.

Ma una simile procedura, se può essere utile a risolvere controversie interne alle parti che l'hanno posta in essere, risente di un limite intrinseco, come l'intero sistema privatistico di relazioni industriali, cioè quello di operare come effetti solo fra le parti stipulanti.

Questo è un limite tanto più grave in quanto le rotture dei tradizionali confini categoriali, come di altre regole consolidate, siano operate da organizzazioni esterne alle parti contraenti, o addirittura ai soggetti storici delle relazioni industriali, i quali ricercano proprio con la rottura di questi assetti tradizionali il motivo di esistenza e la loro legittimazione.

9. Autonomia collettiva e definizione eteronoma delle categorie contrattuali.

L'analisi sin qui svolta conferma che l'attuale situazione di incertezza non può risolversi ricorrendo a interventi legislativi diretti che sono preclusi.

Resta evidentemente l'intervento della magistratura. In realtà la nostra giurisprudenza, nei pochi casi in cui è intervenuta in materia, ha precisato che l'art. 2070 Cod. Civ. non è riferibile come tale alla contrattazione collettiva perché è inconciliabile con la natura privatistica di questa. Quindi ha escluso che il lavoratore possa pretendere la applicazione di un contratto collettivo diverso da quello adottato dal suo datore di lavoro anche se non corrispondente alla categoria merceologica in cui è inquadrata l'impresa, salvo che tale contratto non violi il principio dell'art 36 Cost. sulla giusta retribuzione.[376]

Ma se tale orientamento giurisprudenziale vale per decidere l'ambito di applicazione dei contratti collettivi, il ricorso all' art. 2070, è stato invece ritenuto necessario quando si è trattato di decidere del campo di applicazione di norme di legge, come quelle che stabiliscono le retribuzioni da considerare come base imponibile dei contributi previdenziali (legge 389/1989) o altre normative coinvolgenti la contrattazione collettiva, ad es. quella sul trattamento economico da assicurare ai lavoratori delle cooperative (art. 3 legge 142/2001) e l'art. 50 del dlgs 50/ 2016 (codice degli appalti pubblici) che impone alla stazione appaltante di indicare il contratto leader cui devono adeguarsi gli appaltatori. Qui il principio di autonomia negoziale delle parti cede di fronte alla necessità di avere una regola certa per individuare l'ambito di applicazione della legge; e in caso di contrasto fra contratti collettivi diversi va utilizzato un qualche criterio di scelta "oggettivo", in ipotesi la categoria merceologica determinata dalla attività prevalente dell'impresa.[377]

Il riferimento all'attività svolta dall'impresa come criterio di individuazione della categoria è simile a quello indicato dalle parti del patto della fabbrica le quali si propongono appunto di "garantire una più stretta relazione fra CCNL e reale attività dell'impresa".

Si tratta di una indicazione relazionale che presenta inevitabili margini di indeterminatezza.

---

[376] Giurisprudenza consolidata: cfr. da ultimo Cass. 26 nov. 2015 n. 24160; in generale R. Del Punta, *Diritto del lavoro,* 10° ed., Giuffrè, 2018, p. 251 ss.; M. Marazza, *Dalla "autoregolazione" alla "legge sindacale". La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in WP CSDLE, M. D'Antona, IT/209/2014, p. 18 ss.

[377] Oltre che agli effetti nel caso della legge 389/1989, l'appartenenza alla categoria è rilevante nei casi in cui l'applicazione del contratto collettivo serva per ottenere benefici legali, come fiscalizzazione e sgravi fiscali e contributivi. Cfr. fra i tanti., L. Panaiotti, *Ritorna la nozione oggettiva di categoria ex art 207 cc per l'applicazione dei benefici della fiscalizzazione contributiva?,* RIDL, 2014, II, p. 319; oltre che in genere per l'inquadramento previdenziale, per tutti A. Proia, *L'inquadramento dei datori di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. cap. II, p. 77 ss. e cap. V-VI.

La individuazione delle categorie in relazione all'attività dell'impresa non ha presentato in passato particolari difficoltà, perché i confini delle varie categorie erano relativamente assestati e i perimetri contrattuali li seguivano in larga misura.[378] Di conseguenza l'Inps e gli ispettori del lavoro potevano, con ragionevole certezza, riferirsi a tali confini per individuare le retribuzioni contrattuali cui commisurare i contributi previdenziali.

Senonché le grandi trasformazioni intervenute nell'economia hanno alterato, fra l'altro, le strutture produttive, combinando spesso fra loro attività individuali e tipi di servizi in modo inedito e mutevole; con la conseguenza di rendere altrettanto mutevoli e incerti i confini fra le varie attività e il concetto stesso di "attività" (principale o accessoria). Tali alterazioni strutturali si sono variamente riflesse nella geografia contrattuale, che ha moltiplicato le varianti di settori e sottosettori all'interno di categorie merceologiche storicamente unitarie, favorendo forme di contrattazione comprendenti al loro interno una pluralità di attività e di professionalità, spesso fra loro eterogenee.

Per lo stesso motivo si sono accentuati i rischi e i casi di sovrapposizioni e conflitti fra contratti collettivi diversi, talora firmati dagli stessi attori negoziali (di entrambe le parti).

In questo nuovo contesto la identificazione dei perimetri contrattuali si è rivelata problematica per le istituzioni competenti - Inps e Ministero del Lavoro - ed è diventata una questione critica per le parti sociali oggetto di tensioni tuttora irrisolte, come si è riscontrato anche nelle discussioni in corso al Cnel.[379] Sono indicative di tale situazione di incertezza – fra l'altro - le sfasature rilevate nelle catalogazioni dei contratti nazionali operate rispettivamente dal Cnel e dall'Inps che si stanno cercando di armonizzare.[380]

L'incertezza riguarda *in primis* l'individuazione da parte dell'Inps di quali siano le basi retributive contrattuali, dalle varie categorie da prendere in considerazione per i contributi sociali. Ma ha un impatto indiretto anche sulla questione della rappresentatività sindacale, perché le retribuzioni rilevanti a tal fine sono quelle fissate dai contratti nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (cd. contratti leader); e la valutazione della rappresentatività e dei relativi criteri si opera in riferimento agli stessi perimetri categoriali.

Come si vede, la definizione di tali perimetri di categorie è decisiva per entrambe le questioni: per la individuazione dei contratti rilevanti per la base contributiva e per la rappresentatività delle parti.[381]

---

[378] In passato com'è noto questioni relative alla individuazione dell'area contrattuale erano nate in particolare con riferimento alle implicazioni dei vari processi di decentramento produttivo e dell'articolazione dei gruppi societari, cfr. ad es. i criteri di individuazione dell'ambito contrattuale nel settore creditizio, (R. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva,* DLRI, 1999, p. 277 ss., p. 305 ss.) nonché in ordine alla distinzione fra attività prevalenti e accessorie nell'impresa: cfr. A. Vallebona, *Veri e falsi limiti alla libertà del datore di lavoro di scegliere il contratto collettivo,* RIDL, 1990, II, p. 62.

[379] Cfr. *Notiziario dell'archivio contratti*, Cnel, Roma, 2018.

[380] Una particolare criticità riveste, anche per questo aspetto, la collocazione delle PMI perché la loro categoria non è definita in modo univoco, non solo agli effetti dell'inquadramento contrattuale. Non a caso, le associazioni che rappresentano specificamente tali imprese lamentano di non ricevere pieno riconoscimento della loro rappresentatività, anche per la mancanza di una categoria specifica su cui misurarsi.

[381] Così testualmente per entrambi, l'art. 1 del DL 389/1989 dove si stabilisce che la retribuzione base per il calcolo dei contributi è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali delle due parti comparativamente più rappresentative

Questa situazione di incertezza è riscontrabile anche nelle oscillazioni delle prassi amministrative e delle altre decisioni giurisprudenziali riguardanti la nozione di rappresentatività, di cui si dirà oltre. D'altra parte difficilmente si può far carico alla giurisprudenza di dirimere controversie giurisdizionali e conflitti collettivi fra le parti sociali in supplenza a carenze normative di questa portata.

Le tensioni su questi punti - perimetri contrattuali, contratti leader, rappresentatività sindacale - finora sono rimaste sottotraccia. A smussarne l'asprezza hanno contribuito sia la vaghezza dei criteri di rappresentatività adottati dalla giurisprudenza e dalle amministrazioni del lavoro, sia la stessa caratterizzazione privatistica della contrattazione.

Ma come ho già rilevato, tali tensioni sono destinate ad acutizzarsi quando si dovranno applicare gli stringenti criteri numerici di rappresentatività del TU 2014; e ancora più se si volesse introdurre qualche forma di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. È anche per uscire da questa impasse che serve una nuova e più certa regolazione del nostro sistema di relazioni industriali.

Sul punto specifico della definizione dei perimetri contrattuali le scelte sarebbero agevolate se potessero prendere a riferimento procedure relative al sistema contrattuale come quelle spimentate nell'ordinamento tedesco, avvalendosi delle conoscenze e della valutazione delle stesse parti.

La considerazione dei materiali e delle valutazioni dell'autonomia collettiva non è infrequente nella prassi giurisprudenziale. Il legislatore l'ha talora raccomandata o addirittura richiesta, imponendo di tener conto delle indicazioni dei contratti collettivi, ad esempio per valutare le motivazioni poste a base del licenziamento (art. 30 legge 183/2010). Anche in tali casi si tratta di indicazioni legislative la cui applicazione rimane affidata alla discrezionalità del giudice e quindi ammette scostamenti.

Per superare le incertezze di regolazione di cui si è finora parlato, si richiederebbero, anzitutto in relazione a questo tema, ma in ipotesi anche ad altri fini, forme procedurali strutturate di raccordo fra le indicazioni delle parti sociali e le determinazioni dell'ordinamento, in ipotesi quelle delle autorità competenti in materia (Inps, Ministero del Lavoro). L'efficacia di tale raccordo, come indica ancora l'esperienza tedesca, dipende essenzialmente dalla coerenza del sistema procedurale messo in atto dalle stesse parti, e dal grado di consenso che sostiene le sue indicazioni.

Se le indicazioni circa i perimetri contrattuali concordati fra le parti, anche con l'ausilio di un organismo terzo come il Cnel, fossero sorrette da un ampio consenso, potrebbero esercitare una influenza decisiva sulle scelte delle amministrazioni pubbliche, sottraendole a rischi di aleatorietà. E la stessa giurisprudenza sarebbe indotta a tenerne conto, come si è visto nell'esperienza tedesca.

---

della categoria. Le parti sociali sono libere di scegliere autonomamente contenuti e ambiti della loro attività contrattuale. Ma quando tali attività sono rilevanti agli effetti previsti dall'ordinamento, come nel caso della base per i contributi sociali, incontrano i limiti stabiliti dalle normative del sistema, in particolare quella dei criteri di rappresentatività e quella degli ambiti in cui si esercita l'attività contrattuale e si misura la stessa rappresentatività. Si tratta di un condizionamento indiretto dell'ordinamento che subordina al rispetto di tali norme sia benefici specifici sia la rilevanza dell'attività delle parti per il sistema. Un simile condizionamento non dovrebbe esporsi a obiezioni di costituzionalità, giusti gli stessi orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale in tema di maggior rappresentatività.

10. Regole certe come presupposto per un "erga omnes" salariale.

Ove si volesse introdurre anche nel nostro ordinamento l'efficacia *erga omnes* almeno della parte salariale dei contratti collettivi di lavoro, come chiedono le parti del patto della fabbrica, la definizione dei perimetri contrattuali, come dei criteri di rappresentatività degli attori negoziali, diventerebbe un presupposto necessario dell'operatività della normativa. Il sistema di regolazione debole adottato finora dalle parti difficilmente potrebbe garantire il funzionamento del sistema. Anche qui è significativa l'esperienza tedesca dove le procedure di autoregolazione, pur da tempo sperimentate e avallate dalla giurisprudenza si sono rivelati insufficienti e le stesse parti hanno richiesto l'intervento del legislatore.[382]

A voler affrontare il tema di fondo si richiederebbe se non di negare il valore dell'autoregolazione, radicato nella nostra storia, almeno di sostenerlo con un quadro normativo di riferimento, cioè con una normativa che connettesse le indicazioni provenienti dalle parti sociali con le indicazioni di legge che sono necessarie al funzionamento ordinato del sistema.

Soluzioni del genere, adottate in altri paesi, non sono sconosciute neppure da noi. Il sistema istituzionalmente più significativo in Italia, anche se attuato in diverso ambito, mi sembra quello disegnato dalla legge 146/1990 in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Tale disciplina, come ho avuto modo di illustrare a suo tempo,[383] si caratterizza per una combinazione di fonti eteronome e autonome che realizza un modello pluriordinamentale adatto "a quadrare il cerchio fra esigenze di regolazione pressioni settoriali e consenso sociopolitico". Non si tratta beninteso di riprodurre tali e quali i meccanismi di quella disciplina, ma di riprenderne la idea di fondo di una regolazione integrata fra forme di autoregolazione delle parti e interventi di una autorità indipendente provvista di poteri di conciliazione/mediazione tra le parti, con possibili effetti vincolanti almeno temporanei.

Forme di sostegno all' autonomia collettiva tramite l'intervento di autorità indipendenti sono diffuse in altri paesi, ma hanno trovato forti resistenze nel nostro ordinamento, per gli stessi motivi che l'hanno costruito prima su basi di forte contrapposizione ideologica e poi con debole capacità di darsi regole stabili e con scarsa fiducia verso metodi di composizione pacifica ed extragiudiziale delle controversie. È significativa al proposito l'avversione storica del nostro sistema verso ogni forma di arbitrato vincolante.

L'esempio della regolazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali costituisce un precedente che può dare indicazioni utili. L'oggetto di un intervento sui confini contrattuali non è meno importante per le sorti del sistema di quello delle regole sul conflitto. Per la sua complessità e tecnicità può essere trattato con successo valorizzando insieme le esperienze delle parti e la capacità mediatoria e di sostegno di un'autorità indipendente.

Le possibilità che proposte del genere rompano il muro delle resistenze tradizionali sono incerte, come in altri aspetti delle nostre relazioni industriali. Ma mantenere l'attuale regolazione debole e affidarsi agli accordi caso per caso perpetuerebbe una condizione di incertezza che facilita le controversie, in particolare quelle sui confini fra categorie contrattuali. Inoltre costituirebbe un

---

[382] Cfr. ancora M. Fuchs, op. ult. cit.

[383] T. Treu, *Il conflitto e le regole*, Aidlass, Atti delle giornate di studio, maggio 2000, Giuffrè, Milano, 2002 e DLRI, 2000, p. 285 ss.

ostacolo all'introduzione di una efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali, sempre più necessaria e auspicabile.

L'importanza di un intervento simile è stata finora sottovalutata dalle parti sociali e dal legislatore per lo stesso motivo che è alla base del tradizionale approccio volontaristico delle nostre relazioni industriali e cioè per la fiducia delle parti nella propria capacità di regolare col contratto le condizioni di lavoro della totalità dei lavoratori.

Ma le trasformazioni recenti nel quadro economico hanno modificato la tenuta dell'ordinamento sindacale e il grado effettivo di copertura dei contratti collettivi nazionali, i quali anche quando sono formalmente provvisti di estensione generale hanno crescenti difficoltà a tutelare effettivamente tutti i lavoratori della categoria di riferimento. Le ricerche in proposito, da quelle del Cnel a quelle della Banca d'Italia, mostrano che, soprattutto in settori deboli economicamente e sindacalmente tali contratti collettivi, pur se stipulati da sindacati e associazioni datoriali maggiormente rappresentativi, presentano alti tassi di evasione.[384]

Le dimensioni del fenomeno sono variamente stimate, ma la maggior parte delle fonti indicano che circa il 20% dei lavoratori dipendenti a tempo indeterminato e a orario pieno sono pagati meno dei minimi contrattuali con consistenti distanze da tali minimi. In particolare nei settori dei servizi sono stimate al 35,1% nel settore immobiliare, al 24% nel commercio, al 21,4% nel settore alberghiero, ristorazione e turismo.

La effettività del sistema contrattuale è ulteriormente indebolita nei settori e nei casi in cui sono presenti contratti firmati da soggetti non rappresentativi che spesso prevedono condizioni salariali e normative inferiori anche considerevolmente a quelle stabilite dai contratti leader.

I due fenomeni, alto tasso di evasione contrattuale e forme di contrattazione pirata, sono due indicatori simmetrici della crescente difficoltà del nostro sistema contrattuale di regolare le condizioni salariali e di lavoro. E vanno quindi contrastati con interventi convergenti, da una parte fissando per legge criteri certi di rappresentatività di entrambe le parti, e dall'altra rafforzando la vincolatività degli accordi siglati dalle organizzazioni rappresentative con gli strumenti di controllo e di ispezione; e ciò specie nei confronti delle Organizzazioni che si sottraggono alla disciplina concordata collettivamente uscendo dalle associazioni di rappresentanza o semplicemente trasgredendo le regole fissate in sede contrattuale.

L'inefficienza delle regole attuali delle relazioni industriali, unita alla bassa produttività del nostro assetto produttivo, hanno contribuito alla forte crescita del lavoro povero. Si tratta di un fenomeno preoccupante che è stato oggetto di attenzione da parte del governo con la proposta di salario minimo e per altro verso con la normativa sul reddito minimo.[385]

Non posso approfondire qui i motivi di favore e le obiezioni nei riguardi del salario minimo di cui mi sono occupato in altra sede.[386] Rilevo che il riconoscimento di efficacia generale alla parte salariale dei contratti collettivi conclusi dalle parti più rappresentative rafforzerebbe non poco la

---

[384] Cfr. C. Lucifora, *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale*, in Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu, *Salari, produttività, diseguaglianze,* cit., p. 427 ss.; F. D'Amuri, *I lavoratori a bassa retribuzione in Italia: evidenze e indicazioni di policy*, ivi, p. 257 ss.

[385] Cfr. C. Lucifora, *Working poor e politiche per l'occupazione*, in Dell'Aringa, P. Guerrieri, (a cura*), Inclusione, produttività, crescita*, Arel, Mulino, cit. e vari contributi con diverse prospettive disciplinari in Lavoro e Diritto, n. 4/2018, e n. 1/2019.

[386] T. Treu, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP CSDLE, IT 386/2019, p. 4 ss., anche per altre citazioni.

vincolatività degli accordi e contrasterebbe l'inaccettabile tasso attuale di evasione degli obblighi contrattuali, con la conseguenza di ridurre l'intervento della legislazione sui minimi salariali a casi e settori veramente marginali.

La consapevolezza che modifiche normative nelle direzioni indicate sono necessarie per rendere efficace il nostro sistema di relazioni industriali e per difenderlo da un progressivo declino sembra cresciuta fra le parti, comprese quelle più legate alla concezione autonomistica, e nello stesso legislatore come mostrano in vari disegni di legge presentati in parlamento da diversi partiti sia del governo sia dell'opposizione. Resta da vedere se questa consapevolezza si tradurrà in scelte coerenti e adeguate all'obiettivo; e non sono pochi gli aspetti anche di dettaglio da chiarire per evitare soluzioni illusorie.

11. Criteri di rappresentatività sindacale.

Ho già detto delle difficoltà di intervenire in tema di perimetri categoriali e di come la loro definizione non tolleri interventi di autorità, né possa lasciarsi ad accordi fra le parti attuati caso per caso senza agganci istituzionali.

In tema di rappresentatività sindacale la scelta maturata da tempo fra le parti è di adottare criteri di tipo oggettivo e quantitativo riferiti alla consistenza associativa e ai risultati elettorali delle RSU.

Una simile scelta supera in modo netto, anche più di altri ordinamenti, criteri di accertamento della rappresentatività di tipo qualitativo e storico come quelli seguiti tradizionalmente dalla giurisprudenza italiana: in particolare equilibrata presenza su varie categorie professionali, diffusione sul territorio nazionale, esercizio continuativo di attività di autotutela, significativa consistenza numerica, partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti collettivi.

La maggiore rappresentatività individuata secondo questi indici giurisprudenziali si ritiene tuttora rilevante, anche dopo le vicende riguardanti l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, in relazione alla generalità delle disposizioni che alludono a questa nozione (cfr. Corte Cost. n.244 del 1996).

La nozione di sindacati comparativamente più rappresentativi, da tempo affiancatasi alla nozione sopra indicata, ha una motivazione originaria consistente nella necessità di risolvere i contrasti divenuti sempre più frequenti fra una pluralità di discipline contrattuali nella stessa categoria. Tale obiettivo comporta che il rinvio di varie leggi, *in primis* la normativa sui minimali contributivi, venga riferito ai soli contratti stipulati da sindacati che a seguito di un procedimento di comparazione risultino più affidabili in quanto più rappresentativi degli altri.[387]

Ma se l'obiettivo originario è comprensibile, il significato e l'impatto della innovazione non sono niente affatto chiari. Al di là delle diverse opinioni dottrinali,[388] le decisioni giurisprudenziali sono alquanto divergenti, anche ma non solo in dipendenza del problema per cui si utilizza la nozione.

---

[387] Cfr. anche per riferimenti giurisprudenziali, F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro, 1. Diritto Sindacale,* 8° ed., Torino, UTET, 2018, p. 120 ss.

[388] Cfr. fra i tanti G. Pera, *Nota sui contratti collettivi "pirata",* RIDL, 1997, I, p. 38 ss.; P. Passalacqua, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, DRI, 2014, p. 378; G. Ferraro, *Sul rinnovato sistema di relazioni industriali,* ADL, 2014, p. 562; S. Scarponi, *Rappresentatività e rappresentanza sindacale,* Cedam, Padova, 2005.

Sovente si continua a fare riferimento ai criteri tradizionali sopra ricordati, specie quando si tratta di scegliere le organizzazioni titolate a designare rappresentanti in organismi pubblici e la selettività richiesta non è particolarmente stringente.[389] Quando viceversa si richiede un giudizio più rigoroso di selezione fra vari soggetti e fra più contratti collettivi, come ai fini della legge 389/1989 citata, si ritiene che la indicazione legislativa sulla rappresentatività debba desumersi da una valutazione comparativa dei criteri sopra ricordati o anche talora da criteri più precisi di quelli tradizionali (ad es. quelli indicati dal Ministero del Lavoro, fra gli altri nell'interpello 27/2015).[390]

La varietà e l'incertezza dei criteri impiegati impediscono valutazioni univoche sui casi esaminati, compresi quelli riguardanti contrasti fra diversi contratti collettivi che richiederebbero una selezione particolarmente rigorosa per non lasciare spazio ad accordi siglati da organizzazioni di dubbia rappresentatività e caratterizzati da contenuti salariali e normativi al ribasso (i cd. contratti pirata). Sono significative di questa incertezza le valutazioni (spesso opposte) riguardanti la rappresentatività di sindacati quali la Confsal e organizzazioni ad essa facenti capo,[391] e per altro verso dello Snater.[392] Per altro verso è significativo, e in certa misura sorprendente, che i criteri quantitativi definiti da tempo negli accordi interconfederali riguardanti i maggiori settori non vengano generalmente presi in considerazione dai giudici né nelle indicazioni del ministero del lavoro.[393]

Questo aspetto della anomia in cui versano le nostre relazioni industriali è particolarmente grave in quanto la certezza della rappresentatività degli attori negoziali è il cardine su cui deve poggiare ogni sistema ordinato; e la mancanza di certezze sui criteri della rappresentatività costituisce un ostacolo obiettivo alla lotta contro la frammentazione e il dumping contrattuale.

Le difficoltà manifestate dai tentativi delle parti di superare tale anomia e la inadeguatezza degli interventi di supplenza della giurisprudenza e della amministrazione del lavoro confermano che spetta al legislatore di dare una indicazione definitiva al riguardo.

Continuo a ritenere che la definizione legislativa di tali criteri di rappresentatività, per essere rispettosa della autonomia delle parti, dovrebbe fare riferimento in linea di massima a indicatori previsti dalle parti.

In tal senso si sono espresse in passato varie proposte di legge e da ultimo il disegno di legge in esame al Senato a prima firma Catalfo che opera un sostanziale rinvio ai criteri del testo unico del 2014 (AS. 658).

La corretta applicazione di tali criteri presuppone peraltro che si predispongano anche qui forme procedurali affidabili per l'accertamento di ambedue i dati rilevanti, cioè il numero di iscritti al sindacato e quello dei voti delle rappresentanze sindacali aziendali. Tale accertamento è necessario per superare la prassi attuale in cui i dati relativi alla sindacalizzazione si basano sulla mera autodichiarazione degli interessati, con risultati spesso assolutamente improbabili.

---

[389] Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, 22/2/2007, n. 971 e le citazioni di cui a nota 23.

[390] Cfr. da ultimo TAR Lazio, sent. 8865/2014; TAR Lazio, sent. 8765/2015; e anche TAR Lazio, sent. 8/2/20128, n. 1522.

[391] Cfr. Trib. Genova, 19 dic. 2018, rileva la mancanza di prove di rappresentatività di Fesica- Confsal e Confsal -Fisals.; TAR Lazio, Sez. I, 8 febb.2018, n. 1522, rileva che "la Confsal non ha i requisiti di sindacato comparativamente rappresentativo". In senso contrario riconosce la maggiore rappresentatività della Confsal, Trib. Pavia, 26 febbraio 2019, e anche Ministero del lavoro, nota 17/7/2014.

[392] Trib. Roma, 3 giugno 2019.

[393] Una eccezione è Trib. Roma, 3 giugno 2019; e vedi G. Ferraro, *Sul rinnovato sistema di relazioni industriali*, RDL, 2014, p. 562 ss.

Un accertamento del genere si può perfezionare solo con la partecipazione congiunta delle parti sociali e di istituzioni pubbliche. Il TU del 2014 ricordato prevede al riguardo l'intervento dell'Inps, di intesa con il Ministero del lavoro, per la acquisizione e la certificazione delle deleghe sindacali e inoltre delle parti e del Ministero del lavoro per la raccolta e verifica dei dati elettorali. Le indicazioni del testo unico si sono tradotte in un protocollo, di cui è prevista la firma fra Inps e Ministero del lavoro, che specifica e sanziona l'intero iter procedurale.

Inoltre, data la necessità di considerare ai fini della verifica della rappresentatività le percentuali degli iscritti ai sindacati con quelle dei voti riportati nelle RSU, la stessa intesa del 2014 prevede l'intervento di un'autorità terza, che viene individuata nel Cnel, a cui sono trasmesse le due serie di dati al fine di effettuare la ponderazione necessaria a determinare la rappresentatività di ogni singola organizzazione sindacale.

Come si vede, si tratta di una procedura tripartita alquanto complessa, che è stata predisposta per superare il sistema attuale del tutto aleatorio di valutazione della rappresentatività sindacale. Il superamento di questa situazione anomala potrà permettere di basare su fondamenti certi il calcolo della rappresentatività sindacale; e fra le implicazioni positive avrebbe quella di contribuire a porre fine alla proliferazione dei contratti collettivi nazionali di categoria rilevata dal Cnel.

12. La rappresentatività delle associazioni datoriali.

Se la questione della rappresentatività sindacale è stata a lungo (non solo in Italia) oggetto di dibattito, pervenendo alle conclusioni ricordate, l'analogo problema dell'accertamento della rappresentatività delle associazioni datoriali è emerso solo di recente all'attenzione degli interessati e nel dibattito pubblico.

I motivi sono simili a quelli menzionati, cioè rinviano alla crescente diversificazione dei sistemi produttivi e della geografia (anche internazionale) delle imprese che ha messo in discussione la acquisita o presunta rappresentatività delle organizzazioni datoriali storiche dei vari settori.[394]

Anche qui il problema è comune ad altri paesi, alcuni dei quali lo hanno già affrontato in via legislativa, a cominciare dalla Francia dove una legge del marzo 2107 con art. 2151-1 (Codice del Lavoro) ha stabilito una serie di criteri indicativi della rappresentatività delle organizzazioni degli imprenditori, in particolare i seguenti: rispetto dei valori repubblicani, indipendenza, anzianità negoziale minima, attività ed esperienza pregressa, diffusione territoriale equilibrata, audience misurata dal numero di imprese aderenti. In particolare ai fini della contrattazione di settore la soglia minima di rappresentatività è indicata nel'8% della potenziale audience associata nel settore di riferimento. La legge El Khomri recependo i suggerimenti delle organizzazioni datoriali, ha modificato i criteri di misurazione dell'audience associativa, stabilendo che si tenga conto solo per il 20% delle imprese iscritte e per l'80% della consistenza occupazionale delle imprese associate.[395]

---

[394] Cfr. M. Forlivesi, *La rappresentatività datoriale. Funzioni, modelli, indici di accertamento,* LD, 2018, p. 521 ss., che indica come caso emblematico la vicenda "confini" che manifesta la competizione delle PMI nei confronti delle associazioni storiche, *in primis* Confindustria; V. Papa, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione,* cit., spec. p. 133 s. Vedi anche le proposte in proposito dei gruppi di giuslavoristi della redazione di Diritti Lavori Mercati, in DLM, 2014, n. 1.

[395] Tale normativa si è costruita per tappe successive ed è stata oggetto di non poche polemiche e aggiustamenti; cfr. V. Papa, *L'attività sindacale*, cit. p. 159 ss.

La necessità di affrontare tale questione è ora riconosciuta anche in Italia dalla maggior parte delle grandi organizzazioni sindacali dei datori di lavoro, da ultimo dalla Confindustria nel già citato "patto della fabbrica". Ma dichiarazioni simili in questo senso sono state espresse anche dalle maggiori organizzazioni di altri settori (servizi, cooperazione, artigianato).

Il già ricordato ddl in discussione nel Senato a prima firma Catalfo, per dare risposta al problema, fa riferimento a una serie di criteri previsti dalla legge 580/1993 e del relativo regolamento (n. 155/2011) al fine della designazione di rappresentanti delle associazioni datoriali nei consigli delle Camere di Commercio: in particolare numero delle imprese aderenti alle associazioni, numero dei dipendenti delle stesse imprese, valore aggiunto.

Non tutte le associazioni datoriali ritengono adeguati tali criteri, come è emerso anche nel dibattito avviato all'interno del Cnel. In particolare varie organizzazioni di datori di lavoro dei settori non industriali hanno rilevato la necessità di integrare, se non di sostituire, i criteri citati per tenere conto della specificità delle loro imprese e della configurazione delle stesse organizzazioni, in particolare suggerendo indicatori quali l'attività degli enti bilaterali, la loro presenza sul territorio e altre funzioni di servizio agli associati.

La discussione è avviata in sede Cnel e fra le organizzazioni coinvolte. La novità di questo aspetto della questione e la diversità delle situazioni aziendali e associative da considerare lasciano prevedere una ricerca non facile. Ma una soluzione condivisa fra le parti sarebbe anche qui la base migliore per garantirne la efficacia e per aprire una strada all'intervento di sostegno del legislatore. Anche per applicare in modo affidabile questi criteri si richiederanno procedure partecipate di accertamento e verifica, quali sopra ricordati, evidentemente rapportate al tipo di realtà in esame.

Un intervento del legislatore servirebbe in ogni caso a dare certezza alle regole, così da completare su entrambi i versanti delle relazioni il quadro necessario a definire le questioni della rappresentatività delle parti, dei perimetri dalle categorie e della efficacia dei contratti collettivi.

13. Utilità e limiti dell'intervento legislativo sul sistema contrattuale.

L'insieme di regole qui prospettate servirebbe a fornire un quadro istituzionale più certo alle nostre relazioni industriali, senza invadere il campo dell'autonomia delle parti, ma dandovi un sostegno presidiato dalle stesse parti e dalle istituzioni competenti in materia.

Per i medesimi motivi che consigliano di dare sostegno, senza interferenze, all'autonomia collettiva, ritengo poco opportuno un intervento diretto del legislatore sulla struttura della contrattazione collettiva, in particolare sui rapporti fra contratto nazionale e contratti decentrati.

In realtà la nostra legislazione, come si è rilevato, ha dato indicazioni significative al riguardo nel senso di favorire il decentramento contrattuale. Mi riferisco all'articolo 8 della legge 148 del 2011 che pur essendo stato molto controverso, non è stato smentito dai governi successivi compreso quello attuale, e che per altri versi è stato (opportunamente) utilizzato con parsimonia dalle parti per di più per reagire a situazioni di gravi crisi aziendali.

Diverso ma non meno rilevante è l'articolo 51 del decreto 81/2015, che ha sancito la parità di status giuridico fra i due livelli contrattuali, centrali e decentrati, lasciando alle parti di stabilirne le relazioni.

Infine le leggi di bilancio del 2016 e del 2017 hanno incentivato due istituti tipici della contrattazione collettiva decentrata quali i premi di produttività e il welfare integrativo.

Anche dopo questi interventi l'assetto contrattuale del nostro sistema resta largamente autonomo e la sua coerenza interna dipende dalla capacità delle parti a livello nazionale di controllare le scelte delle loro organizzazioni decentrate. Tale capacità sarebbe rafforzata se si desse certezza istituzionale ai punti sopra ricordati delle relazioni industriali.

Un ulteriore intervento legislativo, anche da me prospettato,[396] che potrebbe contribuire a rafforzare l'equilibrio del sistema contrattuale, sarebbe di attribuire alle regole sulla struttura contrattuale fissate dalle parti nazionali una efficacia giuridica reale, con la conseguenza di sanzionare con la nullità le regole difformi concordate in sede decentrata.

Nelle pagine precedenti ho sviluppato l'argomento secondo cui le grandi trasformazioni del contesto economico e sociale e del mondo del lavoro richiedono che le nostre relazioni sindacali superino l'attuale stato di incertezza istituzionale, non solo migliorando la propria capacità di autoregolazione, ma integrandola con una regolazione di legge sui capisaldi del sistema. Ho anche sostenuto la necessità di rafforzare la implementazione delle regole fondamentali, autonome e eteronome, con procedure tripartite alle quali siano chiamate a partecipare le parti sociali e le istituzioni pubbliche competenti.

14. Nuove tecniche per la regolazione dei contenuti contrattuali: mansioni e orari di lavoro.

Orbene i motivi che chiedono di innovare in tale direzione il nostro sistema di regole non valgono solo per le relazioni industriali, ma richiedono un ripensamento anche delle tecniche di regolazione e delle procedure relative ad alcuni contenuti e strutture della contrattazione.

Su questo tema si apre un campo di indagine non ancora esplorato a fondo e su cui le parti sociali si sono esercitate poco, ma che offre potenzialità di grande rilievo per migliorare il funzionamento del sistema.

Per illustrare la necessità di nuove tecniche mi limito a due esempi che mi sembrano emblematici; ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Una prima area critica per il futuro della regolazione contrattuale riguarda le mansioni e in generale i sistemi di inquadramento. La velocità e profondità dei cambiamenti indotti dalle tecnologie digitali nelle organizzazioni produttive e del lavoro mettono in dubbio non solo la stabilità degli oggetti della prestazione lavorativa, ma anche la prevedibilità dei cambiamenti e la loro durata. Tanto più che i task richiesti ai lavoratori si differenziano e si ricompongono sulla base di input diversi, che risultano spesso da un intreccio senza precedenti fra decisioni umane e indicazioni provenienti dalle macchine intelligenti.[397]

---

[396] T. Treu, *Contrattazione e rappresentanza*, cit., p. 348.

397 M. Faioli, *Mansioni e macchina intelligente,* Giappichelli, Torino, 2018, spec. p. 226 ss., che motiva diffusamente le controindicazioni della normativa storica di regolazione delle mansioni, (art. 2103 Cod. Civ.) sostenendo la necessità, a fronte della dinamicità degli assetti produttivi, di valorizzare forme di tutela procedurale piuttosto che normativa sostanziale delle posizioni professionali del lavoratore. Tale prospettiva richiede un'innovazione anche nelle funzioni della contrattazione collettiva. Per intervenire efficacemente a regolare i rapporti fra lavoratori e macchine che operano nella fabbrica intelligente essa deve "allontanarsi dalla contrattazione collettiva di posizione e avvicinarsi sempre di più a una contrattazione *problem solving".*

In questi casi la regolazione deve intervenire non, come nel passato, su oggetti definiti e relativamente stabili, ma su sequenze di eventi e su processi organizzativi. Se è così, la tecnica di regolazione non potrà essere più quella di tipo definitorio, come sono gli inquadramenti tradizionali, ma piuttosto di tipo procedurale.

Una indicazione in tal senso si ricava dalla modifica dell'art. 2013 cod. civ. introdotta dal Jobs Act, che supera il criterio tradizionale della equivalenza delle mansioni come criterio regolativo della mobilità professionale, variamente e spesso rigidamente inteso dalla giurisprudenza, per sostituirlo con un controllo da parte della contrattazione collettiva, cioè appunto con un criterio di tipo procedurale.

Una seconda area critica per la regolazione, in quanto investita dalle stesse trasformazioni strutturali dei contesti produttivi, è quella degli orari di lavoro. La variabilità e imprevedibilità degli andamenti produttivi hanno da tempo forzato i sistemi di orario ad adattarsi con procedure e menù diversificati, secondo le esigenze di volta in volta emergenti nelle aziende e talora dai lavoratori.

La diffusione di vari metodi di *smart working* tende a rendere sfuggenti gli stessi concetti di tempo e di luogo di lavoro, e quindi a mettere in discussione i criteri tradizionali di misurazione della prestazione. [398]

L'enfasi si sposterà sulla misurazione dei risultati del lavoro. Ma questo non potrà essere un criterio esclusivo di valutazione del lavoro. Occorrerà ricercare nuove regole per salvaguardare le esigenze fondamentali delle persone sia nel rapporto fra tempi di lavoro e tempi di vita sia nella sicurezza delle prestazioni svolte in luoghi diversi da quelli tradizionali.

Anche queste regole non potranno essere solo di tipo definitorio né stabilite una volta per tutte, ma dovranno integrarsi con procedure condivise e adattabili nel tempo.

Il legislatore non ha ritenuto di affrontare in questa prospettiva il problema posto dalle implicazioni dello *smart working,* ma ha inteso rispondervi attribuendo un ruolo decisivo al contratto individuale di lavoro nella regolazione di questo e di altri aspetti della gestione dei rapporti di lavoro.

La importanza dell'autodeterminazione del lavoratore nella regolazione dell'orario e ai fini di una migliore conciliazione tra tempo di lavoro e di vita è indubbia; ma la fiducia riposta nella capacità del contratto individuale, senza alcuna mediazione sindacale, di garantire una regolazione degli orari utile alla conciliazione fra lavoro e esigenze personali, non può non destare perplessità.

Il fatto che il lavoratore operi in un contesto digitale non è sufficiente, né rilevante, per rafforzare la capacità di raggiungere soluzioni contrattuali equilibrate tra lavoratori e datore di lavoro. Né basta a tal fine sancire il diritto di disconnessione previsto dalla stessa legge.

---

[398] Cfr. la voce *Lavoro agile,* di M. Ferraresi, ne *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2018, p. 307 ss.; C. Spinelli, *Tempo di lavoro e di non lavoro: quali tutele per il lavoratore agile,* in Giustizia Civile, fasc. 8, p. 17; G. Calvellini, M. Tufo, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo,* in Labor, fasc. 4, p. 403-405.

Più utile sarebbe ricercare forme nuove di contrattazione collettiva in grado di offrire ai lavoratori agili, invece che tradizionali regolazioni rigide, opzioni diverse di regolazione dei tempi di lavoro fra cui lavoratori e datori possono scegliere tenendo conto delle specificità e variabilità del tempo di lavoro di questi lavoratori.[399]

Soluzioni del genere sono già state sperimentate in passato da accordi collettivi che hanno presentato menù di varie alternative diretti a contemperare le esigenze della fabbrica flessibile con quelle generali dei lavoratori.

Se queste indicazioni di metodo sono fondate, esse possono servire a ridefinire in modo nuovo anche i rapporti fra diversi livelli della contrattazione collettiva.

Le regole procedurali, che sono sempre più necessarie per intervenire sui processi produttivi e sulla organizzazione del lavoro, potranno individuarsi e applicarsi solo a livello di contrattazione aziendale. Alla contrattazione nazionale dovrebbe competere il compito di dare gli indirizzi sui temi e sulle aree dove intervenire con le varie procedure, nonché sui criteri e sugli obiettivi generali cui queste dovrebbero ispirarsi.

Si tratta di un compito diverso da quello regolatorio tradizionale, ma non meno importante, perché servirà ad evitare che il governo di processi importanti come quelli sopra menzionati in tema di mansioni e di orari di lavoro non sia lasciato all'improvvisazione o peggio all'arbitrio, ma sia sostenuto dalle procedure e condiviso dalle parti.

Così la nuova regolazione potrà evitare che la contrattazione sia fonte di rigidità controproducenti ma servirà a mantenerle il valore fondamentale di strumento di governo partecipato delle innovazioni produttive e del lavoro.

---

[399] L. Pero, *I menu alla francese e gli orari di lavoro flessibile,* in *Sviluppo e organizzazione*, n. 192, 2002, p. 33 ss.; L. Pero, *Orari e organizzazione del lavoro: casi di flessibilità vantaggiosa*, Quaderni Rass. Sindacale, 2017, p. 65 ss.; A. Ponzellini, *Fine dell'orario come misura del lavoro*?, *Tecnologie, smart working, lavoro digitale*, ivi, p. 31 ss.

Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*

Stefano Giubboni

1. *Un* excursus *su esonero e danno* differenziale. 149
2. La regola dell'esonero: continuità testuali e discontinuità contestuali. 150
3. La crisi dell'esonero nel «diritto vivente». 151
4. L'esonero da regola a deroga. 152
5. La sentenza n. 9166 del 2017 della Corte di cassazione. 154
6. La problematica del danno differenziale in prospettiva evolutiva. 156
7. Le incertezze ermeneutiche create dalla giurisprudenza di San Martino delle Sezioni unite. 157
8. Lo «stato dell'arte» in tema di danno differenziale. 159
9. Qualche osservazione a mo' di conclusione e qualche proposta de iure condendo. 161

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 397/2019

1. *Un* excursus *su esonero e danno* differenziale.

Non esiste probabilmente tema più classico della nostra disciplina di quello del rapporto fra tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e responsabilità civile[400]. Si tratta, infatti, di un tema originario, che si pone in senso proprio alle origini della legge nella quale siamo soliti individuare, nel nostro Paese, l'inizio della storia del diritto della previdenza sociale modernamente inteso.

Un *excursus* introduttivo sulle questioni più rilevanti del tormentato rapporto tra regole generali di responsabilità e disciplina assicurativa degli infortuni sul lavoro non può, dunque, non tener conto della grande complessità sul piano storico-ricostruttivo di questa lunga vicenda, che prende origine, appunto, dalla legge istitutiva n. 80 del 1898. Solo un'adeguata consapevolezza della complessità storica delle tante questioni che ci appaiono ancor oggi aperte e irrisolte può, infatti, consentire una riflessione metodologicamente avveduta e quindi – come è necessario nell'ottica del giurista pratico – anche il tentativo di offrire appropriate soluzioni interpretative e applicative.

Il tema dei rapporti tra responsabilità civile, infortuni sul lavoro e malattie professionali è effettivamente uno dei più complessi sul piano storico-dogmatico. Su di esso si è accumulata una letteratura di straordinaria rilevanza, essendosi sul tema come noto cimentati alcuni dei massimi protagonisti della cultura giuridica del Novecento italiano (ci basti ricordare gli studi seminali di Francesco Carnelutti), onde il ritorno ai classici costituisce, nel nostro campo, un esercizio più che mai necessario[401].

Ogni discussione sul nostro tema esige, in questa prospettiva, di cimentarsi sui due classici aspetti di questa problematica: da un lato, sulla questione dei presupposti e dei limiti dell'esonero (parziale) del datore di lavoro «assicurante» dalla responsabilità civile, quale sancito dal primo comma dell'art. 10 del d.P.R. 1124 del 1965 in termini lessicalmente non dissimili da quanto disponeva la l. 80 del 1898; dall'altro, sulla questione dei criteri di determinazione del «danno differenziale». Su entrambe le questioni – a dispetto dell'apparente fissità di un dato normativo che ha finito per ossificarsi, almeno nella sua disposizione di riferimento – si è come ben noto registrata, a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta dello scorso secolo, una straordinaria evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, che ha in pari tempo riguardato – con intrecci inevitabili tra i due aspetti – sia il profilo dell'*an* della responsabilità risarcitoria datoriale, sia quello del *quantum*. Non è un caso che i due profili tornino ad essere intrecciati, condizionandosi vicendevolmente, nella elaborata (ancorché, come diremo, non del tutto appagante e condivisibile) motivazione della pronuncia – la 9166 del 2017 – con cui la Suprema Corte ha di recente fatto in qualche modo il punto sulla nostra complessa problematica, delineando, per così dire, lo «stato dell'arte» in materia.

È indubbiamente difficile sintetizzare con formule semplici una tale complessa evoluzione: volendo tuttavia azzardare almeno un'ipotesi ricostruttiva di questa vicenda, e segnatamente degli intrecci inevitabili tra il profilo dell'*an* e quello del *quantum*, si è tentati di dire che, almeno tendenzialmente, a fasi di restrizione dei presupposti di attivazione della responsabilità risarcitoria del datore (caratterizzati, dunque, da una lettura rigorosa dell'esonero come «regola» dello spe-

---

[400] Il tema è così classico che esime dal fornire indicazioni bibliografiche che non riguardino, oltre a pochi autori classici, la più recente attualità giurisprudenziale o normativa. Per un riepilogo generale delle questioni che verranno affrontate in questo contributo valga ad ogni modo il rinvio a S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e risarcimento del danno*, Milano, 2012.

[401] V. ora U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro nel Novecento italiano. Profili*, Roma, 2019.

ciale sottosistema governato dal t.u. del 1965) fa da contraltare una certa larghezza nella determinazione della misura del danno differenziale riservato al risarcimento della vittima dell'infortunio sul lavoro o della malattia professionale; e viceversa. Con la evocata sentenza n. 9166 del 2017 della Corte di cassazione ci troveremmo (nuovamente), secondo taluni, in una fase di tendenziale restrizione sull'*an*, con una rivitalizzazione dell'esonero come regola speciale del «diritto secondo» dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni (per usare la nota espressione di Carlo Castronovo)[402], apparentemente controbilanciata da una significativa espansione sul piano del *quantum* del danno differenziale risarcibile in favore del vittima dell'infortunio o della malattia professionale.

2. La regola dell'esonero: continuità testuali e discontinuità contestuali.

È noto che la regola che ancora oggi troviamo inscritta nell'art. 10 t.u. è nel senso dell'esonero del datore di lavoro da responsabilità civile (c. 1), salvo che il fatto che occasiona l'infortunio o causa la malattia professionale non costituisca reato perseguibile d'ufficio imputabile allo stesso datore (o a un suo dipendente). La formulazione dell'art. 10 t.u. riflette, senza significative variazioni, come si accennava, quella storicamente introdotta nel 1898 della legge fondativa dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

Questa formulazione normativa si ricollega direttamente ai presupposti politico-giuridici che furono alla base dell'introduzione dell'obbligo assicurativo, in origine solo contro gli infortuni sul lavoro e soltanto in favore degli operai dell'industria. Essa si basa, infatti, sull'idea che il datore di lavoro, pagando il «premio», assolva in principio per intero il proprio obbligo assicurativo e che pertanto, al di fuori dei casi in cui sia accertato un reato «d'azione pubblica» (come recitava la legge del 1898), non debba essere chiamato a risarcire alcunché, visto che il danno è indennizzato – e il corrispondente rischio professionale socializzato – grazie, appunto, al versamento del premio. Solo nei casi in cui gli sia rimproverabile un comportamento meritevole di sanzione penale riemerge la responsabilità civile del datore, che assume in tale ottica una chiara valenza sanzionatoria. È questa dunque la logica (che Carnelutti, Barassi, e dopo di loro molti altri, definirono «transattiva») che spiega, sul piano storico, la formulazione dell'art. 10, c. 1, t.u.

Senonché, al di là della continuità del dato normativo, che su questo punto non è stato inciso (almeno in via diretta) neppure dalla giurisprudenza costituzionale che si è stratificata negli oltre cinquant'anni di vita del t.u., è innegabile che il significato di questa previsione sia cambiato profondamente nel corso del tempo nel «diritto vivente». Lo spartiacque di questo percorso evolutivo del diritto vivente può essere convenzionalmente individuato nella sentenza n. 22 del 1967 della Corte costituzionale, la cui importanza prospettica fu subito colta da Giuseppe Pera in un influente commento[403].

Da allora, l'involucro testuale dell'art. 10, benché immutato, si è andato arricchendo di contenuti molto diversi, che per taluni versi (ed almeno in alcune fasi dei complessi e non di rado contraddittori itinerari della giurisprudenza) potrebbero apparire persino contro-intuitivi, nel senso che danno all'enunciato normativo un significato a prima vista opposto a quello che sembrerebbe

---

[402] Cfr. C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, I, pp. 20 ss.

[403] G. PERA, *L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile secondo i giudici costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1967, I, pp. 901 ss.

ricavabile dalla sua interpretazione letterale. Donde la ragione per cui la comprensione del significato di quell'enunciato normativo impone di ricostruire i percorsi del diritto vivente nel divenire del contesto politico-costituzionale nel quale essi si calano. Potremmo in un certo senso dire che, a fronte di una continuità testuale che non ha probabilmente precedenti nel diritto della previdenza sociale, si sia verificata una forte discontinuità contestuale di significato di quella previsione, che dottrina e giurisprudenza hanno adattato nel tempo ad un contesto che ha, per l'appunto, conosciuto grandi cambiamenti.

3. La crisi dell'esonero nel «diritto vivente».

La norma ha assunto nel tempo un significato profondamente diverso anzitutto perché, nonostante i tributi che talvolta si leggono ancora nella giurisprudenza anche di legittimità al modello di transazione sociale che ne giustificò quella formulazione, una tale base di legittimazione è stata certamente superata dall'art. 38 Cost. Il pagamento del «premio» da parte del datore di lavoro, qualunque ricostruzione si accolga dell'art. 38 Cost., è infatti pacificamente divenuto mezzo di finanziamento della specifica forma di tutela previdenziale, onde l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ha lo stesso fondamento di legittimazione e assolve la medesima funzione che accomuna tutte le forme previdenziali pubbliche nel nostro ordinamento costituzionale.

Se la funzione pubblica necessaria è quella di liberare il lavoratore vittima dell'infortunio o della malattia professionale da quel qualificato bisogno sociale nel quale lo pone l'evento protetto dall'assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL, è evidente, e del resto pacifico, che l'apposita contribuzione previdenziale in nulla può distinguersi, a prescindere dai retaggi nominalistici, dal rapporto contributivo che l'INPS o qualunque gestore di forme previdenziali obbligatorie instaura al fine di assicurare la provvista finanziaria necessaria allo svolgimento della funzione ad esso attribuita dalla legge in attuazione del precetto costituzionale. Pertanto, nella logica costituzionale, il pagamento del «premio» non può più esonerare il datore di lavoro «assicurante» dalla responsabilità civile, poiché quell'assicurazione non ha, o comunque ha perso (ammesso che l'abbia mai avuta), la funzione di sollevarlo dalle conseguenze della materializzazione del rischio professionale, quando questo derivi dall'inadempimento dell'obbligo di sicurezza. L'art. 10 non può evidentemente convertire la funzione della forma di tutela regolata dal t.u. in una assicurazione pubblica della responsabilità civile del datore di lavoro; ed ove mai si attribuisse un tale significato, erigendo la previsione a regola di sistema, risulterebbe evidente il contrasto con i principi costituzionali.

È questa la ragione di fondo per cui tutta l'evoluzione del diritto vivente dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro può essere letta, almeno in prospettiva storica, nell'ottica della attribuzione, a quella disposizione, di un significato coerente con il sistema costituzionale, assegnandole una funzione derogatoria che in tanto può consentire una deviazione rispetto ai comuni principi in tema di responsabilità civile, in quanto tale deroga, pur potendo trovare giustificazione in virtù del principio di solidarietà in talune ipotesi marginali, non entri in collisione, oltre che con la funzione fondamentale della forma di tutela previdenziale (art. 38 Cost.), con

l'esigenza di assicurare alla vittima dell'infortunio, per i profili che sfuggono all'indennizzo previdenziale, una integrale riparazione del danno alla persona (artt. 2 e 32 Cost.)[404]. Onde l'esonero non costituisce più, con ogni evidenza, una regola cardine del sottosistema, ma un elemento accessorio, e tendenzialmente recessivo, sia rispetto alla funzione di tutela previdenziale disciplinata dal t.u., sia rispetto alla rilettura costituzionale dell'intero sistema della responsabilità civile che, propiziata dalla migliore dottrina civilistica a partire dall'inizio degli anni Sessanta del Novecento (si è già ricordato il fondamentale contributo di Stefano Rodotà)[405], si è tradotta in un'autentica rivoluzione del diritto vivente in tema di risarcimento del danno alla persona (nella emersione del danno biologico dovendo individuarsi lo spartiacque di tale lunga e complessa vicenda)[406].

Le origini della crisi di effettività dell'esonero come regola, e della sua riduzione a norma di deroga, possono essere ricondotte, come si è accennato, alla sentenza n. 22 del 1967 della Corte costituzionale: la pronuncia capostipite anche di quella che si potrebbe chiamare la linea endogena di progressiva esautorazione della effettiva valenza operativa del primo comma dell'art. 10 t.u.

Con l'espressione «crisi di effettività» intendo fare riferimento – come ho osservato in precedenti occasioni[407] – a tutti quegli interventi, non necessariamente modificativi del testo dell'art. 10 (come nel caso della citata decisione della Corte costituzionale), ma anche semplicemente re-interpretativi del precetto in esso contenuto, i quali hanno condotto ad una graduale restrizione delle condizioni di applicazione e del raggio operativo della previsione medesima; la quale, per tal via, da regola generale è di fatto divenuta norma che solo eccezionalmente inibisce la riapertura del sottosistema dell'assicurazione contro gli infortuni al «diritto primo» della responsabilità civile. Per come è stata modificata ovvero re-interpretata dal giudice delle leggi e dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, la norma dell'art. 10 t.u. non garantisce oramai che in casi tendenzialmente eccezionali l'effettivo esonero del datore dalla responsabilità civile per l'infortunio occorso al dipendente, con un sostanziale capovolgimento del rapporto tra regola ed eccezione. Né sarebbe consentito rimettere in discussione tali approdi interpretativi – come una certa lettura della già citata sentenza n. 9166 del 2017 della Corte di cassazione parrebbe suggerire –, ove ciò dovesse comportare una riespansione della vecchia logica transattiva, evidentemente interdetta, per quanto detto sin qui, dai principi costituzionali di riferimento (artt. 2, 3 e 38 Cost.).

4. L'esonero da regola a deroga.

La più volte evocata sentenza della Corte costituzionale costituisce l'esempio più eloquente di un intervento che opera un ridimensionamento effettivo (e già assai significativo) della regola dell'esonero, senza tuttavia porre in discussione la legittimità del complessivo impianto norma-

---

[404] È evidente, qui, il raccordo con la stessa evoluzione delle funzioni della responsabilità civile, così come rilette alla luce del principio di solidarietà, a partire dalla seminale ricostruzione di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. Su tale nesso sia consentito di rinviare a S. GIUBBONI, *Risarcimento del danno da infortunio sul lavoro e ragioni della solidarietà. Spunti sulla crisi della regola dell'esonero*, in L. Nogler - L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, pp. 255 ss.

[405] Sopra, alla nota precedente (ma v. anche S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma e Bari, 2014).

[406] Basti il rinvio alla sintesi più di recente offerta da G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Milano, 2017, pp. 423 ss.

[407] *Supra*, nota 5.

tivo che la esprime. Come noto, con quella pronuncia la Corte costituzionale ebbe infatti a dichiarare l'illegittimità del terzo comma dell'art. 10 t.u. nella parte in cui limitava la responsabilità del datore per infortunio sul lavoro derivante da reato all'ipotesi in cui questo fosse stato commesso dagli incaricati della direzione o della sorveglianza e non anche dagli altri dipendenti, del cui fatto lo stesso datore dovesse comunque rispondere a norma del codice civile. La sentenza ha per tal via determinato una significativa espansione del raggio della responsabilità civile (oggettiva e per rischio d'impresa) del datore *ex* art. 2049 c.c., estendendola ad ogni infortunio cagionato da qualunque compagno di lavoro del prestatore vittima dello stesso.

Al contempo, la sentenza n. 22 del 1967 ha aperto la strada ad una restrizione dei vincoli già posti dal principio della necessaria pregiudizialità dell'accertamento penale rispetto a quello compiuto dal giudice civile ai fini del risarcimento del danno differenziale da parte del datore di lavoro. Anticipando una linea giurisprudenziale che si sarebbe definitivamente e generalmente affermata nel corso dei successivi anni Ottanta, essa ebbe infatti a dichiarare l'illegittimità costituzionale anche del quinto comma dell'art. 10 t.u. nella parte in cui consentiva, eccezionalmente, che il giudice civile potesse accertare che il fatto che ha provocato l'infortunio costituisse reato soltanto nelle ipotesi di estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato o per amnistia, senza tuttavia considerare, irragionevolmente, l'ulteriore fattispecie estintiva della prescrizione del reato.

Sorretta dagli stessi argomenti di fondo è, invero, anche quella importante linea di giurisprudenza costituzionale che, a partire dalle sentenze 102 del 1981 e 118 del 1986, ha portato alla sostanziale caduta della regola della pregiudizialità penale, tanto per l'azione di risarcimento del lavoratore, quanto per quella di regresso dell'INAIL, anticipando, in buona sostanza, nell'ambito infortunistico, il principio della tendenziale indipendenza tra accertamento in sede civile e penale che sarebbe stato generalizzato dalla riforma del processo penale. Opera invece direttamente al livello dei criteri sostanziali dell'accertamento del fatto di reato previsto dall'art. 10 t.u., e non già sul piano dei presupposti processuali dell'azione di risarcimento o di regresso, l'affermazione – dovuta ad una costante giurisprudenza di merito e di legittimità – della sostanziale unitarietà della nozione di colpa, civile e penale, valevole ai fini dell'imputazione della responsabilità risarcitoria per l'infortunio al datore di lavoro. Questa affermazione costituisce un potente fattore di erosione della rilevanza pratica della regola dell'esonero ed è perciò una delle cause storicamente più significative di crisi della sua effettività.

Semplificando anche in tal caso un'evoluzione molto complessa, può dirsi che tale acquisizione giurisprudenziale ha anzitutto riguardato il profilo della determinazione delle regole di condotta e degli *standard* di diligenza la cui inosservanza determina la colpa del datore di lavoro ai fini degli artt. 589 e 590 c.p. e, quindi, *ex* art. 10, c. 2, t.u., anche ai fini della responsabilità civile per l'infortunio occorso al dipendente. Rilevano infatti, a tal fine, non solo gli obblighi di prevenzione e protezione espressamente stabiliti dalla legge (oggi, principalmente, dal d.lgs. n. 81 del 2008), ma anche quelli più in generale riferibili alle misure che, secondo l'esperienza e la tecnica, l'art. 2087 c.c. impone al datore in quanto necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. La funzione di chiusura e adattamento automatico del sistema delle norme di prevenzione, svolta dalla previsione baricentrica dell'art. 2087 c.c., si è riversata, così, anche sul versante dei criteri d'imputazione della responsabilità, giacché anche l'inosservanza delle misure di sicurezza prescritte dall'esperienza e dall'evoluzione della tecnica, ancorché non codificate, è idonea a integrare l'aggravante del terzo comma degli artt. 589 e 590 c.p.

Più di recente la Corte di cassazione ha ulteriormente approfondito tale tradizionale linea di penetrazione nella sfera dei criteri d'imputazione della responsabilità risarcitoria datoriale della norma di chiusura di cui all'art. 2087 c.c., riferendola espressamente anche al profilo degli strumenti di prova (presuntiva) della colpa del datore di lavoro. A partire (quantomeno in modo esplicito) dalla sentenza n. 4184 del 2006, la Suprema Corte ha, infatti, affermato che, per liberarsi dalla presunzione che nell'ambito del rapporto di lavoro deriva dal combinato disposto degli artt. 1218 e 2087 c.c., il datore deve dimostrare, anche nell'area governata dall'art. 10 t.u., di avere adottato tutte le cautele e le misure atte ad evitare il danno subito dal lavoratore.

In sostanziale (e pur non dichiarata) analogia con quanto già affermato dalla Cassazione in ordine al combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., anche con riguardo all'accertamento del fatto di reato richiesto, sempre in via incidentale, dall'art. 10 t.u., è stata dunque sancita la piena operatività dei meccanismi presuntivi della colpa risultanti, nella sfera del contratto di lavoro subordinato, dalla combinazione dell'art. 2087 con l'art. 1218 c.c. Sicché, come ben chiarito dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 9817 del 2008, stante il carattere contrattuale della responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c., «*il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno da infortunio sul lavoro si pone negli stessi termini che nell'art. 1218 c.c., sull'inadempimento delle obbligazioni; da ciò discende che il lavoratore che agisca per il riconoscimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro, deve allegare e provare la esistenza dell'obbligazione lavorativa, del danno, ed il nesso causale di esso con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il danno è dipeso da causa non imputabile, e cioè deve avere adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno*».

Onde il presupposto della ricorrenza del fatto di reato perseguibile d'ufficio, che ancora formalmente condiziona la riespansione della responsabilità civile dal datore nell'area in cui si applica l'esonero, si identifica pressoché integralmente nell'ordinario accertamento della colpa che, in sede civile, deriva dall'inadempimento dell'obbligo di sicurezza *ex* art. 2087 c.c. Il che non implica, beninteso, come è stato rimproverato da taluni, un surrettizio superamento interpretativo e una sorta di *interpretatio abrogans* del requisito della ricorrenza di un fatto di reato perseguibile d'ufficio, al quale l'art. 10, c. 2, d.P.R. n. 1124 del 1965 continua a condizionare il risarcimento del danno differenziale; ma sta unicamente a significare che quel requisito debba essere accertato – trattandosi di una obbligazione risarcitoria *ex contractu* – alla stregua dei criteri che presiedono, giustappunto, all'accertamento della responsabilità contrattuale. Il datore di lavoro resta sì esonerato ove non ricorra astrattamente un fatto di reato perseguibile d'ufficio, ma l'accertamento di tale condizione – una volta che il lavoratore abbia allegato il danno ed il nesso casuale con lo svolgimento della prestazione lavorativa – si pone, come puntualmente chiarito dalla Suprema Corte, negli stessi termini che nell'art. 1218 c.c.

5. La sentenza n. 9166 del 2017 della Corte di cassazione.

Fermo tale principio, ciò che semmai andrebbe meglio messo a fuoco – dinanzi ad una giurisprudenza ondivaga e non sempre chiara sul punto – è in quali esatti termini il lavoratore debba allegare e provare il nesso causale tra il danno e la prestazione lavorativa: se in particolare – come anche a me sembra necessario – egli debba individuare con un apprezzabile grado di precisione la misura di sicurezza rimasta inadempiuta, specie ove questa non corrisponda a un obbligo puntualmente tipizzato dalla legge, ma derivi, secondo la formulazione aperta dell'art. 2087 c.c., dalla particolarità del lavoro, della esperienza o della tecnica. Solo quando il lavoratore avrà assolto un

siffatto onere deduttivo e probatorio il datore di lavoro sarà tenuto a provare che il danno è dipeso da causa non imputabile, e cioè di aver adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure necessarie ad evitare il danno.

Neanche la citata sentenza n. 9166 del 2017 della Corte di cassazione dà a questo riguardo indicazioni del tutto chiare e appaganti, ed in alcuni passaggi – invero piuttosto ambigui – è sembrato anzi ad alcuni commentatori che il Supremo Collegio volesse rimettere in discussione i consolidati approdi interpretativi che ho sin qui sommariamente ricostruito. Alcuni hanno infatti colto, in taluni passaggi della motivazione, una rimeditazione di tali orientamenti nel senso di una «rivitalizzazione» della regola dell'esonero (è questa, in particolare, l'opinione espressa, seppure da prospettive per certi versi opposte, sia da Riccardo Diamanti che da Andrea Rossi)[408].

A me sembra invece di poter leggere quei passi della motivazione in perfetta linea di continuità con la richiamata giurisprudenza sull'art. 10 t.u. Non colgo certo un ripensamento di tale giurisprudenza nel passo in cui la Corte ribadisce che, alla luce dell'art. 10 t.u., «*l'esonero cade nell'ipotesi in cui l'infortunio o la malattia professionale sia conseguenza di una condotta datoriale integrante gli estremi di una fattispecie di fatto di reato perseguibile d'ufficio*». E lo stesso dicasi per il passo in cui la Corte statuisce che, «*ove siano dedotte in fatto dal lavoratore circostanze che possano integrare gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio, attuato il giudizio di sussunzione e di qualificazione giuridica competente al giudice, questi potrà accertare in via incidentale autonoma la sussistenza dell'illecito penale e, in caso di esito positivo del giudizio circa tale accertamento, procedere alla determinazione dell'eventuale danno differenziale*».

Non mi sembra di poter ravvisare – ancorché non si neghi che la motivazione possa ambiguamente prestarsi a letture di diverso segno – un superamento degli indirizzi sopra richiamati. Del resto, in altro passo della motivazione, che precede peraltro quello da ultimo citato, la Corte precisa che, «*di fronte alla domanda del lavoratore, il giudice adito, una volta accertato l'inadempimento, innanzi tutto dovrà verificare se, in relazione all'evento lesivo, ricorrano le condizioni soggettive e oggettive per la tutela obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali stabilite dal d.P.R. n. 1124 del 1965*». Per poi ancora statuire che «*la richiesta del lavoratore di risarcimento dei danni, patrimoniali e non, derivanti dall'inadempimento datoriale, è idonea a fondare un* petitum *rispetto al quale il giudice dovrà applicare il meccanismo legale anche* ex officio, *pur dove non sia specificata la superiorità del danno civilistico in confronto all'indennizzo, atteso che, rappresentando il differenziale normalmente un* minus *rispetto al danno integrale preteso, non può essere considerata incompleta al punto da essere rigettata la domanda in cui si richieda l'intero danno*».

Non è un caso che la Corte parli di accertamento dell'inadempimento, giacché questo, come si è già spiegato, onde poter verificare nelle circostanze allegate dal lavoratore la ricorrenza di un fatto astrattamente integrante gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio, andrà operato negli stessi termini in cui l'art. 1218 c.c. articola il giudizio di responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione (nella specie, di protezione e sicurezza, *ex* art. 2087 c.c.). Sicché non pare che la Suprema Corte si sia allontanata dal principio di diritto per cui, ai fini del superamento dell'esonero, la verifica della ricorrenza di un fatto di reato perseguibile d'ufficio, che è richiesta dell'art. 10 in deroga alle regole generali, debba essere comunque condotta dal giudice del lavoro

[408] V. i rispettivi contributi in questo volume.

avvalendosi dei comuni criteri di accertamento della responsabilità contrattuale del debitore dell'obbligo di sicurezza, *i.e*. nei termini generali di cui all'art. 1218 c.c.

In definitiva, si conferma che la deroga deve essere interpretata restrittivamente, come insegna tutta la storia giurisprudenziale dell'art. 10 t.u., onde, di fronte all'allegazione, da parte del lavoratore, di circostanze di fatto integranti astrattamente gli estremi di un reato (tipicamente di lesioni colpose, gravi o gravissime) perseguibili d'ufficio, il datore di lavoro dovrà essere condannato al risarcimento del danno differenziale ove non dimostri che il danno è dipeso da causa non imputabile, ovvero di aver pienamente adempiuto al suo obbligo di sicurezza.

6. La problematica del danno differenziale in prospettiva evolutiva.

Posso così venire al secondo crinale delle nostre classiche questioni in tema di responsabilità civile da infortunio sul lavoro, ovvero alla problematica – non meno complessa – del danno differenziale.

Qui davvero l'evoluzione è stata straordinaria. In una prima fase che, *grosso modo*, va dall'inizio degli anni Novanta sino alla riforma realizzata con l'art. 13 del d.lgs. 38 del 2000, la problematica del danno differenziale si è posta, infatti, in termini profondamente diversi da quelli odierni. La riforma del 2000 ha come noto incluso nella copertura assicurativo-sociale l'indennizzo del danno biologico, riarticolando in maniera molto innovativa il sistema prestazionale dell'INAIL, con la ripartizione in due quote della rendita per gli eventi infortunistici che generino una invalidità superiore al 16 per cento. Prima di tutto ciò il problema del danno differenziale si risolveva in maniera molto semplice, poiché prima dell'inclusione dell'indennizzo del danno biologico nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale dei primi anni '90 che ha innescato il processo di riforma, il sistema previdenziale era deputato a indennizzare soltanto il danno patrimoniale subito dal lavoratore in conseguenza dell'infortunio sul lavoro o della malattia professionale.

La vecchia rendita dell'INAIL, come prevista dal t.u. del 1965, era infatti commisurata, in quella fase, alla riduzione o alla perdita della capacità lavorativa generica, e quindi indennizzava un danno di natura patrimoniale, parametrato sulla sola dimensione reddituale del diritto alla salute del lavoratore, sia pure assumendo un parametro – la capacità lavorativa dell'uomo medio – suscettibile di aprirsi, secondo taluni, a valori d'uso, potremmo dire, non strettamente patrimoniali. In quella fase, pertanto, il danno differenziale aveva la massima estensione: era praticamente tutto, o quasi, perché l'INAIL non indennizzava la voce fondamentale del danno alla persona che è costituita dal danno biologico, di natura a-reddituale. All'epoca si parlava, infatti, essenzialmente di danno «complementare», sottratto *in apicibus* alla sfera dell'intervento previdenziale pubblico, più che di danno «differenziale», atteso che il danno risarcibile stava, praticamente, quasi tutto fuori dalla copertura assicurativo-sociale dell'INAIL. L'azione risarcitoria del lavoratore *ex* art. 10 t.u., in quella fase, ha avuto così una pienezza sconosciuta sino ad allora nella determinazione del *quantum* del danno risarcibile. Il danno biologico stava, infatti, completamente fuori del perimetro dell'indennizzo previdenziale e con esso rimanevano escluse, naturalmente, anche le altre voci (allora considerate autonome) del danno non patrimoniale, *i.e*. il danno morale e il danno esistenziale.

Dal 2000 la situazione è radicalmente cambiata e, se vogliamo, si è pressoché rovesciata. Il danno biologico è stato coperto infatti dal sistema indennitario dell'INAIL, con la conseguenza che, nella

nuova fase aperta dalla riforma del 2000, il problema del danno differenziale è tornato ad essere centrale. Ed infatti, tendenzialmente, il campo del danno differenziale si è molto ristretto, essendo il danno biologico entrato nella copertura assicurativo-sociale (essendo anzi divenuto la prima voce di danno oggetto dell'indennizzo garantito dall'INAIL).

In questa fase, oltretutto, applicando le vecchie categorie che la giurisprudenza quasi sempre tende a portarsi dietro anche quando affronta le novità normative, l'orientamento prevalente tra i giudici di merito era nel senso di limitare ulteriormente il *quantum* del danno risarcibile a titolo di danno differenziale, attraverso la tecnica del calcolo per sommatoria. La prevalente giurisprudenza, infatti, aveva proseguito, in un contesto però totalmente cambiato, ad operare il calcolo per sommatoria delle voci del danno civile e previdenziale. In molte pronunce si diceva, in buona sostanza, che l'INAIL, grazie al d.lgs. 38 del 2000, indennizzasse essenzialmente il danno biologico e soltanto eventualmente il danno patrimoniale derivante dalla riduzione o dalla perdita della capacità lavorativa (per le lesioni permanenti dal 16 per cento in su); onde, essendo il danno da infortunio tutto assorbito nel campo di applicazione della tutela previdenziale, sarebbe stato ormai possibile effettuare un'operazione di sottrazione molto semplice: si sarebbe infatti potuto, e dovuto, sottrarre al danno (patrimoniale e non) liquidato alla stregua dei criteri civilistici l'ammontare complessivo dell'indennizzo erogato dall'INAIL. Il calcolo per sommatoria, rispetto alla situazione precedente, ha evidentemente comportato una significativa riduzione dell'ammontare del danno differenziale ottenibile dal lavoratore e, di converso, una forte riespansione delle ragioni azionabili dall'INAIL in via di regresso.

7. Le incertezze ermeneutiche create dalla giurisprudenza di San Martino delle Sezioni unite.

Questa situazione è nuovamente mutata dopo il 2008, l'anno in cui le Sezioni unite della Cassazione, con le famose sentenze di San Martino (nn. 26972, 26973, 26974 e 26975), hanno nuovamente ridisegnato la geografia del danno alla persona. La svolta impressa da tali pronunce può essere sintetizzata in maniera sommaria in questi termini: nella responsabilità civile (sia contrattuale che extracontrattuale), il danno ha una struttura bipolare, vale a dire è o non patrimoniale o patrimoniale. Il danno non patrimoniale ha un carattere unitario, in quanto vi devono essere ricomprese tutte le voci che prima la giurisprudenza, anche per reagire a quell'indirizzo che ho ricordato sopra, tendeva a scomporre, diversificando tra danno biologico (il danno derivante dalla lesione dell'integrità psicofisica in sé considerata), danno morale e danno esistenziale. Mentre il danno biologico «puro» è – nell'ottica tipizzante in voga in quella fase della giurisprudenza – il danno medicalmente accertato alla stregua dei canoni della scienza medico-legale, il danno morale soggettivo è il turbamento d'animo, la sofferenza transeunte della vittima, laddove il danno esistenziale si estrinseca nella lesione del *facere* sociale e a-reddituale del soggetto, nella compromissione oggettivabile della sfera della relazioni sociali nelle quali si realizza il benessere esistenziale della persona.

La Suprema Corte, però, con le sentenze pronunziate a Sezioni unite nel 2008, ha affermato che il sistema del danno è bipolare, con la conseguenza che la categoria del danno non patrimoniale deve essere unitariamente concepita, non potendosi riconoscere uno spazio autonomo, se non sul piano descrittivo, alle varie voci che erano state sin lì individuate in giurisprudenza. Il criterio unitario di identificazione del danno non patrimoniale deve coerentemente portare il giudice ad effettuare una liquidazione unitaria, ancorché nel corso del tempo l'iniziale nettezza dell'affermazione circa l'assenza di autonomia in particolare del danno morale ed esistenziale si sia in qualche

modo stemperata nella successiva giurisprudenza.

Pensata per il danno alla persona in generale, questa ricostruzione del danno non patrimoniale ha avuto ripercussioni incerte sul terreno della responsabilità civile per l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale. Sul piano generale, tale nuova impostazione ha anzitutto indotto ad una revisione delle tabelle utilizzate dai giudici ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale, a partire da quelle elaborate dal Tribunale di Milano, che secondo la stessa Corte di cassazione costituiscono valido punto di riferimento generale per la determinazione equitativa del danno non patrimoniale. Nella versione in vigore di tali tabelle è stata così introdotta la distinzione tra il punto del danno biologico (puro), accertabile sul piano medico-legale, e quello del danno non patrimoniale. Sul versante del danno differenziale, questo riassestamento della giurisprudenza ha come detto comportato, nell'immediato, un certo disorientamento degli interpreti, che si sono *grosso modo* divisi tra due opposti orientamenti: uno, prevalente, che ha continuato a far uso dei vecchi modi di determinazione con il calcolo per sommatoria; un altro, rimasto inizialmente minoritario, incline invece alla scomposizione per voci del danno differenziale.

L'argomento principale del primo indirizzo può esser così sintetizzato: atteso che il danno risarcibile si distingue in un polo unitariamente identificato dal danno non patrimoniale e in un polo costituito, altrettanto unitariamente, dal danno patrimoniale, a maggior ragione sarebbe necessario operare un confronto per sommatoria, sottraendo dal danno civile, complessivamente considerato, la somma delle indennità previdenziali erogate dall'INAIL. La tecnica del calcolo per sommatoria – che svantaggia tendenzialmente il lavoratore (comprimendo l'area del danno non patrimoniale) e avvantaggia specularmente l'INAIL (consentendo un recupero integrale, in via di regresso, della quota di rendita per l'invalidità permanente, anche nei casi in cui sia superiore al danno patrimoniale civilistico) – è stata dunque in un primo tempo rilanciata dalle sentenze delle Sezioni unite del 2008.

Una parte della giurisprudenza ha continuato invece ad affermare l'orientamento secondo il quale, almeno nel sottosistema dell'assicurazione contro gli infortuni, retto dalle speciali previsioni di cui al t.u. del 1965 e dal d.lgs. 38 del 2000, la distinzione netta del danno biologico (statico o puro) dalle altre componenti del danno non patrimoniale, oltre che come ovvio dal danno patrimoniale, trova specifico fondamento normativo, onde ai fini della liquidazione del danno differenziale va operato un calcolo non già per sommatoria ma per singole voci, o poste, di natura omogenea. Tale giurisprudenza ha quindi continuato, pur nell'ambito della nuova concezione bipolare avvalorata dalle Sezioni unite, ad affermare una netta separazione tra danno non patrimoniale e danno patrimoniale, escludendo la possibilità di procedere ad un confronto per sommatoria.

In base a tale giurisprudenza, in pratica, la quantificazione del danno differenziale va operata sottraendo dal danno non patrimoniale civilistico (determinato, anche con la necessaria personalizzazione, alla stregua delle nuove tabelle milanesi) l'entità dell'indennizzo della sola quota di rendita per danno biologico erogata dall'INAIL. Simmetricamente, un distinto confronto andrà effettuato tra il danno patrimoniale civilistico e la sola quota di rendita, nei casi d'invalidità pari o superiore al 16 per cento, che è diretta a indennizzare la riduzione della capacità lavorativa (specifica e attitudinale) del lavoratore, attraverso la tabella dei coefficienti allegata al d.lgs. 38 del 2000.

Quest'ultimo metodo di calcolo del danno differenziale avvantaggia tendenzialmente (e in molti casi significativamente) il lavoratore, perché esalta le *chances* di risarcimento integrale del danno

non patrimoniale (la cui misura, alla stregua delle tabelle milanesi, eccede di gran lunga l'indennizzo erogato dall'INAIL per il danno biologico), mentre riduce la possibilità di un recupero pieno, da parte dell'Istituto assicuratore, di quanto quest'ultimo eroga, con l'apposita quota di rendita, per indennizzare in modo automatico il danno patrimoniale (che, valutato alla stregua dei comuni principi civilistici, potrebbe essere, e in molti casi effettivamente è, inferiore all'indennizzo assicurativo-sociale).

8. Lo «stato dell'arte» in tema di danno differenziale.

La Corte di cassazione, a partire dalla sentenza 26 giugno 2015, n. 13222, della terza Sezione civile, ha fatto proprio con decisione tale ultimo indirizzo giurisprudenziale, già minoritario tra i giudici di merito. Già in tale pronuncia, relativa ad un caso di infortunio *in itinere* causato da un sinistro stradale, la Suprema Corte ha, infatti, con molta nettezza, affermato che nel sistema bipolare di risarcimento del danno, la liquidazione del danno conseguenza in favore della vittima dell'infortunio, in precedenza indennizzato dall'INAIL, deve avvenire per poste omogenee, senza poter detrarre dalle somme determinate in ambito civilistico per il danno non patrimoniale quanto erogato dall'assicuratore sociale per le conseguenze patrimoniali. Il calcolo per sommatoria è errato, perché confonde indebitamente due voci completamente diverse nella logica bipolare.

Questo orientamento è stato poi più volte ribadito dalla Sezione lavoro della Corte di cassazione, che già con la sentenza 14 ottobre 2016, n. 20807, ha riaffermato il principio per cui la determinazione del danno differenziale va effettuata per poste omogenee, distinguendo il campo del danno non patrimoniale da quello relativo alle conseguenze patrimoniali della lesione della salute del lavoratore vittima di infortunio. E anche la più volte richiamata sentenza 10 aprile 2017, n. 9166, ha confermato tale orientamento analitico di quantificazione del danno differenziale, sia pure con la discutibile precisazione che l'operazione di scomputo (per singola voce) «vada effettuata *ex officio* ed anche se l'INAIL non abbia in concreto provveduto all'indennizzo».

Il metodo di determinazione del danno differenziale è rimasto peraltro dibattuto. Se il calcolo per sommatoria è stato giustamente abbandonato dalla giurisprudenza che si sta ora consolidando, è pur vero che il metodo fondato sullo scomputo per voci omogenee – ora favorito dalla stessa Corte di cassazione – esibisce taluni elementi di criticità che non possono essere sottaciuti. Il principale mi sembra che attenga ad una eccessiva compressione delle ragioni attivabili in via di regresso dall'INAIL sul versante del danno patrimoniale, visto che, adottando il metodo di computo per voci analitiche, l'Istituto incontra evidenti difficoltà nel recuperare la quota di rendita destinata a indennizzare la riduzione della capacità lavorativa specifica, in moliti casi non determinandosi un danno patrimoniale parimenti apprezzabile in termini civilistici.

Probabilmente questi inconvenienti potrebbero essere superati ove si adottasse un metodo di determinazione del danno differenziale in qualche modo intermedio a quelli sin qui discussi. In tale ottica sarebbe necessario procedere ad un più attento bilanciamento degli interessi in rilievo, privilegiando certamente quello della vittima dell'infortunio senza tuttavia giungere a restringere irragionevolmente l'area della rivalsa dell'Istituto assicuratore. E così, una volta effettuato, in favore del lavoratore che agisca ai sensi dell'art. 10 t.u., lo scorporo delle componenti di danno complementare (il danno morale ed esistenziale, ed in sostanza la intera personalizzazione del danno non patrimoniale, il danno biologico permanente non indennizzato dall'INAIL perché al di sotto della soglia del 6 per cento, il danno biologico temporaneo, l'eventuale danno

patrimoniale per menomazioni di grado inferiore al 16 per cento), ridiventerebbe possibile determinare il danno in senso stretto differenziale con calcolo per sommatoria. Detto altrimenti, secondo tale orientamento, una volta detratto il danno complementare – spettante in via esclusiva al lavoratore in quanto estraneo alla copertura assicurativo-sociale alla stregua delle comuni regole di responsabilità civile (contrattuale) –, tutto il danno che residua andrà unitariamente considerato come danno differenziale, senza poter più distinguere, al suo interno, tra la componente non patrimoniale e quella patrimoniale, che pertanto ben potranno essere sommate tra di loro al fine di realizzare un raffronto complessivo tra le due entità (rispettivamente civilistica e previdenziale).

Con l'intento di superare per via legislativa il dominante orientamento interpretativo favorevole al computo analitico per voci omogenee, ed affermare un criterio di determinazione del danno differenziale più favorevole all'INAIL (e, di converso, svantaggioso per il lavoratore assicurato), l'art. 1, c. 1126, l. n. 145 del 2018 (legge di bilancio 2019) ha come noto transitoriamente novellato il testo degli artt. 10 e 11 t.u., stabilendo che, a decorrere dal 1° gennaio 2019, non si sarebbe più fatto luogo a risarcimento qualora il giudice avesse riconosciuto che questo, complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo, non fosse asceso a somma maggiore dell'indennità che, a qualsiasi titolo ed indistintamente, per effetto del d.P.R. n. 1124 del 1965 e del d.lgs. n. 38 del 2000, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto. Nel testo novellato di detti articoli del t.u. si precisava, inoltre, che, in caso di risarcimento, questo sarebbe stato dovuto solo per la parte eccedente le indennità liquidate a norma degli articoli 66 e seguenti del medesimo t.u. e per le somme liquidate complessivamente e a qualunque titolo a norma dell'art. 13, c. 2, lettere a) e b), d.lgs. 38 del 2000.

Tale intervento normativo, operato dalla legge di bilancio 2019 in esplicito collegamento con la riduzione dei premi assicurativi dovuti all'INAIL contestualmente prevista, ha tuttavia subito suscitato un vasto dibattito critico, con prese di posizione polemica di larga parte della dottrina che ne avevano immediatamente segnalato i palesi profili di incompatibilità con gli artt. 3, 32 e 38, c. 2, Cost.[409]. Non deve essere perciò stata estranea a dette reazioni critiche la scelta dello stesso legislatore di abrogare prontamente, e con effetto retroattivo, le disposizioni della l. n. 145 del 2018 che avevano novellato gli artt. 10 e 11 t.u.: scelta operata, a breve distanza di tempo, con l'art. 3-sexies del d.l. n. 34 del 2019, convertito, con modificazioni, nella l. n. 58 dello stesso anno (il c.d. «decreto crescita»).

Ne consegue che quelle modifiche del t.u. (con la sola eccezione della discutibile previsione, inserita nel terzo comma dell'art. 11, che consente ora al giudice di ridurre l'ammontare del risarcimento dovuto all'INAIL in sede di regresso laddove riconosca che il datore responsabile abbia posto in essere comportamenti, anche successivi all'infortunio, atti ad innalzare il livello di sicurezza dell'ambiente di lavoro) sono state abrogate prima ancora che divenissero effettivamente operative, risultandone di riflesso confermato il rammentato orientamento giurisprudenziale sulla determinazione per poste omogenee del danno differenziale (come infatti subito ribadito, quasi «per contrappasso» rispetto al maldestro tentativo del legislatore, dalle sentenze nn. 9112 e 9744 del 2019 della Sezione lavoro della Suprema Corte).

---

[409] V., per tutti, anche per i necessari riferimenti, S. GIUBBONI, A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio dopo la legge n. 145 del 2018*, in *Giustizia civile.com*, approfondimento del 16 maggio 2019.

9. Qualche osservazione a mo' di conclusione e qualche proposta de iure condendo.

L'*excursus* svolto sin qui sui due crinali classici del rapporto tra infortuni sul lavoro e regole di responsabilità civile (il rilievo effettivo dell'esonero, da un lato, e la determinazione del danno differenziale, dall'altro) ci consegna un quadro ancora gravido di incertezze e di problemi irrisolti. Ma soprattutto costringe l'interprete a misurarsi con un dato normativo che risente evidentemente dei segni del tempo e che, infatti, richiede uno sforzo di elaborazione degli enunciati normativi di riferimento che si trova in qualche modo costretto quasi a forzare il testo dell'art. 10 t.u. per trarne significati coerenti con i principi costituzionali.

Per questo ho in diverse occasioni proposto una revisione della vecchia regola dell'art. 10 nel contesto di una più generale riforma del t.u. sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. I principi direttivi fondamentali di tale riforma dovrebbero essere due: in primo luogo, la generalizzazione della tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, superando una volta per tutte i criteri selettivi, impiegati dall'art. 1 (e in parte dall'art. 4) t.u., che risultano ancora ispirati alla vecchia teorica del rischio professionale come «transazione sociale»; in secondo luogo, la piena riconduzione dei rapporti tra tutela previdenziale e responsabilità civile al diritto comune, abrogando la deroga contenuta nel primo comma dell'art. 10 (e dunque muovendosi in un'ottica esattamente opposta a quella che aveva ispirato l'improvvida disposizione della l. n. 145 del 2018, poi opportunamente rimossa dallo stesso legislatore).

Un'ideale riformulazione dell'art. 1 t.u. dovrebbe estendere il campo applicativo dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni a tutti i rapporti di lavoro cui è applicabile il d.lgs. n. 81 del 2008, facendo pertanto coincidere la sfera di operatività della tutela previdenziale con quella delle norme di prevenzione antinfortunistica. Tutti i lavoratori che, indipendentemente dalla natura del rapporto e dalla tipologia contrattuale utilizzata, svolgono un'attività di lavoro prevalentemente personale, anche a titolo gratuito, debbono aver diritto alla tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a prescindere dalla ricorrenza di elementi ormai del tutto estrinseci, contingenti, e in definitiva incongrui, quali l'esistenza di una «macchina» (non importa se isolata o collocata nell'ambiente di lavoro). Anche l'art. 4 andrebbe conseguentemente superato e senz'altro assorbito nella previsione soggettiva di segno tendenzialmente universalistico dell'ipotizzato nuovo art. 1 t.u.

Non meno radicale dovrebbe essere, poi, l'intervento sull'art. 10 t.u. (con i conseguenti riflessi sullo stesso art. 11). La disposizione andrebbe riformulata – in coerenza con quanto ho sin qui osservato – nei termini seguenti: «1. *Il soggetto civilmente responsabile del fatto da cui l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale sono derivati è obbligato a risarcire il danno secondo le comuni regole di responsabilità civile. 2. Il lavoratore ha diritto all'integrale risarcimento del danno secondo le comuni regole di responsabilità civile nei limiti dell'importo che eccede il valore delle prestazioni effettivamente liquidate dall'INAIL, fatte comunque salve le componenti del danno alla persona non altrimenti indennizzate o risarcite. 3. La sentenza che accerta la responsabilità civile costituisce l'INAIL in credito verso il responsabile civile per gli importi corrispondenti alle prestazioni liquidate e alle spese accessorie. 4. L'INAIL non può in ogni caso esercitare l'azione di regresso o surrogatoria nei confronti del responsabile civile con pregiudizio del diritto dell'assicurato al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti indennizzati o risarciti*».

Non saprei dire quanto i tempi siano maturi per una simile proposta di riforma. Quello che mi pare di poter osservare a mo' di considerazione conclusiva è, peraltro, che, mentre la proposta di revisione dell'art. 1 e dell'art. 4 t.u. porterebbe a compimento un percorso di universalizzazione della tutela antinfortunistica che sul versante dell'intervento previdenziale sconta ancora troppi vuoti, che ci appaiono sempre più irrazionali e ingiustificabili, quella dell'art. 10 in qualche modo codificherebbe tendenze che, almeno in parte, si sono già affermate nel «diritto vivente» (e dunque effettivamente vigente), o che da tempo sono comunque presenti nel dibattito dottrinale, dando però agli operatori giuridici – e prima di tutto a lavoratori e imprese – un quadro di riferimenti normativi certamente più chiaro e trasparente di quello attuale.

Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile*

Giorgio Fontana

1. Premessa. L'autonomia perduta e la funzione distributiva del diritto del lavoro. 164
2. Il diritto del lavoro flessibile e il problema dell'uguaglianza. 168
3. Le disuguaglianze economiche e sociali come tema di riflessione. 173
4. *Flexicurity* e clausole antidiscriminatorie. 179
5. Dalle differenze alle disuguaglianze. 185
6. Conclusioni. 189

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 398/2019

1. Premessa. L'autonomia perduta e la funzione distributiva del diritto del lavoro.

"Il diritto del lavoro trapiantò nel corpus privatistico un cuore assiologico", scrisse molti anni fa Luca Nogler, e Luigi Mengoni commentò questa frase aggiungendo, con parole dense di significato, che in questo modo esso prese il posto "del cuore di pietra del mercato delle merci".[410]

Così nacque il diritto del lavoro post-costituzionale, ma poi tutto è cambiato, velocemente. A dimostrazione dello storicismo insito nel diritto del lavoro, dalla fine dei "trenta gloriosi" si è registrata una proliferazione di "valori" che non vantano ascendenze nella "missione assiologica del diritto del lavoro",[411] ma non di meno avanzano, ed esercitano, pretese di egemonia, mettendo in discussione la sua autonomia.[412] Il diritto del lavoro – considerato storicamente come uno dei principali strumenti di realizzazione, attraverso il diritto, degli obiettivi indicati dall'art. 3 comma 2° della Costituzione - è stato da allora sempre meno l'alleato attento dell'uguaglianza che avevamo conosciuto e sempre più l'interprete, dal "cuore di pietra", del bisogno di efficienza dei mercati.

In verità, si potrebbe pensare che questo è il risultato della "tirannia" a cui accennava Mengoni nello stesso scritto di qualche anno fa; tirannia, o condizionamento ideologico, che potrebbe però aver fatto il suo tempo, vista la scarsa credibilità che sembra circondare oggi la dottrina economica neo-liberale e i suoi corollari "lavoristici". Non a caso il problema dell'uguaglianza, per tanto tempo trascurato, pare essere oggi nuovamente al centro delle discussioni sulle prospettive future delle nostre società; come ha osservato Nadia Urbinati, il terreno di confronto, anche se implicito, è sempre più fra chi denuncia le disuguaglianze e chi invece oppone una "resistenza" all'eguaglianza.[413] E non si tratta di un confronto da cui il diritto del lavoro possa estraniarsi, anche volendo, se non altro perché la finalità distributiva è stata sempre considerata "*one of the main goals of labour law*",[414] uno dei punti qualificanti della sua stessa "fondazione".

Naturalmente, quando si parla di uguaglianza e di giustizia sociale, è sempre presente il pericolo di un sovraccarico ideologico dell'argomentazione e quindi di un'eccessiva semplificazione, mentre la storia del diritto è notoriamente una storia tortuosa, fatta di numerosi tornanti e incroci, di discese e risalite, di compromessi più o meno riusciti; un tragitto, insomma, con traiettorie non certo piane e lineari. Tuttavia, anche a voler condividere un approccio maggiormente dialettico

---

[410] La citazione di LUCA NOGLER è richiamata da LUIGI MENGONI in *Quale disciplina per i lavori atipici?*, pubblicato in *Il diritto del lavoro*, 2000, 1, p. 317, ora in *Il contratto di lavoro*, a cura di MARIO NAPOLI, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 87.

[411] È un'espressione ancora di MENGONI, nel saggio appena citato, che mette in guardia dal pericolo di una deriva verso la "tirannia dei valori", ossia "verso l'irrigidimento ideologico di certi valori nella pretesa di essere portati a compimento incondizionatamente, a qualsiasi costo e in qualsiasi contesto, rifiutando ogni ragionevole bilanciamento con altri valori"; ammonimento che può essere riferito oggi alla logica egemonica ed "imperialista" dell'economia.

[412] Sul problema dell'autonomia del diritto del lavoro si vedano le riflessioni di ALAN BLOGG, CATHRYN COSTELLO, ACL DAVIES e JEREMIAS PRASSL, nell'introduzione al volume *The autonomy of Labour Law*, Hart Bloosbury Publishing Plc, London, 2017; nel dibattito italiano si veda il numero di Lavoro e Diritto dal titolo *Autonomia e subordinazione DEL diritto del lavoro. Per i 30 anni di Lavoro e Diritto*, 2016, 4, e qui i saggi, fra gli altri, di LUIGI MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, e di BRUNO CARUSO e RICCARDO DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, oltre a quelli di ZOPPOLI, SPEZIALE ed altri.

[413] N. URBINATI, *La mutazione antiegualitaria. Intervista sullo stato della democrazia* (a cura di A. ZAMPAGLIONE), Laterza ed., Roma-Bari, 2013, p. 82.

[414] G. DAVIDOV, *Distributive Justice and Labour Law*, in H. COLLINS, G. LESTER, V. MANTOUVALOU (eds) *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press, 2018, p. 141 ss.

all'evoluzione del diritto del lavoro contemporaneo, l'oggettività per fortuna ancora esiste e, se parliamo di uguaglianza, uno dei problemi più delicati è certamente il lavoro "flessibile", nato sulle ceneri del fordismo e divenuto un formidabile "volano" delle disuguaglianze economiche e sociali: è sotto gli occhi di tutti la potenza distruttrice della precarietà, che sembra oramai difficilissimo anche solo frenare e ricondurre a dimensioni accettabili, e di cui, al tempo stesso, non è semplice identificare con precisione neppure le determinanti nel "sociale-storico".[415]

Di precarietà si può discutere, a dire il vero, con varietà di accenti, ma considerandola dal punto di vista giuridico rinvia ad un ordinamento del lavoro che ha permesso discipline differenziate e frammentate, divisioni fra gruppi di lavoratori, segmentazione del mercato del lavoro, in una parola differenze di trattamento e discriminazione nei diritti. Fenomeni che hanno reso il mondo del lavoro più debole, disunito e addirittura, come si dice con espressione un po' enigmatica, "disintermediato", creando, di conseguenza, maggiore disparità di potere, a cui corrisponde inevitabilmente più disuguaglianza sociale.[416]

Da tempo si discute di questi problemi, ma ora il confronto si colora di tinte ancora più vivaci con la crisi del *mainstream* che tanta influenza ha avuto nel creare i presupposti di quella che Luigi Mariucci ha definito la fase della "subalternità" e dello "smarrimento" del diritto del lavoro.[417] Il lavoro precario può dirsi anzi una chiave di lettura del difficile passaggio di questo periodo, dopo gli anni in cui tutta la società è stata catturata dal grande movimento che va sotto il nome di globalizzazione, con il crollo, scrive Ferrajoli, della *ragione politica,* e insieme ad essa della *ragione giuridica*.[418]

Da questa angolazione, la perdita di autonomia del diritto del lavoro rappresenta certamente uno dei lasciti più pesanti dell'economia politica neo-liberale e al tempo stesso il tema centrale della sua possibile riqualificazione o rifondazione, tenendo in equilibrio l'esigenza di proteggere la tradizione del diritto tutelare e di rappresentare adeguatamente i nuovi bisogni, il lavoro del futuro.

Il "diritto all'uguaglianza", di cui il diritto del lavoro si è fatto portatore non solo per un'esigenza di giustizia distributiva,[419] si è espresso in passato in molteplici forme, oggi da ri-valutare e ripensare in termini nuovi e avanzati: il *favor* e l'inderogabilità della disciplina protettiva, l'indisponibilità del tipo del lavoro subordinato e l'inscindibilità giuridica del rapporto fra il lavoratore e il suo datore di lavoro, l'esclusività del modello della subordinazione e almeno il carattere tipico e prevalente del contratto a tempo pieno e a tempo indeterminato – forma comune dei rapporti di lavoro: questi, forse, lasciando in disparte la linea promozionale della legislazione sindacale, i "punti fermi" che hanno concretizzato la "discriminazione alla rovescia" caratterizzante l'intervento dello stato nelle relazioni giuridiche del lavoro salariato. L'emergere del "nuovo diritto" –

---

[415] L'espressione è di Cornelius Castoriadis, per indicare che "la questione della società e quella della storia formano, in realtà, un'unica e sola questione" (C. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995).

[416] A. B. ATKINSON*, Inequality: What Can Be Done*?, Cambridge, Harvard University Press, 2013; v. pure dello stesso autore *Poverty in Europe*, Oxford, Blackwell, 1998.

[417] L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in Lavoro e Diritto, 2016, 4, p. 588.

[418] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza ed., 2018, qui p. 79.

[419] Come osserva ALAIN SUPIOT, il diritto del lavoro non ha rappresentato soltanto una conquista sociale ma è servito anche "*a rendu économiquement et politiquement durable l'exploitation du travail comme una merchandise*" (v. così in *Grandeur et misère de l'Etat social*, Lezione inaugurale al College de France pronunciata il 29 novembre 2012, pubblicata da College de France et Fayard, 2013).

nuovo anche perché ha rappresentato un punto di rottura con il vecchio formalismo giuridico e il presunto neutralismo della scienza giuridica[420] – ha certo molte spiegazioni e le più convincenti sono quelle che situano la sua matrice al di fuori del diritto. Ma quali sono state le motivazioni di una scelta così coraggiosa, che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il primo esempio di diritto "disuguale", ispirandosi in modo radicale agli obiettivi egualitari? La domanda non ha soltanto un valore retrospettivo e mai come ora pare necessario chiedersi come si è formato quel sostrato culturale e valoriale che ha consentito lo sviluppo storico del diritto del lavoro italiano. Ebbene, come spiega efficacemente Ronald Dworkin, una politica discriminatoria alla rovescia incontra sempre una serie di difficoltà ed obiezioni e, per essere attuata, per essere accettata e ricevere il consenso e la legittimazione indispensabili in un sistema democratico, occorre dimostrare o che "la comunità può migliorare le sue condizioni di vita in senso *utilitaristico*, perchè la sua media o il suo livello di benessere collettivo migliorano nonostante il benessere di alcuni individui diminuisca", oppure che la comunità migliora "in senso *ideale*, perché essa è più giusta o in qualche modo più vicina a una società ideale, senza tener conto del fatto che il benessere aumenti o meno".[421] Nel caso del diritto del lavoro la scelta di privilegiare nella regolamentazione del contratto di lavoro il diritto all'uguaglianza del soggetto più debole, non può dirsi neppure lontanamente la derivante di un calcolo economico o utilitaristico. Sarebbe del resto difficile dimostrare che il sostegno privilegiato al contraente debole determini un miglioramento del benessere dell'intera società e forse buoni argomenti si potrebbero spendere, in un'ottica "mercatista", per dimostrare il contrario. Si può affermarlo con chiarezza: ciò che ha mosso la dottrina, i giudici e i "riformatori", è stata la volontà di rendere più giusti i rapporti sociali. Gli interventi legislativi, le soluzioni interpretative, le direttrici dell'azione collettiva, che hanno materializzato nel tempo l'orientamento a realizzare l'uguaglianza nella duplice dimensione orizzontale e verticale, in base ad una scelta assiologicamente orientata, dimostrano dunque la condivisione di valori che non sono fredde e immobili stelle di un firmamento lontano ma un complesso di idee e convinzioni convergenti e coerenti con il progresso della società in senso *ideale*, come sostiene Dworkin, o forse anche in senso *morale*.

Quel sistema di valori e quelle strutture giuridiche si sono tuttavia incrinate a seguito di vicende molto complesse che possono essere analizzate solo attraverso una ricostruzione in chiave storico-critica, secondo l'insegnamento ascarelliano, che richiederebbe un'opera a sé stante. Si possono però vedere con chiarezza i risultati: soprattutto l'infiltrazione e l'influenza della *law and economics*, non solo come metodo analitico ma come modello di rapporto del diritto con la società, che ha contribuito a creare le condizioni per spostare il baricentro del diritto del lavoro dal

---

[420] v. M. D'ANTONA, *L'anomalia post-positivista del diritto del lavoro,* in Rivista critica di diritto privato, 1990, p. 207 ss., ora in *Opere* (a cura di B. Caruso e S. Sciarra), vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 53 ss. D'Antona individuava "nella sua attitudine antiformalista, antilegalista e antidogmatica" e nell'eclettismo dei suoi schemi di ragionamento, e dei metodi di indagine, il "nuovo" diritto del lavoro italiano post-costituzionale.

[421] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977; trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982. Le citazioni sono a pag. 355 della seconda edizione, il corsivo è nel testo.

tema della giustizia contrattuale a quello dell'efficienza del sistema, al modello basato sul "pensare-in-maniera-utile", come scrive Nadia Urbinati, misurabile in termini economici, in cui l'uguaglianza è stata declinata in modo molto diverso dal passato.[422]

Foucault, nelle sue lezioni al College de France, si è soffermato sulla nascita dell'economia politica, che nasce, secondo il suo punto di vista, come problema del minimo e del massimo di governo – ossia di limitazione alla libertà del mercato - che può essere ritenuto accettabile dalla società e dal mondo degli affari.[423] Anche se si può ammettere che "il contributo dell'esperienza liberale non può essere enfaticamente ristretto alla rivendicazione dello *stato minimo* e del primato dell'*iniziativa privata* contro la moltiplicazione dei compiti pubblici e delle prestazioni pubbliche dello stato sociale",[424] questo aspetto resta indubbiamente centrale nella dottrina del neoliberalismo economico, che è altra cosa rispetto al liberalismo politico, e rappresenta l'origine del conflitto fra libertà ed uguaglianza. Con la globalizzazione questo tema, che era stato accantonato nell'epoca keynesiana, torna ad essere centrale, ma, come osserva Maria Rosaria Ferrarese, non come questione che attiene alle scelte effettuate secondo le procedure democratiche nazionali, che ineriscono alla sovranità dello stato rispetto al mercato, bensì come questione che discende dalla stessa vita economica e sociale.[425] Il problema del "governo minimo", di cui si occupa implicitamente ma nitidamente la teoria della *law and economics*, rappresenta una delle principali questioni sul tappeto nella globalizzazione economica, che chiede al diritto di operare per (e limitarsi a) disegnare il quadro istituzionale per il corretto funzionamento del mercato. Si torna a vivere, in questo modo, una trasformazione che, come agli albori dell'economia politica, vede il mercato non più rappresentare il luogo della regolazione eteronoma, ma divenire una sorta di "luogo di verità" o di veridizione, come scrive Foucault, che lo trasforma in un vero e proprio "tribunale economico", le cui sentenze sono in grado di sovra-determinare le politiche economiche degli stati e finanche dettare l'agenda delle riforme degli ordinamenti nazionali.[426] Nel diritto del lavoro si pone ora la questione di superare le pretese di verità del mercato, spacciate talvolta in termini assiomatici, e mettere fine a quelle che Foucault chiama le "pratiche normalizzanti".

Il tema di fondo, per riprendere il nostro discorso sul lavoro nel post-fodismo, è ora contrastare la divisione fra uguali e le disparità di potere, agire cioè sull'uguaglianza in termini orizzontali e verticali, impugnando l'uguaglianza come "scudo e come spada", per usare le parole immaginifiche di Marzia Barbera. Secondo Bob Hepple, la difficoltà di riconoscere pienamente il diritto all'uguaglianza o la garanzia di uguaglianza è figlia del peccato originale insito nei sistemi giuridici

---

[422] Si veda su questi temi il volume a cura di A. LYON-CAEN e A. PERULLI, *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2008, e qui i saggi di PERULLI, LYON-CAEN, DEAKIN ed altri. Non a caso, forse, anche nei sistemi di *common law*, dove più marcata è stata l'influenza di questi modelli, in cui il diritto non da oggi è strumento di regolazione del mercato in funzione della tutela della libertà economica, si è dovuto attendere tanto tempo per staccarsi da una concezione minimalista, definibile come "*formal equality*", dell'uguaglianza: v. B. HEPPLE, *Equality. The Legal Framework*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014, p. 11 e ss. Hepple individua cinque fasi evolutive e, solo dopo quella che definisce come *comprehensive equality*, si potrà assistere, a suo parere, finalmente, ad "*a continuation of the move towards comprehensive equality with the significant shift to a regime based on a unitary human rights perspective*", vale a dire "*the start of a period of transformative equality*".

[423] M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005. Qui il riferimento è alla terza edizione, 2017, p. 66-67.

[424] P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, G. Giappichelli ed., Torino, 2006, p. 69.

[425] M.R. FERRARESE, *Promesse mancate*, Il Mulino, Bologna, 2017.

[426] FERRAJOLI ricorda la famosissima frase di Ronald Reagan, "il governo non è la soluzione ma il problema".

occidentali: "*The separation of rights to non-discrimination in respect of economic and social rights from civil and political ones, and the fragmented approach to different grounds of discrimination, were to have a lasting effect on the development of equality as a fundamental human right*".[427]

Nel diritto del lavoro ai problemi più risalenti e alla diffidenza per una visione unitaria dei diritti, si aggiungono i "nuovi" problemi derivanti dalla congiuntura ed è difficile riscontrare un altro settore in cui si sia operata, per effetto di *input* eteronomi, una così intensa opera di deregolamentazione e di liberalizzazione. Si potrebbe dire che in questo modo è stato messo in discussione il ruolo del diritto del lavoro come fattore di stabilizzazione e di legittimazione del capitalismo democratico e che, con il nuovo modello di società di mercato, è finita anche la sua funzione di garanzia della riproduzione della forza lavoro, come sembrerebbe dimostrare, appunto, l'esplosione della precarietà e il "lavoro povero", in ogni paese della filiera occidentale della produzione di valore.[428] Ricorrendo ad un parallelo storico e riprendendo le parole di Edmund Burke in occasione della sua vibrante polemica contro le *Poor Laws* nell'Inghilterra vittoriana, la curvatura del diritto del lavoro potrebbe apparire come la tendenza odierna a considerare il problema della "ingerenza in ciò che concerne la sussistenza del popolo" come un problema rispetto al quale sia l'impresa che lo stato devono rimanere estranei.[429]

Ma ciò non rappresenta soltanto un problema di distribuzione del potere sociale, né soltanto di rapporto fra libertà e sicurezza dell'individuo; il diritto del lavoro flessibile configura, in ultima analisi, un diritto nuovo e speciale definito giustamente "di carattere derogatorio rispetto al modello tipo quale si è venuto storicamente a strutturare"[430] e che, come tale, produce inevitabilmente smagliature più o meno grandi nell'uguaglianza dei diritti dei lavoratori (da cui nasce, si è già detto, anche la disuguaglianza in senso verticale).

2. Il diritto del lavoro flessibile e il problema dell'uguaglianza.

Pur potendo essere sviluppate in tante direzioni e con diverse finalità, le osservazioni che precedono mi sembrano utili per discutere, su presupposti chiari, il rapporto fra uguaglianza e diritto del lavoro flessibile (o precario), che è l'oggetto di questo contributo.

Che il mercato del lavoro, lasciato alle sue spontanee dinamiche e fluttuazioni, possa incoraggiare differenze di trattamento e disuguaglianze, è in sé e per sé inconfutabile ed appare un dato per così dire normale. Un po' più difficile da giudicare è il caso in cui le disuguaglianze provengono non dal mercato ma dall'ordinamento stesso, che può creare differenze di trattamento (più o meno giustificate) in nome della diversità delle situazioni oggetto di disciplina. Ovviamente si potrebbe obiettare che l'ordinamento è disposto proprio allo scopo di determinare differenze di

---

[427] B. HEPPLE, *Equality. The Legal Framework,* op. cit., p. 19.

[428] L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, Einaudi ed., Torino, 2011, p. 138. Scrive Gallino che la finanziarizzazione dell'economia "ha accresciuto in misura sostanziale la irresponsabilità sociale" perchè "ciò che l'impresa produce, il suo possibile sviluppo, le condizioni di lavoro che offre hanno perso quasi ogni rilevanza per le decisioni di investimento".

[429] Il riferimento è tratto dal volume di P. VAN PARIJS e Y. VANDERBORGHT, *A Radical Proposal for a Free Sociaty and a Sane Economy*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2017, tradotto in italiano con il titolo fuorviante *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 96 dell'edizione italiana.

[430] G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, G. Giappichelli ed., 2009, p. 11.

trattamento, distinzioni dei gruppi e degli individui, purché giustificate e ragionevoli. Ma una cosa è la valutazione giuridica, altra quella etico-politica, ed è su quest'ultima che vorrei soffermarmi. Se si sceglie come "spazio valutativo" dell'uguaglianza la condizione di diritto applicata ai lavoratori subordinati con il contratto "standard", vale a dire l'insieme delle tutele e dei diritti di cui essi dispongono, le loro condizioni obiettive di vita e di lavoro,[431] non può esserci alcun dubbio che le molteplici forme e modalità attraverso cui l'ordinamento consente il realizzarsi di trattamenti differenti e derogatori ("atipici") si pongono in rapporto modo problematico con l'etica dell'uguaglianza. Allo stesso tempo è innegabile che con il lavoro flessibile sia nuovamente cresciuta la disparità di potere fra le parti del contratto di lavoro, con la conseguenza, in definitiva, di creare non solo una frattura nell'uguaglianza fra i lavoratori, ma anche di determinare un condizionamento negativo e un arretramento rispetto all'obiettivo dell'uguaglianza reale o sostanziale, che era stato perseguito dalla legislazione "garantista" e dal giuslavorismo italiano in modo coerente fino alla crisi del *keynesismo* e dello "stato sociale". Si può dire, in sintesi, che con la svolta avvenuta nella stagione della flessibilità si sia esaurita la tendenza del diritto del lavoro a porsi come uno dei principali protagonisti della promozione del diritto all'uguaglianza, orientato dai valori costituzionali; una linea, osserva Ridola, "finalizzata…allo sviluppo del soggetto considerato nella concretezza della dimensione della socialità".[432]

Dworkin, nel presentare il suo volume sulla "virtù sovrana" dell'uguaglianza, affermò che non solo la vecchia destra liberista, ma anche la nuova sinistra riteneva oramai maturo il momento di superare l'egualitarismo, non solo come prassi presente ed attuale ma, addirittura, anche come (semplice) ideale futuro ed utopico.[433] E in effetti mi sembra questo lo spirito dei tempi (*Zeitgeist*) che ha visto prodursi la politica del lavoro del ventennio trascorso. Nel creare differenti condizioni giuridiche per i lavoratori flessibili rispetto alla generalità del mondo del lavoro, il nostro legislatore (di qualunque colore) è motivato dall'intento di mettersi in sintonia con le istanze dei mercati e mostra così di considerare l'uguaglianza come un valore recessivo; un valore che, nella sua dimensione normativa, si opporrebbe invece alle divisioni o distinzioni fra uguali, essendo problematico giustificare il diverso trattamento dei lavoratori a partire dalla condizione reale dei diversi soggetti di diritto.

Se intendiamo per uguaglianza, come principio astratto, l'uguale considerazione da parte dei governanti per la vita di ognuno, come sostiene Dworkin,[434] la condizione dei lavoratori precari (o autonomi, parasubordinati, ecc.) mostra più di qualche problema con l'etica dell'uguaglianza. Legittimare il fenomeno della differenziazione insito nella flessibilità del lavoro con il richiamo a valori diversi rispetto all'uguaglianza e, in particolare, rinverdire il contrasto fra libertà e uguaglianza, non mi sembra del resto un'idea risolutiva o brillante. Alla libertà dell'individuo, alla libertà del contratto, può essere opposta la ragione della tutela della coesione sociale e delle basi

---

[431] Sulla necessità di individuare lo spazio in cui l'uguaglianza può essere valutata, v. A. SEN, *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 43 ss.

[432] P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, op. cit. p. 131.

[433] R. DWORKIN, *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2000; trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli Milano 2000.

[434] R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit.

fondanti della comunità, l'esigenza di protezione della democrazia e dello stato di diritto, minacciati dalla precarietà dilagante nel mercato del lavoro dei paesi occidentali. È sempre Dworkin a insegnarci che nel conflitto etico con l'uguaglianza, la libertà è sempre destinata a "perdere".[435] Se non si mette in dubbio la validità del principio astratto di uguaglianza, non può esserci nessun vero contrasto fra libertà ed uguaglianza, scrive Dworkin, perché nessuno può ammettere che "tutelare la libertà significhi agire senza mostrare uguale considerazione per tutti i cittadini".[436] Incidentalmente, si può osservare che questo i nostri costituenti lo avevano ben compreso e forse si potrebbe così giustificare il carattere "particolarmente rigido, comunque meno idoneo di altri principi a flettersi all'impatto coi principi stessi", che assume l'uguaglianza, come sottolinea Ruggeri, per la posizione privilegiata rispetto agli altri valori costituzionali.[437]

In termini più pragmatici, l'uguaglianza implica responsabilità "*to look important needs of people both as individual and as communities*".[438] Ma è un dovere dimenticato, se si considera il modello di regolazione basato sulla flessibilità del lavoro. La precarietà pone dunque un interrogativo sul doppio impatto critico che realizza sul versante dell'uguaglianza nei diritti come pure sul versante della uguaglianza di carattere sostanziale o materiale. Si tratta di situazioni fra di loro collegate strettamente. Come osserva Ferrajoli, la precarietà comporta la distruzione delle vecchie forme di soggettività, che implicano l'uguaglianza nei diritti, da cui nasce la solidarietà fra uguali.[439] Questa è l'anticamera della disuguaglianza sociale nella società post-industrialista del cosiddetto turbo-capitalismo.

La condizione del lavoratore precario si può considerare, in certo senso, come "nemica" su entrambi i fronti dell'uguaglianza. Consideriamo il primo dei due aspetti. Ebbene, l'uguaglianza indubbiamente viene evocata in modo problematico dalla svalutazione della condizione lavorativa e professionale, implicita nel lavoro precario, da cui deriva anche il disuguale "valore" dei lavoratori, percepiti come differenti. Scrive ancora Hepple: "*if people belonging to a particular group have not been affonded equal treatment to the rest of the population this is a reflection of the fact that they have not been valued equally*".[440] Questo è quanto avviene esattamente nell'ambito della classe generale dei lavoratori e dei produttori, in cui si è formata una sotto-classe priva dei medesimi diritti che, proprio per questo, può dirsi sicuramente considerata di non uguale valore. È il fenomeno che Ferrajoli definisce della differenziazione giuridica delle differenze, in grado di realizzare "una gerarchizzazione delle differenti identità sulla base della valorizzazione di alcune e della svalutazione di altre".[441]

---

[435] v. R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. 132 ss., secondo cui nessuna teoria che rispetti i presupposti fondamentali della nostra cultura politica (ed etica) "..può subordinare, in qualche misura, l'uguaglianza alla libertà, concepite come ideali normativi".

[436] v. R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. 133.

[437] A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in Rivista AIC, 2017, 2. Non a caso nella nostra Costituzione l'uguaglianza ha il rango dei diritti fondamentali intangibili, non così la libertà economica e contrattuale, che nasce condizionata.

[438] B. HEPPLE, *Equality. The legal framework*, op. cit. p. 22.

[439] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 127.

[440] B. HEPPLE, *Equality. The legal framework*, op. cit. p. 20.

[441] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 115.

L'identità del lavoratore "garantito" è stata assunta dall'ordinamento come condizione "normale" – addirittura al rango di principio fondamentale dell'ordinamento, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 81/2015 - ma in realtà descrive uno *status* privilegiato a fronte del quale la condizione e l'identità del lavoro precario indica uno *status* inferiore e discriminato, perché fonte di esclusione. Torna così d'attualità, paradossalmente, il tema dell'uguaglianza come condizione interna ad un cerchio ristretto, che risale alle origini della modernità e che, in forme ovviamente diverse, interessa oggi, in modo in verità inatteso, il diritto del lavoro; che diviene garante (e responsabile) di una condizione di uguaglianza nei diritti all'interno del gruppo dei lavoratori subordinati assunti con contratto stabile (in maggioranza maschi, adulti ed anziani), a cui si contrappone la discriminazione giuridica riservata ad altri lavoratori, non appartenenti a questo "gruppo". Si crea così un'identità diversa ed inferiore, attributo di quella "classe" di cui parla Guy Standing nei suoi lavori.[442] Il modello normativo è l'uguaglianza intesa come universalizzazione del solo soggetto privilegiato, che esclude gli altri soggetti, i lavoratori precari, discriminati nel godimento di diritti "sedicenti universali".

Le politiche di flessibilità hanno realizzato, in sostanza, una vera e propria discriminazione ad ampio raggio, di cui soffrono i lavoratori precari, vedendosi negato, sia pure in modo relativo e non assoluto, *il diritto di avere diritti*, ossia il primo dei diritti, secondo la celebre espressione di Hanna Arendt, ripresa da Stefano Rodotà. Pensiamo al lavoratore assunto con contratto di lavoro di breve durata, o al lavoratore autonomo, "coordinato" o "a progetto", oppure al *part-timer* involontario, o ancora al lavoratore somministrato a termine: tutti casi in cui sembra ricrearsi, sia pure in un ben diverso contesto storico, quello svilimento del principio di uguaglianza che si realizzava un tempo mediante le differenziazioni giuridiche di *status*.[443]

Una delle grandi conquiste del diritto del lavoro era stata invece l'uguaglianza nei diritti, indipendentemente dal tipo di contratto, dal luogo di lavoro, dal settore e dall'azienda, dal posto occupato nella produzione, dalla condizione personale e di genere, ecc., tutte condizioni irrilevanti quanto all'attribuzione dei diritti ad opera della legge e del contratto collettivo. Il "diritto all'uguaglianza" è stato praticato e affermato in modo molto concreto, con dispositivi legali inderogabili. Le eccezioni a questo principio sono sempre state considerate tali – eccezioni – ossia come "fatti" da rimuovere, secondo la prospettiva ermeneutica indicata dall'art. 3 comma 2° della Costituzione, non certo come una condizione da promuovere. Ebbene, proprio la natura o il tipo di contratto di lavoro, sono divenuti invece, nella stagione della flessibilità, i principali indici della differenza di condizione e/o di *status*. L'uguale condizione socio-economica di lavoratori-produttori che offrono la propria forza-lavoro in cambio di una retribuzione non si traduce più nel diritto ad uguali diritti. Il tempo in cui l'acquisizione della condizione di lavoratore subordinato coincideva con l'ingresso in un mondo caratterizzato da un medesimo statuto dei diritti è così finito per sempre, ma senza regalare la libertà promessa. Il lavoro si è trasformato nel principale contenitore di

---

[442] Fra cui si veda G. STANDING, *Precariato. La nuova classe esplosiva*, Il Mulino, Bologna, 2012

[443] Ovviamente, se ed in quanto consideriamo l'uguaglianza come "l'oggetto di un diritto fondamentale", essendo questa la condizione per aversi, almeno in astratto, il godimento dei diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, op. cit. p. 7).

separate identità, e, lungi dal creare un "pluriverso" abitato da figure portatrici di condizioni differenti ma non diseguali, come pure abbiamo a lungo sperato, sembra realizzare, in modo vieppiù incisivo, un meccanismo di "espulsioni", che, come scrive Saskya Sassen, rappresenta la modalità di funzionamento del capitalismo globale.[444] Il lavoro precario richiama in effetti alla mente, in modo non proprio infondato, altri contesti in cui l'uguaglianza sembra essere sacrificata o relegata in un angolo, come avviene ad esempio quando si esamina la condizione dello straniero e il problematico suo accesso, soprattutto se "irregolare", ai diritti fondamentali, che pure vengono assunti come universali. La discriminazione poggia su una condizione giuridica differente, ma la scelta dell'ordinamento può sollevare interrogativi esiziali sul piano etico.[445]

La rivoluzione copernicana descritta come post-fordismo, in cui il lavoro flessibile ha svolto una funzione cruciale, ha assegnato al contratto di lavoro un ruolo, paradossalmente, non più di inclusione ma di esclusione rispetto ai diritti fondamentali e di "cittadinanza"; la stessa condizione di lavoratore subordinato si è trasformata in un fattore di discriminazione anziché di parificazione dei diritti.

Il contratto di lavoro appare così, in certa misura, come un relitto giuridico (premoderno) in una società post-moderna, realizzando una contraddizione logica rispetto all'universalismo dei diritti, che da altro versante ha rappresentato una delle bandiere della "globalizzazione democratica" e della rivendicata vittoria dei diritti umani.[446]

In definitiva, sembra realizzarsi un modello che potrebbe definirsi di "omologazione giuridica delle differenze", all'interno del quale l'uguaglianza si realizza per assimilazione, assumendo "il soggetto privilegiato come parametro "normale" e "normativo" della classe degli uguali, idoneo ad includere tutti gli altri solo in quanto ad esso omologati", a cui corrisponde l'esclusione dei "diversi" (nel nostro caso i lavoratori precari, ma il discorso potrebbe allargarsi).[447] Come vedremo discutendo delle clausole di parificazione, i lavoratori precari sembrano avere gli stessi diritti degli altri lavoratori, ma la discriminazione è in realtà solo occultata. Il lavoro diviene così il luogo delle discriminazioni fra uguali, e, ricorda Ferrajoli, esiste un rapporto diretto "tra disuguaglianze e discriminazioni che fa delle une un fattore e un moltiplicatore delle altre".[448] Il collegamento fra gli ostacoli posti dall'ordinamento all'effettività dei diritti sociali e le disuguaglianze "materiali" non è certo una novità, ma sorprendentemente nuova è la dimensione assunta da questa tendenza,

---

[444] S. SASSEN, *Espulsioni*, Il Mulino, Bologna, 2017.

[445] Si pensi ai problemi in ambito sanitario, in cui il diritto alle cure viene garantito agli immigrati irregolari nel suo "nucleo duro", che Ruggeri definisce giustamente un "concetto misterioso", risolvendosi "in un artificio retorico nel quale il giudice si rifugia in vista dell'adozione della soluzione maggiormente conveniente secondo il caso" (A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, op. cit). Si potrebbe dire lo stesso, *mutatis mutandis*, della condizione del lavoratore temporaneo e precario, a cui viene garantito il nucleo fondamentale dei diritti ma non tutti i diritti (si pensi ai diritti sindacali) di cui godono gli altri lavoratori impiegati in azienda.

[446] Per osservazioni critiche, fra gli altri, si veda di recente il libro-intervista a MARIO TRONTI, a cura di A. BIANCHI, *Il popolo perduto. Per una critica della sinistra*, Nutrimenti ed., Roma, 2019.

[447] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 116.

[448] La discriminazione delle differenze produce disuguaglianza sociale, così come il grado di uguaglianza sostanziale determina "il grado di effettiva non discriminazione delle differenze" (così L. FERRAJOLI, ibidem p. 80).

alimentata dalla diffusione di condizioni di lavoro precario, approvandola e sostenendola.[449] Proprio il diritto del lavoro, che aveva assunto come suo prioritario obiettivo il bilanciamento della disparità di potere fra le parti e l'uguaglianza fra lavoratori, è divenuto col tempo un fattore di impulso delle disuguaglianze, creando discriminazioni modellate su stereotipi, come il lavoratore "parasubordinato", il lavoratore "occasionale", "a progetto", "somministrato", che, tuttavia, individuano una medesima prestazione di lavoro personale e continuativa nell'interesse altrui, ossia l'integrazione nella produzione di valore, in cambio dei mezzi di sussistenza che garantiscono la riproduzione sociale di questi soggetti.[450]

La disuguaglianza nei diritti è gravida di conseguenze negative sul tessuto normativo che può dirsi inerente alla "civiltà del lavoro". Si obietta, a queste critiche, che in realtà è la "società" dei servizi post-industriale che ha richiesto al diritto del lavoro di piegarsi alla flessibilità, è il mondo delle imprese e la concorrenza internazionale ad imporre una revisione del sistema dei diritti del lavoro e l'introduzione di modelli flessibili.[451] Si può però replicare a queste obiezioni osservando, con le parole del più grande giurista positivista ed "avalutativo" del secolo scorso, che è sempre l'ordinamento a decidere il perimetro dell'uguaglianza, ossia "delle disuguaglianze [che] devono essere trascurate e degli individui che, di conseguenza, possono essere considerati eguali".[452] Questa decisione l'ordinamento non può delegarla, neppure al più potente protagonista dei nostri tempi - l'economia - e di fatto non è delegata, essendo sempre nella responsabilità del legislatore (e, in misura minore, degli altri formanti del diritto) la decisione sulla misura e il grado del rispetto dell'uguaglianza nei rapporti giuridici.

3. Le disuguaglianze economiche e sociali come tema di riflessione.

È buona abitudine, quando si maneggiano questioni così controverse (e controvertibili) sottoporre le proprie idee ad attente verifiche, ma nel nostro caso questa cautela è d'obbligo, perché le tesi esposte nel precedente paragrafo chiamano in causa questioni di non poco momento del diritto del lavoro italiano, alle prese oggi con la necessità di ridefinire il proprio ruolo nella società post-globalista. Bisogna quindi verificare con maggiore attenzione, innanzitutto, se la diffusione di contratti di carattere derogatorio e flessibile non sia stata dettata soltanto (o soprattutto) da calcoli economici, come alcuni sostengono,[453] e non anche da circostanze obiettive inerenti la struttura occupazionale. Si potrebbe poi ritenere, non senza qualche ragione, che sia questo uno dei casi in cui una valutazione comparativa andrebbe effettuata prendendo in considerazione non

---

[449] Come ha osservato MARZIA BARBERA in un suo saggio di alcuni anni fa, "le due dimensioni dell'eguaglianza nel rapporto di lavoro – quella dell'eguaglianza verticale e quella dell'eguaglianza orizzontale, ovvero la dimensione del rapporto di potere (o di classe) fra datore di lavoro e lavoratore e la dimensione dell'equa distribuzione di reddito, di risorse, di opportunità e svantaggi fra lavoratori – sono strettamente correlate" (v. M. BARBERA, *L'eguaglianza come spada e l'eguaglianza come scudo*, in P. CHIECO, *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2003, p. 33).

[450] È una *policy* che Ferrajoli definisce come la "strategia della disuguaglianza diretta all'indebolimento, alla disgregazione e al disciplinamento dei lavoratori, attraverso la differenziazione degli status e dei gradi, la creazione di fittizie gerarchie, l'invenzione di premi e incentivi, la promozione dei carrierismi e delle competizioni (…)" (L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 151).

[451] B. CARUSO, R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, op. cit. p. 653 ss.

[452] H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Einaudi Torino 1975, p. 53.

[453] Si veda ad esempio M. ROCCELLA, *Lavori flessibili o lavori precari?* in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino Bologna, 2006, p. 55 ss.

solo gli aspetti "esteriori", come la precarietà dell'impiego o i salari più bassi, ma anche le opportunità offerte alle giovani generazioni e, quindi, tenendo conto anche della libertà che ne deriva rispetto alle forme tradizionali di lavoro salariato.[454]

Molto inchiostro è stato speso per dimostrare l'esistenza di una vera e propria "fuga" dal lavoro subordinato, dovuta non soltanto a finalità elusive ma anche a una genuina ricerca, da parte soprattutto delle fasce giovanili del mercato del lavoro, di un nuovo equilibrio fra vita e lavoro, di un rifiuto della dimensione costrittiva insita nel sistema del lavoro fordista-taylorista. Questo è del resto uno dei principali argomenti utilizzati anche per dimostrare l'inesistenza di alternative alla riforma del diritto del lavoro e alla sua "modernizzazione", stante la necessità di confrontarsi con i problemi presenti e futuri della fine (o almeno, della riduzione) del lavoro subordinato classicamente inteso. Come dire che il lavoro sarà sempre più flessibile e adattabile, sempre meno compatto e caratterizzato da una dimensione tempo-spazio lineare e geometrica, e dunque la flessibilità non solo non sarebbe un "male assoluto" ma dovrebbe ritenersi inevitabile, se addirittura non auspicabile, "liberando" le nuove generazioni dalla "schiavitù" del lavoro salariato a vita.[455]

Non bisogna poi dimenticare che uno degli aspetti cruciali della regolamentazione del lavoro flessibile, sottolineato da molti studiosi, è pur sempre il reticolo di garanzie e di rimedi protettivi, di carattere formale e sostanziale, disposti dal legislatore (o dalla giurisprudenza, che forma il diritto vivente) per far sì che il lavoro flessibile non rappresenti l'alibi per produrre condizioni di lavoro peggiorative e mantenga, allo stesso tempo, "un peso marginale e complementare" rispetto al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.[456] Un altro interrogativo, forse ancora più problematico, attiene perciò all'efficacia di queste misure, che, oltre a stabilire filtri e controlli dei flussi di lavoro precario, si sono avvalse della collaudata tecnica antidiscriminatoria. Se esse avessero raggiunto il loro scopo, allora il discorso sull'uguaglianza perderebbe, almeno in parte, ma in parte non certo irrilevante, la sua credibilità.

Forse altre questioni ancora si potrebbero sollevare, ma queste mi sembrano le più importanti, naturalmente in base ad un giudizio eminentemente soggettivo.

Prima di rispondere a queste domande e in particolare al primo dei due interrogativi, va ribadito che per valutare la disuguaglianza in un campo come il mercato del lavoro è doveroso prendere in considerazione informazioni anche su altri "spazi", non solo sui differenziali economici fra lavoratori o sull'instabilità dell'impiego, così da poter effettuare un giudizio valutativo basandosi su una struttura più ampia. Secondo le indicazioni metodologiche di Amartya Sen, infatti, la posizione di una persona o di un gruppo di persone in un determinato assetto sociale può essere giudicata da diverse prospettive, considerando da un lato le "acquisizioni" del gruppo e dall'altro la "libertà di acquisire" di cui esso concretamente dispone. Si può avere, scrive Sen, "disuguaglianza di acquisizioni e disuguaglianza di libertà, e le due non coincidono necessariamente" (dove

---

[454] Per sollecitazioni in tal senso quando si discute di disuguaglianza, v. A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 49; v. pure J. B. ATKINSON, di cui si veda fra l'altro, *Social Justice and Public Policy*, Brighton-Cambridge, Mass., Wheatsheaf-MIT Press, 1983.

[455] Per riflessioni critiche v. G. ALLEGRI, G. BRONZINI, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale dopo la subordinazione*, DeriveApprodi, Roma, 2015

[456] Così G. FERRARO, in *Tipologie di lavoro flessibile*, op. cit.

per acquisizioni Sen si riferisce, com'è noto, ai "funzionamenti" della persona, ossia ai diversi aspetti della propria vita, e per libertà di acquisire alle sue capacità).[457] Ciò vuol dire, in concreto, considerare la disuguaglianza non disgiunta dalla libertà e non limitarsi alla prospettiva del livello di reddito, o dei "beni primari" alla Rawls, o delle "risorse" possedute, come sostiene Dworkin.[458]

Tuttavia, pur ampliando lo spazio valutativo secondo la prospettiva innovativa di Amartya Sen, non mi sembra che, quando si passa ad una valutazione della situazione dei gruppi dei lavoratori flessibili nell'attuale società post-industriale, si raggiungano risultati positivi, anche a voler tener conto della necessità di riconsiderare il modo in cui siamo stati abituati a concepire i diritti fondamentali del lavoro.[459] La questione della disuguaglianza dei lavoratori precari ha a che fare, infatti, non solo con le differenze economiche o di risorse o di funzionamenti, come si è detto, ma anche con evidenti disparità sistematiche a livello di libertà (di capacità), fattori che messi insieme rappresentano un terribile *j'accuse* nei confronti delle politiche del lavoro degli ultimi venti anni.[460]

Questo punto mi sembra importante, perché la flessibilità del lavoro è stata giustificata, come si è già accennato, in nome della qualità della vita, o della libertà individuale di organizzare la propria vita, in nome del rifiuto di assecondare la creazione di un vincolo giuridico così intenso come il lavoro salariato, e così via.[461] Ma se è vero che l'etica dell'uguaglianza deve tener conto delle diversità fra le persone e delle loro singolari attitudini e propensioni, la libertà di scelta associata al lavoro flessibile, nel senso di concrete opportunità, mi sembra più apparente che reale.[462] Si può anzi affermare, senza grandi incertezze, che la condizione del lavoratore precario, in termini di libertà effettiva (ma valutata, evidentemente, a partire dai risultati ottenuti[463]) è molto diversa dalla narrazione che se ne è data. Più che alla realizzazione di opportunità, il lavoro precario ha contribuito alla situazione di sotto-occupazione diffusa delle fasce giovanili e alla "fuga" (non dal lavoro subordinato ma) dal mercato del lavoro, che si è concretizzata in un'ondata migratoria senza precedenti di giovani (e meno giovani) lavoratori italiani, spinti a lasciare il nostro paese non solo dalla mancanza di occasioni lavorative ma anche (forse soprattutto) dalla ricerca di condizioni dignitose, possibilmente stabili e con salari equi, in grado cioè di garantire a questi giovani

---

[457] A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 53, che osserva come si tratti di una distinzione "assolutamente centrale per la valutazione sociale". Il concetto di funzionamento riflette per Sen ciò che una persona può apprezzare di fare o essere ed è indipendente, in una certa misura, dalle risorse o dai beni primari posseduti. I funzionamenti, che Sen ritiene calcolabili e misurabili, variano a seconda della loro complessità, e possono andare dai più elementari (come quello di potersi nutrire) fino alle attività più complesse (come quella di avere un lavoro qualificato e stabile).

[458] Cfr. su tali questioni B. CARUSO, *The Employment Contract is Dead! Hurrah the Work Contract*, in K. STONE, H. ARTHURS (eds), *Rethinking Workplace Regulation*, Russell Sage Foundation, 2013; R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability Approach,* in Int. JCLLIR, 2016, 383 ss. Recentemente, su questi temi, v. B. LANGILLE, *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2019.

[459] Per una rilettura dei modelli di regolazione del mercato alla luce delle teorie di Sen, si veda pure B. CARUSO, *Occupazione, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, Relazione al Congresso AIDLASS 1-3 giugno 2006, Cagliari, pubblicata su Giorn.dir.lav.rel.ind., 2007, 113.

[460] Ovviamente, poiché qui discutiamo di "etica pratica", non c'è bisogno, come insegna Sen, di un approccio analitico e possiamo tranquillamente considerare insieme questi due aspetti, le libertà come le acquisizioni dei funzionamenti (v. A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 185 e ss.).

[461] Per una discussione in merito, con riferimenti bibliografici, v. M.C. NUSSBAUM, A. SEN (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

[462] Su questi punti si veda A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 49 ss.

[463] A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 189

un futuro e un progetto di vita.[464] A partire dagli anni novanta, dopo una lunga stasi, si può parlare di migrazioni dell' "età della precarietà".[465] Tuttavia rispetto al passato ciò che differenzia (in peggio) questo fenomeno è che neppure emigrando i giovani risolvono il problema dell'insicurezza esistenziale e lavorativa.[466] Fotografando in modo impietoso la realtà del mercato del lavoro, Enrico Pugliese mostra come la nuova domanda di lavoro si concentri in realtà "in attività a basso livello di produttività del lavoro, che deve essere compensata in qualche modo da un minor costo e una maggiore flessibilità della forza lavoro".[467] Smentendo tutte le suggestioni sulla flessibilità del lavoro, queste analisi (anche altre convergono) dimostrano che la componente maggioritaria dell'occupazione si estrinseca oggi "in attività che non richiedono formazione e non offrono buona qualità del lavoro" ed anche nei territori con maggiore crescita economica non sono i lavori qualificati e ben retribuiti a primeggiare, essendo piuttosto "la fascia secondaria del mercato del lavoro quella attualmente in espansione".[468] Sostiene Pugliese che una delle responsabilità maggiori di questa situazione critica risiede nel fatto che "da anni è in corso in tutti i paesi europei un processo di regolazione a carattere liberista del mercato del lavoro che ha determinato la diffusione di forme contrattuali atipiche, in sostanza di realtà occupazionali precarie regolate e codificate con accordi che prevedono una riduzione dei livelli salariali, della protezione dell'impiego e delle condizioni di lavoro rispetto al passato". In definitiva, l'indebolirsi ovunque dei sistemi di *employment protection* fa sì che l'espansione della domanda di lavoro avvenga nell'area marginale: "ciò che distingue la fase", conclude Pugliese, "è giustappunto un'estensione della domanda di lavoro contemporanea alla riduzione della qualità dello stesso".[469]

Anche ragionando in termini di libertà o capacità, i lavoratori flessibili non sembrano aver acquisito molti "vantaggi" in grado di ridurre il gap con gli altri lavoratori, i "garantiti".[470] Valutando la reale opportunità di perseguire i propri obiettivi, il quadro appare poco incoraggiante, disegnando una condizione "disuguale" ed inferiore, con poche, scarse indicazioni contrarie per quel che riguarda la libertà di scelta. Non si tratta di vera libertà, visto che il lavoratore precario è costretto a soggiacere a condizioni incoerenti con il *decent work*, a partire dei differenziali di reddito che esistono fra i lavoratori assunti con contratti flessibili ed atipici e i lavoratori con impiego stabile, che comunque sono un indice molto significativo della disuguaglianza. Se è vero, infatti, che "il grado di libertà di cui ciascuno gode può essere di diretto rilievo per una buona società", è altret-

---

[464] v. E. PUGLIESE, *Quelli che se ne vanno*, Il Mulino, Bologna, 2018, anche per un'analisi del fenomeno migratorio. Su tali questioni cfr. M.L. STAZIO, *Esploratori e fuggiaschi*, Mimesis ed., Sesto San Giovanni (MI), 2017.

[465] E. PUGLIESE, ibidem p. 70. Si vedano i dati impressionanti elaborati dalla Svimez e riportati su tutti i quotidiani agli inizi del mese di agosto 2019 (cfr. ad es. il quotidiano La Repubblica, 2 agosto 2019, con i servizi giornalistici di pag. 6 e 7, ed il commento di S. Rizzo, *Il Sud, cioè il deserto*, a pag. 32).

[466] Che la mobilità rappresenti una delle caratteristiche essenziali della nuova forza lavoro è da tempo noto. Come osserva Foucault, "tra gli elementi costitutivi del capitale umano, occorre considerare la mobilità, vale a dire la capacità di un individuo di spostarsi, e in particolare la migrazione", che fa del lavoratore un imprenditore di se stesso (M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al College de France (1978-1979)*, op. cit. p. 190-191).

[467] E. PUGLIESE, *Quelli che se ne vanno* op. cit. p. 74

[468] E. PUGLIESE, ibidem p. 74; v. G. FULLIN, *I tempi di lavoro al servizio degli altri*, op. cit.

[469] E. PUGLIESE, ibidem p. 77 e pag. 79.

[470] ULRICH BECK in *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000, p. 128, notava come "la sottoccupazione e le attività informali accrescono la domanda di sottoccupazione e di attività informali".

tanto vero (e non va mai dimenticato) che la condizione di precarietà di reddito e la povertà materiale (mascherata come saltuarietà dell'impiego) va considerata come una situazione di oggettiva "carenza di libertà".[471]

Se poi volessimo valutare la posizione del lavoratore flessibile nell'ottica della giustizia distributiva di tipo "liberal-egualitario", secondo la teoria della giustizia di Rawls, allora la condanna sarebbe, se possibile, ancora più netta. Infatti, nella sua notissima opera Rawls vede la giustizia come la risultante di tre principi fondamentali.[472] Il principio di libertà, che Rawls ritiene il più importante, vede tuttavia il lavoratore precario soccombere, considerando le difficoltà insite nell'esercizio delle libertà fondamentali, come la libertà di associazione, nonché nell'ambito della sfera della libertà reale o libertà positiva del soggetto, per ragioni talmente note che non è neppure il caso di ricordarle o enumerarle (a partire dalla condizione di instabilità del rapporto lavorativo che crea maggiore disparità di potere fra i contraenti e soprattutto si riflette in un'insicurezza esistenziale che implica minore libertà). Il principio dell'equa uguaglianza di opportunità, per il quale, nell'ambito di una teoria della giustizia, dovrebbe aversi attenzione all'uguaglianza nell'accesso a tutte le posizioni sociali, vede ancora il lavoratore precario in una situazione di difficoltà maggiore e comunque più svantaggiata rispetto a chiunque altro si collochi in una posizione diversa nel mercato del lavoro. Infine, il principio di differenza, che vorrebbe che le disuguaglianze economiche e sociali fossero dirette principalmente a beneficio dei gruppi più svantaggiati, il cui indice dovrebbe essere il più alto possibile, pare anch'esso sollevare molte perplessità se lo si considera in rapporto alla classe dei lavoratori precari.[473]

La precarietà e il lavoro flessibile ingaggiano dunque con l'etica dell'uguaglianza – e con i principi di giustizia distributiva - un confronto molto problematico, perché flessibilità vuol dire disparità di trattamento, particolarismi giuridici, condizioni disuguali di lavoro, mancanza di libertà e minori capacità, con un impatto critico sulla disuguaglianza sociale ed economica, di cui oggi, finalmente, si discute con toni di allarme e di preoccupazione. Le conseguenze della sotto-protezione e della condizione di disuguaglianza sono molteplici e fra queste vorrei ricordare, con una certa inquietudine, l'auto-inibizione a tutelare i propri diritti da parte dei lavoratori più deboli, anche in paesi in cui le difficoltà di richiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria non dovrebbero, in linea di principio, sussistere.[474]

La crescita del settore secondario del mercato del lavoro dimostra, in definitiva, quanto fondata fosse l'obiezione di sociologi come Ulrich Beck, quando si cominciava a parlare di società del sa-

---

[471] A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 209-210.

[472] L'opera di JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, pubblicata una prima volta nel 1971 e poi oggetto di successive revisioni da parte dell'autore, rappresenta un testo di fondamentale importanza nell'ambito della filosofia politica. In Italia è stata tradotta da Feltrinelli nel 1982 con il titolo *Una teoria della giustizia*.

[473] Su tali questioni si veda recentemente, anche per i riferimenti alla teoria di Rawls, P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, op. cit. p. 179 ss.

[474] v. C. BARNARD, A. LUDLOW, S.F. BUTLIN, *Beyond Employment Tribunals: Enforcement of Employment Rights by EU-8 Migrant Workers*, in Industrial Law Journal, vol. 47, 2, 2018, p. 226 ss. In passato non sono mancate voci anche autorevoli che hanno tentato di giustificare la situazione di sotto-protezione e i bassi salari della forza lavoro "informale" in vario modo, anche se può dirsi da tempo abbandonata la teorica ultraliberista del merito individuale e del valore della prestazione lavorativa offerta. Si veda per una tesi di questo tipo, basata sulla scarsa qualità del lavoro precario, J. R. HICKS, *The Theory of Wages*, Macmillan, London, 1962.

pere e dell'informazione, rilevando la frattura fra i nuovi lavori altamente qualificati e l'occupazione dequalificata e scarsamente retribuita delle fasce marginali: una situazione, scriveva il grande sociologo austriaco recentemente scomparso, simile a quella di "una società neofeudale".[475] La recente analisi di Pugliese sul mercato del lavoro e sui flussi occupazionali (ma anche quella di altri studiosi imparziali e di particolare credibilità come Reyneri) pare confermare questa critica così tagliente, che trova ulteriori testimonianze in altri studi sulla qualità dell'occupazione del settore terziario e dei servizi.[476]

Bisogna ricordare che l'autonomia del soggetto e la dignità sono termini inscindibili, ed entrambi, come puntualizza Ruggeri, esigono l'uguaglianza, l'essere cioè ogni soggetto, per quanto differente, eguale in dignità. Purtroppo non è così, bisogna ammettere che non è quanto avviene nell'ambito dell'ordinamento lavoristico.[477]

Anche pensando allo sviluppo civile ed economico dei territori, la scelta di esaltare la flessibilità, di vivere nel mito della flessibilità, non è risultata priva di controindicazioni. L'occupazione precaria, favorita in tutti i modi da iniziative legislative di stimolo del sistema produttivo e tendenti a rianimare un mercato del lavoro asfittico, ha purtroppo mostrato effetti "contro-intuitivi", non accelerando ma deprimendo la crescita economica. I sociologi concordano, per lo più, che uno dei fattori di impulso al capitale sociale nei territori è dato dalla stabilità delle relazioni sociali e affermano che può stabilirsi un rapporto (che può essere documentato) fra decrescita del capitale sociale e aumento delle disuguaglianze. Si è sostenuto, a tal riguardo, che "se la disuguaglianza deprime il capitale sociale è perché una delle condizioni che più ne favoriscono la produzione è l'omogeneità sociale". [478] La precarietà del lavoro, creando maggiore disuguaglianza e condizioni di lavoro sotto-protetto e poco remunerato, pare essere invece una delle cause principali del decremento di capitale sociale che si è registrato soprattutto nei territori più deboli e periferici, già "colpiti" dalla disoccupazione giovanile di massa.[479] Il che, a sua volta, rappresenta un ulteriore ambito in cui, attraverso la precarietà del lavoro, si creano disuguaglianze, che riguardano i territori e le comunità locali.

Purtroppo il diritto del lavoro non è stato soltanto un muto spettatore dell'esplosione del lavoro precario, ma è si è rivelato, suo malgrado, come l'artefice di questo straordinario processo di distruzione del valore del lavoro, in nome, paradossalmente, delle "esigenze della produzione".[480]

---

[475] U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, op. cit. p. 61.

[476] Si veda E. REYNERI, *Una forte ripresa dell'occupazione, ma poco qualificata, e il ruolo delle politiche pubbliche*, in Politiche Sociali, 2018, 1; I. FELLINI, G. FULLIN, *Employment Change, Institutions and Migrant Labour: The Italian Case in Comparative Perspective*, in Stato e Mercato, 2018, 2.

[477] Si vedano le considerazioni di A. RUGGERI, in *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in Consulta online, 2018, II, p. 39

[478] G. GUCCIARDO, *L'uguale e il diverso. Come le disuguaglianze deprimono il capitale sociale*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2017, il quale osserva che quando le relazioni sociali "diventano sempre più vaghe, indefinite, precarie, revocabili, liquide" ne risente "la propensione generale a cooperare, ad agire in modo leale, ad attenerci a principi di reciprocità", che è alla base del capitale sociale nei territori.

[479] Le rilevazioni più recenti della CGIA di Mestre sembrano confermare questa tesi, visto che le regioni più deboli ed arretrate come reddito pro capite e sviluppo economico sono anche quelle che denotano una percentuale molto elevata di contratti di lavoro a termine e precari.

[480] Con molta chiarezza in tal senso v. L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, op. cit., p. 145.

Scrive Dworkin che "la distribuzione della ricchezza è il prodotto di un ordinamento giuridico" e niente più delle vicende che hanno interessato la società capitalistica negli ultimi anni è la prova inconfutabile di tale assunto.[481]Solo ora comprendiamo le conseguenze di questo tipo di impostazione nella regolazione del mercato: come hanno osservato gli studiosi che hanno scritto il recente *Manifesto contro la disuguaglianza*, "mercati del lavoro fortemente disuguali, che offrono poche occasioni di buon lavoro e molte occasioni di lavoro mal pagato, producono strutturalmente povertà – sia in senso assoluto che relativo – a danno anche di coloro che sono occupati".[482]

Ovviamente, non si vuole in questo modo tratteggiare un quadro privo di ombre o di sfumature. Al contrario. L'ordinamento non è stato solo l'incubatore di riforme che, per il fine di "modernizzare", hanno sconvolto equilibri risalenti, creando precarietà e allargando l'area del *woorking poor*, spesso conseguenza di situazioni fuori controllo del mercato del lavoro. Non si possono negare, anzi, i tanti sforzi che sono stati fatti, anche nell'ambito dei processi di riforma legislativa del diritto del lavoro, per la preparazione di concreti bilanciamenti, o per la diffusione di anticorpi, per reagire alla "patologia" creata dall'abuso nell'utilizzo dei contratti flessibili. Come si accennato in apertura di questo paragrafo, il reticolo dei dispositivi di controllo e delle clausole di parificazione rappresenta un aspetto importante della normazione in materia di lavoro flessibile. La strada della deregolamentazione, in altre parole, non è stata la sola ad essere battuta e sarebbe ingiusto limitare il diritto del lavoro soltanto al suo volto per così dire "liberista".[483] Non sono stati né pochi né (del tutto) vani i tentativi di creare contrappesi alla flessibilità, sia attraverso interventi sul mercato a tutela di questi lavoratori, che mediante dispositivi che incidono sul rapporto di lavoro atipico. Anche se i risultati non sono stati tali da scongiurare gli effetti negativi della flessibilità del lavoro in termini salariali, di sicurezza e di uguaglianza reale fra i lavoratori, gli sforzi in questa direzione sono stati notevoli. Sarebbe, anzi, un lavoro critico tutto da fare quello di analizzare e comprendere le ragioni del fallimento, o almeno del parziale insuccesso, di molti di questi contrappesi alla flessibilità del lavoro, che non hanno impedito la crescita abnorme del lavoro precario, sia quando essi hanno agito all'interno del rapporto di lavoro, sia quando, secondo una teorica molto diffusa, essi hanno privilegiato le tutele sul mercato, al di fuori del rapporto in senso stretto. Ma non è questo lo scopo del presente contributo.

Di questi tentativi, non di tutti ma di alcuni di essi, i più significativi forse, si discuterà nel prossimo paragrafo, ai più limitati fini di verificare come hanno agito e con quali risultati, i dispositivi legali a tutela dell'uguaglianza fra i lavoratori precari e i lavoratori stabili.

4. *Flexicurity* e clausole antidiscriminatorie.

Non sempre, nonostante i freni posti all'espansione del lavoro flessibile, il diritto del lavoro è stato in grado di correggere i fallimenti del mercato e di reagire alla crisi dell'uguaglianza, anzi le differenze sono state spesso enfatizzate come un risultato legato al nuovo modello di produzione flessibile da accogliere positivamente, nell'ottica della modernizzazione del diritto del lavoro. Il diritto del lavoro ha "creato" la flessibilità del lavoro e le politiche legislative hanno giocato un ruolo

---

481 R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. VII.

482 Si veda il testo del manifesto in *A.G.I.R.E. Contro la disuguaglianza. Un manifesto*, Laterza ed., Roma-Bari, 2018, qui p.48-49.

483 B. CARUSO, R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, op. cit. p. 669 ss.

importante nel dirigere l'ordinamento lavoristico verso approdi non oppositivi rispetto alla diffusione a tutti i livelli di condizioni derogatorie, per ragioni non soltanto di carattere economico, ma senza controllare i costi umani e sociali di queste politiche. Allo sviluppo caotico ed incontrollato del lavoro precario ha contribuito in modo decisivo il legislatore, forse per mancanza di alternative o più probabilmente per un'eccessiva accondiscendenza a quella vera e propria religione civile che è diventata la teoria secondo cui ciò che è giusto per i mercati - luoghi di "verità", come ricorda Foucault - è giusto per la collettività. Lo stimolo alla precarizzazione dei rapporti di lavoro dato dal combinato disposto della l. n. 196/1997, del d. lgs. n. 368/2001 e del d. lgs. n. 276/2003 (fermandoci a quelli che possono essere considerati come gli interventi risalenti più noti) è del resto innegabile, come innegabile è la scelta operata più recentemente dal legislatore italiano nel senso della liberalizzazione ad ampio raggio del mercato del lavoro italiano. Il riferimento è al *Jobs Act* del Governo Renzi, in cui, fra l'altro, l'estensione della tecnica di derogabilità delle clausole legali e contrattuali e gli spazi molto ampi all'autonomia individuale, segnalano un rilevante "investimento" nel rafforzamento del potere contrattuale del datore di lavoro e nella gestione unilaterale della flessibilità. Mentre la successiva manovra del "decreto dignità" del Governo Conte, anche se in contro-tendenza, tocca aspetti non centrali della disciplina lavoristica, senza mettere in discussione seriamente l'impianto delle precedenti riforme. Si può dire anzi che tutti questi interventi in chiave di liberalizzazione del mercato del lavoro si sono aggiunti l'uno all'altro come anelli di una stessa catena, provocando, nel loro effetto cumulativo, un cambiamento radicale del diritto del lavoro italiano (non smentito dalle pur diverse correnti politiche attuali).

La dottrina della *flexicurity*, adottata nel Consiglio europeo di Bruxelles del 14 dicembre 2007, raccogliendo le teorizzazioni di Wilthagen e Tros, si è rivelata tuttavia troppo debole e non ha prodotto quel riequilibrio che aveva promesso.[484] Troppo condizionata, oltre tutto, dagli imperativi dell'*austerity* e dalla duplice esigenza di stabilità dei bilanci pubblici e di rafforzamento della competitività economica dell'area Euro, con la conseguenza di venire totalmente sacrificata in nome delle "riforme" dei sistemi nazionali, che hanno caratterizzato la fase successiva all'esplosione della crisi economica globale (che hanno visto il diritto del lavoro ancora "in prima fila").[485]

Ora, con l'approvazione solenne del Pilastro europeo dei diritti sociali nel corso del summit del 11 novembre 2017 a Göteborg, viene messa alla prova per l'ennesima volta la credibilità dell'impegno europeo di assicurare un equilibrio e una dimensione sociale dell'Europa. Il diritto all'uguaglianza, o più precisamente la parità di trattamento fra lavoratori atipici e lavoratori con contratto standard, sembra rappresentare uno dei punti qualificanti della "nuova" *flexicurity* (v. punto 5, *Occupazione flessibile e sicura*).[486] Il tutto, naturalmente, in accordo con la flessibilità necessaria alle imprese "per adattarsi ai cambiamenti del contesto economico, conformemente a quanto disposto dagli ordinamenti nazionali". Nulla di nuovo sotto il sole dunque, sempre la stessa for-

---

[484] T. WILTHAGEN, F. TROS, *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, 2004, 166 ss.

[485] Per una sintesi v. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Per un'introduzione critica*, Wolters Kluver ed., Milano, 2017. Per un commento ai meccanismi della *governance* europea e alla natura degli interventi sugli ordinamenti nazionali, sia consentito rinviare al mio scritto *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2014, 104.

[486] V. Commissione Europea, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, COM (2017), 250 final.

mula, che non ha dato grandi risultati in passato. Come si è notato, "…in omaggio ai principi comuni della *flexicurity*, il *mix* ottimale di flessibilità e sicurezza in questo ambito è affidato alla scelta degli Stati membri, entro le coordinate generali stabilite dal pilastro e nei limiti consentiti dallo *hard law* dell'U.E.".[487]

Anche nel nostro paese la teoria della *flexicurity* ha costituito la "filosofia" sottesa ad interventi recenti di riforma del mercato del lavoro (dalla l. n. 92/2012 ai decreti legislativi del 2015) che presuppongono sempre lo slittamento del baricentro delle tutele dal rapporto al mercato.[488] Bisogna dire con franchezza, però, che la legislazione si è sviluppata con straordinaria continuità di intenti e prospettive a dispetto dell'alternanza di schieramenti politici, tanto che l'ultima riforma organica dell'ordinamento lavoristico, realizzata nella precedente legislatura, pur disegnando interventi complessi e sicuramente importanti sulla struttura giuridica del rapporto di lavoro, ha praticamente confermato l'intero impianto della c.d. "riforma Biagi" (d. lgs. n. 276/2003), con la sola esclusione dell'abrogazione del contratto di lavoro ripartito, il *job sharing*, lasciando intatta la scelta di disarticolare il contratto di lavoro standard attraverso la moltiplicazione dei contratti di tipo flessibile disponibili per l'autonomia privata.[489]

Egualmente, la disciplina del lavoro a tempo determinato e del lavoro somministrato è stata modificata, con il d.l. n. 34/2014, confermato dal d. lgs. n. 81/2015, operando una revisione del precedente assetto regolamentare che ha alzato ancora di più il tasso di "liberismo" del nostro diritto del lavoro (la disciplina in materia è stata poi recentemente modificata dal c.d. "decreto dignità"). Anche le modifiche in materia di lavoro a tempo parziale ed apprendistato, sembrano, del resto, puntare a semplificare il quadro normativo e soprattutto potenziare la flessibilità in entrata, nonostante che in materia siano stati fissati dalla nostra Corte costituzionale principi a tutela del consenso del lavoratore che possono dirsi inderogabili.[490] Per non parlare della riforma delle disciplina in materia di licenziamenti, che ha di fatto varato un'ennesima liberalizzazione "in uscita", abolendo il regime vincolistico in materia di licenziamento, ma solo per i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 23 del 2015, cioè in sostanza per i più giovani; disciplina su cui ha inciso, con un deciso intervento "ortopedico", la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018 (pur da molti criticata per aver approvato la discriminazione fra lavoratori quanto alla disciplina applicabile in caso di licenziamento) che ha eliminato l'assurdo automatismo in caso di recesso illegittimo, secondo il criterio "crescente" del risarcimento per il lavoratore pari a due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio prestato. Il tutto escludendo per questi nuovi lavoratori la misura della reintegrazione nel posto di lavoro, salvo alcune ipotesi residuali, come il licenziamento discriminatorio o il licenziamento disciplinare per fatti insussistenti nella loro

---

[487] M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, G. Giappichelli ed., Torino, 2018, p. 79.

[488] V. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, op. cit., p. 48; sul richiamo alla *flexicurity* in modo improprio e sull'ideologia sottesa v. L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

[489] È stato confermato, a dispetto dell'obiettivo di maggiore sicurezza, il lavoro intermittente, che, lasciando al datore assoluta libertà di utilizzo del contratto quando gli serve, è ritenuto, nella classifica del lavoro flessibile, un contratto con un tale grado di flessibilità da essere "superato solo dagli *zero hour contracts* britannici" (v. M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act*, op. cit. p. 106-107).

[490] Il riferimento è alla sentenza n. 212/1992 della Corte costituzionale.

"materialità". In realtà, sono ancora misteriose le ragioni che hanno spinto una maggioranza politica di centro-sinistra ad approvare una riforma "iper-liberista" del mercato del lavoro, fino al punto di ripristinare la "libertà di licenziamento".[491]

Quanto alle prospettive future in materia di regolamentazione del lavoro flessibile, il Pilastro sembra ribadire, come si è già accennato, la tecnica antidiscriminatoria, già adottata in passato dal diritto dell'U.E. per affrontare il problema della disuguaglianza nei diritti, tema critico del lavoro atipico. Si tratta di una tecnica piuttosto diffusa nel diritto del lavoro, quando, per vari motivi, vengono ammesse deroghe al contratto standard per assecondare la "flessibilizzazione" del rapporto di lavoro o per riconoscere maggiore potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione lavorativa e sul flusso di forza lavoro nelle aziende. Come si è accennato, sarebbe ingiusto sottovalutare queste iniziative, tese a controbilanciare la precarietà e a introdurre alcuni antidoti all'abuso dei contratti flessibili, che, tuttavia, si sono inserite in un *clima* cultural-politico caratterizzato dall'egemonia neo-liberale.[492]

Nell'ambito delle tecniche di bilanciamento del potere datoriale, indubbiamente rafforzato dalla flessibilità del lavoro e dal "liberismo giuridico", le clausole di parificazione hanno un'importanza notevole, impedendo l'utilizzo dei contratti derogatori per determinare un trattamento inferiore e peggiorativo rispetto a quello praticato nei confronti dei lavoratori con contratto "normale". Sia nell'ambito della direttiva n. 1999/70/CE sul contratto a termine che nella direttiva n. 1997/81/CE sul contratto a tempo parziale, sono contemplate clausole di questo tipo, contenenti divieti di discriminazione dei lavoratori flessibili nel trattamento economico e normativo, rispetto a quello spettante al lavoratore "comparabile", assunto a tempo indeterminato (salvo ragioni obiettive, che, tuttavia, rappresentano eccezioni residuali e praticamente inesistenti).[493] Queste clausole sono state trasfuse nell'ordinamento nazionale e ribadite nella disciplina del contratto a termine dall'art. 25 d. lgs. n. 81/2015,[494] mentre per il contratto a tempo parziale dall'art. 4 d. lgs. n.

---

[491] Su tali questioni mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti bibliografici ulteriori, ai miei scritti *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, pubblicato in Costituzionalismo.it, 2016, 2 e *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, destinato agli Scritti in onore di Roberto Pessi e pubblicato in pre-print fra i W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 382/2018.

[492] Per una panoramica sulla *flexicurity*, v. B. Caruso, S. Sciarra (eds), *Flexicurity and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*, in CSDLE "Massimo D'Antona", 2007, 56.

[493] Bisogna dire, a questo riguardo, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha operato un controllo assiduo e molto severo sugli ordinamenti nazionali, per rimuovere i trattamenti meno favorevoli e discriminatori previsti da norme di diritto interno per i *part-timer*, ancor prima del resto dell'introduzione della direttiva 97/81, utilizzando a questo scopo il principio di non discriminazione fra lavoratori e lavoratrici e colpendo sia le discriminazioni di fonte legale che conseguenti all'applicazione di discipline collettive. In particolare, sulle discriminazioni in materia di retribuzione, la CGE è stata particolarmente severa, ribadendo sempre il carattere di "principio fondamentale del diritto comunitario, che nessuna norma nazionale può avere l'effetto di svuotare di sostanza" del principio di parità (così nella sentenza *Kruger*, sent. 9/9/1999). Sempre valido il commento di M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, IV ed., 2007, pag. 206 ss.

[494] L'art. 25 prevede che "*al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a tempo determinato*". Si dispongono poi sanzioni in caso di violazione da parte del datore di lavoro, di natura amministrativa.

61/2000 e poi dall'art. 7 d. lgs. n. 81/2015,[495] ma bisogna precisare che il principio antidiscriminatorio, quanto meno per il lavoro a termine, era presente nell'ordinamento italiano già grazie alla disciplina introdotta con la l. n. 230/1962. Clausole più o meno simili sono poi inserite nell'ambito della disciplina del lavoro intermittente e del lavoro somministrato (in quest'ultimo caso, dall'art. 35 comma 1° del d. lgs. n. 81/2015, che ha modificato in modo forse inopportuno quanto già previsto dall'art. 23 del d. lgs. n. 276/2003).[496]

Una clausola di parificazione *sui generis* è poi quella riguardante la galassia delle collaborazioni non subordinate, stabilendosi, con l'art. 2 del d. lgs. n. 81, l'applicazione della disciplina propria del lavoro subordinato "anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro". La disposizione, che contiene alcune deroghe, è oggetto di vivace discussione nella dottrina giuslavorista, non essendo ben chiaro se essa incide sulla fattispecie della subordinazione (art. 2094 c.c.), oppure se si tratta di una norma che si limita soltanto ad estenderne la disciplina anche a rapporti di natura diversa, di carattere autonomo ma "etero-organizzati" con riferimento ali tempi e al luogo della prestazione. In ogni caso, essa può essere letta anche in un'ottica di parificazione e del resto la giurisprudenza che finora si è pronunciata sulla sua applicazione, ne ha sancito proprio questa (limitata) funzionalità ai fini retributivi e degli istituti contrattuali collegati.[497]

In generale è opinione diffusa (e fondata) che il nostro ordinamento preveda clausole antidiscriminatorie più puntuali rispetto alle direttive europee, in cui si fa salva la possibilità di trattamenti meno favorevoli in caso di "ragioni obiettive", mentre la nostra normativa nazionale non ammette deroghe. Come ha notato Perulli qualche anno fa, "l'inderogabilità del principio di non discriminazione comporta una significativa rigidità nella disciplina del rapporto, peraltro insuperabile dalla stessa autonomia collettiva, alla quale risulta sottratta la facoltà di differenziare i trattamenti per ragioni economiche, costi dell'impresa, ragioni di mercato, ovvero per finalità di interesse generale".[498] E questo giudizio può essere confermato ancora oggi, nonostante le smagliature derivanti da una non accorta tecnica legislativa utilizzata dal legislatore delegato durante la scorsa

---

[495] Prevedendosi qui al primo comma che "*il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento*" e al secondo comma che "*Il lavoratore a tempo parziale ha i medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile ed il suo trattamento economico e normativo è riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa. I contratti collettivi possono modulare la durata del periodo di prova, del periodo di preavviso in caso di licenziamento o dimissioni e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed infortunio in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro*".

[496] La nuova disposizione prevede che i lavoratori somministrati hanno diritto, a parità di mansioni svolte, "a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore". Si è rilevata, in questa modifica, una condizione di minor tutela rispetto al precedente art. 23 d. lgs. n. 276/2003, sia perché scompare il riferimento all'applicazione integrale del t.u. n. 81/2008 per i lavoratori somministrati, sia soprattutto perché la parità di trattamento implica ora una valutazione comparativa "complessiva" e non più un confronto fra singoli istituti, come in precedenza, visto che la vecchia disposizione esigeva il rispetto di "condizioni di base non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte" (v. M. D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti-abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. CHIAROMONTE, M.D.FERRARA, *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, FrancoAngeli ed., 2018).

[497] Si veda la sentenza della Corte d'Appello di Torino del 4/2/2019 n. 26, riguardante la nota questione dei *riders*, i lavoratori dei servizi che si occupano delle consegne di cibo a domicilio.

[498] A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Pesaro-Urbino 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 111-112.

legislatura.

Insomma, non pare proprio che l'ordinamento sia stato fermo e la tendenza a valorizzare il principio di parità, che si è qui sintetizzata in modo sommario, è molto robusta e può dirsi risalente, come tecnica di regolazione delle differenze, all'epoca della crisi della "norma inderogabile". Probabilmente non è casuale che al declino dell'inderogabilità abbia fatto seguito l'*exploit* delle clausole antidiscriminatorie.[499] Ma di quale uguaglianza parliamo quando ci riferiamo alla parità di trattamento fra lavoratori atipici e lavoratori standard? Si tratta di una risposta alla flessibilità che, va ribadito, è posta logicamente in secondo piano rispetto alla tradizionale tecnica di controllo e di regolazione basata su norme imperative di legge (o del contratto collettivo) che si "impongono" dall'esterno all'autonomia negoziale delle parti, da cui nascono diritti del contraente debole azionabili direttamente, senza possibilità di mettere in atto tecniche elusive. Lo scopo delle clausole antidiscriminatorie è piuttosto quello di garantire la "correttezza" dell'utilizzo del contratto flessibile, impedendo gli abusi, così da rendere accettabile la segmentazione del mercato del lavoro e, in certo senso, contribuendo in tal modo a legittimare la precarietà del lavoro; nell'illusione - solo in parte fondata, finché il lavoro precario si presenta come "eccezione" – che in questo modo non sia "il mercato del lavoro precario e occasionale ma quello del lavoro stabile e garantito a stabilire il parametro di determinazione dei trattamenti".[500]

Le clausole di parificazione sembrano tendere in effetti più a regolare la "concorrenza" fra lavoratori atipici e lavoratori standard, che ad adempiere ad una funzione "distributiva" dei rischi del mercato del lavoro in senso favorevole ai lavoratori, come avviene invece con l'uguaglianza nella sua dimensione verticale (secondo l'impostazione tradizionale del diritto del lavoro).[501] In questo senso mi pare corretto dire che l'uguaglianza orizzontale, illusoriamente perseguita, si inserisce nel quadro della nuova visione del diritto del lavoro, il cui fine è garantire eguali opportunità di accesso al lavoro (quale che sia): "l'ultimo baluardo di un sistema di garanzie giuridiche che perde sempre più peso rispetto agli imperativi dell'economia", come si è osservato.[502]

La clausola di parità, in realtà, impedisce gli abusi ma non elimina le disuguaglianze, come si può verificare oggi, concretamente, alla luce dell'abnorme crescita del lavoro precario e insieme ad esso del *working poor*. Bisogna infatti intendersi, quando si discute di uguaglianza in senso orizzontale, "in che cosa il diritto deve rendere le persone uguali". Nel nostro caso, l'uguaglianza interviene non per escludere le differenze ma per sanzionarle e legittimarle, visto che è proprio la natura del contratto stipulato da cui origina la distinzione fra eguali, ed essa non può essere rimossa, producendo differenze che si trasformano in disuguaglianze economiche e sociali.

Le clausole antidiscriminatorie, per quanto garantiscano astrattamente la condizione di parità fra lavoratori, non si occupano del problema del rapporto fra precarietà e libertà, che è inerente alla

---

[499] M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007. Alle misure indicate, vanno aggiunte le direttive antidiscriminatorie del 2000 (43/2000 e 78/2000, oltre alla dir. n. 73/2002), senza dimenticare la Carta dei diritti fondamentali, proclamata nel 2000 a Nizza, che indica l'uguaglianza come uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 20, come eguaglianza dinanzi alla legge, art. 21 e 23 diritto a non essere discriminati, art. 22 diritto alla propria differenza).

[500] P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, op. cit., qui p.73.

[501] v. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, op. cit.

[502] v. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, op. cit. p. XXIV-XXV; v. M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in Lavoro e Diritto, 2004, 503.

distribuzione del potere contrattuale fra le parti, ossia all'uguaglianza in senso verticale (anzi, nei contratti atipici la legislazione interviene per rafforzare la posizione del datore, per cristallizzare la disparità di potere). Si potrebbe dire che esse accolgono una visione molto angusta dell'uguaglianza, senza considerare lo spazio della libertà, come ci insegna Amartya Sen, ma limitandosi a stabilire la parità soltanto con riguardo al trattamento economico applicato nel periodo di lavoro. Riprendendo le riflessioni di Marzia Barbera, mi sembra di poter dire ancora oggi, in senso critico, che "muovere il baricentro dell'attenzione dal rapporto verticale datore di lavoro – lavoratore, a quello orizzontale tra lavoratori, significa distorglielo dalla relazione di potere sociale che sottintende il contratto di lavoro, riproponendo, in vesti nuove, una risalente divisione tra sfera pubblica (in questo caso, il mercato del lavoro) in cui agirebbe il principio di uguaglianza di opportunità, e sfera privata (il rapporto di lavoro) che resterebbe dominio della libertà contrattuale".[503] In definitiva, se si guarda all'uguaglianza come ad un terreno in cui non si può prescindere dalla libertà, che è un aspetto centrale della dignità umana, bisogna ricordare che un impegno per la libertà è reale solo a condizione di "riguardare entrambe le libertà, positiva e negativa, insieme alle loro estese relazioni reciproche".[504] Non sembra che questo aspetto risalti nella legislazione della flessibilità, in cui non sono state disposte misure in grado di proteggere entrambe queste dimensioni, col risultato di determinare differenze che si trasformano in sperequazioni sostanziali e reali.

5. Dalle differenze alle disuguaglianze.

Probabilmente è giusto dire che la precarietà e la disuguaglianza, come questione sociale, vanno inquadrate in un contesto più ampio, riguardante l'assetto complessivo delle società di mercato, i meccanismi di riproduzione sociale e dunque la sfera e direi anzi l'essenza dell'economia politica: come sostiene Zygmunt Baumann, molta responsabilità per la proliferazione di condizioni così poco attente al valore della persona va ascritta alla sottovalutazione dei "danni collaterali" del sistema di accumulazione.[505] Sul piano invece strettamente giuridico, un ulteriore contributo alla divisione e alla frammentazione del mondo del lavoro è stato offerto dalla ricerca di standard di regolazione di carattere procedurale piuttosto che di carattere "sostantivo", ovvero di tecniche che contemplano di fatto entrambi i modelli, fondendoli, come avviene in molti casi di derogabilità dei dispositivi legali o contrattuali, agiti su ogni aspetto o istituto del rapporto di lavoro.[506] La tecnica di derogabilità ad ampio raggio è divenuta talmente pervasiva e costante da ridurre il vecchio paradigma lavoristico della "norma inderogabile" ad un simulacro, spogliato di qualsiasi concretezza e credibilità come tecnica di regolazione e controllo dei poteri di autonomia.[507] Ed è noto che scardinare l'inderogabilità della norma lavoristica vuol dire impedire l'effetto suo tipico

---

[503] M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit. p. 43.

[504] A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, op. cit. p. 12.

[505] Z. BAUMANN, *Collateral Damage. Social Inequality in a Global Age*, Polity Press, Cambridge (UK), 2011, trad. it. *Danni collaterali*, Laterza ed., Roma-Bari, 2014.

[506] cfr. S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, in *Industrial Law Journal*, 1994, vol. 21, n. 4, p. 290.

[507] Sia consentito rinviare al mio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in L. Calcaterra (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione*. *Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018

"di porre tutti i lavoratori su un piano di parità rispetto all'esercizio del potere datoriale",[508] facendo salva unicamente la possibilità di derogare *in melius* i dispositivi di tutela previsti dalla legge o dal contratto collettivo nazionale.[509] In altre parole, viene meno la possibilità di far scattare quel meccanismo di autodifesa che potrebbe ritenersi, in certo senso, come l'affermazione nell'ambito lavoristico del principio di "massimizzazione delle tutele", teorizzato da Ruggeri,[510] come criterio ordinante per la regolazione del rapporto fra fonti, che nel diritto del lavoro consente, nel conflitto fra norme eteronome e autonome (contratto individuale, contratto collettivo), di riconoscere la prevalenza del trattamento più favorevole. Toccare questo meccanismo e deviarne la sua rigorosa funzionalità, significa incrinare o addirittura mettere fuori gioco il diritto del lavoro, con conseguenze intuitive quanto all'uguaglianza fra lavoratori e anche, in ultima analisi, nel rapporto di potere con il datore di lavoro.

Questi passi, ricalibrando il rapporto fra derogabilità e inderogabilità, hanno contribuito alla realizzazione, replicata continuamente, di differenze di trattamento fra lavoratori, creando un diritto del lavoro nuovo, costruito non più sull'unitarietà e l'omogeneità dei trattamenti ma, al contrario, sui particolarismi, sulla rottura del principio di uguaglianza e sulla distinzione dei regimi di disciplina applicabili. Molti sono i padri di questa disintegrazione giuridica, ma, forse, un ruolo decisivo va riconosciuto a quella "specie di sordità al problema dell'*eguaglianza orizzontale* tra i lavoratori, cioè ai problemi di giustizia distributiva", a cui accennava tempo fa Marzia Barbera riprendendo le osservazioni critiche di Hugh Collins,[511] come una delle caratteristiche salienti della nostra epoca, nel mondo del lavoro post-industrialista. Con la rivoluzione neoliberale, che ha fatto "tabula rasa" delle idee e dei materiali giuridici realizzati negli anni successivi al disgelo costituzionale, sono stati abbattuti i principi democratico-egualitari che avevano vivificato i tradizionali principi liberali,[512] e l'impatto di questa nuova "filosofia" si è fatto sentire in modo molto forte proprio nell'ambito dei diritti sociali.

In linea di principio, tuttavia, non ci sarebbe nessuna opposizione fra uguaglianza e differenze: "garanzia dell'una e valorizzazione delle altre, al contrario, non solo non si contraddicono ma si implicano tra loro quali che siano...le differenti identità". Lo scrive Luigi Ferrajoli: tutela delle differenze e contrasto alle disuguaglianze non possono dirsi in conflitto.[513] Ma nella società flessibile, la valorizzazione delle differenze si è accoppiata al carattere recessivo dell'uguaglianza, mentre la differenza quasi mai è stata finalizzata o collegata alla "promozione" della dignità della persona. Un sociologo di grande autorevolezza come Alessandro Pizzorno ha osservato che la rottura

---

[508] M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit. p. 34.

[509] Sull'inderogabilità l'opera di riferimento nel panorama giuslavorista italiano è quella di RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976.

[510] Sono tantissimi i lavori in cui ANTONIO RUGGERI ha illustrato la sua tesi, che trova indiscutibili radicamenti anche nelle Carte dei diritti; si veda più recentemente, per una sintesi, il suo *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, pubblicato in Dirittifondamentali.it, 2019, 1, anche per la risposta alle critiche di ROBERTO BIN, di cui si veda il volume *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

[511] M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit., p. 39; il testo di HUGH COLLINS è *The Productive Disintegration of Labour Law*, in Ind. Law. Journal, 1997, p. 306.

[512] C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Roma-Bari Laterza ed., 2018.

[513] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 8.

dell'unità del gruppo garantita dall'uguale trattamento, apre le porte all'indebolimento del potere negoziale dei lavoratori, finendo per ledere la condizione di dignità a cui fa riferimento il combinato disposto degli art. 2 e 36 della Costituzione.[514] Bisogna ammettere che, attraverso la costituzione di "statuti" particolari, attraverso la promozione di formule negoziali atipiche, si è giunti a revocare in dubbio quella convenzione non scritta, inerente al nostro ordinamento costituzionale, secondo cui istituire diritti fondamentali significa "renderli inviolabili e non negoziabili, cioè sottrarli, simultaneamente, all'arbitrio della decisione politica e alla disponibilità del mercato".[515]

Se i lavoratori potevano sentirsi uniti dalla medesima condizione di impiego e trarre da questa unità la propria coscienza come *classe per sé*, la dottrina neoliberale, portando fino in fondo la sua critica all'egualitarismo, ha smontato uno dei suoi strumenti realizzativi, vale a dire la capacità di conformazione e di livellamento verso l'alto della condizione della classe dei contraenti deboli da parte del diritto del lavoro. Altrove ho argomentato come la questione dell'uguaglianza giuridica o formale, ossia il limite in concreto al potere legale di produrre differenze di trattamento, non sia di minore impatto rispetto al tema dell'uguaglianza materiale o sostanziale. Per usare un'espressione adoperata spesso da Dworkin, si potrebbe dire che con il neoliberismo è venuto meno completamente (o almeno è stato ridimensionato) il carattere normativo del principio di "uguale importanza", che lo stesso Dworkin considera come un principio fondamentale dell'individualismo etico e implica l'uguale considerazione per ogni persona.[516] L'introduzione di enormi possibilità di frammentazione e di disarticolazione, non da ultimo vanificando il principio di inderogabilità, che è garanzia del trattamento eguale dei lavoratori,[517] è uno dei segni più eloquenti della crisi dell'uguaglianza e insieme del diritto del lavoro.

Il tema delle disuguaglianze si impone oggi all'attenzione delle scienze sociali per una molteplicità di ragioni, non ultima perché proprio all'eccesso di disuguaglianza si imputa l'origine della crisi economica globale. È un tema su cui il diritto del lavoro deve sentirsi impegnato in modo particolare, avendo contribuito a creare le condizioni del ciclo della precarietà, che sta forse finalmente volgendo al termine. Una delle conseguenze della flessibilità è stata certamente – ma non solo – il parallelo declino di quella condizione di sicurezza che era stata la conquista forse più importante dei "trenta gloriosi". Certo era questa una sicurezza non priva di zone d'ombra, ma il segreto del successo delle società industriali del secolo scorso si deve, secondo autorevoli studiosi, proprio al compromesso continuamente rinnovato fra istanze economiche e sociali.[518]

---

[514] Come scrive PIZZORNO, "il riconoscimento reciproco di uguale appartenenza permette di espellere, o coprire, o chiudere come fra parentesi, il giudizio su una propria inferiorità". Da qui origina l'identità collettiva, antidoto (forse l'unico possibile oggi) alle disuguaglianze e alle polarizzazioni di gruppi e persone create dalla globalizzazione dei rapporti sociali (v. A. PIZZORNO, *Il velo della diversità*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 316).

[515] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit., p. 11. Gli esempi che potrebbero esser fatti sono tanti: si pensi, ad esempio, all'enorme diffusione del part-time "involontario", che non vuol dire, nella maggioranza dei casi, tutelare la varietà dei modi di integrare il lavoro con la vita privata, come è stato detto e ripetuto dalla *vulgata* corrente, ma vuol dire lavoro "povero".

[516] R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. X-XII.

[517] Come si è notato, "qualunque norma inderogabile può essere letta anche come un meccanismo redistributivo di traslazione dei rischi del mercato dal lavoratore al datore di lavoro, e dunque, sostanzialmente, in chiave di perseguimento di una posizione di maggiore eguaglianza sostanziale tra le parti" (v. M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit. p. 36).

[518] A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'Etat social*, op. cit. Sosteneva allo stesso modo ULRICH BECK oramai quasi vent'anni fa che "l'unione, sviluppatasi in Occidente, fra diritti fondamentali politici, sociali ed economici non è una sorta di <<opera pia sociale>> della quale in

Ora è tempo che anche il diritto del lavoro ritrovi il suo punto di equilibrio. Si è osservato che le condizioni in cui sono costretti a vivere i "disuguali" sono destinate a produrre, se non contrastate, cambiamenti profondi e, forse, "una vera e propria <<dinamica autoritaria>>: intolleranza per le diversità; sfiducia in istituzione ed esperti; desiderio di comunità chiuse; domanda di poteri forti capaci di vietare e sanzionare".[519] Che vi sia un nesso fra precarietà, disuguaglianza e crisi economica, come fra crisi economica e crisi della democrazia, non sorprende. Lo affermano economisti e studiosi di diversa estrazione e cultura, anche se le loro conclusioni, come pure le misure da adottare in proposito, possono non essere sempre le stesse.[520]

Una delle cause che comunemente vengono ritenute all'origine della disuguaglianza è la "perdita di potere negoziale" dei lavoratori, che a sua volta, indiscutibilmente, è figlia dell'indebolimento di questi ultimi "nella bilancia dei poteri fra lavoro e capitale".[521] Si può citare Atkinson, uno dei massimi studiosi del fenomeno della disuguaglianza, che spiega come non esista un solo equilibrio di mercato fra lavoratori e datori di lavoro, anzi sono possibili soluzioni e combinazioni diverse. Ecco perché fra le proposte che Atkinson ha messo a punto per combattere disuguaglianza e povertà, un ruolo cruciale spetta al rafforzamento del potere negoziale del lavoro, che è un tema giuridico e non solo sociale.

Certo si potrebbe dubitare che i giuristi debbano occuparsi di problemi distributivi, che riguardano la sfera politica ed hanno implicazioni macroeconomiche difficili da decifrare. Ho affrontato questo problema in un mio precedente contributo critico[522] ed ho preso posizione nei confronti delle teorie secondo cui ai giuristi è dato occuparsi semmai delle "condizioni di partenza" o delle disuguaglianze delle opportunità, non anche delle disuguaglianze degli esiti, e che il loro compito sia essenzialmente garantire quello che gli economisti chiamano un "campo di gioco livellato" (*level playng field*).[523] Sono molteplici le critiche che possono muoversi a questo approccio tipicamente liberale del rapporto fra diritto e società, a partire dal disvelamento della natura profondamente illusoria della "neutralità" del diritto rispetto alle questioni distributive e ai conflitti sociali.

Ma, per essere sintetici al massimo, si può riprendere ancora Amartya Sen, quando osserva che non è solo una questione morale e neppure di possibilità di accedere agli stessi diritti di cui go-

---

tempi di ristrettezze si può pensare di fare a meno" (U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000, p. 21). "Per sopravvivere", scrive BAUMANN, non bastava al capitalismo riprodurre il proprio meccanismo di accumulazione e di valorizzazione, ecco perchè "la disuguaglianza dovette inventare l'arte di autolimitarsi" (Z. BAUMANN, *Danni collaterali*, op. cit. p. 45).

[519] F. BARCA, S. MORELLI, A. MORMIROLI, *Disuguaglianze: non basta parlarne*, in *La sfida della democrazia. Uguaglianza, partecipazione, lotta alla povertà, Rapporto ActionAid 2018*, pubblicato da Donzelli ed., Roma, 2018, qui p. 24; si veda pure L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 14 ss.

[520] Fra i tanti J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2012; T. PIKETTY, *Il Capitale del XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2013; T. PIKETTY, R. WILKINSON, *La misura dell'anima*, Feltrinelli, Milano, 2009.

[521] F. BARCA, S. MORELLI, A. MORMIROLI, *Disuguaglianze: non basta parlarne*, op. cit., p. 28.

[522] v. G. FONTANA, *Il diritto del lavoro e le disuguaglianze. Il coraggio di cambiare*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabil*e, Edoesse Roma, 2018.

[523] Fra gli altri si veda in senso critico A.B. AKTINSON, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Raffaello Cortina ed., Milano, 2015; M. FRANZINI, M. PIANTA, *Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*, Laterza ed., Roma-Bari, 2016.

dono gli altri, perchè il "lavoro povero" e la precarietà sono un'offesa alla stessa libertà dell'individuo, nella sua accezione positiva.[524]

6. Conclusioni.

Naturalmente, il problema delle disuguaglianze ha radici antiche e sarebbe sbagliato liquidare in modo frettoloso una questione che può dirsi consustanziale alle società di mercato. Foucault richiama le parole di Röpke - "la disuguaglianza è la stessa per tutti" - che bene esprimono il pensiero degli economisti neo-liberali e di quel filone che definiamo "ordoliberale", secondo cui il mercato funziona soltanto "mediante un gioco di differenziazioni che è proprio di ogni meccanismo di concorrenza" e, dunque, bisogna non limitare ma piuttosto lasciar agire la disuguaglianza.[525] Dopo un lungo dominio, questa stagione sembra tuttavia sul viale del tramonto. Anche negli studi lavoristici, del resto, il fallimento della dottrina neo-liberale e il diffondersi di un nuovo clima culturale e politico hanno provocato numerose prese di posizioni per un rinnovamento del diritto del lavoro. Superare le posizioni più conservatrici sembra oggi possibile.[526] Si avverte oramai con chiarezza l'avvento di un clima nuovo, dopo che per tanto tempo ci siamo nutriti di individualismo e di una concezione libertaria della libertà - una libertà "sciolta da qualsiasi legame", come scrive Magatti, strumento di una "realizzazione di sé individualizzata".[527] Le nuove parole (sovranismo, protezionismo) sembrano segnalare, sia pure in modo sbagliato e distorto, che "la questione di ciò che ci lega agli altri e al mondo circostante è destinata a riemergere".[528] Il pericolo è però che dall'incapacità di dare risposte a questi bisogni nascano istanze che ambiscono a risolvere la crisi attraverso soluzioni autoritarie o in modo da creare nuove esclusioni ed espulsioni (purtroppo i segnali in tal senso non mancano). L'insicurezza e la precarietà rappresentano per questo una miscela "esplosiva", da cui potrebbe nascere "un autentico mostro politico", come in modo quasi profetico Guy Standig aveva immaginato alcuni anni fa.[529]

Tornando al problema che ci siamo posti in questo contributo, alla condizione del lavoro precario ed atipico, alla frammentazione del mondo del lavoro e alla crisi dell'uguaglianza nel diritto del lavoro: se pare assodata la necessità della decostruzione "derridiana" del discorso sulla flessibilità, per liberarci dalla coppia concettuale flessibilità/stabilità, garantito/non garantito, insiders/outsiders, tutta ancora da costruire è la risposta all'istanza egualitaria che sale dal mondo del lavoro flessibile, che è poi la domanda "*equal to what?*",[530] onde evitare un'assimilazione che sopprima e non veda la crisi del lavoro salariato, che è un dato di realtà, e con esso la "differenza",

---

[524] A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza ed., Bari-Roma, 2003, p. 11 ss.

[525] Si veda in proposito M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al College de France (1978-1979)*, op. cit. p. 125-126.

[526] Cfr. L. ZOPPOLI, *Com'è cambiato il diritto del lavoro*, in *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Quaderni di Diritti Lavori Mercati, Editoriale Scientifica, 2018.

[527] V. M. MAGATTI, *Cambio di paradigma*, Feltrinelli, Milano, 2017 p. 75; ma anche in M. MAGATTI, L. GHERARDI, *Una nuova prosperità. Quattro vie per una crescita integrale*, Milano, Feltrinelli, 2014.

[528] M. MAGATTI, *Cambio di paradigma*, op. cit. p. 76-77.

[529] I cui membri, scriveva STANDING, "sono pronti a dare ascolto a proposte politiche pericolose e a usare il proprio voto e i propri soldi per fornire a quelle proposte una piattaforma politica di crescente influenza" (G. STANDING, *Precariato. La nuova classe esplosiva*, op. cit., p. 13).

[530] È la domanda a cui bisogna rispondere, dice Bob Hepple, quando ci si pone il problema delle misure di eguaglianza per gruppi che si trovano ina posizione di svantaggio.

che non è in sé e per sé un disvalore. Alla criticità insita nel principio di parità, sostiene Bob Hepple, risponde lo sviluppo del principio della "*substantive equality*".[531] Ma abbiamo oramai superato la prospettiva molto angusta della "eguaglianza delle opportunità", abbiamo compreso che la giustizia procedurale ha i suoi limiti e non si pone il problema distributivo, di fatto, dunque, non risolve le situazioni di svantaggio.[532]

Si può forse pensare alle "*affermative action*" anche per i lavoratori precari, per sradicare le pratiche che hanno l'effetto di creare situazioni di svantaggio.[533] Ma è un discorso tutto da fare, da costruire, che richiederebbe una *volontà* e un *soggetto*, entrambi allo stato (drammaticamente) assenti o latitanti. La disintegrazione dell'autonomia del diritto del lavoro, che rappresenta il problema più grande prodotto dalla dottrina egemone, crea tuttavia un compito molto impegnativo per i giuslavoristi. Si tratta di districarsi in un contesto in cui proliferano valori eterogenei, che impediscono di vedere la vera natura del diritto del lavoro, come diritto per l'uguaglianza. Un interrogativo cruciale, o preliminare, è se "*efficiency is a value like the others, or if it is, is it of merely instrumental rather than intrinsic value, or a mere subordinate side-constraint*",[534] ma forse c'è già un consenso molto vasto sul fatto che il diritto del lavoro può ricostruire il proprio tessuto connettivo, in modo credibile, soltanto attorno a "*three core values: dignity, capability and stability*".[535] Il lavoro precario va considerato, per queste ragioni, come una delle barriere da rimuovere, nell'ottica della "*transformative equality*", finalizzata allo smantellamento delle disuguaglianze sistemiche e all'eliminazione delle situazioni di svantaggio, che implica "*a strong link between substantive equality and social and economic rights*".[536]

L'obiettivo dell'inclusione sociale e la rimozione delle disuguaglianze, l'eliminazione con riforme radicali dei principali fattori di precarizzazione del lavoro, rappresentano la strada da percorrere per sostenere i gruppi svantaggiati, come sono i lavoratori precari.[537]

La "flessibilità" è stata parte essenziale della strategia messa in campo dal capitalismo "democratico", definita da Streeck come politica del "tempo guadagnato", per allontanare la crisi.[538] In tal senso è essa stessa un indice significativo del lento sgretolamento dei pilastri fondamentali su cui in ultima analisi la nostra democrazia si fonda,[539] ossia il declino del compromesso fra le pratiche egualitarie e i principi liberali.[540] Per molto tempo il problema dei divari sociali e della distribuzione è quasi scomparso e le disuguaglianze sono cresciute costantemente a livello nazionale e globale (ma interessando non tutti i gruppi sociali nello stesso modo). Ora l'autodifesa della so-

---

[531] B. HEPPLE, *Equality. Legal Framework*, op. cit. p. 25.

[532] B. HEPPLE, *Equality. Legal Framework*, op. cit. p. 28.

[533] C. MCCRUDDEN, *Rethinking Positive Action*, in Industrial Law Journal, 1986, 15, p. 215

[534] A. BLOGG, C. COSTELLO, ACL DAVIES, J. PRASSL (eds.), *Introduction: Exploring Autonomy*, in *The Autonomy of Labour Law*, op. cit. p. 16.

[535] È la posizione di autori come NICOLA COUNTOURIS e MARK FREEDLAND nel volume appena citato. Lo stesso problema è dibattuto nel fascicolo n. 4 del 2016 di *Lavoro e Diritto* e, qui, oltre al già saggio di MARIUCCI, si vedano i saggi di CARUSO e DEL PUNTA, di LORENZO ZOPPOLI, VINCENZO BAVARO, VALERIO SPEZIALE.

[536] B. HEPPLE, *Equality. Legal Framework*, op. cit. p. 28.

[537] V. H. COLLINS, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, in Modern Law Review, 2003, 65, 16; C. BARNARD, *The Future of Equality Law: Equality and Beyond*, in C. BARNARD, S. DEAKIN, G. MORRIS, *The Future of Labour Law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

[538] W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli editore, Milano, 2013, p. 47 ss.

[539] V. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

[540] v. C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, op. cit., p. 10 ss.

cietà dopo gli anni del dominio del mercato chiama in causa il diritto del lavoro, che può riconquistare la sua perduta centralità dopo la lunga stagione dello "smarrimento" e dello "spaesamento". In questo modo potrà forse tornare ad essere, come si diceva all'inizio, l'alleato di sempre dell'uguaglianza.

Ordinanze prefettizie, libertà di riunione e diritto al conflitto*

Alessandro Bellavista

1. L'ordinanza del Prefetto di Siracusa, la libertà di riunione e l'art. 2 TULPS. 193

2. La pronuncia del Tar Toscana sulle "zone rosse" di Firenze e la giurisprudenza amministrativa sull'art. 2 TULPS. 198

3. La decisione del Tar Catania sull'ordinanza siracusana. 200

4. Considerazioni finali. 207

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT –150/2019

1. L'ordinanza del Prefetto di Siracusa, la libertà di riunione e l'art. 2 TULPS.

Il 9 maggio 2019 il Prefetto di Siracusa ha emanato, sulla base dell'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (t.u. 18 giugno 1931, n. 773: da ora TULPS), un'ordinanza con cui vieta "assembramenti di persone e/o automezzi nei luoghi di seguito indicati, ricadenti nei territori dei Comuni di Siracusa e Priolo Gargallo con effetto immediato e fino al 30 settembre 2019".

L'ordinanza è basata su una serie di motivazioni. In primo luogo, si afferma che "nei giorni scorsi si sono verificate, presso le portinerie e i piazzali antistanti i varchi d'ingresso degli stabilimenti del polo industriale…manifestazioni di protesta, connesse a vertenze lavorative, che hanno determinato difficoltà e rallentamenti all'accesso agli stabilimenti da parte sia dei dipendenti degli stessi sia dei mezzi pesanti che vanno lì per i rifornimenti di carburante". Inoltre, "detta situazione ha avuto ripercussioni negative sul traffico veicolare per le lunghe file dei mezzi, creando, altresì, disagi e ritardi nelle forniture di carburante ai porti e aeroporti della Sicilia orientale che si approvvigionano presso quelle raffinerie". E "tali manifestazioni - nonostante l'intensa opera di mediazione svolta sul posto dai rappresentanti delle Forze di Polizia nonché presso le competenti sedi istituzionali, Ufficio Provinciale del Lavoro e Ispettorato Provinciale del Lavoro anche con l'intervento di questa Prefettura - si sono protratte per l'intera giornata lavorativa, mettendo anche a rischio la sicurezza degli impianti in argomento che richiedono costante e continua manutenzione da parte del personale incaricato secondo turni prefissati che non consentono ritardi agli ingressi".

Sicché, "detti comportamenti contrastano la libertà di svolgimento dell'attività lavorativa da parte dei dipendenti degli stabilimenti del polo petrolchimico nonché il diritto alla libertà di impresa". Peraltro, "le manifestazioni in argomento assumono ulteriori profili di criticità per l'ordine e la sicurezza pubblica anche in considerazione della ormai avviata stagione primaverile/estiva che fa registrare un notevole flusso turistico in questa provincia con incremento del traffico veicolare di ingresso nella città, proprio nell'area interessata dai blocchi". E ancora: "le criticità di cui sopra sono state condivise in sede di Riunione Tecnica di Coordinamento delle Forze di Polizia del 12 aprile scorso, in occasione di una delle manifestazioni in argomento".

Per tutte le ragioni menzionate, in base all'art. 2 TULPS e alla "circolare diramata dal Capo di Gabinetto del Ministro dell'Interno n. 10538 in data 14 febbraio 2019 contenente indicazioni sulle iniziative di prevenzione e di contrasto delle forme di illegalità nel settore della logistica"[541], il Prefetto di Siracusa ha emanato l'ordinanza in esame e che appunto vieta "assembramenti di persone e/o automezzi" nei luoghi ivi menzionati.

Orbene, è evidente che, in questo modo, proibendo gli "assembramenti", l'ordinanza prefettizia mira ad impedire che si possano concretare gli stessi presupposti di eventuali "manifestazioni di protesta", che mettono in pericolo alcuni diritti privati e beni pubblici.

Ma, ed è questo il punto, allora, in realtà, l'ordinanza non vieta meri "assembramenti", bensì "manifestazioni di protesta".

In altri termini, l'esplicito divieto di "assembramenti" contenuto nell'ordinanza è uno strumento per sancire, implicitamente, un divieto di svolgere "manifestazioni di protesta". Quindi, benché

[541] La circolare del Capo di Gabinetto del Ministro dell'Interno a cui fa riferimento l'ordinanza prefettizia non risulta pubblicata sul sito dello stesso ministero né rinvenibile in rete.

l'ordinanza parli di "assembramenti", in realtà essa, surrettiziamente, prende in considerazione una forma di "riunione", in quanto il presupposto da cui prende le mosse è costituito da "manifestazioni di protesta connesse a vertenze lavorative".

Ma, se le cose stanno così, di conseguenza, l'ordinanza incide direttamente sulla libertà di riunione di cui all'art. 17 Cost., la cui nozione concerne la "volontaria e contemporanea presenza in un medesimo luogo, o in una successione di luoghi (nel caso del corteo o della processione), di più persone fisiche che condividono il medesimo obiettivo"[542]. E, indiscutibilmente, il concetto di "riunione" abbraccia le assemblee, i cortei, i sit-in, i picchetti, e, ovviamente, le manifestazioni.

È noto, peraltro, che la locuzione "assembramenti", insieme a quella di "riunioni", è contenuta nell'art. 20 TULPS che prevede le ipotesi in cui l'autorità di pubblica sicurezza può procedere allo scioglimento appunto delle "riunioni" e degli "assembramenti"[543].

D'altra parte, secondo la dottrina costituzionalistica, gli "assembramenti" sono "riunioni casuali di persone"[544] e cioè sono "definiti quali riunioni in luogo pubblico non preventivamente organizzate o concertate, che si distinguono dalle compresenze occasionali" (un capannello di curiosi di fronte ad un evento, una fila davanti ad un ufficio) "perché connotate dalla volontà di stare insieme dei partecipanti e dalla unitarietà dello scopo"[545]. Sicché, "l'opinione maggioritaria propende per estendere la tutela costituzionale anche a questa tipologia di riunione, facendo leva sulla considerazione che in caso contrario i confini della garanzia sarebbero eccessivamente ristretti, dovendosi constatare l'impossibilità giuridica di qualsiasi riunione in luogo pubblico ad eccezione di quella previamente organizzata e preavvisata dai promotori"[546].

Pertanto, per tutte le ragioni poc'anzi esposte, è evidente come, in sostanza, l'ordinanza incida su un diritto costituzionalmente garantito come quello di "riunione" e quindi ne vada vagliata la legittimità con particolare attenzione; anche tenendo conto del fatto che, com'è noto, sono tuttora molto discussi, in dottrina, i confini, ma anche la stessa ammissibilità nel quadro costituzionale, delle cosiddette ordinanze amministrative di necessità e urgenza, tra cui in particolare proprio quelle prefettizie emanate in forza dell'art. 2 TULPS, secondo cui "il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica".

A questo riguardo va sottolineato che quest'ultima disposizione è stata riletta dalla Corte costituzionale che ne ha cercato di circoscrivere lo spazio, seppure lasciando forti margini di incertezza, poiché ha ammesso che il potere di ordinanza possa spingersi ad incidere su materie coperte da

---

[542] F. ROSA, *Sub art. 17*, in *La Costituzione italiana*, *Commento articolo per articolo*, a cura di F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, Bologna, 2018, p. 122.

[543] Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, 2° ed., Padova, 2002, p. 304 ss.

[544] A. PACE, *Problematica*, cit., p. 304.

[545] F. ROSA, *Sub art. 17*, cit., p. 122.

[546] F. ROSA, *Sub art. 17*, cit. p. 122, che riprende le puntuali e approfondite argomentazioni di A. PACE, *Problematica*, cit., p. 306 ss. Così, tra i tanti, anche, P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017, p. 482; G. TARLI BARBIERI, *Sub art. 17*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 397 ss.

riserva relativa di legge, alla stregua della Costituzione, come nel caso qui in esame[547]. In assenza di un intervento di manutenzione da parte del legislatore, perciò, è stata la giurisprudenza amministrativa che ha concretato le indicazioni della Corte costituzionale e ha fissato, come si vedrà tra poco, le cosiddette "condizioni di uso" del potere prefettizio d'ordinanza *ex* art. 2 TULPS.

Ora, la vicenda siracusana presenta aspetti simili con quella scaturita, anni addietro, da due ordinanze del Sindaco di Roma, rilasciate in base ad una normativa speciale, le quali prevedevano che, nel territorio ricadente nel I Municipio della Città di Roma, si sarebbero potute svolgere solo manifestazioni pubbliche senza formazione di corteo (cosiddette manifestazioni statiche), da tenersi, peraltro, solamente in alcune aree specificamente individuate. Il Tar Lazio[548] ha annullato tali ordinanze, tra l'altro, mettendo in rilievo il loro aperto contrasto con l'art. 17, comma 3, Cost., per il quale "delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica". E, pertanto, dalla disposizione costituzionale si desume che per lo svolgimento di una "riunione" "non occorre alcuna autorizzazione preventiva".

Più precisamente, il Tar Lazio afferma che "occorre anzitutto ribadire che l'esercizio della libertà di riunione, nel cui perimetro rientra la libertà di corteo, non richiede alcuna preventiva autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza, ma il solo preavviso, per cui un provvedimento amministrativo che intenda disciplinare *ex ante* le modalità di svolgimento delle riunioni in luogo pubblico, comprimendo incisivamente la libertà di formazione dei cortei, si presenta già di per sé illegittimo in quanto violativo della citata norma costituzionale".

Di conseguenza, "una regola dettata in via generale e astratta che incide drasticamente sulla libertà di riunione garantita dall'art. 17 Cost. è evidentemente violativa di tale norma costituzionale in quanto tende a sostituire al regime costituzionale di tendenziale libertà un regime amministrativo in cui alla valutazione da compiere 'a valle', circa la eventuale sussistenza di comprovati motivi che giustificano il divieto, subentra una valutazione compiuta 'a monte' di incompatibilità *tout court* di determinate modalità di svolgimento delle riunioni in luogo pubblico". E, come aggiunge il Tar Lazio, "le riunioni in luogo pubblico, inoltre, possono essere vietate solo per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica, o di ordine pubblico, argomentando dal combinato disposto dell'art. 17, comma 3, Cost. e dell'art. 18, comma 4, TULPS. E nell'esercizio del potere di veto, attribuito al Questore dall'art. 18 TULPS, è necessario indicare i 'comprovati motivi', vale a dire che occorre fornire una indicazione particolarmente rigorosa e coerente dei presupposti a base della determinazione adottata, proprio perché essa determina la compressione o addirittura il sacrificio di un diritto costituzionalmente garantito".

---

[547] Cfr. Corte costituzionale 2 luglio 1956, n. 8; e 27 maggio 1961, n. 26. Cfr. A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana, decoro della smart city e poteri del prefetto. Note intorno alla "Direttiva Salvini sulle zone rosse" (n. 11001/118/7 del 17 aprile 2019) ed alcune recenti ordinanze dei Prefetti di Bologna, Firenze e Siracusa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2019, p. 117 ss.; M. LOSANA, *Il sistema delle fonti tra logiche emergenziali, "amministrativizzazione" del sistema e tentazioni monocratiche*, in *Questione giustizia*, 4 luglio 2019; G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2011, in *Osservatoriosullefonti.it*, spec. p. 3 ss. e p. 40 ss.; G. MOBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 33 ss.; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 133 ss.

[548] Tar Lazio, 13 febbraio 2012, n. 1432, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1529 ss.

La conclusione del Tar Lazio è radicale. E cioè, "va da sé, allora che un provvedimento amministrativo…non può mai legittimamente imporre una volta e per tutte, vale a dire con valutazione *ex ante* che prescinde totalmente dalle indicazioni delle eventuali ragioni ostative relative alla singola manifestazione, una volta ricevuto il preavviso della stessa, limitazioni o sacrifici al diritto di riunione in luogo pubblico ed alla libertà di corteo".

La pronuncia del Tar Lazio si muove lungo lo stesso percorso della prevalente dottrina che afferma l'illegittimità di qualsiasi divieto preventivo generale all'esercizio del diritto di riunione adottato con provvedimenti amministrativi di qualunque tipologia (e vi sono forti dubbi se ciò possa avvenire anche con decreto-legge), tra cui rientra anche l'ordinanza prefettizia *ex* art. 2 TULPS[549].

Da questo punto di vista, allora, è evidente come l'ordinanza del Prefetto di Siracusa dovrebbe essere del tutto illegittima, proprio perché proibisce, a monte, determinate forme di esercizio del diritto di svolgere una pluralità di riunioni e non si limita a vietare una singola riunione.

Tuttavia, la storia repubblicana contiene precedenti (alquanto inquietanti) di circolari governative che invitavano i Prefetti ad adottare ordinanze, *ex* art. 2 TULPS, volte a vietare riunioni e cortei in via generale e preventiva per un certo arco temporale. E, peraltro, vanno segnalate specifiche ordinanze congegnate in questi termini. Si tratta di provvedimenti su cui la dottrina ha manifestato fortissimi dubbi di legittimità[550] e legati ad eventi concentrati negli anni cinquanta (i cosiddetti "anni duri") e settanta (i più noti "anni di piombo") del secolo scorso, caratterizzati da una particolare conflittualità sociale[551]. Ma di recente, da quando la parola "sicurezza"[552] ha assunto un ruolo centrale nel *marketing* politico a mo' di *passepartout*, si assiste ad un rinnovato scaturire di un florilegio di circolari e ordinanze *ex* art. 2 TULPS dirette a limitare l'esercizio di diritti fondamentali, tra cui proprio quello di riunione[553].

Né va trascurato che la giurisprudenza amministrativa talvolta ha letteralmente salvato alcune (per fortuna sporadiche) ordinanze prefettizie che incidevano direttamente su diritti costituzionalmente garantiti, tra cui anche la libertà di riunione. Basti ricordare i casi delle ordinanze relative alle cosiddette "zone rossa e gialla" del G8 di Genova del 2001 e alla "zona rossa" della Val

---

[549] Così, A. PACE, *Problematica*, cit., p. 334 s.; G. BRUNELLI, *Quando (e come) la libertà di riunione è cinta d'assedio*, 6 luglio 2012, in *Costituzionalismo.it*; L. DIOTALLEVI, *Libertà (di corteo) e potere (di ordinanza) in una sentenza del TAR Lazio*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1535 s.; S. TROILO, *La libertà di riunione al tempo della "direttiva Maroni"*, 2009, in www.forumcostituzionale.it, p. 9; S. LEONE, *La "zona rossa" dei diritti: considerazioni sulla legittimità delle ordinanze del Prefetto "di necessità ed urgenza", a margine di una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3484 ss.; G. TARLI BARBIERI, Sub art. 17, cit. p. 397; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 246 s.

[550] Cfr. A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana*, cit., p. 121; p. 3884; S. TROILO, *La libertà di riunione*, cit., p. 10; A. DI GIOVINE, *Sub art. 17*, in *Stato della Costituzione*, a cura di G. NEPPI MODONA, Milano, 1998, p. 82; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., p. 246.

[551] Cfr. D. DELLA PORTA – H. REITER, *Polizia e protesta. L'ordine pubblico dalla liberazione ai "no global"*, Bologna, 2003, p. 91 ss. e 248 ss.; P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, Torino, 1989, p. 148 ss., p. 250 ss., p. 511 ss.

[552] Cfr. C. RUGA RIVA – R. CORNELLI – A. SQUAZZONI – P. RONDINI – B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questo e il Prefetto*), in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 4, p. 224 ss.

[553] Cfr. A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana*, cit., p. 105 ss.; M. LOSANA*, Il sistema delle fonti*, cit. p. 3 ss.; C. RUGA RIVA*, Il prefetto, il brutto e il cattivo: prove atecniche di neo-ostracismo. Le ordinanze prefettizie sulle zone rosse e il diritto penale "Google Maps"*, in *Questione giustizia*, 13 maggio 2019.

Susa che appunto sono sopravvissute al vaglio della giurisprudenza[554]. Ma probabilmente, in questi due casi, l'esito dei giudizi è stato fortemente influenzato da ragioni d'ordine spiccatamente politico, anche connesse a vincoli derivanti da accordi internazionali, che hanno prevalso sulle valutazioni strettamente giuridiche.

Tuttavia, sul piano generale, va sottolineato come in prevalenza i giudici amministrativi siano particolarmente severi nel vagliare la legittimità di ordinanze (non solo prefettizie, ma anche dei sindaci in materia di sicurezza urbana[555]) che, in vario modo, incidono su diritti fondamentali. In questa sede, anzitutto, va ricordata la pronuncia del Tar Lazio di cui s'è appena parlato, la quale, benché non concerna un'ordinanza *ex* art. 2 TULPS, ma un'altra tipologia di ordinanza di necessità e urgenza, detta principi chiaramente estensibili a quest'ultima categoria, stante soprattutto il fatto che proprio questa, come s'è già rilevato, resta la più controversa sul piano della sua coerenza ai principi dell'ordinamento costituzionale, anche nonostante la sua rilettura da parte del Giudice delle leggi[556].

A questo riguardo, il Tar Lazio (oltre ad avere sottolineato l'abnormità dell'ordinanza per avere soppresso di fatto un diritto costituzionale) rileva che il suddetto provvedimento è stato adottato "al di fuori dei poteri straordinari attribuiti al Commissario", vale a dire il Sindaco di Roma. E i giudici mettono in rilievo che l'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 – che è la legge da cui deriva il potere di ordinanza del Commissario delegato/Sindaco – "nell'attribuire il potere di ordinanza in deroga alle leggi vigenti, determina un ribaltamento nella gerarchia delle fonti normative presenti nel nostro ordinamento, investendo l'autorità amministrativa del potere di derogare alla norma ordinaria, sia pure nel rispetto dei principi generali". Così, "ne consegue che l'art. 5 della legge n. 225/1992 deve qualificarsi come norma eccezionale, che necessita di strettissima interpretazione, ed il potere di deroga della normativa primaria conferito alla autorità amministrativa è ammissibile subordinatamente non solo al carattere eccezionale e temporaneo della situazione, ma anche all'esigenza che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio".

Come ha rilevato un attento commentatore, in queste affermazioni del Tar Lazio v'è una forte eco della sentenza della Corte costituzionale "che – nel colpire il potere dei sindaci di emanare ordinanza di 'ordinaria amministrazione' in materia di sicurezza urbana – ha chiarito come in ogni conferimento di poteri amministrativi debba essere osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto"[557]. E cioè, secondo la Consulta, "non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa"[558].

---

[554] Cfr. S. LEONE, *La "zona rossa"*, cit., p. 3479 ss.; M. LOSANA, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 6.; A. ALGOSTINO, *Libertà di circolazione e ragioni politiche nell'area di interesse strategico nazionale della Val Susa*, in *Democrazia e diritto*, 2014, p. 71 ss.

[555] Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 17° ed., Torino, 2016, p. 567; G. BRUNELLI, *Quando (e come)*, cit., p. 2 ss.

[556] Cfr. oltre gli autori citati a nota n. 7, anche D. BADUIN – E. FALLETTI, *Brevi riflessioni sul rapporto tra diritti fondamentali e ordinanze prefettizie di necessità ed urgenza*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di E. FALLETTI, V. PICONE, Bari, 2012, p. 207 ss.

[557] G. BRUNELLI, *Quando (e come)*, cit., p. 4; e cfr. L. DIOTALLEVI, *Libertà*, cit., p. 1537.

[558] Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115.

2. La pronuncia del Tar Toscana sulle "zone rosse" di Firenze e la giurisprudenza amministrativa sull'art. 2 TULPS.

Da tutto ciò dovrebbe desumersi l'impossibilità giuridica di continuare ad avvalersi dell'art. 2 TULPS per toccare ambiti presidiati da diritti fondamentali, in quanto tale disposizione risulta attributiva di un potere eccessivamente discrezionale, al limite dell'arbitrio e che quindi non rispetta i parametri fissati dalla Consulta sui confini del potere amministrativo[559].

Ma tant'è. Come s'è poc'anzi accennato, proprio in tempi recenti s'è registrata la comparsa di nuove ordinanze *ex* art. 2 TULPS che pongono limiti all'esercizio di diritti fondamentali e che destano forti perplessità.

Sicché, va menzionata la freschissima decisione del Tar Toscana, del 4 giugno 2019, che ha annullato l'ordinanza del Prefetto di Firenze, emanata *ex* art. 2 TULPS, che (in modo analogo ad una coeva ordinanza del Prefetto di Bologna) vietava a determinate categorie di persone (denunciate ma non condannate per una serie di reati) lo "stazionamento" in alcune aree cittadine: ormai denominate anch'esse come le cosiddette "zone rosse"[560].

Secondo il Tar Toscana: "pacifico che il provvedimento di cui si tratta è stato emanato in base all'art. 2 TULPS e trattasi quindi di atto adottato nell'esercizio di poteri di urgenza o grave necessità pubblica, il Collegio rileva che nel caso di specie manca la dimostrazione, da parte dell'Amministrazione, dell'insufficienza dei mezzi ordinariamente messi a disposizione dell'ordinamento per affrontare la situazione rilevata". E qui il Tar Toscana cita alcuni precedenti giurisprudenziali, tra cui una pronuncia del Consiglio di Stato, che ancorano la legittimità dell'esercizio del potere prefettizio, tra l'altro, ad una serie di stringenti condizioni.

In particolare, il Consiglio di Stato afferma che le ordinanze *ex* art. 2 TULPS "s'inquadrano nella più ampia categoria delle ordinanze *extra ordinem*, le quali si caratterizzano per la loro immediata destinazione a fronteggiare situazioni di emergenza, non superabili con gli ordinari mezzi giuridici a disposizione della pubblica autorità". In particolare, il "presupposto specifico" per l'emanazione di un'ordinanza *ex* art. 2 TULPS è "l'urgenza o grave necessità di evitare compromissioni dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica". E cioè, "l'esistenza di una situazione – non necessariamente eccezionale e imprevedibile, ma comunque non specificamente considerata dalla normativa primaria e regolamentare – che non ammette ritardi nella predisposizione degli strumenti atti a fronteggiarla adeguatamente". Il Consiglio di Stato, inoltre, aggiunge che, "dopo la rilettura che del citato art. 2 è stata fatta dal Giudice delle leggi[561], il potere *extra ordinem* riconosciuto al Prefetto incontra limiti precisi, e cioè: a) la conformità del provvedimento ai principi dell'ordinamento, e ai precetti costituzionali in particolare; b) l'efficacia limitata nel tempo, in coerenza con l'urgenza che ne giustifica l'adozione; c) la necessità che esso comporti il minor sacrificio possibile per i privati destinatari dello stesso provvedimento; d) la congruità della motivazione, nel senso che dal testo dell'ordinanza deve emergere la sua necessità e urgenza ai fini e per ragioni di ordine

---

[559] Cfr. S. LEONE, *La "zona rossa"*, cit., p. 3482 ss.; M. LOSANA, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 4 ss.

[560] Cfr. A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana*, cit., p. 124 ss.

[561] Cfr. A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana*, cit., p. 117 ss.

pubblico"[562].

Così, sulla base di questi principi il Tar Toscana censura l'ordinanza del Prefetto di Firenze. Infatti, il giudice toscano afferma che "la parte motivazionale del provvedimento fa riferimento ad una riunione di coordinamento delle Forze di Polizia svolta il 20 marzo 2019, di cui peraltro non sono prodotti gli atti, nella quale è stata condivisa l'esigenza di garantire una più efficace azione di messa in sicurezza di alcune aree della città di Firenze, ma né nel provvedimento stesso, né nel verbale della seduta del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del 27 marzo 2019 è dato evincere una valutazione di insufficienza dei mezzi ordinari per far fronte alla situazione di rischio per la sicurezza urbana, conseguente ai flussi turistici che, nella stagione primaverile, si incrementano notevolmente". E, come aggiunge il Collegio, "eppure è nozione di comune esperienza che la città fiorentina (così come, peraltro, altre città italiane importanti sotto il profilo storico-culturale) è interessata da flussi turistici particolarmente rilevanti nella stagione primaverile".

Di conseguenza, "trattasi, in altri termini, di situazione non imprevedibile la quale, in linea generale e astratta, potrebbe essere affrontata con una programmazione di interventi volti al controllo dei territori e delle zone cittadine che presentano maggiori rischi per la sicurezza urbana". Ancora: "il provvedimento avrebbe dovuto essere assistito dalla rappresentazione delle difficoltà ad utilizzare gli strumenti ordinari per affrontare questa situazione, ad esempio per carenza di risorse umane o strumentali ai fini del controllo del territorio, con conseguente necessità di adottare strumenti *extra ordinem*".

Beninteso, appare evidente come le considerazioni del Tar Toscana si prestano, agevolmente, ad essere utilizzate per valutare la legittimità dell'ordinanza del Prefetto di Siracusa, di cui sono stati poc'anzi riportati ampi stralci. Ci si potrebbe chiedere dove sia l'imprevedibilità della situazione che avrebbe dovuto giustificare tale provvedimento. O, avvalendosi delle considerazioni del Consiglio di Stato prima citato, dove sia "il presupposto rappresentato dalla carenza di una disciplina legislativa o regolamentare che abbia considerato specificamente la situazione alla quale il Prefetto si è riferito nell'adottare l'ordinanza".

La logica vuole che in un'area di crisi, sotto il profilo occupazionale, è naturale e scontato che scattino manifestazioni di protesta, anche con forme non propriamente lecite. E quindi proprio nella suddetta area non è affatto imprevedibile l'emersione di una forte conflittualità sociale. Pertanto, se si realizzano specifici eventi illeciti, come singole riunioni e singoli assembramenti che creano situazioni di concreto pericolo per beni pubblici rilevanti, e comunque assumono contorni non pacifici, l'autorità di pubblica sicurezza (*id est* il Questore) ha i poteri (previsti sempre dal "famigerato" TULPS) per sciogliere le singole riunioni e/o i singoli assembramenti[563]. E quindi, non si vede proprio la giustificazione del divieto generale di assembramenti, e cioè di riunioni, contenuta nell'ordinanza del Prefetto di Siracusa.

---

[562] Consiglio di Stato, sez. IV, 1° giugno 1994, n. 467, in *Foro amm.,* 1994, p. 1388 ss. I principi fissati dal Consiglio di Stato, sui limiti al potere *ex* art. 2 TULPS, trovano altresì pieno seguito nella giurisprudenza amministrativa: così Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 20 marzo 2009, n. 537; Tar Puglia, Bari, sez. I, 20 giugno 2007, n. 1576; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 135. E ciò anche quando, come nei casi delle già menzionate "zone rosse e gialla" di Genova e della "zona rossa" della Val Susa, s'è adottata una lettura alquanto favorevole al potere prefettizio: cfr. Tar Liguria, Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 3 agosto 2012, n. 969.

[563] Cfr. F. ROSA, *Sub art. 17*, cit., p. 125 ss.; A. PACE, *Problematica*, cit., p. 313 ss.

Inoltre, l'ordinanza siracusana oltrepassa un altro limite fissato dalla giurisprudenza amministrativa al potere *extra ordinem* del Prefetto, perché non impone certamente ai suoi destinatari "il minor sacrificio possibile": essa, infatti, sopprime la loro libertà costituzionale di riunione per più di quattro mesi, senza alcuna soluzione alternativa.

Peraltro, è estremamente importante un'ulteriore considerazione del Tar Toscana. E cioè, quella secondo cui "è appena il caso di precisare che lo strumento (di prevenzione) del divieto di stazionare in determinate aree urbane non può essere utilizzato in via ordinaria, poiché in tal caso, dovrebbe essere previsto da una specifica norma di legge come stabilisce l'art. 16, comma 1, Cost.". È indiscutibile che anche questa affermazione può con tranquillità essere applicata al caso dell'ordinanza del Prefetto di Siracusa. Ciò perché qui non è solo coinvolta la libertà di riunione, ma anche la libertà costituzionale di circolazione, in quanto, affinché si possa concretare la riunione e/o l'assembramento, i soggetti devono pur muoversi e quindi circolare e stazionare, esercitando appunto un loro diritto fondamentale.

3. La decisione del Tar Catania sull'ordinanza siracusana.

Tuttavia, il Tar Catania, il 22 luglio 2019, ha rigettato il ricorso, presentato dalla CGIL, per la sospensione in via cautelare dell'ordinanza del Prefetto di Siracusa. Per il Tar Catania il ricorso "appare - sulla scorta del sommario esame tipico della fase cautelare del giudizio - sprovvisto del necessario *fumus* di fondatezza".

Il Tar Catania ritiene, "in particolare, che il provvedimento impugnato non recida la possibilità di esercizio dei diritti di riunione e di sciopero, né delle libertà sindacali, limitandosi ad enucleare alcuni siti in cui viene introdotto il divieto di assembramento (essenzialmente, alcuni incroci stradali ed alcuni ingressi ad aziende del polo petrolchimico)".

A sostegno della sua posizione il Tar Catania cita (con qualche lieve interpolazione) le affermazioni contenute in una risalente pronuncia del Consiglio di Stato in materia di precettazione in caso di sciopero nell'area dei servizi pubblici essenziali. E cioè, "ritenuto che, con riguardo a tale specifica problematica è stato affermato in giurisprudenza che i limiti coessenziali al diritto di sciopero vanno desunti sulla base della legislazione vigente e possono derivare, attualmente, da esigenze correlate alla sicurezza e all'ordine pubblico. Conseguentemente, la previsione di cui all'art. 40 Cost. non costituisce ostacolo alla emanazione delle ordinanze prefettizie di necessità ed urgenza in relazione al disposto di cui all'art. 2 TULPS che l'ordine e la sicurezza pubblica tendono a preservare".

Orbene, tutti questi passaggi della decisione del Tar Catania destano molteplici perplessità. Infatti, i giudici qualificano le posizioni giuridiche coinvolte dall'ordinanza nell'ambito dei "diritti di riunione e di sciopero" e "delle libertà sindacali", ma si limitano a fare riferimento ad una pronuncia del Consiglio di Stato che riguarda un caso ben particolare, quale quello della legittimità della precettazione di alcuni controllori ed assistenti al traffico aereo in occasione di una giornata di sciopero; sciopero proclamato nell'area dei cosiddetti servizi pubblici essenziali, ma prima dell'avvento dell'apposita regolazione con la legge 12 giugno 1990, n. 146. È pertanto evidente la provvisorietà del provvedimento in quest'ultimo caso (qui la precettazione proibiva l'adesione ad una giornata di sciopero), mentre l'ordinanza del Prefetto di Siracusa vieta riunioni/assembramenti dal 9 maggio 2019 al 30 settembre 2019.

Peraltro, non v'è dubbio che il diritto di sciopero, al pari di ogni altro diritto fondamentale di libertà, trovi il suo limite nell'esigenza di salvaguardare i diritti della persona e i più generali interessi della collettività, riconosciuti dalla Costituzione, con cui entra in conflitto. Ma il problema classico è appunto quello di determinare in concreto il limite all'azione di sciopero. Difatti, come è noto, nell'area dei servizi pubblici essenziali, il legislatore - tenendo conto delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale su cui si fonda la pronuncia del Consiglio di Stato appena citata - ha tracciato esplicitamente il principio cardine del contemperamento, secondo cui lo sciopero non deve ledere il contenuto essenziale dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, coinvolti dall'astensione, affidando poi ad una serie di attori il compito di dettare le regole specifiche per i vari settori in cui sono appunto erogati servizi essenziali per la salvaguardia dei medesimi diritti della persona. Oppure, è altresì noto come la giurisprudenza dominante affermi la legittimità dell'azione di sciopero in tutte le sue più fantasiose forme, volta ad arrecare il massimo danno possibile alla produzione dell'impresa interessata dall'astensione collettiva, fino però al limite della salvaguardia della sua produttività: e quindi della sua capacità di continuare ad esistere una volta cessata l'astensione collettiva.

In sintesi, nel sistema positivo, il principio generale è quello che (salvo limitate eccezioni per alcune particolari figure di lavoratori) lo sciopero, in quanto diritto fondamentale, è sempre possibile, e cioè esercitabile, ma esso va contemperato (bilanciato) con i diritti di pari rango e non può travolgere interessi assolutamente preminenti alla luce della Costituzione[564].

Ma nella pronuncia del Tar Catania non v'è in realtà alcuna motivazione circa l'adeguatezza o meno del contemperamento/bilanciamento tra i diritti in conflitto nella fattispecie in esame. Anzi, il Tar Catania sembra diffondere una sorta di cortina fumogena esplicitando un doppio ordine di limiti ("esigenze correlate alla sicurezza e all'ordine pubblico") allo sciopero, ma estrapolandoli dallo specifico contesto in cui questi limiti vennero formulati: vale a dire, dalla giurisprudenza che operava nel periodo antecedente alla legge n. 146/1990: e quindi in assenza di una regolazione legislativa dello sciopero nel delicato settore dei servizi pubblici essenziali.

Peraltro, se si esamina con attenzione la sentenza del Consiglio di Stato di cui si avvale il Tar Catania, si nota che nella prima si sottolinea che "i limiti all'esercizio del diritto di sciopero possono derivare, attualmente, da esigenze correlate alla sicurezza e all'ordine pubblico", ma che poi tale generica affermazione trova concretizzazione nel giustificare l'ordinanza prefettizia che aveva precettato alcuni lavoratori, addetti ad un servizio d'indubbio interesse collettivo, impedendo loro di partecipare ad una (ed una sola) giornata di sciopero, in modo da "assicurare la prosecuzione del servizio, la cui perdurante interruzione implicava gravi ripercussioni per l'ordine e la sicurezza pubblica". Mentre, il Tar Catania usa la suddetta sentenza a mo' di bacchetta magica per giustificare un provvedimento di ampia portata che, va ripetuto, proibisce l'assembramento (e cioè la riunione) presso "alcuni incroci stradali ed alcuni ingressi ad aziende del polo petrolchimico" per un arco temporale alquanto esteso: in pratica per più di quattro mesi.

In buona sostanza, il Tar Catania manipola letteralmente l'argomentazione del Consiglio di Stato. Quest'ultimo, si limita ad affermare la legittimità dell'ordinanza prefettizia che ha ordinato ad

---

[564] Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, 6° ed., Torino, 2012, p. 386 ss.; M. LUCIANI, *Diritto di sciopero, forma di Stato, forma di governo*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 14 ss.; G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea*, Torino, 2003, p. 28 ss. e p. 59 ss.; F. SANTONI, *Lo sciopero*, 5° ed., 2001, p. 112 ss.; V. BAVARO, *Contro la titolarità maggioritaria del diritto di sciopero (una critica a proposito dei servizi pubblici essenziali)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, spec. p. 628 ss.

alcuni controllori ed assistenti al traffico aereo di assicurare la prosecuzione del servizio, in occasione di una giornata di sciopero, accertando la presenza di "una situazione di emergenza" ed "eccezionale": e "proprio allo scopo di assicurare la salvaguardia dei valori fondamentali (ordine e sicurezza generale) dell'ordinamento medesimo". Invece, il Tar Catania sacrifica *in toto* la libertà di riunione e/o di assembramento, nelle aree individuate dall'ordinanza impugnata, dando per assodato che questa sia l'unica soluzione per garantire gli interessi e i beni pubblici e privati coinvolti.

Per chiarire quest'aspetto è sufficiente un solo esempio. Come s'è accennato, proprio nel delicatissimo (in quanto riguarda lo scontro tra lo sciopero e i diritti della persona costituzionalmente tutelati) settore dei servizi pubblici essenziali, la legge n. 146/1990 non proibisce affatto lo sciopero e quindi il conflitto, ma stabilisce il principio guida del contemperamento tra l'esercizio dello sciopero e gli altrui diritti fondamentali coinvolti. Ciò significa che qui è sempre possibile scioperare, con l'effetto inevitabile di creare qualche disagio agli utenti dei servizi coinvolti dallo sciopero, con il limite tuttavia che lo sciopero non deve ledere il contenuto essenziale dei diritti fondamentali degli utenti. Il che, com'è noto, si concreta nell'obbligo di assicurare le cosiddette prestazioni indispensabili e quindi di garantire alcuni livelli minimi di servizio[565]. L'art. 8 della legge n. 146/1990 consente l'emanazione di ordinanze di necessità e urgenza e cioè l'uso della cosiddetta precettazione "quando sussista il fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'art. 1, comma 1, che potrebbe essere cagionato dall'interruzione o dall'alterazione del funzionamento dei servizi pubblici di cui all'articolo 1, conseguente all'esercizio dello sciopero". Come ha osservato autorevole dottrina "se le parole hanno un senso, e senza dubbio ce l'hanno, il grave pregiudizio non equivale al mero disagio, e neppure al grave disagio"[566]. A tal punto che v'è chi ha sostenuto che "il pregiudizio grave e imminente ai diritti costituzionali della persona, che costituisce il presupposto indefettibile del potere di ordinanza secondo l'art. 8, della legge n. 146/1990, è nozione diversa ed evidentemente più ristretta del disagio eccessivo e immotivato degli utenti, che rientra invece nel 'contemperamento' di interessi al quale mira il procedimento a più attori e a più fasi regolato dall'art. 2 della stessa legge"[567].

Vero è che "la pratica ci mostra un uso assai disinvolto del presupposto" (il fondato pericolo…) "da parte dell'autorità precettante"[568]. Ma è anche vero che "la disciplina 'speciale' della precettazione è stata dettata dal legislatore con l'intento di ridurre la discrezionalità del potere esecutivo," che prima si avvaleva soprattutto dell'art. 2 TULPS, "sottoponendo l'intervento repressivo a limiti che dovrebbero mantenersi nell'ambito del contemperamento tra i diritto di sciopero e i

---

[565] Cfr. M. RICCI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali tra vecchi e nuovi limiti*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, a cura di M. RICCI, Torino, 2001, p. 8 ss.; A. GARILLI, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione: il disegno di legge delega del governo Berlusconi*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 985 ss.; G(iovanni). PINO, *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, p. 265 ss.

[566] M. V. BALLESTRERO, *La precettazione tra disciplina legale e prassi applicativa: questioni aperte*, in *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, a cura di G(iovanni). PINO, Milano, 2015, p. 420.

[567] M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, (1991), in *Contrattazione, rappresentatività, conflitto*, Roma, 2000, p. 231.

[568] M. V. BALLESTRERO, *La precettazione*, cit., p. 420; E cfr. S. GLINIANSKY – G(iovanni). PINO, *Il potere di precettazione in materia di scioperi nei servizi pubblici essenziali tra competenze del Governo e prerogative dell'autorità di garanzia*, 2012, in *www.lexitalia.it.*

diritti della persona costituzionalmente tutelati"[569]. Tali limiti si concretano peraltro in rigorosi vincoli sia procedurali sia di contenuto del provvedimento che deve rispettare l'autorità precettante[570].

Ma, paradossalmente, il Tar Catania avalla un'ordinanza che proibisce *sic et simpliciter* comportamenti prodromici ad un'eventuale azione conflittuale, legittimando la tirannia dei valori antagonisti a quella medesima azione, senza tenere conto: a) della perenne necessità del contemperamento e/o del bilanciamento tra i diritti e i diversi interessi (di pari rango) che entrano in conflitto; b) degli stessi limiti al potere di ordinanza *extra ordinem* del Prefetto individuati dalla giurisprudenza amministrativa e di cui s'è dato poc'anzi conto; c) nemmeno delle indicazioni che provengono da una normativa positiva, come la regolazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, che riguarda casi simili a quello preso in considerazione dall'ordinanza prefettizia, almeno sotto il profilo dello scontro tra diritti fondamentali.

In pratica, il Tar Catania assimila i potenziali manifestanti delle "zone rosse" individuate dal Prefetto di Siracusa agli appartenenti alle Forze armate che (ovviamente per stringenti ragioni che hanno fondamento costituzionale) non hanno alcun diritto al conflitto e sono sottoposti a rigorose restrizioni quanto all'esercizio del diritto di riunione[571]: e ciò appare a dir poco sorprendente. In altri termini, così si crea non solo una "zona rossa" simile a quelle di cui s'è appena parlato, ma di fatto anche una zona territoriale laddove, sulla base di un giudizio aprioristico e incontestabile, operano servizi e attività "superessenziali" che non tollerano alcun disturbo.

Peraltro, non è comprensibile, nello spazio succinto di un'ordinanza emessa in fase cautelare, la necessità di un'attenzione così dettagliata alla questione dei limiti al diritto di sciopero. Infatti, l'ordinanza prefettizia impugnata fa riferimento solo a "manifestazioni di protesta connesse a vertenze lavorative", con ciò lasciando intendere la possibilità che tali manifestazioni non siano solo legate ad azioni di sciopero, bensì vedano anche la partecipazione di lavoratori licenziati, cassaintegrati che ovviamente, pur aderendo alla protesta, non esercitano il diritto di sciopero (in quanto non avendo una prestazione lavorativa in atto, non possono logicamente astenersi da quest'ultima), ma altri diritti fondamentali di libertà, tra cui *in primis* il diritto di riunione e la libertà sindacale. Quest'impressione è confermata dalle notizie riportate da alcuni quotidiani che hanno pubblicato il testo di una lettera dell'ambasciatore russo in Italia al (a quel tempo) vicepremier Matteo Salvini, con cui il primo si lamenta delle "azioni di blocco illecito delle attività delle raffinerie" di proprietà di aziende russe, poste in essere da lavoratori di imprese appaltatrici che avevano perso il posto di lavoro a causa della cessazione degli appalti. E ovviamente è esplosa anche una dura polemica politica in quanto le organizzazioni sindacali hanno accusato il Prefetto

---

[569] M. V. BALLESTRERO*, La precettazione*, cit., 419.

[570] Cfr. M. D'ONGHIA, *L'ordinanza di precettazione tra vecchio e nuovo: un ritorno al passato?*, in *Sciopero e servizi pubblici*, cit., p. 322 ss.; G. CANAVESI, *La precettazione*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F.CARINCI, vol. III, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. LUNARDON, Padova, 2011, p. 541 ss.; S. NAPPI, *La precettazione*, in *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, a cura di F. SANTONI, Napoli, 2001, p. 147 ss.; G. GHEZZI, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 700.

[571] Cfr. P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 481. Ma cfr. ora Corte cost. 13 giugno 2018, n. 120, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, p. 611 ss., con nota di M. FORLIVESI, *L'atteso revirement della Corte costituzionale sulla libertà di associazione sindacale dei militari*.

di Siracusa (e tutta la struttura governativa che s'è fatta portatrice presso lo stesso Prefetto di tali pressioni diplomatiche) di avere occultato dietro apparenti ragioni d'ordine pubblico e di sicurezza la vera esigenza di dare ascolto alle richieste di un importante (al momento) partner straniero[572].

Quanto il bilanciamento tra i diritti in conflitto, effettuato dal Tar Catania (e ovviamente dalla stessa ordinanza impugnata)[573] sia del tutto "sbilanciato", a danno della libertà di riunione e delle posizioni giuridiche ad essa collegate, è altresì percepibile alla luce del principio di proporzionalità il cui contenuto "può essere identificato nell'esigenza che ogni eventuale limitazione di un diritto fondamentale sia giustificata dall'esigenza di tutelare un interesse o un altro diritto, e avvenga nella misura meno invasiva possibile"[574]. È noto, infatti, che uno dei modi per attuare il suddetto principio è il ricorso al *test* di proporzionalità che, dal canto suo, "è una procedura argomentativa (ben nota nei suoi tre o quattro passaggi: legittimità, adeguatezza, necessità, proporzionalità in senso stretto o bilanciamento) che scompone e disciplina le varie valutazioni che possono essere adottate nell'esame dell'ammissibilità di un'interferenza nei confronti di un diritto fondamentale, da parte di una misura pubblica che intende perseguire un interesse pubblico o tutelare un altro diritto fondamentale"[575]. Pertanto, è molto difficile ritenere che sia soprattutto adeguato, necessario e proporzionato un divieto assoluto di riunione (e/o di assembramento) per tutelare gli altri interessi menzionati dal Tar Catania (e dalla ordinanza prefettizia). In effetti, qui forse sarebbe stata sufficiente un'organizzazione più accorta della forza pubblica volta ad evitare i "blocchi" di cui parla l'ordinanza ed eventualmente diretta, come *extrema ratio*, a sciogliere la riunione e/o l'assembramento (*ex* artt. 20 e ss. TULPS) qualora tali manifestazioni avessero assunto contorni non pacifici e quindi avessero messo in pericolo "la sicurezza e l'incolumità delle persone e delle cose", trascendendo "in disordini e violenze contro persone e cose"[576].

Beninteso, come s'è già detto, il vero obiettivo dell'ordinanza prefettizia è quello di impedire, attraverso il divieto di assembramento e/o riunione, che si creino le precondizioni di forme di azione collettiva che diano luogo a picchetti o blocchi nelle aree interessate dagli anzidetti divieti. In realtà, allora, il vero volto dell'ordinanza è quello di comprimere la libertà di azione sindacale di cui all'art. 39 Cost. E allora, va ribadito che il contenuto dell'ordinanza prefettizia appare sovrabbondante rispetto alla specifica situazione da fronteggiare: si introduce un divieto generale di assembramento e/o di riunione in alcune zone territoriali solo perché in precedenza si sono verificate manifestazioni di protesta che avrebbero ostacolato l'esercizio di diritti privati e compromesso interessi pubblici. Ma, e qui si ritorna alla questione delle questioni, per evitare la lesione di quest'ultimi valori non sono già sufficienti gli ordinari strumenti di cui dispone la pubblica

---

572 S. PALAZZOLO, *Lettera dei russi e il Viminale stoppa le proteste a Priolo*, in *la Repubblica*, 24 luglio 2019; e cfr. anche A. MARSALA, *Pressioni di Mosca su Salvini per fermare gli scioperi*, in *il Manifesto*, 25 luglio 2019.

573 Sulla diffusione della tecnica del bilanciamento anche tra gli interessi di rilevanza costituzionale per assicurare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa cfr. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 226 ss.

574 G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014, p. 602.

575 G. PINO, *Proporzionalità*, cit., p. 601 s.

576 R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 565; A. Pace, *Problematica*, cit., p. 311 ss.

autorità o già previsti dal sistema positivo? A questo proposito, basti pensare al fatto che, di recente, con il cosiddetto "decreto sicurezza" (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132) è stato ripenalizzato il "blocco stradale": di conseguenza, già questa previsione di reato (al di là della circostanza che essa risulta fortemente censurabile sia sul piano della sua conformità a vari principi e garanzie costituzionali sia su quello della politica criminale)[577] dovrebbe operare, in via generale, dal dissuadere a porre in essere fatti come quelli che vuole scongiurare l'ordinanza prefettizia. A ciò va aggiunto che la giurisprudenza è ormai particolarmente severa nel ritenere comunque illegittimi e quindi incriminabili, alla stregua di varie figure di reato, i picchetti e i blocchi, posti in essere in occasione di manifestazioni sindacali, che non si limitano ad un'attività di propaganda e persuasione, bensì trascendono in comportamenti violenti e minacciosi, specie a danno dei cosiddetti crumiri[578].

Purtroppo sul punto la pronuncia del Tar Catania è assolutamente silente, come ovviamente lo è l'ordinanza impugnata, la quale si arresta nel segnalare le "criticità" prodotte dalle "manifestazioni di protesta", senza però dire nulla sul perché non sia possibile scongiurare le suddette "criticità", come s'è già accennato, con una più accorta e costante attività delle forze di polizia e della stessa prefettura e con gli strumenti normativi già disponibili.

Infatti, i giudici catanesi si limitano ad una mera affermazione retorica, senza alcun contenuto sostanziale, secondo cui "ritenuto che l'ordinanza prefettizia impugnata appare - sempre alla luce della sommaria valutazione - rispettosa dei limiti individuati dalla Corte costituzionale con riguardo al potere di ordinanza *extra ordinem* previsto dall'art. 2 TULPS, risultando adeguatamente motivata con riguardo alle precedenti vicende verificatesi sul posto (analizzate anche nell'ambito di un comitato tecnico di coordinamento delle forze dell'ordine), non contrastante con i principi generali dell'ordinamento e con i precetti costituzionali, limitata nel tempo, dettata dall'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, l'esercizio dei diritti costituzionali dei terzi (lavoro, libertà d'impresa, libertà di circolazione), la sicurezza degli impianti industriali, nonché il funzionamento di servizi pubblici rilevanti (trasporti aerei, ferroviari e marittimi)".

Insomma, qui si è di fronte ad una straordinaria collazione di frasi fatte e di osservazioni apodittiche che danno per dimostrato ciò che in realtà si sarebbe dovuto dimostrare (vale a dire la giustificatezza del divieto assoluto di riunione e/o di assembramento), anche nell'ambito della sommaria valutazione tipica della fase cautelare (stante l'importanza dei diritti e valori in gioco), per ogni singolo punto ivi menzionato.

Anzi, si potrebbe anche dire che qui il Prefetto di Siracusa e il Tar Catania si ergono a legislatori e vanno al di là di quanto stabilito di recente da quest'ultimo. Alle due autorità infatti non è sufficiente che con il già citato "decreto sicurezza" sia stato ripenalizzato il "blocco stradale", e cioè il comportamento di chi "al fine di impedire od ostacolare la libera circolazione, depone o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie in una strada ordinaria o ferrata o comunque ostruisce o ingombra una strada ordinaria o ferrata". Forse le due autorità ritengono parimenti

---

[577] Cfr. P. LOBBA, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, in *Il decreto Salvini*, a cura di F. CURI, Pisa, 2019, p. 279 ss.

[578] Cfr. F. CARINCI – R. DE LUCA – P. TOSI – T. TREU, *Il diritto sindacale*, 8° ed., Torino, 2018, p. 375 ss.; M. NICOLOSI, *La serrata*, in www.temilavoro.it, n. 1, 2011, p. 16 ss.

insufficiente che da questo reato sia stata estromessa la particolare ipotesi (che è degradata ad illecito amministrativo, ma è sempre sanzionata) in cui i "fatti di ostruzione" sono "attuati con il proprio corpo, vale a dire gli assembramenti di persone sulla sede stradale"[579]. Sicché, il divieto di assembramento (e/o di riunione), contenuto nell'ordinanza e avallato dal Tar Catania, ha proprio lo scopo di colpire una forma di manifestazione, quella degli "assembramenti di persone sulla sede stradale", posta in essere sovente da piccoli gruppi senza particolare *audiance* presso le grandi organizzazioni di rappresentanza degli interessi, in modo tale da sensibilizzare l'opinione pubblica e la pubblica autorità. E così, con tale divieto si elimina *tout court* il disagio sociale e il dissenso, impedendo che alcuni cittadini possano esprimere la loro voce.

È assente nell'ordinanza prefettizia (e di conseguenza nel giudizio del Tar Catania) un'adeguata attenzione al contesto e alle ragioni delle condotte da cui è scaturito il relativo provvedimento. L'ordinanza parla di "manifestazioni di protesta, connesse a vertenze lavorative": è evidente che allora le azioni conflittuali erano espressione della libertà sindacale e chiaramente rivolte alla difesa del diritto fondamentale al lavoro che, seppure con le cautele risultanti dalla giurisprudenza costituzionale, giustifica la tutela speciale del lavoro, della conservazione del posto di lavoro, della stabilità dell'occupazione[580]. Il che, sulla base di un calibrato bilanciamento dei contrapposti interessi, avrebbe dovuto indurre ad adottare un atteggiamento più tollerante, rifuggendo dalla soluzione draconiana prescelta che, avvalendosi del potere d'emergenza *ex* art. 2 TULPS alquanto discusso, sancisce l'assoluta primazia delle posizioni contrapposte a quelle fatte valere dai manifestanti. D'altra parte, in questa prospettiva si muove la dottrina che tende a ritenere lecito, con il conforto di una parte della giurisprudenza, il picchettaggio ostruzionistico, e cioè la cosiddetta barriera umana, vale a dire "forme di resistenza meramente passiva tese a bloccare l'accesso alla fabbrica di persone o merci" e senza quindi esprimere alcuna violenza fisica[581]. Per giunta, v'è chi dubita "che assembramenti del tutto privi di connotazioni violente o minacciose – condotte insomma di stazionamento passivo o statico – possano integrare, in quanto di per sé ostruttive della circolazione, gli estremi del reintrodotto delitto di blocco stradale senza determinare un eccessivo sacrificio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito"[582], nonché della libertà di manifestazione del pensiero, sindacale e di riunione. E perciò potrebbe essere ragionevole ritenere che, per escludere l'illegittimità costituzionale della nuova figura criminosa, comportamenti siffatti siano del tutto legittimi grazie alla scriminante dell'esercizio di un diritto (*ex* art. 51 c.p.).

È auspicabile pertanto che provvedimenti siffatti (ordinanza prefettizia e pronuncia del Tar Catania qui analizzati) rimangano eventi del tutto isolati e che, in futuro, soprattutto il giudice amministrativo, qualora dovesse affrontare nuovi casi del genere, adotti posizioni più equilibrate, riconoscendo l'impossibilità giuridica di sacrificare a tal punto le libertà fondamentali relative alla sfera pubblica dell'individuo e essenziali e costitutive dello stesso ordinamento democratico, tra cui basta ricordare solo quelle di riunione e di azione sindacale.

---

[579] P. LOBBA, *Blocco stradale*, cit., p. 285.

[580] Cfr. V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, p. 9 ss.

[581] G. ORLANDINI, voce *Conflitto collettivo*, in *Enc. dir.,* Annali IX, 2016, p. 102. Così, F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, Il *diritto sindacale*, cit., p. 376.

[582] P. LOBBA, *Blocco stradale*, cit., p. 284.

4. Considerazioni finali.

In conclusione è necessario, però, affermare che la sensazione è quella che, sullo sfondo dell'ordinanza prefettizia e della decisione del Tar Catania, aleggi una non condivisibile visione (si potrebbe dire una precomprensione) negativa del conflitto collettivo *lato sensu*. E cioè, come se il conflitto fosse di per sé solo un fattore di disturbo dell'ordine costituito, e quindi un mero "problema d'ordine pubblico", che va preservato ad ogni costo. In questo modo, si esprime una posizione che dovrebbe rappresentare un vero e proprio fossile e che dominava in anni ormai lontani quando il sistema democratico muoveva i primi passi e non era pienamente assestato. In un tempo in cui "per troppi giudici, e per tutti i Prefetti della Repubblica, lo sciopero era sinonimo di disordine, se non di eversione"[583]. E in cui fioccavano "i divieti di manifestare, di distribuire volantini, di portar cartelli, di organizzare comizi o dibattiti, i sequestri della stampa"[584].

Basti infatti ricordare l'esempio usato da un noto storico per descrivere l'atteggiamento governativo nei confronti delle agitazioni sindacali negli anni cinquanta del secolo scorso. Così: "se domandate ad un galantuomo che cosa è *l'ordine* – ricorda Leonardo Sciascia in un diario elettorale del 1954, contenuto nelle Parrocchie di Regalpietra – avrete la risposta più azzeccata; magari vi metterete a ridere ma, ripensandoci, vi accorgerete quanto azzeccata è: *l'ordine* – dice il galantuomo – è la proibizione di far sciopero"[585].

Tuttavia, con ciò si dimentica che oggi "il conflitto collettivo è riconosciuto come valore positivo nel modello di ordinamento disegnato dal legislatore costituente"[586]. Più in generale, il conflitto d'interessi (non solo nell'area delle relazioni industriali) è una componente strutturale delle società democratiche e pluralistiche, che appunto riconoscono la legittimità del dissenso, della competizione e della contrapposizione delle variegate sensibilità diffuse nella comunità[587]. Negli assetti pluralistici è, infatti, compito delle istituzioni pubbliche difendere il principio di tolleranza e fare sì che il conflitto non diventi distruttivo, ma porti ad un miglioramento del benessere complessivo, e specie dei soggetti più deboli. Il che richiede un costante e attento lavoro di mediazione delle istituzioni che sappiano favorire la composizione pacifica anche delle vertenze più esasperate[588].

---

583 U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, Bologna, 1995, p. 136.

584 S. RODOTA', *Le libertà e i diritti*, in *Storia dello Stato italiano*, a cura di R. ROMANELLI, Roma, 1995, p. 354; e cfr. D. DELLA PORTA – H. REITER, *Polizia e protesta*, cit., p. 100 ss.

585 S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana*, Venezia, 1992, p. 64.

586 G. ORLANDINI, voce *Conflitto collettivo*, cit., p. 97. Così, cfr. G(iovanni) PINO, *Conflitto collettivo*, cit., p. 268 ss.; V. BAVARO, *Lo sciopero e il diritto fra innovazione, tradizione e ragione pratica*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 289 ss.; M RUSCIANO, *Conflitto collettivo e sciopero tra Costituzione e ordinamento intersindacale*, in *Diritti fondamentali*, cit., p. 6 ss.; F. SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, in *Trattato di diritto del lavoro*, cit., p. 8 ss.; M. RICCI, *Sciopero nei servizi*, cit., p. 1 ss.; L. MARIUCCI, *Il conflitto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 14 ss.

587 Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 53; C. BORDOGNA – R. PEDERSINI, *Relazioni industriali*, Bologna, 2019, p. 20 ss.; il fondamentale, O. KAHN-FREUND, *I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*, in *Politica sindacale*, 1960, p. 9 ss.; nonché G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi*, cit., p. 359 ss. e R. DEL PUNTA, *Lo sciopero*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato* a cura di F. CARINCI, t. I, *Il diritto sindacale*, coordinato da G. PROIA, Torino, 2007, p. 393 ss.

588 Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Torino, 2016; gli scritti sul tema *Il valore del dissenso*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 4; B. VENEZIANI, voce *Mediazione nei conflitti di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, p. 1 ss.; nonché, sulle moderne strategie di controllo dell'ordine pubblico, improntate a metodi dialogici e negoziati, in cui l'intervento coercitivo costituisce *l'extrema ratio*, cfr. D. DELLA PORTA – H. REITER, *Polizia e protesta*, cit., p. 343 ss.

Nel caso siracusano, forse, un'autorità pubblica più matura, meno sensibile alle pressioni dei nuovi "galantuomini", avrebbe potuto prendere esempio da Giovanni Giolitti che, pur con innumerevoli contraddizioni, ma in anni molto più complessi di quelli attuali, cercò di favorire la partecipazione delle classi popolari alla vita pubblica e di avviare un drastico cambiamento di rotta rispetto alle precedenti sistematiche repressioni governative delle agitazioni sindacali. È emblematico il fatto più volte raccontato, in varie versioni. "Un senatore di Mantova gli dice: 'Presidente, onorevole, l'altro giorno ho dovuto spingere l'aratro'. E Giolitti secco: 'ha fatto bene, senatore Arrivabene, così si renderà conto delle condizioni in cui vivono i suoi contadini e aumenterà le loro paghe'. Questo è Giolitti"[589].

Nulla di tutto ciò si rinviene nei fatti siracusani. Le "zone rosse" create dall'ordinanza prefettizia sono, *mutatis mutandis*, la realizzazione del sogno dei "galantuomini" dell'esistenza di luoghi dove non può accedere chi sente il bisogno di fare sentire la sua voce, di urlare e di protestare a causa della sua precaria condizione lavorativa o del suo vero e proprio stato di indigenza. E quindi di luoghi da dove sono banditi i disoccupati e gli stessi lavoratori "ribelli", di luoghi dove domina la legge del più forte.

Tuttavia, l'esperienza insegna che è illusorio pensare di eliminare le spinte conflittuali che promanano dalla stessa condizione di necessità in cui si trovano gli individui, con soluzioni semplicistiche, appunto come quelle adottate dai provvedimenti esaminati, senza affrontare i nodi reali che ne stanno alla base attraverso adeguate politiche pubbliche. D'altra parte, non è appunto quest'ultimo il chiaro messaggio che promana dal fondamentale comma 2 dell'art. 3 della Costituzione?[590].

---

[589] E. GENTILE, *1900. Inizia il secolo*, in AA.VV., *Novecento italiano*, Roma-Bari, 2008, p. 19.

[590] Cfr. U. ROMAGNOLI, *Sub art. 3, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 165 ss.

Workplace Bullying in Italy. Malicious Intent and Role of EU Anti-discrimination Law*

Raffaello Santagata de Castro

1. Introduction. 210

2. Mobbing: a judge-made definition. The controversial role of malicious intent. 211

3. Mobbing and harassment. The broad use of the term "harassment". 213

4. The fragility of the definition of mobbing and the problematic use of the new concept of straining. 219

References. 222

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 399/2019

1. Introduction.

Over the last two decades of the 20th century, bullying in the workplace, including both mobbing and harassment, has been the subject of much attention from Italian labour lawyers[591] and courts. As Italian law has no special rules dealing with mobbing and lacks a statutory definition of the phenomenon[592], courts and legal scholars have been called upon to seek a precise definition for themselves and to identify the general characteristics required to constitute what we commonly define as mobbing. Several academic disciplines (such as psychology, medicine, sociology, etc.) have shown increasing interest in it[593], and there is no doubt that dialogue with these disciplines has influenced the courts' definitions and conceptualizations of mobbing to some extent. The problem is that the medical and/or sociological sciences, on the one hand, and the legal sciences, on the other, often use a different language and consider different meanings of the term "mobbing".

Heated discussion has long been ongoing among Italian labour law scholars regarding the most effective way to combat bullying in the workplace. The application of the definition of "mobbing" adopted by the courts has been strongly criticized by some academics[594] because non-legal definitions developed in fields pertaining to sociology are unlikely to be applicable automatically[595]; other lawyers suggest avoiding the term "mobbing" altogether, as use of this term raises more questions than it answers and can only be applied with the help of a legal filter, such as that provided by legislation on moral harassment[596]; lastly, rather than using the notions from psychology, other writers recognize that the concept has no substantive meaning but can be used as a "legal framework" and, to a certain extent, play a "cognitive" role despite providing little guidance for practitioners[597].

It is now anachronistic to propose a statutory solution to end "bullying in the workplace". It should be stressed that in recent years Italian courts have been under increasing pressure to respond to the new challenges of information technology and have addressed problems relating to the spread of "new" forms of harassment and offensive conduct[598] capable of threatening, humiliat-

---

591 There is a vast literature on the subject in Italy. Special mention may be made, for example, of Tosi, 2004; Pedrazzoli, 2007; Scarponi, 2009.

592 On this topic a regional Law for Lazio (no. 16 of 11 July 2002) attempted to introduce an organic regulation but this attempt failed as the Constitutional Court held the norm to be unconstitutional (ruling no. 359 of 19 December 2003): see, for example, Lassandari, 2007, p. 40.

593 For early studies on this topic see Leymann, 1993; Id., 1996; Ege, 1997; Id., 2019.

594 See Proia 2005, p. 827; Boscati, 2001; Gragnoli, 2003.

595 Del Punta, 2003, p. 539; Viscomi, 2002, p. 47, Tullini, 2000, p. 251; Luciani, 2007, p. 146.

596 The term "moral harassment" was first adopted to define the phenomenon by Hirigoyen 2000; see also Lerouge 2010 p. 109; *Contra* Ege 2019, p. 44.

597 Pedrazzoli, 2009, p. 5

598 One commentator attributes the increasing frequency of workplace bullying in America to "the growth of the service-sector economy, the global profit squeeze, the decline of unionization, the diversification of the workforce, and increased reliance on contingent workers": Yamada 2000. On the broad variety of legal strategies used to protect workers from bullying in some countries, see Lippel 2010.

ing or infringing the dignity of the person; and they have therefore attempted to assess the adequacy of the traditional judge-made notion and to develop a new, more flexible legal concept, known as "straining".

2. Mobbing: a judge-made definition. The controversial role of malicious intent.

According to the traditional judge-made definition, the term "mobbing" should be understood in a broad sense to include, on the one hand, behaviour that, taken alone, can be classified as illegal and can lead to prosecution in a criminal court (e.g., sexual harassment, discrimination, unjustified transfer, etc.). On the other hand, there is "neutral conduct" (for instance, any vexatious form of non-verbal communication) not constituting illegal behaviour but systematically connected by the intention of harassing the victim. At the same time, after identifying the provisions on which a victim of mobbing can rely, the courts and employment tribunals have interpreted very narrowly the general prerequisites that must be fulfilled in order to establish a successful claim based on mobbing, mostly borrowing the parameters developed in medical science.

In a 2017 case, for example, the question arose as to whether a situation in which a private civil servant had been relieved of all tasks and relegated to total inactivity for a long period of time could be qualified as "mobbing". The Court of Cassation[599] held that stringent requirements need to be satisfied for a claim of "mobbing" to be established. First of all, mobbing must be seen as a series of single actions of a persecutory nature over a long period of time, which, if taken alone would be either illegal or lawful, all systematically linked by the goal of harassing the victim. The Court therefore focuses on the continuity of the actions on the part of the perpetrator (the employer or supervisor or other employees subjected to the leadership of the former). Secondly, the behaviour in question must be such as to violate the personality, dignity, and/or physical or mental health of a worker, jeopardizing his or her future career. Thirdly, in order to establish a successful claim for mobbing, there must be some causal link between the breach of duty brought about by the described behaviour and the harm suffered; and lastly, the court stipulated that the employer has to prove that the employee acted with the clear intention of doing harm[600].

Although the courts have long played a significant role in shaping the definition of mobbing and have sought to identify the phenomenon, stating what precisely the general characteristics that constitute this concept are is still highly problematic[601].

One of the most critical aspects relating to the traditional judge-made definition concerns the role played by the malicious intent of the perpetrator of harassment. In this respect, courts and labour law scholars have adopted two specific approaches that differ little from the previous approach to antidiscrimination law. Opinions diverge on whether the causal link between harassment (mobbing) and damages is an objective or a subjective standard. In some rulings, in order to avoid introducing a sort of "objective responsibility", the Court of Cassation held that this link

---

[599] Cass., January 27, 2017, no. 2142.

[600] For these preconditions, see also Tribunal of Turin 18th December 2002.

[601] The notion of workplace bullying is still a subject of controversy also in medical literature. An up-to-date notion, constructed on the Leyman definition but calibrated more towards the context of the company and legal responsibility, is that developed in *Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften.* See Windemuth, Paridon, Kohstall, 2003, pp. 59-62.

is established only if malicious intent on the part of the perpetrator of the harassment has been proved[602]. This approach probes the mental state of the perpetrator and requires that the employer, intentionally or negligently, unlawfully injures or endangers directly (e.g., damaging or stealing private belongings) or indirectly the victim's health, right of personality, property rights, or financial interests (dolo generico or dolo specifico respectively in Italian)[603]. The subjective approach has also been endorsed by some legal scholars and is justified by the fact that mobbing must be seen as a combination of single events where the malicious intention of the perpetrator of harassment, i.e. the purpose of violating the right of personality, dignity, or health of the victim, can be considered as a "functional cohesion factor", as it systematically links the single events[604].

In other words, some forms of behaviour, consisting of acts that, taken alone, are illegal or unlawful in themselves, such as discrimination, unjustified transfer, unjustified denial of promotion, downgrading responsibilities without good reason etc., can be considered mobbing only if the victim can prove the malicious intent of the employer to bring about the social exclusion of the employee[605].

This approach has been challenged by writers who support the opposite view, the so-called theory of "objective harm", whereby mobbing exists even in the absence of malicious intent by the perpetrator of the vexatious acts. Victims of workplace bullying only have to prove that the mobber's behaviour impinges on the dignity of the person concerned: not only does the burden of proof for the harassment lie with the employee but also that regarding the causality between such acts and the harm occurred. There is no need to prove positive intention to violate the victim's right of personality. According to some scholars, this approach, which considers the effects rather than the intentions, can produce best results in terms of the effectiveness of the regulation, as proof of the state of mind or malicious intent is not necessary to give rise to a claim for workplace bullying, and therefore the burden of proof is not, from past experience, expected to be so difficult to meet.

This opinion, endorsed, albeit with some degree of ambiguity, by the Constitutional Court, has also been supported to some extent in recent rulings of the Supreme Court, which held that conduct violating the victim's health, right of personality, or property does not exonerate the employer from liability in the absence of malicious intent by the perpetrator of the vexatious acts[606]. It is probably premature to speak of a reversal of the previous case law; however, there is no doubt that the Court has decided to review its position on the distribution of the burden of proof between employees and employers in mobbing cases in an attempt to reach a compromise between the two approaches. In particular, it is recognized that, within the meaning of art. 2729 of the Italian Civil Code, evidence of intent can also be provided indirectly, as the presumption that

---

[602] Cass. May 23, 2013, no. 12725; T.A.R. Liguria, Sez. II, July 21, 2010, n. 645.

[603] T.A.R. Lazio January 13, 2015, no. 439.

[604] Tullini, 2000, p. 257.

[605] Viscomi, 2002, p. 53

[606] Cass. June 20, 2018 n. 16256, cf. Nunin, 2019, p. 380

mobbing has occurred can be deduced from the general characteristics of the behaviour in question, such as the continuity between the single events[607].

This view can be endorsed as it is in line with the basic canons of fairness and justice, insofar as it identifies the victim of mobbing as a "weaker party" with regard to the availability of suitable means to prove malicious intent. However, it should be noted that these requirements could be better fulfilled by using remedies in anti-discrimination law, which has changed the burden of proof in discrimination cases, in view of the fact that the defendant has much better knowledge of what occurred than the claimant[608]. This means that if the complainant proves facts from which a court could conclude, in the absence of adequate explanation, that the respondent committed an act of discrimination against him or her, the judge will find for the complaint, unless the respondent proves that (s)he did not commit the act.

The crucial question therefore arises of whether, and to what extent, the concept of harassment, as identified in the legislative decrees on discrimination, can include mobbing (Art. 2, para. 3, of Legislative Decree No. 215/2003; Art. 2, para. 3, of Legislative Decree No. 216/2003) provided that discrimination and mobbing have, as will be seen below, some key characteristics in common, especially in terms of consequences.

3. Mobbing and harassment. The broad use of the term "harassment".

Among labour law scholars, the concept of harassment and the notion of mobbing are often used interchangeably in view of the fact that the personality, dignity or physical and/or psychological integrity of an employee can be violated both when moral or sexual harassment based on protected factors, actually takes place, and when the victim's health, right of personality, and property rights are endangered, as typically occurs in cases of workplace bullying[609].

The Italian legislator confirmed the view supported by a number of legal scholars before the amendments were introduced[610] and included harassment within the concept of discrimination, extending the definition of moral harassment to include that related to an employee's race, colour, or nationality, so that unlawful harassment can now refer to any of the protected characteristics, other than pregnancy, maternity, marriage and civil partnership (according to art. 2 Legislative Decree 215 and 216 of 2003: "Harassment is considered discrimination", or in the original text "sono considerate discriminazioni le molestie"). Not very surprisingly, in an initial definition of sexual harassment, one of the conditions necessary to meet the definition of harassment is constituted by a typical element of the notion of bullying in the workplace developed in case law and by legal scholars, despite its absence in the European definition, i.e. continuity between the single events.

There is no doubt that the links between sexual harassment and mobbing are so close, starting from the factual level, that it is difficult to draw a sharp distinction. Harassment often constitutes

---

[607] Aloisi, 2018; Lazzari, 2018.

[608] In many cases, Italian Courts have used the means provided by antidiscrimination law to establish some alleviations of the standard of proof. See Cass. 5 November 2012 no. 18927; Cass.15 November 2016, no. 23286, in *temilavoro.it*, 2017, with a comment by Venditti. For the opposite view in the German system, see Bag 25 October 2007. See also Fischinger 2010, p. 180.

[609] Malzani, 2014, p. 331.

[610] De Simone, 2019, p. 32; Lazzeroni, 2007, p. 379.

the preamble to, or becomes a component part of, a mobbing strategy: this happens whenever an offender initially confines himself to sexual harassment and subsequently (perhaps as a result of refusal by the victim) becomes a mobber, being convinced that the person who rejected him must be punished. Ultimately, the demarcation line is not clear as there is sometimes an overlap between the two forms of behaviour, and it cannot be ***ruled out that*** harassment actually becomes a means of mobbing whenever the mobber decides to harm the victim through unwanted sexual acts in addition to comments of a sexual nature. In view of this factual link, it is not surprising that, since the earliest EU legislation, sexual harassment has generally been considered in concomitance with mobbing[611].

As the workers' protected interests in cases of moral harassment and mobbing are similar, it is important to clarify whether, and how far, the answer to the question concerning the necessarily intentional nature of actions constituting mobbing may be found in anti-discrimination law.

It is widely known that this fundamental aspect of the concept of discrimination has been subjected to close scrutiny in case law on sex discrimination. The ECJ holds that the causal link between the protected interests and the adverse treatment received by the victim is established when the treatment is based on, or caused by, some prohibited classification, regardless of any malicious intent by the perpetrator of the vexatious acts [612]. In other words, the existence of some subjective mental state cannot be considered as a precondition for establishing direct discrimination[613].

As far as harassment is concerned, the definitions refer to "unwanted conduct" that takes places with the "purpose or effect" of violating the dignity of the person concerned, in particular where it creates an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment (art. 26 Decree no. 198 of 2006). The broad definition is similar to that of mobbing, as it does not focus on the objective characteristics of the forbidden behaviour, but on its ability to create an intimidating, hostile (etc.) environment and to affect the dignity of the person concerned. The legislator not only adopts a "teleological" criterion, but in referring to the "unwanted" aspect of the act, clarifies that harassment must also be assessed subjectively, considering the perception of the complainant. Unlike mobbing, the concept of harassment under antidiscrimination legislation requires neither continuity between the single events nor evidence of the intention of the perpetrator of the harassment.

The wording is vague as Italian legislation requires the unwanted conduct to be "based on" the relevant protected characteristic ("per ragioni connesse al sesso" ["for reasons connected with sex"]): therefore it could be interpreted as referring to the intention of the perpetrator of the harassment. However, such an interpretation would conflict with European law, where there is

---

611 See in particular the European Parliament *Resolution* on harassment in the workplace (*2001*/2339(INI)). AS-0283-2001 and, more recently, Resolution no. 2055 of 11.9.2018 on measures to prevent and combat mobbing and sexual harassment in the workplace, in public spaces, and political life in the EU (A8-0265/2018).

612 Case C-127/92 [1993] ECR I-5535.

613 The USA is the only jurisdiction where a subjective approach has been endorsed by the Courts. See Kaithan, 2015, p. 71. On the concept of discrimination and the role of the intent in UK jurisprudence see, recently, Santagata de Castro, 2019, p. 229.

nothing to allow emphasis of the importance of intention[614]. EU antidiscrimination legislation makes it clear that the behaviour (and not the reason for it) is related to sex.

Although the definition refers to an action that requires "the aim" of violating the complainant's dignity as well as creating an intimidating, hostile, etc, enviroment, it should be be pointed out that this approach also focuses on the "effect" of the undesired behaviour (Dir. nos. 43 and 78 of 2000 and no. 73 of 2002). Moreover, it would be difficult to deny that the subjective approach, as in discrimination law, might create problems regarding the effectiveness of anti-discrimination protection: the burden of proof, lying with the victim of harassment, is often hard to fulfill in practice. The complainant is obliged to present evidence to support the presumption that moral harassment has occurred and, in particular, has to prove that the acts of harassment took place as well as the causality between these acts and the harm that occurred. However, a claimant seeking to establish a prima facie case is likely to encounter some difficulties proving the facts in the event of ambiguous behaviour (ambiguous comments or apparently chance groping). Moreover, in most cases, the offender deliberately tries to avoid acting in the presence of witnesses.

The case of mobbing differs insomuch, as we have seen, that the employee is protected against actions liable to infringe the dignity of the person or his/her legal interests regardless of whether there is a protected characteristic (sex, race, sexual orientation), and can invoke strong remedies to successfully establish a contractual claim against the employer (art. 2087 ICC). On the other hand, the typical elements of the notion of bullying in the workplace that have developed in case law are 'continuity' and 'reiteration'. Yet, these different characteristic elements do not seem to be significant enough to differentiate mobbing from harassment in terms of the applicability of antidiscrimination legislation. This may mean that in the case of workplace bullying it ought to be unnecessary to prove any particular motive or intention to cause harm on the part of the employer.

Emphasis on the common ground between mobbing and harassment can be derived from two important changes to the legal framework. The first concerns the most recent Corte di Cassazione case law on mobbing. The Court has shown a tendency to reduce the scope of reiteration, which had been the main (and characteristic) aspect and has led to a new model of bullying in the workplace, known as straining, discussed in § 4 below.

The second important change regards the scope of antidiscrimination law: the acts prohibited by anti-discrimination law have been significantly broadened in more recent legislation, and now also cover some forms of unlawful harassment. The point to be made is that in the light of this tendency, the concept of bullying in the workplace appears closer to that of harassment/discrimination under EU and Italian legislation. Both prohibited forms of behaviour focus on the violation of dignity. In our opinion, harassment cannot be considered a new form of discrimination as the Italian legislator has not altered the scope of the concept of "discrimination" by implementing the European definition of the concept[615], which still requires a comparison. However, it did extend the various remedies available to targets of discrimination also to the victims of harassment.

---

[614] In German legal scholarship, see Bauer, Krieger, 2015, § 3 Rn. 54, and lastly, very clearly, Schäfer, 2018, p. 60, who, referring to the formulation of the directives, states: "*Für die Richtlinien ist „jede Form von […] Verhalten sexueller Natur" in Betracht zu ziehen. Die subjektive Komponente, die in der nationalen Formulierung angelegt ist, findet hier keinen Eingang*".

[615] For an opposing view: Corazza, 2009, p. 106 and Barbera, 2003, p. 413 according to whom discrimination includes "harassment" (sexual and moral).

In this way, the new provisions brought no change to the genetic code of the antidiscrimination legislation, i.e. its historical aim to protect the rights of social groups (more likely to be) at risk of marginalization but laid great emphasis on the link between equality and human dignity. In this respect, it should be pointed out that the (broad) definition of harassment is very similar to that (judge-made) of mobbing, as in both cases the main legal condition for applying the specific remedies (see below) available is that the employer's behaviour in the case in point impinges on the dignity of the person[616]. In effect, there are a growing number of scholars who support the opinion that the notion of harassment could be invoked in a broad sense so that all (or almost all) cases of mobbing could fall within its scope of application.

The main advantage of invoking this notion is that of "avoiding excessive recourse by those interpreting the law to the findings of medical science and psychology"[617], making it easier to question the subjective approach in cases of mobbing and thus alleviate the victim's burden of proof[618], as the victim would therefore be able to take advantage of the more favourable provisions found in antidiscrimination Law (art. 40 of Decree no. 198/2006). However, Italian case law, unlike other jurisdictions (see below), only rarely seems to give necessary weight to the similarities between the two definitions. As Italian law lacks a statutory definition of mobbing, the courts have tended to refer to art. 2087 of the Italian Civil Code, stating the duty to protect not only employees' "physical integrity" but also their "moral personality" (a duty that can be correctly classified as an obligation to protect). The reference to "moral personality" is an important means to guarantee effective application of the basic principles laid down in the Constitution by arts 2 and 32 in relation to art. 41 of the Constitution, such as the constitutional guarantee of the dignity of the worker[619].

Art. 2087 of the Italian Civil Code therefore adopts a very dynamic method and can be considered an adequate means of ensuring that a victim of mobbing can successfully establish a claim against an employer in cases of mobbing and straining alike. According to this provision, in the management of his enterprise the employer not only has a duty to adopt all measures necessary to protect the physical integrity and moral personality of his employees but also a duty to (actively) protect the employee from the behaviour of supervisors, co-workers, and third persons over whom the employer exercises influence[620].

However, there is no doubt that (many) cases of mobbing can come under both the duty to protect the employees' health and safety and the scope of anti-discrimination law. This tends to support the view of those who argue that an action that can be defined as harassment can also fulfil further requirements so as to constitute mobbing[621]. In practice, it is also necessary to take into account that neither definition, being constructed in teleological terms, focuses on the structural

---

616 Malzani, 2014, p. 333; Corazza, 2007, p. 108

617 Scarponi, 2009, p. 29; see also Del Punta, 2006, p. 21.

618 Del Punta, 2013, p. 25

619 Vallebona, 2005, p. 2.

620 Del Punta, 2006; On the duty to provide safe conditions of work (art. 2087 c.c.) see also Zoppoli L., 2008, p. 8; Natullo, 2007.

621 Benecke, 2003, p. 227 speaks of a «*Spezialfall*».

characteristics of the unlawful conduct but on its potential to violate personal dignity[622].

Whether or not the most sophisticated anti-discrimination protection techniques aimed at countering harassment by employers are applicable depends only on the kind of relationship in practice between mobbing and harassment. The identification of a species-to-genus relationship – in addition to the advantages mentioned above – would offer important opportunities from the perspective of protecting the worker's right of personality[623].

From this standpoint, the attempt – made in some judgments – to draw too sharp a distinction between mobbing and harassment is not at all convincing. In this regard, to quote one example, it may be worth mentioning a decision in which the Court of Como (May 22, 2001) rejected the employee's claim, making a rather arbitrary theoretical distinction. According to the court, mobbing – also in view of its ethological genesis – should be characterized by a collective dimension, aiming to force the victim to leave the company and terminate his or her contract of employment. Moreover, it would include a "set of actions, each of which is formally legitimate and apparently inoffensive". In contrast, the Court considers harassment to be an individual action aiming to humiliate or harass the victim. The censured behaviour is therefore to be regarded more as bullying than as harassment since "the action is carried out by one person", whereas mobbing involves more persons and aims to drive the victim from the company.

This view could be criticized as being inadequate because it emphasizes two requirements that are, in practical terms, more or less irrelevant. The idea that mobbing is to be regarded as a collective phenomenon and cannot therefore be considered to be such whenever the hostile or persecutory behaviour in the workplace is carried out by a single person, is far from convincing.

Moreover, the aim of driving the victim from the company cannot be accepted as a helpful and valid criterion to distinguish mobbing and harassment.

As discussed above, the existence of a clear intention to do harm cannot be considered a precondition for establishing that a given conduct is indeed mobbing. The view that mobbing can take place only if the victim can prove the malicious intent of the employer to bring about the social exclusion of the employee is very questionable. Moreover, it is quite possible for someone to regard a rival colleague as an obstacle to their career advancement and therefore decides to damage his or her reputation and work conditions in order to cause their (physical, moral and psychological) isolation, without aiming for any exclusion (horizontal mobbing).

However, in a more recent ruling, instead of taking into account the possible similarities and points of overlapping between mobbing and discriminatory behaviour, the Court (Tribunale di Como, March 20, 2017, No. 36) held that the employer's behaviour was to be regarded as sexual harassment: in this case the employer made no attempt to contain his irrepressible expansiveness and had manifested this behaviour with almost daily frequency, consisting of vulgar jokes, comments of a sexual nature, allusions, and physical contact of a sexual nature: since it was not a matter of "one single act of harassment but repeated actions, systematic hostilities occurring over a long period of time (almost daily for over 5 years)", connected not by "an intent to make a sexual approach, but by the sole purpose of causing damage, offending, and humiliating the

[622] Viscomi, 2002, p. 59.
[623] Corazza, 2007, p. 112.

victim", the Court could have also defined the behaviour as mobbing, or in any case, recognized an instrumental relationship; however, this did not happen, and the court made absolutely no reference to art. 2087 of the Italian Civil Code.

Lastly, it is interesting to reflect on the different lines developed in the courts of other jurisdictions, such as that of Germany, where mobbing has also been the subject of great attention. It should be pointed out that while in Italian case law mobbing and harassment are, as a rule, understood to be alternative, if not antithetical, German case law, on the contrary, while maintaining an appropriate distinction, appears to be more inclined to endorse a broader definition of harassment, with the practical implication that this concept is increasingly being extended to various kinds of mobbing.

As in Italy, German law has no legal concept corresponding to mobbing even if case law has played a very important role in its development. According to a first definition used by the Federal Labour Court, before the General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*) of 2006 was adopted, mobbing is to be understood as a "behaviour systematically aimed at opposing, harassing or discriminating either on the part of colleagues or by the supervisor"[624] or in "repeated and interdependent actions" ("fortgesetzte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende") with the purpose of violating the fundamental rights of personality inherent in the employment relationship, as well as other equally protected rights, such as the dignity, honour, or health of the victim[625].

The most prominent characteristic of the notion of bullying in the workplace is that this violation is deemed to be a combination of single, inherently neutral actions, systematically linked by the goal of forcing the victim to terminate the employment contract. This is not the case in the event of harassment (*Belästigung*) as specified in § 3 c. 3 of the AGG, which, while normally characterized by repeated behaviour, may well take a different form when there is only one single act. In both cases the employer's behaviour must potentially violate the victim's rights or dignity. In this perspective the Bundesarbeitsgericht ("Bag"), in more recent rulings, not only emphasizes that the definitions are conceptually very similar, but also clearly states that the definition of *Belästigung* embodies the notion of "mobbing", which is characterized by the fact that the intimidating environment to which the AGG refers is not created by a single and isolated action, but rather by a series of single actions[626].

Therefore, the general elements that constitute what is understood as mobbing and harassment are not exactly the same: also in German law, the two definitions differ in more than one element. In contrast to harassment, mobbing – which the courts have found to be in breach of a provision stating a more general duty of protection (*Rücksichtnahmepflicht*: co. 2 of § 241 BGB) (Bag February 28, 2010), as a specification of the duty of good faith referred to in § 242 BGB (*Fürsorgepflicht*) (Lag Thüringen, February 15, 2001) – requires the offender's actions to be cul-

---

[624] Bag, January 15, 1997, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht [NZA-RR] 1997, 781,

[625] LAG Thüringen, 15 February 2001.

[626] Bag, October 25, 2007, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* [NZA-RR], 2011, 378 [379]. See also Fuchs, Baumgärtner, 2019.

pable, namely either intentional or negligent (*Verschulden*) (Bag October 25, 2007, cit.). Moreover, even in the presence of this element, harassment ("diskriminierendes Mobbing") occurs only when the conduct is related to a protected characteristic the victim has or is thought to have (race, sex, religion etc.) given that the AGG cannot be considered an anti-mobbing regulation[627], so that only in this case will the mobbed worker be able to denounce the double unlawfulness of the conduct and take advantage of the privileged protection provided by § 15, c. 1-2 of the AGG[628].

4. The fragility of the definition of mobbing and the problematic use of the new concept of straining.

Intent is not the only problematic element characterizing the judge-made definition of mobbing, which has been borrowed from the medical and/or sociological sciences. This definition is also challenged on other grounds. It is crucial to note that the spread of "new" forms of harassment and aggression to the emotional sphere – through the development of information technology, the greater role of highly specialized tasks and the increasing mobility and flexibility of labour policies associated with the excessive stimulation of production, productivity, and efficiency[629] – gives rise to a growing gap between the legal model, developed through "praetorian" law, and social phenomena, which takes more and more different forms. In such a situation there is a growing need for the concept of mobbing to adapt and extend in scope.

In particular, courts seek to argue that alleged mobbing actually took place even in situations that could not be considered such because there was no continuity between the single events; but they frequently also adopt a narrow definition of mobbing and argue that the definition cannot be used in cases where this important element is lacking, thus depriving the employee of adequate protection. An important case – in a judgment handed down before the term "straining" appeared in any of the Court's decisions – is that of a municipal employee who suffered serious prejudice as a result of removal from a management role in a prestigious operating sector, at the same time having to accept relegation to a task of equal, albeit clearly less important, rank in addition to being transferred to a poorly equipped office, lacking personnel and material resources.

Even if in this case there were no repeated or systematic attacks on the target(s) because there was only one action, the Court doubted that an act of mobbing might be attributed to the employer since "the employee suddenly found himself deprived of decision-making, managerial, and operative power"[630]. In another case, the Court argues that bullying may occur (and therefore the employer can be considered liable for the legal consequences) in a situation where the employer, after inviting a female worker to resign, gives her an excessive workload, not only from the quantitative but also from the qualitative point of view: in the case at hand, the employer changed the range of tasks that the employee had been used to working on and assigned her multiple activities, some of which were impossible to perform due to her lack of adequate professional skills[631].

---

[627] Latzel, 2012, p. 100

[628] Benecke, 2008, p. 363

[629] Ichino, 2007.

[630] Trib. Lanciano, February 1, 2001

[631] Trib. Milano, February 28, 2003; on compensation for "overwork" Cass. June 7, 2007, n. 13309; Cass. September 1, 1997, n. 8267; Cass. September 2, 2015, n. 17438.

The Court decided that "although these are activities which, taken individually, are relatively simple, it is clear that performing them simultaneously could justify shortcomings without any real disciplinary content or actual inertia from the point of view of the obligation of diligence, (...) provided that, for the company, normal diligence was perfection, and any imperfection a lack of diligence". In neither of these cases are the arguments minimally convincing, since the use of the definition of mobbing in situations where there is only one action is in obvious contradiction to the established case law, according to which the rules regulating the topic are applicable only if mobbing can be seen as a combination of single events, irrespective of whether the psychiatric illness suffered by the employee can be considered as the result of being overworked. Hence it is necessary to fine-tune the case law on mobbing in order to render the concept more inclusive and adapt its traditional structure to an ever changing reality and a wider variety of concrete cases.

It is interesting to note that two alternative solutions can be offered: the first option is to continue to leave the problems of interpretation to the labour courts, which could choose to extend the notion of mobbing, interpreting it in a way that is compatible with the Constitution, in order to widen the series of events that may entitle the victim to claim damages. The second option is to introduce a new and distinct legal category in order to bring the hitherto excluded cases of harassment back into the scope of protection.

Italian case law signals a preference for the second solution: adopting the term "straining", coined by Harald Ege: it expands on the concept of mobbing and uses a completely new category, similar to bullying but characterized by the fact that it can be inferred from one single action, although its effects last over time, subjecting the victim to a particular condition of stress far greater than that normally arising from the job.

According to the allusive image used by Ege himself, the phenomenon could be likened to that of a "pebble in the pond", "extending itself in concentric circles even after the first of them has now disappeared under water"[632]. In order to establish a successful claim based on straining it is necessary to prove that there is at least one single act and that it has systematic and ongoing negative effects on the personality, dignity or health of the victim; moreover, it is necessary to distinguish between two types of harassment or abuse: those involving physical or social isolation, general passivity towards the victim, and material lack of (appropriate) work ("under-activation", such as a change to a lower job position or forced inactivity) on the one hand, and those involving an excessive workload ("over-activation", "over work") on the other.

The new legal category was adopted for the first time in 2005 in a pioneering court ruling of the Court of Bergamo, which, being called upon to rule on the case of a worker forced into total inactivity for over two years, clarified that the employee was entitled to pecuniary damages for demotion and, if he or she suffered sexual harassment or if the victim's health was harmed, to damages for pain and suffering ("danni esistenziali"). The Court held that protection from harm caused by mobbers extends to that caused by a strainer. In this judgment, the Court defined straining as "a situation of forced stress in the workplace, in which the victim suffers at least one negative effect, […] which […] is also of a prolonged nature". A fundamental requirement is that there be an imbalance in power between the perpetrator and the victim. "Straining is carried out

[632] Ege, 2019.

specifically against one or more people but always in a discriminatory manner".

The new term has also become part of the lexicon used by the Supreme Court of Cassation, which, applying the dichotomous approach, has also gone far beyond the notion of mobbing in the strict sense. In a clear attempt to draw a distinction between mobbing and straining, the Court recently ruled that in the case of straining, the worker suffers "hostile actions (...) limited in number and partly spaced over time", clarifying that – the S.C. goes on to add – these actions must be such as to cause the victim "a negative, constant and permanent effect on working conditions" capable of endangering his or her health[633]. Therefore, although the requirements for mobbing are not satisfied, the hostile actions may violate, if examined separately and distinctly, the employees' fundamental constitutional rights. This means that, according to the Supreme Court, the demarcation line between mobbing and straining is to be based on "quantitative" elements consisting of a "different form of bullying characterized by the non-continuous nature of the vexatious actions"[634]. However, this approach is not at all convincing, as it can easily give rise to misunderstandings. In the scholarship, straining has been designated as a protection for the employee against one single hostile act, which, in itself unlawful, produces ongoing consequences over time and is perceived negatively by the "strained" party. Therefore, even being demoted to a lower-level position at work ("demansionamento") – which is the typical example of a single act for which legal protected is afforded under art. 2103 of the Italian Civil Code – can constitute straining when the above-mentioned preconditions are met, and if, according to some authors, there is malicious intent on the part of the perpetrator[635].

This is why it is important to distinguish between mobbing and straining and to refer the distinction to both qualitative and quantitative criteria. Otherwise, straining would lose its distinctive features and could be used in an improper and arbitrary manner. The risk of an excessive emphasis on the quantitative criteria appears to be very concrete, especially when one considers that in a recent ruling the Supreme Court even seems to argue that straining exists even in the absence of a malicious intent by the perpetrator of the act, as it states that the employer has a duty to organize his company in a way that reduces the risk of stressogenic situations and that in any case the victim may seek damages "even in the event of failure to prove a precise malicious intent"[636].

In conclusion, the view that the quantification of the damage for pain and suffering is closely and exclusively linked to the extent of abusive behaviour manifested is not convincing since, in the event of straining, as indeed in the case of mobbing, the protection provided for by antidiscrimination legislation in the case of "moral harassment" could be applicable (see above), which, as stated, is considered to be a form of discrimination [see Decrees 215 and 216 of 2003 (Article 2) and Decree 198 of 2006 (Art. 26)]. This means that the criteria for quantifying the damage must be able to ensure "real and effective compensation or reparation", which has to be determined in such a way as to be "dissuasive and proportionate to the damage suffered" (Art. 18 of Directive 2006/54/ EC). Therefore, in order to determine the amount of compensation, it is necessary to consider not only the damage suffered, but also a series of other elements, such as those relating to the role of the interests adversely affected (i.e. the dignity, health and personal integrity of the

---

633 Cassation March 29, 2018, No. 7844.

634 Cass., February 19, 2016, No. 3291.

635 Ege, 2019, p. 113.

636 Cass. March 29, 2018, n. 7844.

victim protected under art. 2087 ICC), and not only in terms of compensation for damage but also as a means of punishment and dissuasion. There exists therefore the possibility that an employer may have to pay a greater sum in damages for harm to the personal integrity of the worker in the case of a single action than for the harm caused by mobbing.

References.

Aloisi A. (2018), Oltre al danno, la prova dell'intento vessatorio. Il mobbing tra tesi "soggettiva" e complessità dell'azione, *Argomenti di diritto del lavoro*, pp. 604-605

Barbera M. (2003), Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario, Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, p. 399.

Bauer *J.-H., S.* Krieger (2015), AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Beck.

Benecke M. (2008), *Mobbing:* Persönlichkeitsschutz *und Haftung des Arbeitgebers*, *Recht der Arbeit*, p. 357 (363).

Benecke M. (2003), "Mobbing" im Arbeitsrecht, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report*, pp. 225–232

Boscati A. (2001), Mobbing e tutela del lavoratore: alla ricerca di una fattispecie vietata, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 285

Corazza L. (2007), Mobbing e discriminazioni, in Pedrazzoli M. (2007) (ed), Vessazioni, cit., p. 81.

De Simone G. (2019), La dignità del lavoro tra legge e contratto, relazione alle Giornate di studio Aidlass «Persona e lavoro tra tutele e mercato», Udine, 13-14 giugno 2019.

Del Punta R. (2003), Il "mobbing": l'illecito e il danno, *Lavoro e diritto*, p. 539.

Del Punta R. (2006), Diritti della persona e contratto di lavoro, *Giornale di diritto* del lavoro e delle relazioni industriali, p. 195.

Del Punta R. (2013), Un caso esemplare di molestie sessuali sul lavoro, nota a Tribunale Pistoia, 08 settembre 2012, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, p. 25.

Fischinger P.S. (2010), Mobbing: The German Law of Bullying, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 32, no. 1: 153-184

Fuchs M., Baumgärtner A. (2019), in: Bamberger, Roth, Hau, Poseck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, 2019, § 611.

Kaithan T. (2015), A Theory of Discrimination Law, Oxford University Press.

Windemuth D., Paridon C. M., Kohstall T. (2003), Grundlagen der Definition von Mobbing, *Die BG: Fachzeitschrift für Arbeitssicherheit und Unfallversicherung*, Nr. 2, pp. 59-62.

Gragnoli E. (2003), voce «Mobbing», in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. comm.*, Agg., Torino: Utet, p. 693 ss.

Hirigoyen M.F. (2000), Molestie morali. La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro, Torino, Einaudi.

Lassandari A. (2007), Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c. in Pedrazzoli M. (ed), Vessazioni e angherie sul lavoro, Bologna, Zanichelli.

Latzel C. (2012), Arbeiten nach Wunsch, in K. Uffmann, K. Dahm (ed), *Vielfalt oder Chaos – aktuelle Probleme und Entwicklungen im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*, Mohr Siebeck.

Lazzari C. (2018), Le disfunzioni dell'organizzazione del lavoro: mobbing e dintorni, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, p. 1.

LAZZERONI L. (2007), *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di BARBERA M., Giuffrè, p. 379 ff

Lerouge, L. (2010). Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives, *Comparative Labor Law Policy Journal*, 32(1), 109-152.

Leymann H. (1993), Mobbing Psichoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann, Reinbek, Rowohlt.

Leymann H. (1996), The Content and Development of Mobbing at Work, in Mobbing and Victimization at Work, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, n. 2

Ege H. (1997), Il mobbing in Italia. Introduzione al mobbing culturale, Pitagora, Bologna.

Ege H. (2019), La valutazione peritale del danno da mobbing e da Straining, Giuffré, Milano.

Ichino P. (2007), La responsabilità contrattuale del datore di lavoro in materia di mobbing e straining, relazione a convegno su «Mobbing, problematiche, effetti, soluzioni», Milano, 3 maggio 2007.

Yamada D.C. (2000), The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status Blind Hostile Work Environment Protection, *Georgetown Law Journal*, 475, 486

Lerouge L. (2010), Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, p. 109.

Lippel K. (2010), The Law of Workplace Bullying: an International Overview, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 91.

Luciani V. (2007), Danni alla persona e rapporti di lavoro, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.

Malzani F. (2014), Ambiente di lavoro e tutela della persona, Milano, Giuffré.

Natullo G. (2007), Principi generali della prevenzione e"confini" dell'obbligo di sicurezza, in Ambiente e sicurezza di lavoro Rusciano M., Natullo G. (eds), Torino, Utet.

Nunin R. (2019), Configurabilità del mobbing e prova dell'intento persecutorio*, Lavoro nella giurisprudenza*, p. 380.

Pedrazzoli M. (2007) (a cura di), Vessazioni e angherie sul lavoro, Bologna, Zanichelli.

Proia G. (2005), Alcune considerazioni sul cosiddetto mobbing, *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 827.

Rusciano M., Natullo G. (2007), Ambiente e sicurezza di lavoro (eds), Utet, Torino.

Santagata de Castro R. (2019), Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente», Esi, Napoli.

Scarponi S. (2009) (a cura di), Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare, Padova, Cedam.

Schäfer M.T. (2018), Zur Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, TOBIAS-lib Universitätsbibliothek Tübingen, 2018 (Dissertation).

Tosi P. (2004) (a cura di), Il mobbing, Torino, Giappichelli.

Tullini P. (2000), Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 251.

Vallebona A. (2005), Mobbing senza veli, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 1051.

Venditti L. (2017), La protezione antidiscriminatoria contro le molestie sessuali vale anche per le regole probatorie, temilavoro.it.

Viscomi A. (2002), Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti, *Lavoro e diritto*, p. 45.

Zoppoli L. (2008), I principi generali e le finalità, in *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, a cura di Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G., Milano, Ipsoa, p. 8.

Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*

Lorenzo Zoppoli

1. Diritto dei lavori flessibili e valori. 226
2. Segue: due questioni "preliminari". 228
3. Storicità del diritto (anche dei lavori flessibili). 232
4. Il bilanciamento di valori e interessi nei lavori flessibili. 233
5. La declinabilità dei valori, con particolare riferimento alla dignità. 239
6. La negoziabilità dei valori: una questione di tecniche e di misura. 241
7. Alcune indicazioni conclusive. 244

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 400/2019

1. Diritto dei lavori flessibili e valori.

Il tema proposto, pur non essendo affatto nuovo[637], presenta una molteplicità di profili di grande interesse, specie se affrontato diacronicamente e facendo ogni sforzo per evitare l'attrazione (solo) verso le questioni più attuali, almeno per gli aspetti meramente contingenti. Esso si presenta tuttavia troppo ricco e potenzialmente articolato per poter essere qui trattato analiticamente in modo esauriente. Perciò si avrà riguardo solo ad alcuni aspetti più di fondo portati oggi alla nostra attenzione – già sintetizzati nel titolo di questo scritto - e facendo tesoro della perimetrazione dei lavori flessibili indicata nella presentazione dell'incontro fiorentino (termine, somministrazione, part-time, lavoro intermittente; anche perché altre tipologie come il lavoro occasionale, introdotte e disciplinate più tardi e con più perplessità, da un paio d'anni sono state ridotte ai minimi termini[638]).

Pur con queste cautele, la chiave di lettura incentrata sulla ricognizione e ponderazione dei valori (e delle tecniche) nella cangiante regolazione dei lavori flessibili impone qualche importante precisazione relativa a metodo e oggetto dell'analisi che si proporrà.

Anzitutto la storicizzazione del dato normativo, per quanto necessaria, difficilmente può assumersi in modo identico per la tipologia di lavori flessibili indicati. Mentre il contratto a termine accompagna la materia dai suoi primi vagiti, la somministrazione ha da poco superato la maggiore età. Part-time e lavoro intermittente sono da sempre nascosti nelle pieghe del codice civile ed hanno assunto una loro autonoma rilevanza/tipicità in periodi diversi: il primo da circa trent'anni, il secondo solo nel nuovo millennio[639]. Non solo peraltro i lavori flessibili hanno storie diverse, ma ciascuno incide su un diverso elemento che concorre a caratterizzare la fattispecie contrattuale nella cui disciplina si riflettono i valori e le tecniche di cui qui discutiamo. Per non sfilacciare allora l'analisi in mille rivoli che la renderebbero anche di minore utilità prospettica, mi pare inevitabile, pur con qualche forzatura, enfatizzare ciò che accomuna i lavori flessibili menzionati e li rende un terreno fertile per la riflessione orientata nel senso oggi richiesto.

Il dato storico qui di maggior rilievo non attiene allora alla compiuta e specifica configurazione legislativa di ciascun "lavoro flessibile" (forse ancora nemmeno raggiunta[640]), ma al periodo in cui

---

[637] Da ultimo, anche per ampi riferimenti bibliografici, v. Tiraboschi, *Persona e lavoro tra tutele e mercati. Mercati, regole, valori*, relazione alle giornate di studio Aidlass 2019 su *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, Udine, 13-14 giugno 2019.

[638] Secondo l'ultimo rapporto Inps sul precariato (gennaio-giugno 2019) il lavoro occasionale nelle due varianti (contratto e libretto famiglia) negli ultimi due anni interessa meno di 100.000 lavoratori per un compenso lordo pro-capite annuo intorno ai 1000 euro (più spesso inferiore). Da ultimi sul lavoro occasionale v. U. Gargiulo, *Lavoro accessorio e nuovi voucher. Il lavoro occasionale dall'anomia all'anemia*, in Atti del seminario di Bertinoro 2018, Giappichelli, 2019 (in corso di pubblicazione); V. Ferrante, *Il cumulo dei "lavoretti": quali tutele per le attività discontinue e saltuarie?*, in LD, 2018, p. 623 ss.; nonché i contributi di Ventura, Cordella, Carchio, Rossi, Fortunato e Caffio, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University presso, 2018, p. 527 ss. Il ridimensionamento del lavoro occasionale ha favorito un certo sviluppo del lavoro intermittente: v. F. Barbieri, *Lavoro a chiamata dal turismo alla sanità*, ne *il Sole 24 ore* del 28 gennaio 2019, che parla di un incremento del 7,7% nel 2018 rispetto al 2017 (circa 550.000 assunzioni).

[639] Sulle perplessità all'atto dell'introduzione del lavoro intermittente v. Santucci, *Il lavoro intermittente: un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile?*, in Rusciano, Zoli, L. Zoppoli, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica, 2006, p. 401 ss.; Bavaro, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Edizioni Lavoro, 2004, p. 219 ss.

[640] Già infatti il c.d. "codice dei lavori" del 2015 (d.lgs. 81/15) appare oggi in varie parti superato: v. da ultimo, seppure con riguardo a profili non trattati in questo saggio, art. 1 del d.l. 3 settembre 2019 n. 101. In generale: sul contratto a termine, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. Saracini-L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale scientifica, 2017; su

l'intera tipologia – come un insieme matematicamente caratterizzato - ha progressivamente conquistato la scena nel diritto del lavoro. Ciò è avvenuto nell'ultimo ventennio, togliendo lo scettro del contratto principe al contratto *full-time* a tempo indeterminato con identità di datore di lavoro e utilizzatore della prestazione lavorativa: sia perché l'insieme dei lavori flessibili lo ha affiancato fornendo modelli negoziali (più o meno) alternativi sia perché su di esso ha profondamente inciso, alterandone gli equilibri strutturali interni. Cosicché qualche autorevole studioso, prendendo spunto da ormai imprescindibili analisi sociologiche[641], ha ribattezzato addirittura la nostra disciplina come "diritto dei lavori"[642].

In effetti da vent'anni a questa parte la flessibilità dei modelli negoziali con cui le organizzazioni datoriali contrattualizzano il lavoro da utilizzare - c.d. flessibilità tipologica, in entrata, ai margini o, anche, lavoro non standard – caratterizza profondamente la realtà socio-economica e la relativa regolazione giuridica. E la caratterizza nel senso che la disciplina dei lavori flessibili – specie quella dei quattro qui considerati – pone l'accento sulla maggiore flessibilità che essi consentono all'organizzazione datoriale piuttosto che sulle maggiori tutele per il lavoratore utilizzato. Sotto questo profilo le date di nascita dei diversi tipi perdono rilevanza analitica: ad esempio il contratto a termine – unico "tipo" con quarti di nobiltà "codicistica" – vale quanto e più delle altre tipologie se caratterizzato da una disciplina che offre ampia tutela alle esigenze di flessibilità datoriali. Tant'è che i pur necessari contemperamenti con la tutela degli interessi dei lavoratori vanno oggi cercati all'interno di una disciplina post-vincolistica[643] lontana anni luce da quella che, nei primi anni '60 del secolo scorso, aveva sradicato proprio il contratto a termine dall'originario contesto flessibile in cui il codice lo contemplava, affiancandolo alla "nuova" figura del contratto di lavoro a tempo indeterminato (nato come si sa nella nostra Italia solo a Novecento inoltrato).

Però - proprio se si prendono le mosse dalla realtà socio-economica, com'è doveroso per ogni teoria giuridica che voglia tenere insieme valori e tecniche – occorre pure riconoscere che la "coesistenza" delle varie forme contrattuali – standard e non standard - è tutt'altro che assestata e di agevole lettura. E, oltre tutto, dà luogo ad analisi e filosofie contrastate sia quanto ai dati socio-

---

contratto a termine e somministrazione: Sartori, *Prime osservazioni sul decreto "dignità": controriforma del Jobs Act con molte incognite*, in RIDL, 2019,I, p. 651 ss.; Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 380/2019; Di Noia, *"Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. con l. n. 96/2018*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 381/ 2019; Sitzia, *Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 391/2019; sulla somministrazione Ferrara, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica*, Franco Angeli, 2018, p. 165 ss.; Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto dignità*, in RIDL, 2019, I, p. 227 ss.; sul part-time: Spinelli, *Il part-time nella declinazione del d.lgs. n. 81 del 2015*, in Santoni, M. Ricci, Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, ESI, 2016, p. 217 ss.; Leccese, *Il lavoro a tempo parziale*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 41 ss.; Santucci, *Il contratto di lavoro part-time tra Jobs Act (decreto legislativo n. 81/15) e diritto giurisprudenziale*, in DRI, 2018, p. 1 ss.; sul lavoro intermittente: Lunardon, *Il lavoro intermittente*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Tipologie, cit.*, p. 75 ss.; Ferrante, *cit.,* p. 623 ss. Sull'accostamento tra lavoro intermittente e *riders* v. Donini, *Il lavoro tramite piattaforme digitali*, Bonomia University Press, 2019, p. 118.

[641] Accornero, *Era il secolo del Lavoro*, Il Mulino, 1997.

[642] G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, 2017 (giunto alla V edizione). Per un'aggiornata analisi di scenario v. Santoni, *I modelli contrattuali del lavoro che cambia*, in DML, 2018, p. 5 ss.

[643] V. L. Zoppoli, *La disciplina post-vincolistica del lavoro a termine in Italia*, in Saracini-Zoppoli, cit., p. 13 ss.

economici[644] sia sul versante delle riflessioni etico-giuridiche[645]. In tutto ciò il diritto funge da specchio[646] e, al contempo, moltiplicatore delle trasformazioni socio-economiche ed esistenziali. Ancor più se il discorso giuridico si incentra sui valori, che, comunque intesi, concorrono a porre le fondamenta di qualsiasi edificio regolativo.

2. Segue: due questioni "preliminari".

Al riguardo si pongono ancora alcune questioni da considerarsi preliminari: A) nei lavori flessibili la questione giuridica dei valori si pone in modo diverso da come si pone in generale?; B) quali "nuovi valori" o quale rinnovamento di "vecchi valori" ha comportato il progressivo incremento di lavori flessibili nel nostro diritto del lavoro?

A) Alla prima questione sembra potersi (doversi) dare una risposta ovvia: i valori comunque nelle nostre analisi contano in quanto giuridificati[647]. Subito però la soluzione diviene meno semplice se ci si chiede chi "giuridifica" i valori (e quando e come?). Di certo dalla metà del Novecento in

---

[644] Ad esempio per i contratti a termine occorre differenziare i flussi – cioè i dati "istantanei" sulle assunzioni, che danno percentuali sempre molto alte – da quelli sugli assestamenti, cioè sulla composizione degli organici valutati su periodi di tempo più ampi (destagionalizzati). La diffusione del lavoro in somministrazione è assai altalenante, in riduzione dalla fine del 2018 e comunque incentrata su missioni brevi e reiterate. Si deve poi tener conto dell'alternatività/sequenzialità delle forme contrattuali (trasformazione di termine e somministrazione in cti; valutazione dell'impatto degli incentivi sulla stipulazione di cti). Nonché della genuinità di certe tipologie contrattuali rispetto alla loro diffusione coattiva (quest'ultima pare molto incidere sulla recente moltiplicazione dei part-timers in Italia). In una zona intermedia tra realtà e norma si pone poi la fondamentale questione della corretta tipizzazione dei diversi interessi, in primis quelli dei lavoratori (v. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina dei lavori flessibili,* relazione alle giornate AIDLASS 2002). Invece azzera le differenze contrattuali il dato macroeconomico sulle ore lavorate che ci dice che tutta la sarabanda dei tipi contrattuali messa in scena da 10 anni a questa parte non ha in alcun modo incrementato la domanda complessiva di lavoro in Italia. E, forse, ci dice anche che se aumentano gli occupati a parità di ore lavorate si riducono i rapport full-time. Sulla base del rapporto Istat di giugno 2019 Adnkronos calcola che in Italia i part-timers involontari sono più che raddoppiati (da 1,3 milioni a 2,8 milioni) dal 2008 al 2018, con una percentuale del 69% tra le donne (circa 1,9 milioni): v. S. Temperini, *Part time involontario, è boom*, www.adnkronos.com, 23 giugno 2019. L'ultimo rapporto ISTAT sul mercato del lavoro (settembre 2019) stima il part-time involontario intorno al 64 %. Su questo fenomeno v. anche A. Occhino, *Povertà e lavoro atipico*, in LD, 2019, p. 103 ss. In generale molto interessante, anche se con riguardo soprattutto alla disciplina del licenziamento, Senato della Repubblica, *La flessibilità del mercato del lavoro aumenta l'occupazione? Cosa ci dicono teorie, studi e ricerche sulle riforme degli ultimi 20 anni*, Documento di valutazione n. 7, gennaio 2018.

[645] Indimenticabile M. Napoli, *Elogio della stabilità*, in Quad.DLRI, 2002, p. 9. In generale, sempre di M. Napoli, *Lavoro Diritti Valori*, Giappichelli, 2010; anche P. Tullini (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, 2009.

[646] Su questa metafora v., con significati molto più ampi, Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, 2018 (ma per alcune notazioni importanti sui valori nel diritto e sulla distinzione dai principi v. p. 237 ss.).

[647] L'affermazione può apparire semplicistica e *tranchant*; in realtà corrisponde ad una scelta metodologica a mio parere preliminare e irrinunciabile se si vuole salvaguardare un comune statuto epistemologico "minimo" per le scienze giuridiche, base ineliminabile anche per mantenere aperto il (difficile, sempre più difficile) dialogo tra teoria giuridica (dogmatica) e tecniche applicative (giurisprudenza) nella nostra materia. Tra i pur suggestivi riferimenti (v. l'introduzione di Del Punta – cui *adde* Del Punta, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 395/2019 - e le relazioni di Caruso e Perulli al convegno fiorentino citato in apertura), da un lato, all' *homo oeconomicus* – insito nel richiamo dei giuslavoristi al realismo economico – e, dall'altro, ad una nuova filosofia dei valori non più "neutrale" e meramente "compromissoria" – che a me pare aprire le porte ad una sorta di diritto etico prodromico allo Stato etico - io preferisco riferirmi all'*homo juridicus* oggetto di un bel libro di Alain Supiot del 2007 (e ben diverso dall'*homo legalis* su cui v. Zagrebelsky, op. cit., p. 341 ss.), che, certo, non espunge i valori dal discorso giuridico, ma costringe a fare i conti con il fondamento e la configurazione dei concetti e delle categorie giuridiche, pur nella loro costante evoluzione. Se poi si vuole spingere il discorso oltre i confini scientifici del diritto mi pare interessante tener conto anche dell'attualità delle analisi marxiane: v., di recente, *Marx et le droit*, in *Droit & Philosophie*, 2019, n. 10 (monografico) ed ivi, in particolare, Cukier, *Marx et le droit du travail: contradictions, postérité et actualité*, p. 219 ss., che, seppure all'interno di una visione unilaterale e a mio parere anacronistica del diritto del lavoro, ripropone quelle analisi al fine di "*d'inventer des instruments juridiques adéquates pour limiter les nuovelles formes d'exploitation et d'aliénation"* (p. 240).

poi tale giuridificazione non può essere più opera esclusiva del legislatore ordinario. Non c'è infatti piena disponibilità dei valori da parte del legislatore. Le scelte del legislatore devono risultare compatibili con quelle ricavabili dal quadro costituzionale, pur dinamicamente considerato. Il quadro costituzionale costituisce dunque un limite, dando vita a quelli che altrove abbiamo chiamato "vincoli di sistema"[648]. Ma i vincoli non sono propriamente i valori, bensì la traduzione giuridica dei valori in principi e, talora, anche in regole costituzionali piuttosto precise, da cui scaturiscono diritti (e doveri) che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare. Con l'incremento (o il progressivo protagonismo) dei lavori flessibili probabilmente è sempre più emerso un problema che storicamente la Costituzione italiana non affronta: il principio lavoristico, su cui quella è incentrata, ha una valenza valoriale ampia e diffusiva, ma non tarata sulla tipologia contrattuale perché le tutele che quel principio comporta, da un lato, vanno calate nel contesto codicistico in cui in origine troneggia un lavoro subordinato dai tratti giuridico/identitari unitari ma, all'epoca, ancora da definire e, comunque intrinsecamente, "flessibili" (le tutele contro i licenziamenti emergono solo nel 1966; il contratto a termine non è regolato in modo restrittivo fino al 1962); mentre dall'altro il principio lavoristico è tutto costruito intorno ad un asse bipolare costituito dalla persona (valore ontologico/esistenziale di tipo *anche* privatistico) e dal cittadino (valore politico di tipo pubblicistico): un asse al quale è in fondo estranea la dimensione regolativa incentrata sul contratto inteso come istituto *squisitamente* privatistico, cioè calato nel diritto della proprietà e degli affari. In sintesi può dirsi che il nesso tra principio lavoristico di rango costituzionale e disciplina della o delle fattispecie contrattuali attraverso cui "filtra" la disciplina del lavoro subordinato è stato costruito successivamente, mentre si edificava il moderno diritto del lavoro (e, sia detto per inciso, cambiava anche il diritto comune dei contratti). Sotto questo profilo l'esplosione dei lavori flessibili – un insieme caratterizzato dalla maggiore rilevanza valoriale della flessibilità datoriale - arriva quando intorno al contratto di lavoro tipico già si è costruita una fitta rete di principi/valori costituzionali e in questa rete quella esplosione apre una molteplicità di smagliature.

B) In ordine ai nuovi valori di rango costituzionale introdotti attraverso l'esplosione delle tipologie non standard le risposte devono essere per forza articolate. In fin dei conti il piano "valoriale" costituzionale non pare molto sollecitato dalla progressiva rilevanza assunta dall'insieme dei lavori flessibili. Assai di più contano gli scenari su cui i valori/principi vanno tutelati e le conseguenti tecniche di tutela. Al riguardo la ricognizione è ampia e, di sicuro, impegnativa. Il diritto al lavoro (art. 4), assurgendo per la prima volta a livelli di concretezza sconosciuti fino agli anni '70, sembra doversi bilanciare con le tutele del lavoratore; di conseguenza le tutele nel mercato paiono non più collegarsi alle tutele nel contratto/rapporto, ma in qualche modo giustapporsi[649]. La spinta alla flessibilità pare poi far assumere sempre maggiore rilevanza alle differenziazioni e smaterializzazioni organizzative: le prime sempre esistite e considerate dal legislatore e dalla contrattazione collettiva, le seconde frutto di indubbie novità tecnologiche. Più o meno correlate assumono rilevanza e considerazione regolativa le differenziazioni dei progetti esistenziali di lavoratrici/lavoratori; la flessibilizzazione delle tutele in relazione ai contesti aziendali, professionali e

[648] De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Editoriale scientifica, 2004, ed ivi, in particolare, A. Zoppoli, *Lavori e valori*, p. 13 ss.
[649] V. la lettura innovativa di Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996.

territoriali. Anche le istanze di solidarietà sembrano differenziarsi e complicarsi, richiedendo duttilità regolativa per istituti fondamentali del contratto come la retribuzione[650]. Ma difficilmente tutto questo si riflette sui valori/principi costituzionali. Piuttosto porta ad interrogarsi profondamente su come mantenere effettivo e attuale il principio lavoristico nelle diverse accezioni anche regolative che esso ha assunto fino alle soglie del nuovo millennio.

Comunque, anche se sono ben scarsi i riflessi diretti e formali sul testo della Costituzione italiana, al riguardo occorre massimamente considerare un'altra grande trasformazione del contesto giuridico, anche costituzionale, derivante dall'incrocio con il costituzionalismo multilivello, di marca essenzialmente europea. Esso ha attraversato varie fasi e momenti e appare ancora in trasformazione[651]. In particolare la questione di quanto il livello europeo abbia veramente interessato i valori/principi riguardanti il contratto di lavoro mi pare ancora controversa, come pure quella della più o meno ampia permeabilità degli ordinamenti nazionali forniti di un salvagente protettivo costituito dai propri, pur dinamici, irrinunciabili principi identitari. Di sicuro comunque il diritto europeo - anche quello "sociale" e specificamente quello derivato dai trattati in materia di lavori flessibili - ha riguardato soprattutto scenari e tecniche di tutela, incidendo sulle interpretazioni della Costituzione italiana che meno sembravano in armonia con i principi della libera concorrenza. Però proprio in ordine a individuazione di principi, libertà e diritti fondamentali (anche sociali) e agli equilibri tra loro il diritto dell'Unione ha a lungo oscillato e appare tutt'altro che granitico. Da ultimo - anche per scongiurare le insidie di sovranismi vecchi e nuovi - sembra riprendere quota e rilevanza politico-giuridica la dimensione sociale, grazie soprattutto ai recenti principi del c.d. *Social Pillar*[652]. Tra questi molto qui interessa il principio n. 5, relativo all' "occupazione flessibile e sicura". Se già nella rubrica riecheggiano le suggestioni della ormai quasi ventennale flexicurity[653], il dosaggio dei risaputi "mantra" di quella stagione non è del tutto scontato e non vanno sottovalutate alcune "gradazioni" valoriali formulate con una semantica che il giurista non deve sminuire. Mentre infatti "I lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione" indipendentemente "dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro", ai datori di lavoro "è garantita … la necessaria flessibilità per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico", ma "conformemente alle legislazioni e ai contratti collettivi". Sul piano dei principi la tutela (*security*) dei lavoratori sembra "il valore" preminente, mentre la flessibilità datoriale una "necessità" da non ignorare. E, sempre sul piano valoriale, si afferma che "è promossa la transizione a forme di lavoro a tempo indeterminato" e che "vanno prevenuti (o evitati) i rapporti di lavoro che portano a condizioni precarie, anche vietando l'abuso del contratti atipici". Su queste "formule"

---

[650] V. L. Zoppoli, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 356/2018.

[651] In sintesi: *embedded liberalism*; armonizzazione; allargamento di stampo liberista; costituzionalizzazione dei diritti fondamentali; *flexicurity*; protezionismo e sovranismi; pilastro sociale europeo. Su questa evoluzione v., da ultimo, Giubboni, *Diritto del lavoro europeo. Un'introduzione critica*, Wolters Kluer, 2017 e *Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*, in DLM, 2019, spec. p. 51 ss.

[652] Su cui v. Corti, op. cit.; Giubboni, op.ult.cit.; ma anche Ales, *Il modello sociale europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?*, in DLM, 2017, p. 485 ss.; Ratti, *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali,* cit., p. 7 ss.

[653] Su cui v., da ultimi, Corti, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, 2018, *passim* e sul punto specifico p. 73 ss.; Barbera, *Tre narrazioni della flexicurity*, in RGL, *2018*, I, p. 557 ss.

è giusto interrogarsi e non farsi prendere da nessun furore assolutizzante, positivo o negativo[654]. Però tra valutazioni giuridiche rigorosamente pessimistiche, ma un pò ingenerose[655] e inviti ad una lettura pragmatica e possibilista sulla portata innovativa del *Social Pillar*[656], a me pare che sia proprio il piano dei principi giuridici ad essere sollecitato verso una direzione di moderata ripresa di valori meno condizionati da scenari puramente economico-competitivi. Anche se l'occhio esperto e pragmatico del giurista ci induce a considerare questo dosaggio innovativo di principi per quello che è: un annuncio di regolazione da tradurre con coerenza e incisività in adeguate tecniche normative, fornite delle necessarie sanzioni. Ad esempio sarebbe importante una regola assai più chiara di quelle esistenti sulla fattispecie – possibilmente unitaria o potenzialmente generalizzabile - dell'abuso di contratti atipici nel diritto sociale europeo[657].

In ogni caso il *Social Pillar* non appare un episodio isolato e confinato alle buone intenzioni preelettorali. Tra il 2018 e il 2019 si segnala una ripresa della regolazione sociale europea tramite direttive ispirate da più penetranti principi di tutela dei lavoratori, che interessano i valori "indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro" (v. la nuova direttiva distacco 2018/957 del 28 giugno 2018; la direttiva su condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili 2019/1152 del 20 giugno 2019, che in premessa richiama esplicitamente il principio 5 del *Social Pillar*; la direttiva sulla conciliazione vita/lavoro 2019/1158 sul *work-life balance* per genitori e prestatori di assistenza del 29 luglio 2019). Ciascuna direttiva va analizzata dettagliatamente. Però

---

[654] D'altronde sono anni che nel diritto europeo e in quello nazionale esiste un principio chiaro secondo cui "il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro" (v. direttiva 1999/70 sul contratto a termine considerazione generale n. 6 e, da ultimo, art. 1 d.lgs. 81/15; ma anche la direttiva 2008/104 sul lavoro in somministrazione, considerando n. 15), sulle cui concrete ricadute giuridiche ancora si discute: V. Bollani, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, 2013, p. 134; M. Barbera, *"Noi siamo quello che facciamo". Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in DLRI, 2014, p. 631 ss.; Alessi, *Il sistema "acausale" di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in DLRI, 2015, p. 635 ss.; Perulli, *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in Perulli-Fiorillo (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 1 ss.; Cester, *Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità*, in Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2016, p. 73 ss.; Ferrara *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali,* cit., p. 168; Sitzia, op.cit., p. 5

[655] Giubboni, *Oltre il pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa*, in Bronzini (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Fondazione Lelio e Lisli Basso, 2018, p. 18. Sulla stessa falsariga, guardando però agli orientamenti della CGUE e in specie alle operazioni di bilanciamento interordinamentale, Lo Faro, *La Carta e le Corti dieci anni dopo: a che punto siamo?*, in RGL, 2019, I, p. 361, che parla di prevalenza delle "esigenze di un primato del diritto UE alimentate da una precomprensione assiologica dei valori dell'Unione che nemmeno le modifiche introdotte a Lisbona sono sin qui riuscite a modificare". Si potrebbe aggiungere: c'è anche un'Europa sociale dopo Lisbona!

[656] B. Caruso, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, ibid., p. 41-42.

[657] Sull'abuso della somministrazione v., da ultimi, Ferrara, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali*, cit., p. 165 ss.; Sitzia, op.cit. Tra l'altro di recente si esprimono autorevoli, ancorché affrettate, opinioni, secondo cui nella normativa europea non ci sarebbe l'obiettivo della prevenzione dell'abuso del ricorso alla somministrazione: v. Cass. 8 gennaio 2019 n. 197. Interessante ai fini della collocazione sistematica dell'istituto ma con riferimento specifico al lavoro pubblico anche Cass. 16 gennaio 2019 n. 992, con commenti di N. De Angelis, in RIDL, 2019, II, p. 270 ss. e di I. Zoppoli, in LPA, 2019 (in corso di pubblicazione). In concreto di grande rilievo è la questione della vincolatività dell'art. 5 par. 5 della direttiva 2008/104 e dell'applicabilità dei rimedi per la successione di contratti a termine anche al lavoro interinale (v. ancora Ferrara, op.ult.cit., e Sitzia, op.ult.cit.). Su tutto ciò ha inciso sensibilmente il c.d. decreto dignità reintroducendo, seppur ambiguamente, la causale per la somministrazione a termine e rivisitando l'apparato sanzionatorio (v. anche Di Noia, op.cit.; Passalacqua, op.cit.; Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto dignità*, in RIDL, 2019, I, p. 227 ss.), ma non risolvendo affatto tutti i problemi di una normativa che si presenta ancora a maglie larghe e che rischia di spingere le agenzie soprattutto verso l'utilizzo di somministrazioni "di breve e brevissima durata inferiore all'anno" (v. soprattutto Ferrara, op.ult.cit., p. 250).

appare un dato di tutto rilievo che sul piano della costituzione multilivello valori e tecniche convergano nel presidiare le tutele dei lavoratori come un *prius* rispetto alle esigenze di flessibilità delle imprese. Spesso si tratta di norme da precisare in fase traspositiva. Sul piano dei principi ci sono comunque acquisizioni di rilievo: ad esempio quella sul diritto a modalità di lavoro flessibili nell'interesse del lavoratore con figli di età inferiore a otto anni o prestatori di assistenza (art. 9 direttiva 2019/1158), che prevede anche che "in caso di successione di contratti a termine con lo stesso datore di lavoro la somma di tali contratti è presa in considerazione ai fini del calcolo dell'anzianità".

3. Storicità del diritto (anche dei lavori flessibili).

Il complesso quadro ordinamentale finora descritto, mentre mette in rilievo quanto sia imbrigliato il legislatore ordinario, dimostra pure che i valori/principi sono dinamici, anzitutto sotto il profilo della loro storicità. Nulla del resto potrebbe porre la dimensione giuridica – anche quella di maggior rango – al riparo della storia, rendendo immutabili determinati assetti regolativi. Ma la mera mutazione politico-culturale deve riflettersi con chiarezza nel tessuto giuridico prima di poter assumere rilevanza ermeneutica tanto giurisprudenziale quanto dogmatica. Al riguardo si è di recente osservato che proprio le eccessive resistenze in ordine alle modifiche da apportare alla disciplina legislativa del principe dei contratti flessibili - il contratto a termine – avrebbe esposto il diritto del lavoro italiano ad una sorta di nemesiaca deflagrazione, mettendolo alla mercé della flessibilità più spinta[658]. L'argomento – evocando una sorta di scontro tra "il diritto" e "la storia" – è suggestivo e può risultare persino convincente. Tuttavia la questione della tenuta "storica" dei principi/valori non è affatto semplice, specialmente se assume come test di particolare significanza un profilo tecnico di dettaglio. Nel caso dei contratti a termine un rilievo primario sembra assumere la questione della "causalità" del contratto stesso, ritenuta da alcuni, nel bene o nel male, strumento cruciale di controllo, *in primis* giudiziario, proprio per prevenire la precarietà[659].

Al riguardo il rischio è però di scambiare la tecnica per il valore/principio. La tecnica può essere o risultare superata sia perché inadeguata sia perché può aver dato cattiva prova di sé. E sotto questo profilo della casualità nel contratto a termine si può discutere senz'altro, anche se è difficile immaginare un meccanismo più stringente che consenta un controllo giudiziario a garanzia della fondatezza dei presupposti per instaurare un rapporto di lavoro che risponda a specifiche esigenze temporanee e non durature[660]. Però possono esserci altre tecniche per prevenire l'uso del lavoro a termine come strumento di precarietà dei rapporti lavorativi. Il principio/valore consiste nel contrasto alla precarietà, che deve soprattutto essere efficace: con o senza causalità. È la resistenza di questo principio/valore che va misurata sui mutamenti culturali e, se si vuole, sui rapporti di forza tra i portatori dei vari interessi. La domanda davvero difficile è "quando la mutazione politico-culturale soggetta al fluire della storia può o deve tradursi in un mutamento dei

---

[658] De Luca Tamajo, *La vicenda del contratto a termine come metafora della legislazione del lavoro a cavallo del secolo*, in, DLM, Quad. 5, 2018, spec. p. 325.
[659] V., per tutti, con orientamenti opposti: Saracini, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, p. 10 ss.; De Luca Tamajo, op. ult. cit.
[660] Oltre che un controllo sui valori di cui è portatrice un'impresa: V. Barbera, *Siamo…*, cit., p. 637.

valori giuridificati"? E questa domanda porta essenzialmente alla questione dei rapporti di forza tra soggetti, soprattutto collettivi, portatori di interessi/valori (anche materiali o economici) diversi e non di rado contrapposti[661]. Certamente si tratta soprattutto di una questione di rappresentanza sociale e politico-legislativa: dove però, come prima si è detto, contano anche i vincoli derivanti dall'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Quanto alla "causalità" del contratto a termine i più recenti sviluppi (v. soprattutto il c.d. decreto dignità, d.l. 187/18 conv. con l. 96/18) e uno sguardo di diritto comparato[662] dimostrano in verità che essa non appare del tutto superata nemmeno come tecnica: anche se la sua riproposizione non è rimedio dalla sicura efficacia per contrastare la precarietà (addirittura può accelerare il *turn over* dei lavoratori assunti a termine specie se, come nel "decreto dignità", richiesta solo per i contratti successivi al primo di un anno e abbinata a più ridotti limiti di durata complessiva dei rapporti a termine[663]). Tuttavia la dinamica storico-politica nel riflettersi sul piano giuridico trova notevoli complicazioni negli ordinamenti con Costituzioni che giuridificano valori plurali/sti, intrecciandoli e proteggendoli all'interno di sistemi di democrazie procedurali incentrati su valori come libertà e lavoro. Così i processi di adeguamento ordinamentale dei valori giuridificati ai processi storico-politici si complicano, si rallentano e si svolgono inevitabilmente anche al di fuori delle aule parlamentari. Tra i soggetti dell'adeguamento si inseriscono necessariamente anche i giudici e segnatamente i giudici costituzionali o, più inclusivamente, tutte le Alte Corti: il cui *ius dicere* incide sul catalogo, sulla semantica e sul "dimensionamento" dei valori in grado di condizionare l'intero sistema regolativo. In questo scenario assume rilevanza cruciale il discorso sul bilanciamento dei valori/interessi/principi/diritti.

4. Il bilanciamento di valori e interessi nei lavori flessibili.

Il bilanciamento infatti riguarda molto la tecnica o le tecniche dell'ermeneutica anzitutto giurisprudenziale (topografia dei diritti/interessi, analisi/integrazione delle norme costituzionali; tassonomia di decisioni giurisprudenziali), ma ha assunto nel tempo una tale latitudine e rilevanza da condizionare profondamente gli equilibri complessivi degli ordinamenti giuridici moderni. Com'è noto la "fortuna" delle teoriche e delle pratiche del bilanciamento non è affatto incontrastata[664]; però - seppure aspramente criticato per i margini di genericità e incertezza che in tutte le sue possibili accezioni non è possibile eliminare - il bilanciamento di valori/interessi giuridicamente rilevanti resta una modalità di funzionamento imprescindibile dei moderni ordinamenti democratici. Infatti il bilanciamento è strettamente legato ad assetti e concezioni non formalistici del diritto, che - sulle ali dei complessi processi di costituzionalizzazione, più o meno risalenti, che

---

[661] Qui Bavaro, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in RIDL, 2019, I, p. 175 ss, ha ragioni da vendere: ma su un piano che conduce fuori da ogni discorso tecnico-giuridico, rendendo marginale in definitiva tutta la dimensione complessiva e complessa della regolazione non formalistica delle società moderne.

[662] V., da ultimo, Saracini-L. Zoppoli, cit., 379 ss.

[663] In questo concordo con De Luca Tamajo: v. L. Zoppoli, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP D'Antona n. 377/2018 (ma anche Bollani, *Contratto a termine e somministrazione*, in DPL, 2018, p. 2367 ss.; Scarpelli, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *www.giustizia.com*, 3 settembre 2018; Sartori, op.cit., 677 ss.) Anche se ora occorre dare peso adeguato all'incremento delle trasformazioni dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato: v. il rapporto INPS citato in nota 2.

[664] V. da ultimo Morrone, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc.dir.*, *Annali* II, T. II, 2008, spec. p. 198 ss.

forniscono la cornice giuridica in cui coesistono ideologie politiche ed economiche sovente radicalmente inconciliabili - riducono potere e discrezionalità del legislatore ordinario[665]. Il bilanciamento è per sua natura il contrario della tirannia dei valori, essendo un metodo dinamico per garantire il pluralismo valoriale dell'ordinamento giuridico. Pur essendo tipico di un ordinamento post-positivista (come scriveva D'Antona oltre vent'anni fa), deve però fare i conti con molte reazioni di ritorno ad un pur rivisitato passato giuspositivista e a una qualche insopprimibile propensione alla gerarchizzazione dei valori/principi[666]. Risaltano così sempre più, insieme alle potenzialità, anche i limiti del bilanciamento. Questi riguardano proprio il discorso del controllo di costituzionalità delle leggi, che rende protagonista nel determinare gli equilibri ordinamentali la giurisprudenza costituzionale, affrancandola da logiche strettamente logico-deduttive e imponendole spesso di convalidare o correggere in concreto la relazione intervaloriale oggetto di specifici e mutevoli interventi legislativi. A ben guardare anche il ritorno a concezioni discorsivo-procedurali del bilanciamento sotto l'egida di Habermas non cambia il quadro[667]; anzi lo complica perché quelle concezioni ampliano in fondo il ruolo della giurisprudenza costituzionale nel definire confini e modalità per la costruzione "discorsiva" del bilanciamento, assumendo come valore fondativo dello stesso processo legittimante una nozione e una pratica della democrazia che vanno molto al di là delle procedure democratiche formalizzate in Costituzione[668].

In sostanza, comunque le si formulino, teoria e pratiche del bilanciamento possono sfociare in due diversi macro-esiti ben messi in evidenza da Gino Scaccia quasi vent'anni fa: determinare la prevalenza di un diritto sull'altro (riportandoci ad una qualche forma di tirannia dei valori); oppure, secondo l'esperienza più diffusa, realizzare un'accondiscendenza crescente delle Corti costituzionali nei confronti del legislatore ordinario (qualunque sia)[669].

Nè su questa problematica incide granché adottare una prospettiva di *capabilities* – come si propone nelle pagine introduttive dell'incontro di studi fiorentino[670] - contrapponendola o affiancandola ad un ordinamento volto a riconoscere diritti al lavoratore subordinato: infatti le *capabilities* sempre in diritti soggettivi devono concretizzarsi e in quanto tali vanno bilanciati con altri diritti soggettivi con cui dovessero entrare in tensione disarmonica. Ad esempio in quale situazione giuridica si concretizza il diritto ad un lavoro non precario? L'approccio "*à la capabilities*" può condurci a dare maggiore rilevanza al diritto alla formazione continua piuttosto che ad un controllo

---

[665] Talora certo favorendo anche la prevalenza di valori/principi radicati in ordinamenti relativamente nuovi, come quello dell'Unione europea: v. Lo Faro, op.loc.cit. Ma questo solo perché le dinamiche socio-politiche della rappresentanza di interessi e culture si muovono evidentemente su un piano non più meramente nazionale e non sono ancora tali da produrre nuove integrazioni di poteri regolativi fondati su procedure caratterizzate da un grado accettabile di democraticità (ammesso che la misura della democraticità di un ordinamento possa seguire i canoni utilizzati nei secoli scorsi dinanzi a discorsi che spingono a categorie nuove come democrazia partecipativa, digitale, illiberale, emotiva: v. W. Davies, *Stati nervosi*, Einaudi, 2019).

[666] V, per tutti, Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, 1992; Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffré, 2000; Morrone, op.cit.; G. Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010; Bavaro, op.ult.cit.; A. Zoppoli, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in DLM, 2019, n. 2.

[667] Tra i giuslavoristi questa tesi è sostenuta da Del Punta di cui v., da ultimo, *Il "nuovo" giuslavorista*, in DLM, 2016, p. 494-495; ma anche *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in LD, 2013, p. 37 ss.

[668] M. Scaccia, op.cit., p. 14 ss., spec. nota 45.

[669] M. Scaccia, op.cit., spec. pp. 398-399.

[670] Ma v., anche per rinvii a scritti precedenti dei medesimi autori, Del Punta-Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in LD, 2016, spec. p. 651; Barbera, *Tre narrazioni…*, cit., p. 571.

sulla giustificazione dei contratti precari[671], ma comunque occorre poi bilanciare il diritto alla formazione del lavoratore flessibile con quello dell'impresa a utilizzare pienamente la prestazione e, al momento previsto, porre termine al rapporto anche se la formazione non si è realizzata o non ha potenziato le *capabilities* del lavoratore. E in ogni caso le violazioni di un eventuale diritto alla formazione vanno sanzionate bilanciandole con l'incidenza che possono avere sulla libertà organizzativa e negoziale dell'impresa.

Alla luce di queste considerazioni di fondo, può essere rilevante chiedersi cosa è successo nel diritto italiano dei lavori flessibili grazie al controllo di costituzionalità in senso lato effettuato tramite l'uso più o meno esplicito delle teorie del bilanciamento dalle Alte Corti più direttamente investite del compito di individuare e definire - o ridefinire - gli equilibri valoriali. Naturalmente occorrerebbe prendere in esame una vasta giurisprudenza, andando anche al di là dell'insieme tipologico di lavori flessibili qui strettamente considerato. Però il discorso giuridico specifico che si vuole proporre – cioè il bilanciamento come modalità di conferma/censura dei riequilibri valoriali effettuati dal legislatore - rischia di essere poco pregnante se slegato dalla valutazione dei singoli provvedimenti legislativi. Quindi le osservazioni che seguono riguarderanno soprattutto quel limitato numero di sentenze che, in ordine ai lavori flessibili oggetto di questa riflessione, presentano profili di interesse in ordine al bilanciamento dei valori giuridicamente rilevanti. Tuttavia non si può trascurare che gli ultimi approdi della giurisprudenza costituzionale italiana sono nel senso di rilevare un mancato contemperamento tra esigenze dell'impresa e tutela dei lavoratori proprio con riferimento al cuore della legislazione di flessibilizzazione del contratto di lavoro standard, cioè la flessibilità c.d. in uscita (v. la ormai studiatissima Corte Cost. 194/2018[672]). E questo è un punto di approdo che va posto in relazione con le valutazioni giurisprudenziali riguardanti la flessibilità c.d. in entrata.

A quest'ultimo riguardo il materiale più ricco, sia per quantità sia per qualità, riguarda il lavoro a termine[673]; in misura minore il part-time[674]. A guardarla nelle grandi linee questa giurisprudenza ragiona di bilanciamento soprattutto in ordine a tecniche di repressione degli abusi, volontarietà del contratto o di clausole dello stesso, efficacia delle sanzioni per atti o comportamenti *contra legem*: e quasi sempre, quando si tratta di giurisprudenza costituzionale, rigetta le questioni di costituzionalità sulla nuova legislazione. Di un certo rilievo sono anche le questioni riguardanti il

---

[671] Molto interessante al riguardo l'attenzione prestata al tema dall'ultimo CCNL per le agenzie di somministrazione: v. D'Ascenzo, *La somministrazione di lavoro dopo l'accordo di rinnovo del CCNL del 21.12.2018*, in *Bollettino Adapt.it* del 19 gennaio 2019.

[672] V., per tutti, gli scritti raccolti da DRI, 2019, n. 1 e 2, di Bollani, Maresca, Tosi (due saggi), Tursi, L. Zoppoli, Magnani; nonché Mariucci, Ballestrero, Martelloni e Novella nel numero (quasi) monografico di LD, 2019, n. 2; e Saracini, De Luca Tamajo, A. Zoppoli, tutti in DLM, 2018, n. 3 e 2019, n. 2; Andreoni-Fassina (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?* , I seminari della Consulta giuridica CGIL, Ediesse, con relazioni e interventi di Andreoni, Pallante, Speziale, Ponterio, Giubboni, Orlandini, M. Barbieri, D'Onghia, Esposito, Lassandari, Pallini, Scarpelli; i saggi di Gambacciani, Pisani, Proia, Sigillò Massara in MGL,2018, fascicolo unico; Speziale, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in RGL, 2019, II, 3 ss.

[673] V. Corte Cost. 303/2001 (risarcimento); 89/2003 (lavoro pubblico); 214/2009 (poste); 107/2013 (sostituzione lavoratori); 226/2014 (risarcimento); 187/2016; 248/2018 (lavoro pubblico): quasi tutte non accolgono le questioni di costituzionalità riguardanti norme di legge che riducono le tutele per i lavoratori a termine. Per la CGUE v. Adelener del 2006; Impact e Angelidaki, entrambe del 2009; Sorge del 2010; Kukuk del 2012; Carratù e Papalia entrambe del 2013; Flamingo e Mascolo, entrambe del 2014; Peter Lopez del 2016; Santoro e Sciotto del 2018; Rosatto del 2019 (moltissime, soprattutto dal 2013, sul lavoro pubblico).

[674] V. Corte Cost. 210/92; e le sentenze della CGUE Mascellani del 2014; Bruno-Pettini del 2010; Michaeler del 2008; Wippel e Pfeiffer, entrambe del 2004.

rispetto degli obblighi di parità di trattamento e dei divieti di discriminazione[675]. La mia impressione complessiva è che nella misura (scarsa) in cui questa giurisprudenza ha approfondito il discorso sulla rilevanza giuridica dei valori costituzionali nella disciplina dei lavori flessibili, ha soprattutto preso fortemente in carico il diritto al lavoro: però più attraverso una presunta potenzialità delle virtù sistemiche della libertà di impresa[676] che con una precisa individuazione delle situazioni giuridiche dei titolari del "nuovo" diritto al lavoro che il bilanciamento apparentemente vorrebbe tutelare. Su questi orientamenti molto ha inciso il diritto della concorrenza di matrice europea, anche per la sua eccessiva indeterminatezza nel definire i confini dell'abuso di contratti atipici nelle diverse fattispecie[677].

Un discorso a sé meriterebbe la questione del c.d. principio di non regresso, pure di matrice europea, che avrebbe potuto costituire un limite generale di qualche pregio valoriale (traccia se ne trova nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, art. 53) se inteso come salvaguardia del livello di protezione dei diritti raggiunto in ciascun ordinamento nazionale. Però anche qui la giurisprudenza europea ha stigmatizzato ogni cristallizzazione dei trattamenti garantiti dal legislatore ordinario, manifestando varie resistenze in nome di un'enfatizzazione del primato del diritto dell'Unione sugli ordinamenti nazionali[678] e circoscrivendo il principio ai diritti umani e alle libertà fondamentali espressamente tutelati dalle costituzioni nazionali o dal diritto internazionale e/o europeo.

Resterebbero da analizzare le clausole di non regresso contenute in ciascuna direttiva: ma anche quelle lasciano in genere un ampio margine a trasposizioni peggiorative, prevedendo in genere solo che "l'attuazione della direttiva non costituisce motivo per giustificare una riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori negli ambiti da essa trattati" (v. le ultime direttive 2019). Talora si aggiunge anche che la suddetta formula (denominata "divieto di riduzione del livello di protezione") "non pregiudica il diritto degli Stati membri e delle parti sociali di stabilire, alla luce del mutare delle circostanze, disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse da quelle in vigore (*ad una certa data*), purché siano rispettati i requisiti minimi previsti dalla…direttiva" (così art. 16 par. 2 della direttiva 2019/1158). E in questo modo diviene chiaro che in ogni regolazione di stampo europeo occorre delimitare quelli che, più o meno chiaramente, devono essere considerati "requisiti minimi" che però vanno ricavati dalla specifica disciplina e non dalla preesistente normativa nazionale. Viene così ribadito che ogni vincolo di non regresso si traduce

---

[675] V. P. Bozzao, *Corti superiori e accesso alla sicurezza sociale dei part-timers*, in DLM, 2018, n. 1. In precedenza M. Aimo, *Il dialogo tra le Corti e la disciplina del lavoro a termine*, e Delfino, *Contratto a termine e "circolarità" della nozione eurounitaria di lavori flessibili*, in Saracini-L. Zoppoli, cit., risp. p. 331 ss. e 359 ss.

[676] Sulle quali possono anche incidere i più recenti orientamenti degli imprenditori (v. il documento di 200 grandi aziende americane riunite nel *Business Roundtable* di cui dà notizia *la Repubblica* del 20 agosto 2019) volti a enfatizzare la responsabilità ambientale e sociale come componente della propria visione deontologica, ma non prima che tale visione giunga a configurare la concreta struttura giuridica dell'impresa e in quella esatta misura. In sintesi, e in termini tecnici, occorre distinguere l'etica manageriale dal diritto societario.

[677] V. la gran parte delle sentenze citate in note 37 e 38. Per la giurisprudenza di legittimità v., da ultimo, Tria, *Contratti di lavoro a termine e rimedi: lo stato dell'arte nella giurisprudenza di legittimità*, relazione a convegno di studi del Centro studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Foligno, 1 febbraio 2019, in www.csdn.it.

[678] V. Lo Faro, op. cit., p. 359. In maniera molto puntuale, anche per esaurienti indicazioni bibliografiche, v., da ultima, M. Aimo, *Il dialogo tra le Corti e la disciplina del lavoro a termine*, in Saracini-L. Zoppoli, cit., p. 331 ss.

essenzialmente in un onere di motivazione a carico dei soggetti nazionali che producono una nuova regolazione eventualmente peggiorativa dei precedenti livelli di tutela[679].

In questo modo molti ostacoli al ridimensionamento della tutela dei lavoratori sono stati sempre più ridotti o eliminati. Pur se va riconosciuto che con il ricorso alle tecniche del nucleo essenziale (ad esempio quanto alla forfetizzazione del danno prodotto nel contratto a termine *contra legem*[680]) o dei principi irrinunciabili di tutela ricavabili dal sistema (consenso del lavoratore nel part-time[681]) non v'è stata una integrale liberalizzazione dei lavori flessibili o, detto in altro modo, una resa totale alle esigenze di flessibilità delle imprese. In effetti, seppure in un quadro in cui è possibile sempre individuare e in qualche modo gerarchizzare i diritti dei lavoratori rispetto alla libertà di impresa, le teorie del bilanciamento utilizzate dalla giurisprudenza sui lavori flessibili hanno manifestato "un elevato rispetto verso le scelte del legislatore"[682]. Talvolta addirittura alcuni principi di tutela storici (come quello dell'unicità del datore/utilizzatore[683]) sono stati radicalmente messi in discussione senza un vero e proprio avallo giurisprudenziale di rango costituzionale (ad esempio con riguardo all'abuso del contratto di somministrazione[684]).

Se un limite all'accondiscendenza verso ogni legislatore c'è stato, esso è stato rinvenuto nel principio di eguaglianza (*sub specie* di ragionevole differenziazione di discipline: emblematica ancora la 194/2018), un limite importantissimo che riconduce alla coerenza ordinamentale, ma che rischia di attenuare proprio l'impatto giuridico dei valori specifici che costituiscono il perno di certi assetti disciplinari come quello giuslavoristico[685]. Favorendo così il riflusso del contratto di lavoro nel diritto comune dei contratti: che – qualunque cosa nel merito se ne pensi - comunque non è più quello originario dominato dalla più ampia libertà delle parti contrattuali[686].

Dinanzi a questi sviluppi interpretativi delle Alte corti si potrebbe esprimere un apprezzamento più o meno rassegnato, considerandoli come inevitabile effetto dei mutati rapporti tra economia - intesa come veicolo di affermazione incontrastabile del mercato globalizzato - e diritto - da cui

---

[679] Su questo onere di motivazione che diviene onere per gli Stati "di dimostrare la sussistenza dei motivi diversi che … hanno condotto a compiere scelte di politica legislativa comportanti effetti di regressione degli *standards* già esistenti" v. Aimo, op.ult.cit., p. 353 ss.

[680] V. da ultimo anche Cass. 16 gennaio 2019 n. 992, cit. Al riguardo è interessante quanto sottolinea la Aimo nello scritto più volte citato (p. 347), cioè che la nostra Corte costituzionale nell'"applicare" i criteri della CGUE riguardanti l'onere di motivazione che deriva dalla clausola di non regresso, ha ritenuto che il peggioramento dei meccanismi risarcitori determinati in misura forfettaria non ha la finalità di recepire alcuna direttiva, ma di "assicurare la certezza dei rapporti giuridici, imponendo un meccanismo semplificato e di più rapida definizione di liquidazione del danno a fronte della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro" (Corte Cost. 226/14. Contra Menghini, *L'indennità ex art. 32 della legge n.183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, in RGL 2012, II, p. 34 ss.). Più in generale è interessante ai fini del bilanciamento pure qualche recente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di sicurezza sociale come la 50/19: v. Fontana, *Reddito minimo disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 389/2019.

[681] V. Corte Cost. 210/92. Diffusamente Delfino, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studi sul principio volontaristico*, Jovene, 2008, p. 255 ss.

[682] Sempre Scaccia, p. 398.

[683] V. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli, cit., p. 91 ss. D. Garofalo, *Il perdurante divieto di interposizione*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, Giappichelli, 2017, vol. II, p. 3 ss.

[684] V. dottrina e giurisprudenza cit. in nota 21.

[685] V. le considerazioni generali e finali di Bin, op.cit.

[686] V., per opposte opinioni e per ulteriori citazioni, Tosi, *Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e del suo "dopo"*, in DRI, 2019, p. 640 ss.; De Simone, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, relazione alle giornate di studio Aidlass 2019 su *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, Udine, 13-14 giugno 2019.

è inutile far germinare tutele anacronistiche se confinate negli ordinamenti nazionali. O, come di recente più spesso si dice, effetto dei mutati rapporti tra tecnologie - ormai digitali e capaci di sfuggire ad ogni statica categorizzazione - e tutele - sempre meno imputabili a soggetti chiaramente individuabili. Con entrambe le proposizioni si finisce però per avallare la tesi secondo cui, dinanzi a processi reali che seguono il loro corso, nulla può la giuridificazione di valori divenuti privi di radicamento nella realtà. In fondo non resterebbe spazio se non per un "diritto mimetico", cioè appiattito su – veri o presunti - processi reali.

Tali posizioni "rassegnate" in ordine alla possibile riaffermazione di valori/principi appartenenti ancora alla sfera giuridica non solo nazionale a me non paiono però risposte equilibrate e, soprattutto, giuridicamente feconde. Ad esse può contrapporsi un'altra chiave di lettura che vede nei nuovi equilibri ordinamentali visibili intorno alla disciplina dei lavori flessibili non una resa a dinamiche già in atto, bensì un importante terreno di precise politiche economiche dirette a rendere competitivi i diversi sistemi in termini di flessibilità soprattutto economico-retributiva (effetto magari indiretto[687] di una minore conflittualità dei lavoratori precari), senza troppo enfatizzare la questione salariale in quei settori professionali in cui esistono rigidità maggiori, di varia natura anche sindacale. Queste politiche – non dunque imposte dai "fatti", ma frutto di consapevoli scelte – hanno senza dubbio conseguenze significative – non necessariamente positive - sulla tenuta di sistemi economici, specie nelle società di più antica industrializzazione che non possono far conto solo sulla domanda esterna di beni e servizi; ma si ripercuotono anche profondamente sul concreto inveramento dei valori di eguaglianza ed equità nelle condizioni di lavoro.

Proprio il timore o la constatazione di queste ripercussioni inducono sovente a contro-reazioni egualitarie anche le teorizzazioni giuridiche di matrice dottrinale o giurisprudenziale. Contro-reazioni messe invero in crescente difficoltà dalla sempre maggiore vincolatività assunta in ciascuno Stato Ue dal principio del contenimento della spesa pubblica e del pareggio di bilancio, capaci di incidere sensibilmente nel bilanciamento giuridico con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali anche di tipo egalitario[688]. Ciò emerge in particolare dalla copiosa e complessa giurisprudenza sui lavori flessibili – e in particolare sul contratto a termine – nelle pubbliche amministrazioni[689], grazie alla quale nel nostro Paese persiste una forte disparità di tutele a livello sanzionatorio.

Tuttavia è innegabile che anche nella regolazione dei lavori flessibili il principio di eguaglianza e i divieti di discriminazione sembrano oggi brillare nel firmamento dei valori/principi giuridificati grazie alla complessiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale[690]. Al riguardo viene in mente una vecchia, bellissima, canzone di Rino Gaetano che, mentre fotografa l'ineffabile molteplicità delle esperienze di vita, nel *refrain*-titolo gioisce, cantando a squarciagola: "ma il cielo è sempre più blu!".

---

[687] Non di rado infatti i lavori flessibili – il lavoro a termine come quello somministrato - hanno per legge un costo diretto aggiuntivo. Ma al riguardo v. i dati citati da Occhino, op. cit.

[688] V., da ultimo, R. Pessi, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019, spec. p. 209 ss.

[689] Per la sterminata mole di riferimenti v. da ultimi Tria, cit.; De Michele, in WP D'Antona 383/19; Caruso, Alaimo e Ricci, in Caruso (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico*, in DLM, Quad. n. 7, 2019; Boghetich, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo, Maresca (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

[690] Da ultimi G. Amoroso, *La discriminazione nel mondo del lavoro e la Costituzione*, in DLM, quad. n. 5, 2018, p. 19 ss.; R. Santagata De Castro, *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente". Nozione, giustificazione, prova,* ESI, 2019.

Purtroppo però l'affermazione del valore egualitario nelle teorie giuridiche si scontra con due notevoli difficoltà pratiche: una, di carattere sostanziale, attiene alla già accennata moltiplicazione delle diseguaglianze socio-economiche difficilmente arginabile in sede giudiziaria; l'altra, di carattere più tecnico-giuridico, riguarda la difficoltà di tradurre i principi in concrete tutele giudiziarie, vista la enorme complessità concettuale e normativa della materia e le incertezze sul piano delle tecniche probatorie anche alla luce del "formante giurisprudenziale"[691]. Alla luce di queste consapevolezze è fin troppo facile rammentare che – con buona pace di Rino Gaetano - il luogo di inveramento dei valori/principi giuridici non è il cielo, ma la terra. E allora mi pare indispensabile continuare a cercare altre linee di intersezione giuridica tra cielo e terra.

5. La declinabilità dei valori, con particolare riferimento alla dignità.

È a questo punto del discorso che può diventare interessante dire qualcosa riguardo alla (difficilissima) questione della declinabilità dei valori in riferimento ai lavori flessibili: intendendo con ciò far riferimento alla prospettiva secondo cui una qualche graduazione dei valori nelle tecniche di regolazione dei lavori flessibili potrebbe contribuire ad elevarne l'effettività. Guardando un po' alle origini di questi dibattiti, ho rinvenuto due impegnati saggi di Perulli e di Proia, che, nell'ormai lontano 2002[692], risolvono entrambi la questione dando risposte negative, anche se con uno sguardo differenziato quanto a scenari e tecniche giuridiche[693]. Si potrebbe essere ancora d'accordo in linea di principio, anche perché se al fondo dei valori giuslavoristici si pone la dignità della persona – come facevano Perulli e Proia nel 2002 e sempre più si tende a fare oggi[694] - essa, come si ricava anche dal diritto dell'Unione europea (v. le direttive più volte citate e, proprio sul piano valoriale, l'art. 31.1 della Carta dei diritti fondamentali[695]) non è declinabile, se per declinabile si intende una graduazione di tutele a seconda della tipologia di contratto di lavoro. Tuttavia – non potendosi dimenticare le ricorrenti avvertenze sulla profonda ambiguità del termine "dignità"[696] - non ogni diritto o situazione giuridica riguardano nello stesso modo la dignità della persona o del lavoratore né la persona assume la medesima rilevanza in ordine a tutte le possibili attività che comportano un impegno di tipo professionale. Ad esempio non sono sovrapponibili dignità del lavoratore subordinato e dignità dell'imprenditore, essendo la seconda figura una funzione più che un individuo in carne ed ossa (v. art. 2086 c.c., dal 2019 rubricato "gestione dell'impresa"). Mentre, per altri versi, la dignità, anche se assunta nei suoi significati essenziali e comuni ad una tipologia di soggetti (sociali più che strettamente giuridici), come ad esempio i lavoratori subordinati, è suscettibile di essere tutelata con istituti e tecniche giuridici assai diversi tra loro. Non v'è dubbio però che, nel discorso sulla "declinabilità" dei valori, assumono centralità sia l'ambito

---

[691] V., con particolare attenzione e in chiave comparata, Santagata De Castro, op.ult.cit.

[692] Si tratta delle relazioni introduttive al convegno AIDLASS del maggio 2002, *Interessi e tecniche nella disciplina dei lavori flessibili*, Giuffrè, 2003 (molto interessante anche la presentazione di Franco Carinci): Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*; Proia, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, risp. p. 39-139 e 140-206.

[693] In sintesi: Perulli guarda ai diritti da tutelare nel diritto del lavoro in senso stretto, Proia invece tira chiaramente in ballo il diritto della sicurezza sociale.

[694] V. le ultime giornate di studio AIDLASS 2019, già citate, e il 48^ convegno nazionale del Centro Studi Domenico Napoletano su *Lavoro e dignità della persona*, Bari, 7-8 giugno 2019. Sulla tematica di recente v. Laforgia, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, ESI, 2018.

[695] "Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e *dignitose*".

[696] V., da ultimo, M. Rosen, *Il problema della dignità: una parola con troppi equivoci*, ne *la Repubblica* dell'8 settembre 2019, secondo cui bisogna sempre e preliminarmente resistere "alla tentazione di usare il concetto di dignità come una maschera dietro alla quale soggetti interessati tentano di imporre prescrizioni morali prive della legittimità di un mandato popolare"

delle tutele accordate sia la prospettiva della parità di efficacia o di effettività delle tecniche dirette a garantire il rispetto della dignità della persona implicata in una determinata relazione giuridica.

Perciò la prospettiva della declinabilità delle tutele valoriali (specie della dignità) confina con i problemi connessi alla nozione di lavoratore flessibile da tutelare e alla omogeneità dei meccanismi sanzionatori. Due ambiti che appartengono essenzialmente – anche se non esclusivamente – alla competenza regolativa del legislatore.

Andando ad esaminare questi due ambiti nella legislazione italiana sui lavori flessibili si ricava un quadro che, a grandi linee, può essere così descritto:

A) Quanto alla nozione di lavoratore flessibile, pur partendo da una "circolarità" eurounitaria[697], si registrano due situazioni: a) la pregiudizialità della questione qualificatoria in termini di subordinazione, b) la sostanziale discrezionalità rimessa sul punto dal diritto dell'Unione alla legislazione nazionale. Come snodi di particolare tensione, si segnala anche che dal diritto europeo viene un obbligo a garantire certi risultati di tutela connessi più che alla tipologia contrattuale alla struttura della subordinazione; e che le tutele tendono a omologarsi ogniqualvolta il lavoratore flessibile può essere messo in relazione con un lavoratore subordinato a lui "comparabile" sia in astratto sia in concreto. Ci si trova così dinanzi ad una specie di circolarità se non viziosa sicuramente "viziata". Infatti una nozione oggi giuridicamente assai sfuggente come la subordinazione c.d. "strutturale"[698], che porta con sé quella di "lavoratore comparabile", è il perno o la porta di ingresso della "declinazione" delle tutele. Così, anche se la si volesse praticare con convinzione sul piano delle tecniche di tutela dotate di più ampia effettività, la declinazione viene consegnata ad un circuito di forte incertezza esegetico-applicativa, in cui gli esiti di un eventuale contenzioso appaiono tutt'altro che prevedibili.

B) Con riferimento ai meccanismi sanzionatori pure si deve registrare una situazione di particolare complessità: dalla nozione presupposto di "abuso di contratti atipici" - che non solo non è unitaria per tutti i lavori flessibili e per tutti gli ordinamenti[699], ma si disperde sempre più in una gamma di misure che variamente contemplano: causali, clausole di contingentamento, qualità o quantità di contratti precari all'interno di una medesima tipologia contrattuale (come le "sottospecie" di contratti a termine: si pensi a lavoro privato e pubblico, a differenze settoriali ancora più sofisticate, come enti lirici, poste, scuola), vincoli di natura soggettiva (che possono assumere giuridicamente la veste di diritti di prelazione più o meno effettivi), disciplina sindacale di carattere ampiamente derogatorio - alle sanzioni concretamente azionabili - che possono essere di tipo reintegratorio, integralmente risarcitorio e/o forfettizzate, con enormi ripercussioni sulla loro

---

[697] V. Delfino, *La circolarità*, cit.

[698] V., da ultimi, Treu, *Trasformazioni del lavoro: sfide per I sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in WP "Massimo D'Antona".IT, 371/2018, p. 8; Romagnoli, *Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)*, in DLM, 2018, p. 193 ss.

[699] Come sarebbe necessario in una logica di contrasto del dumping sociale – o shopping contrattuale - praticato attraverso il ricorso più o meno ampio ai lavori flessibili. Ciò non significa che in ciascuna direttiva europea non ci sia una nozione di abuso e la previsione di misure specifiche di prevenzione e repressione, ma con una sorta di *décalage* da quella sul part-time a quella sulla somministrazione e con spazi eccessivi a trasposizioni disomogenee e lacunose negli ordinamenti nazionali.

dissuasività. Tutto ciò rende le tutele anche molto "declinate" quanto a tecniche e concrete misure sanzionatorie, ma rischia di privare il sistema di un baricentro sufficientemente visibile, razionale, condivisibile all'interno di comunità socio-professionali di una certa ampiezza[700].

Insomma il quadro legislativo specifico dei contratti flessibili, seppure suscettibile di ottimizzazioni in chiave di esegesi tarata sulle singole disposizioni, a me pare non favorire una rassicurante "declinazione" delle tutele a seconda delle diverse coloriture che assumo i valori e, in particolare, la dignità nella morfologia dei lavori flessibili. Oggi come oggi la declinazione delle tutele mi pare un fattore che aumenta incertezza, diseguaglianze e precarietà piuttosto che l'effettività delle tutele stesse[701].

Una soluzione potrebbe essere quella di spostare la tutela universalistica della dignità sul piano della sicurezza sociale, al di fuori della bussola fornita dallo strumento contrattuale, pur tipologicamente articolato[702]. È quanto in parte avvenuto con il reddito di cittadinanza, la cui progressiva affermazione nelle politiche riformatrici degli ultimi anni non può non mettersi in relazione con il crescere della precarietà lavorativa specie sotto l'aspetto della precarietà reddituale (è il fenomeno dei c.d. *working poors*). Qui occorrerebbe però molto approfondire il discorso, che travalicherebbe alquanto un'analisi di valori e tecniche nei lavori flessibili. Solo un'osservazione, alquanto banale: in tal modo valori e tecniche della regolazione tendono ad essere influenzate ancor più che in passato dalla dimensione pubblicistica, per quanto riguarda sia il costo sia l'ampiezza delle tutele, tutte fondate su risorse legate alla fiscalità generale. In epoche di contenimento della spesa pubblica, detassazione dei redditi da lavoro e da profitto, di rilancio della competitività, questa prospettiva non mi pare possa in concreto alzare il livello delle prestazioni legate ai diritti sociali[703].

6. La negoziabilità dei valori: una questione di tecniche e di misura.

Restando su un piano più tradizionale, si potrebbe ritenere che un maggior equilibrio nella declinazione di valori e tecniche potrebbe conseguirsi riducendo ruolo e peso della legislazione a vantaggio di regolazioni di stampo negoziale[704]. Questa linea di sviluppo porta ad approfondire l'ultima questione alla quale mi propongo di dedicare qualche riflessione, appunto la "negoziabilità

---

[700] Oltre alle note questioni su termine e somministrazione, emblematica la questione delle sanzioni nel lavoro intermittente: v. Cester, op. cit.; Lunardon, op. cit.

[701] Da ultimo ripropone una critica radicale all'abbandono di un obiettivo giuridico di eguaglianza sostanziale tra i lavoratori standard e non standard G. Fontana, *Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 398/2019.

[702] Anche questa "ricetta" è tutt'altro che nuova e può certo farsi risalire al rapporto Supiot, *Il futuro del lavoro*, del 2003 (e non del 2016 come erroneamente si dice in un pretenzioso – e scontato – articolo di M. Bettini, *C'erano una volta i diritti del futuro*, in *la Repubblica* del 10 settembre 2019).

[703] Diffusa è infatti la critica alla soglia troppo alta individuata per il reddito di cittadinanza (780 euro di base, cioè senza "pesare" il nucleo familiare) introdotto in Italia nel 2019. Se poi si guarda in generale alla configurazione delle tutele previdenziali per i lavori flessibili, non si può che sottolineare come la precarietà è un fattore di forte indebolimento anche di questo versante protettivo, che amplifica i rischi sociali derivanti dalla diffusione dei lavori non standard. In materia la letteratura è ampia. V. per tutti Sandulli, *Nuovi modelli di protezione sociale fra istanze risalenti e pretese recenti: profili di criticità e problemi di finanziamento,* in *Studi in onore di Roberto Pessi*, in corso di pubblicazione.

[704] Questa prospettiva, in chiave di contrattazione collettiva, è da tempo sostenuta con particolare convinzione da Mario Rusciano, da ultimo in *Metodo e riforme del diritto del lavoro*, in DLM, 2018, p. 207 ss.

dei valori".

Prendendo le mosse da un così elevato punto di osservazione si rischia però un qualche senso di vertigine. Leggendo ad esempio il già citato saggio di Perulli del 2002[705], si ritrova la perentoria affermazione secondo cui il diritto del lavoro moderno è stato edificato intorno a valori "non negoziabili". La visione è tra quelle che sarebbe davvero bello poter condividere e non solo in una dimensione filosofica. Però la mia sensazione è che la filosofia dei valori giuslavoristici contenuta in questo approccio non tenga sufficientemente conto della vita vissuta della materia, ieri come oggi.

Se dalla riflessione filosofica si passa a quella sulle tecniche regolative attraverso cui concretamente i valori poi si inverano, a me pare che, così come nel diritto del lavoro molto è stato originariamente introdotto per via negoziale, in misura analoga molto sia stato tolto – prima o poi – sempre per via negoziale. E se in origine la Costituzione non c'era, non può certo dirsi che l'era delle Costituzioni abbia messo in un angolo la negoziazione dei valori/principi[706]. Due soli esempi: il giusto salario, tutto affidato alla contrattazione collettiva anche dopo la più piena applicazione dell'art. 36 Cost.; la profonda revisione degli equilibri regolativi per il tramite del diritto dell'Unione europea proprio in ordine a lavoro a termine e part-time, passati attraverso i famosi accordi quadro tra le parti sociali, da considerare vere e proprie "fonti collettive"[707]. Insomma pure a voler condividere ancora oggi l'acuta osservazione di Federico Mancini secondo cui "la contrattazione può molto ma non tutto", non mi sentirei di sostenere che i valori del diritto del lavoro sono in una cassaforte di cui le parti sociali non hanno le chiavi. Tutt'altro.

E infatti i problemi più gravi oggi derivano proprio dall'aver fatto della contrattualizzazione collettiva il principale *driver* degli equilibri giuslavoristici[708]. Questa tradizione, in passato arginata dall'unità sindacale e dalla centralità/unicità del contratto collettivo nazionale, oggi è stata completamente scardinata, ma in senso opposto a quello assiologicamente auspicato da Perulli: cioè in direzione della più ampia negoziabilità, spesso riconducibile alle tecniche, ma con margini tali da incidere profondamente sui valori posti a fondamento della materia.

---

[705] V. p. 133: "la razionalità economica moderna si è potuta sviluppare solo sulla base di una condivisione di valori non negoziabili, non quantificabili e non calcolabili, che hanno consentito ai sistemi giuridici di trasformare i rapporti di forza sul mercato in rapporti di diritto". Ma v. anche Perulli, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in RGL, 2018, I, p. 681 ss., spec. p. 697 ove si dice "lo spirito del tempo potrà certamente incidere sulle *politiche* e sugli strumenti di attuazione dei principi costituzionali, ma fino ad un certo punto ed entro certi limiti assiologici: lo spirito del tempo non può comunque agire come vettore di revisione di quei valori, *che restano insensibili e intangibili, al riparo dalle decisioni unilaterali e arbitrarie dell'interprete e del legislatore*". Un corollario sarebbe appunto la "non negoziablità" dei valori nel senso più ampio. Anche se, poco prima (p. 695), lo stesso autore sostiene che "il tema delle *capabilities* nell'ambito del rapporto di lavoro dovrebbe essere declinato soprattutto lungo la dimensione collettiva, la quale, senza negare l'esistenza di capacità legate agli individui indipendenti, realizza la mediazione di comunità sociali istituzionalizzate idonee a dare corpo alla formula dell'individualismo olistico, quali, ad esempio, le forme di codeterminazione/cogestione dell'impresa alla tedesca". Sembra di capire che, a distanza di oltre 15 anni, Perulli ponga tra i valori non negoziabili la libertà personale "declinata" però in chiave di "individualismo olistico", che aprirebbe uno spiraglio anche ad una "negoziabilità" tanto individuale quanto collettiva. V. infatti anche Perulli, La *"soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in DRI, 2019, p. 161 ss.

[706] V. Gaeta, *"La terza dimensione del diritto": legge e contratto collettivo nel Novecento italiano*, in DLRI, 2017, p.

[707] V. Delfino, op.ult.cit., p. 360.

[708] Tesi che ho sostenuto in *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro tra*, RIDL, 2010, I, p. 175 ss.

E se lo stesso principio/valore della tutela del lavoro ha assunto nel nostro ordinamento le fattezze della contrattualizzazione collettiva più che individuale, ciò è avvenuto anche – se non soprattutto - nei lavori flessibili[709]. Nella disciplina dei lavori flessibili è poi anche penetrata, con una certa priorità cronologica, persino la negoziabilità a livello meramente individuale.

In effetti un profilo iniziale e perciò stesso prioritario della negoziabilità che coinvolge aspetti di sicuro rilievo valoriale può rinvenirsi nella tutela della dignità del lavoratore al momento della scelta del tipo contrattuale, in particolare quando si tratti di lavoro flessibile. Qui un notevole sviluppo ha avuto la certificazione, al di là della sua disciplina legislativa più o meno convincente. Con tale istituto si bilancia meglio la libertà negoziale dei contraenti con l'esigenza di certezza e affidabilità degli atti giuridici, un'esigenza che sta particolarmente a cuore alle imprese, poste al riparo da eventuali successive o inattese contestazioni giudiziarie riguardanti la tipologia contrattuale scelta. Per i lavori flessibili la certificazione è espressamente prevista sia nella distinzione tra appalto e somministrazione (v. art. 84 del d.lgs. 276/03)[710] sia per la pattuizione di clausole elastiche nel part-time qualora esse non siano previste dai contratti collettivi (art. 6 c. 6 del d.lgs. 81/15); ma, pur con la sua peculiare efficacia giuridica, non è esclusa nemmeno con ambito più ampio se gli elementi negoziali della flessibilità caratterizzano il contratto come uno dei "contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro" (art. 75 d.lgs. 276/03 e successive modifiche). La certificazione però è un istituto intrinsecamente pericoloso perchè, se non configurata e concretamente praticata in modo da rispecchiare pienamente la volontà di entrambi i contraenti e, segnatamente, di quello più debole, mortifica in radice la dignità del lavoratore, essendo strumento di aggravamento della sottomissione personale alla volontà datoriale[711]. Molte sono in verità le lacune o le imperfezioni normative che limitano utilità e decollo pratico dell'istituto[712]. Proprio tenendo conto di esse, la sua espressa previsione per alcuni delicatissimi aspetti della disciplina dei lavori flessibili non sembra però andare incontro all'esigenza di porre al riparo l'autonomia negoziale in fase di formazione del contratto da mortificazioni della dignità del lavoratore. Quanto meno occorrerebbe restringere il novero dei soggetti abilitati a certificare la genuina volontà delle parti in senso più garantistico per il lavoratore. Il valore della certezza del diritto non può infatti sopravanzare quello dell'effettività delle tutele, cioè del rispetto rigoroso dei diritti che conseguono a determinate modalità di erogazione della prestazione lavorativa che ricalchino le più classiche caratteristiche del lavoro subordinato.

---

[709] V., in origine, D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in DLRI, 1990, p. 529 ss.; da ultimi, anche per una bibliografia ampia, Casillo, *Contratto a termine e contrattazione collettiva*, in Saracini-L. Zoppoli, p. 45 ss.; Olivieri, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica alla modernità economica?*, Giappichelli, 2017. Per utili informazioni si vedano i Rapporti Adapt sulla contrattazione collettiva in Italia, pubblicati da Adapt University Press e giunti alla V edizione (2018).

[710] su cui v., da ultimo, Marazza, *Le garanzie difficili nel sistema degli appalti*, in WP "Massimo D'Antona".IT, n. 393/2019

[711] V. il dibattito sul collegato lavoro del 2010 riepilogato in *Flexinsecurity*, cit. Com'è noto la certificazione è giudizialmente impugnabile per vari vizi e, in particolare, per la discrasia tra forma del contratto e sua esecuzione, ma la sua finalità sta proprio nel rendere al lavoratore quanto meno più difficoltoso il ricorso al giudice.

[712] V. Riccio, *Profili teorici e pratici della certificazione*, in DLM, 2017, n. 3.

Di tutto rilievo è che limiti più stringenti emergono al riguardo anche nella giurisprudenza su istituti e tecniche attraverso cui si realizza la disponibilità dei diritti dei lavoratori[713], altra fase delicatissima in cui possono esserci spazi di negoziazione squilibrata tali da vanificare i valori affermati nell'ordinamento giuridico.

Quanto alla negoziabilità collettiva, dopo il Jobs Act i lavori flessibili sono terreno di ogni tipo di negoziazioni: dale libere scorribande fino ai più interessanti "laboratori" sperimentali. Da un lato si segnala come la disciplina dei contratti a termine – irrigidita dal decreto dignità - sia ampiamente derogata in senso peggiorativo da una sempre più diffusa contrattazione di prossimità[714], che coesiste bellamente anche con la più ampia concorrenza tra livelli contrattuali prevista dall'art. 51 del d.lgs. 81/2015[715]. Dall'altro lato, emergono interessanti evoluzioni della contrattazione nazionale sul lavoro in somministrazione dove, anche se si attenuano alcune rigidità introdotte nel 2018, si promuovo regole e istituti volti a rendere meno gravoso l'utilizzazione, pur precaria, del lavoro tramite Agenzia[716].

Anche a tal riguardo molto ci sarebbe da fare per evitare che la contrattazione collettiva intacchi il piano dei valori/principi nella disciplina dei lavori flessibili: a cominciare dal definire ambiti di regolazione caratterizzati da inderogabilità assoluta (ad esempio l'abuso di contratti atipici) per giungere ad una precisa individuazione dei soggetti legittimati a ridurre le tutele legali dei lavoratori flessibili, che dovrebbero in qualche modo contemplare soggetti collettivi effettivamente rappresentativi degli interessi dei precari ai margini del mercato e non solo di quelli interessati a prorogare il più possibile la propria permanenza in determinate aziende, magari in cambio di un allargamento smisurato della possibilità di ricorso al lavoro flessibile destinato a restare precario per tempi indefinibili[717].

7. Alcune indicazioni conclusive.

A voler tirare brevemente le fila delle analisi svolte, si può osservare:

a) che sul piano dei valori/principi giuridici, la disciplina dei lavori flessibili ha, seppure confusamente e talora in modo mistificatorio, posto il problema del bilanciamento del diritto al lavoro con i diritti degli occupati.

b) Non sono però emerse finora tecniche puntuali e incisive per riconoscere maggior tutela al diritto al lavoro: al punto da far diventare sempre più diffusa l'errata convinzione che tutelando la libertà d'impresa si tutelino i diritti dei lavoratori. La domanda di lavoro invece non è affatto

---

[713] V. Trib. Roma 8.5.2019 n. 4354, in DLM, 2019, n. 3, con nota di Voza (in corso di pubblicazione). Peraltro anche rinunzie e transazioni sono certificabili ex art. 84 del d.lgs. 276/03.

[714] Querzè, *Contratti a termine (e poi assunzioni), corsa a superare il decreto dignità*, in *Corriere della sera* del 25 maggio 2019.

[715] V., da ultimi, anche per bibliografia e rilievi di costituzionalità dei contratti di prossimità, Gargiulo, *Rappresentatività e contrattazione in azienda*, Cedam, 2017 e Lazzeroni, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, 2017.

[716] V. Scarpelli, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, relazione al convegno nazionale del Centro Studi Domenico Napoletano, cit., giugno 2019; *D'Ascenzo, cit.,* con particolare attenzione agli istituti volti a dare maggiore consistenza e continuità alle varie missioni. V. però, più criticamente, anche Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto dignità*, cit., p. 243 ss.

[717] Se si scambia, con accordo aziendale o anche con uno dei tanti ccnl, l'allungamento del termine massimo di durata di alcuni contratti (o addirittura la loro stabilizzazione) con un ampliamento delle quantità contingentate di lavori flessibili, in una prospettiva di sistema si sta intaccando il principio della forma comune del contratto a tempo indeterminato.

per sua natura domanda di lavoro di qualità, cioè comprensivo dei diritti: essa può aumentare a discapito dei diritti[718].

c) Il modo caotico e confuso in cui si è assestato il piano valoriale nella disciplina del lavoro flessibile non ha però impedito di affermare costantemente, e di recente sempre più, che il valore centrale del diritto del lavoro europeo e nazionale è la tutela del lavoro *dignitoso* e *a tempo indeterminato*. Il suo corollario indiscusso sul piano delle tecniche giuridiche è che occorre vietare "l'abuso di contratti atipici", cioè non a tempo indeterminato.

d) Ne derivano differenze sensibili anche tra i lavori flessibili. Ad esempio il lavoro in somministrazione, se a tempo indeterminato, potrebbe non considerarsi un contratto atipico. Part-time e lavoro intermittente possono anch'essi venire configurati all'interno di un contratto a tempo indeterminato: in tal caso gli elementi contrattuali di rilevanza valoriale, e perciò da garantire ad ogni costo, sono però altri, come la genuinità del consenso e, con tutti i suoi limiti, la parità di tutele delle situazioni in concreto comparabili. Al riguardo andrebbe rivista e persino potenziata la certificazione dei contratti flessibili per gli aspetti di tutela della volontà negoziale del lavoratore.

e) Se la nozione di "abuso del contratto atipico" costituisce lo snodo indiscusso nella disciplina della materia, appaiono sin troppo visibili lacune di crescente complessità che si propagano dal piano del diritto dell'Unione a quello della normativa nazionale e contrattuale. Si dovrebbe infatti almeno chiarire, a partire dal livello eurounitario, se un limite più netto all'utilizzazione abusiva di contratti atipici deve riguardare:

- ogni contratto atipico concluso[719];
- l'organico di ciascuna impresa;
- o, come a mio parere sarebbe più incisivo[720], la vita (o vicenda) professionale di ciascun lavoratore[721].

La scelta dell'una o dell'altra modalità di repressione degli abusi comporta il ricorso a categorie giuridiche e tecniche differenziate seppure tra loro raccordabili con molta avvedutezza e perizia: il diritto dei contratti, il diritto societario o il diritto amministrativo. Lasciare uno spazio eccessivo

---

[718] In termini analoghi v. già le lucide pagine di Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in LD, 2016, p. 611-617. L'affermazione che qui si legge secondo cui "il diritto del lavoro di per sé non può che essere anzitutto il diritto *per chi il lavoro ce l'ha*, per chi già vive una situazione lavorativa" (p. 614-615) appare un po' aprioristica o, forse, formulata con lo sguardo alla "funzione lirica" del diritto del lavoro: più approfonditamente v. il mio *I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa)*, ivi, p. 685 ss.

[719] V., ad esempio, rispetto alla giustificazione della somministrazione, l'interpretazione restrittiva in ordine al controllo giudiziario di Cass. 10726/19 in applicazione dell'art. 27 comma 3 del d.lgs. 276/03.

[720] V. L. Zoppoli, *La disciplina,* cit., in Saracini-L. Zoppoli, op. cit., p. 38 ss., dove, in sintesi, proponevo di riferire il termine massimo di assunzione mediante contratto a termine acausale (allora fissato in 36 mesi) a ciascun lavoratore indipendentemente dall'impresa, dal settore e dalla professionalità, riconoscendo al lavoratore un diritto di prelazione nelle assunzioni a tempo indeterminato da esercitare, tramite i servizi per l'impiego, su base regionale.

[721] Per non ingenerare equivoci, preciso che in questa logica si può anche pensare alla prospettiva delle *capabilities*, ma senza immaginare che questa possa risolversi in un generico sostegno alle potenzialità o alle libertà personali. Solo per un esempio concreto, penso più a proposte come quella di cui alla nota precedente, che tende a configurare un vero e proprio diritto soggettivo ad un'assunzione a tempo indeterminato in capo al lavoratore che abbia già "vissuto" un congruo periodo di lavoro precario. Su questa proposta v. anche Corti, *Flessibilità*, cit., p. 217-218, spec. nota 132.

alle normative nazionali o a quelle contrattuali annacqua prevenzione e repressione delle prassi abusive e, in fin dei conti, vanifica ogni piano valoriale.

f) Analoga importanza mi pare si debba attribuire a chiarezza e omogeneità del diritto sanzionatorio nei lavori flessibili, almeno migliorando la razionalità del meccanismo risarcitorio ed evitando che possa scendere a livelli inferiori rispetto a quello consentito dall'odierno diritto comune dei contratti. Andrebbe peraltro tenuto ben chiaro che le sanzioni diverse da quelle classicamente volte a consolidare il contratto lasciano irrisolta la questione soggettiva della ben nota trappola della precarietà.

g) Solo in un quadro più chiaro e coerente sembra plausibile che la negoziabilità collettiva, ma anche individuale[722], della disciplina dei contratti flessibili – irrinunciabile in un diritto del lavoro all'altezza dei tempi – non rischi di essere l'ennesima via di fuga per indebolire o porre nel nulla i valori fondativi dell'ordinamento giuridico riguardo alla tutela dei lavoratori, a cominciare dalla libertà delle scelte contrattuali ed esistenziali.

h) Infine un sostegno legislativo meglio calibrato su una contrattazione collettiva più solida, democratica e di qualità – coniugato con nuove forme di partecipazione e controllo sull'uso dei contratti atipici nelle singole imprese – può potenziare e rendere effettive le esperienze regolative più interessanti emerse – pur tra mille difficoltà e contraddizioni – negli ultimi anni, in particolare nella contrattazione nazionale sul lavoro tramite Agenzie (limiti alle missioni presso la medesima azienda; monte ore garantito, c.d. MOG; sostegno ai redditi più bassi).

[722] Nel senso sostenuto da Perulli, *La soggettivazione regolativa*, cit. Ma v. già - per proposte sistematico-valoriali assai meno forbite, ma nella sostanza piuttosto vicine alle più recenti tesi di Perulli - L. Zoppoli, *Le rughe dello Statuto e le maschere del futuro*, in LD, 2010, p. 68-70.

Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*

Stefano Giubboni

1. Introduzione. 248

2. Il fondamento politico-costituzionale (nazionale ed euro-unitario) del reddito di cittadinanza. 250

3. La sofferta evoluzione delle misure di contrasto della povertà in Italia. 253

4. Il reddito di inclusione. 256

5. Il reddito (e la pensione) di cittadinanza. 257

6. Condizionalità e sanzioni nella disciplina del reddito di cittadinanza. 259

7. Annotazioni conclusive. 261

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 401/2019

1. Introduzione.

Con la legge n. 26/2019 anche l'Italia si è finalmente dotata di una misura strutturale di reddito minimo garantito per il contrasto della povertà[723], portando a compimento un tortuoso percorso di avvicinamento ad un istituto ormai saldamente presente, seppur con varia morfologia, nelle diverse costellazioni dei sistemi di *welfare* d'Europa e come ben noto da tempo oggetto di insistite raccomandazioni da parte delle istituzioni dell'Unione europea. Il reddito di cittadinanza (d'ora in poi RdC) – al di là della improprietà tecnica della denominazione[724], che il legislatore nazionale ha tuttavia consapevolmente ricercato e voluto per imprimere nel nuovo istituto un'ambiziosa impronta politico-costituzionale – avvicina così finalmente l'Italia all'architettura del *welfare state* prevalente in ambito europeo, dove «gli schemi di reddito minimo garantito entrano in gioco come ultimo ingranaggio di un complesso meccanismo di protezione del reddito dei disoccupati»[725].

La strada per il reddito minimo garantito è in effetti stata, in Italia, lunga e tortuosa, irta di ostacoli di carattere politico e culturale[726], prima ancora che di natura economico-finanziaria. È infatti sin troppo noto come le prestazioni di natura assistenziale – e tra queste in particolare quelle dirette a contrastare situazioni di povertà e deprivazione materiale – abbiano storicamente rivestito, nel sistema di protezione sociale italiano globalmente considerato, un ruolo residuale, se non del tutto marginale, anche in periodi di forte espansione dello Stato sociale.

Ciò è dovuto ad un complesso intreccio di fattori storici e politici, filtrati anche attraverso letture particolarmente restrittive (per quanto almeno in parte accreditate dallo stesso dibattito svoltosi

---

[723] Tra i primi commenti, in dottrina, TASCHINI, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, 2019, 210 ss.; BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza: una tappa per un nuovo* welfare *e l'autodeterminazione delle persone*, in https://volerelaluna.it, 11 febbraio 2019; SGRITTA, *Il reddito di cittadinanza*, in *Politiche sociali*, 2019, 141; CASILLO, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019, n. 4: precedenti, luci e ombre*, e GARBUIO, *L'offerta congrua di lavoro nel prisma del principio di condizionalità: tra parametri oggettivi e necessarie implicazioni soggettive*, entrambi in *RDSS*, fasc. 3 del 2019. Tenevano già conto delle prime bozze del testo che sarebbe poi stato approvato con il decreto-legge n. 4/2019, e quindi convertito nella legge n. 26, anche SARACENO, *Reddito di cittadinanza: tanta confusione sotto il cielo*, in *MicroMega*, 7/2018, 89; ALTIMARI, *Tra assistenza e solidarietà: la liberazione dal bisogno nel recente dibattito politico parlamentare*, in FERRARESI (a cura di), *Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza. Il contrasto della povertà tra diritto e politica*, Giappichelli, 2018, 101.

[724] Trattasi di rilievo comune tra i commentatori, visto che la legge n. 26/2019, diversamente dal significato che all'espressione per lo più si attribuisce nella letteratura teorica e nel dibattito internazionale, *non* configura il RdC come «una garanzia di reddito parziale, non necessariamente sufficiente a soddisfare i propri bisogni, per tutti i cittadini, indipendentemente da reddito e condizione occupazionale e senza richiesta di contropartite» (SARACENO, *Reddito*, cit., 91). Il RdC risponde, invece, alla definizione di reddito minimo garantito accolta in prevalenza in detta letteratura, appartenendo, esso, a quel genere di erogazioni di «un sostegno economico pari almeno al livello di sussistenza, destinato a tutti coloro, individui o famiglie, che versino in condizioni di effettivo bisogno per mancanza di un reddito e di un patrimonio sufficiente ad avere assicurata l'esistenza, indipendentemente da qualsiasi altra considerazione su età, sesso, condizione lavorativa … (cosiddetto *universalismo selettivo*)», ma alla condizione che «il beneficiario, in cambio della prestazione assistenziale, [si renda] disponibile a svolgere un lavoro o altra attività socialmente utile, naturalmente qualora sia nell'età e nelle condizioni fisiche e mentali per farlo» (così TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, 2013, 31-32). Per un'analoga tassonomia v. pure RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Giappichelli, 2018, 36 ss.

[725] RONCHI, TERLIZZI, *Schemi di reddito minimo: il quadro europeo*, in *Nuove (e vecchie) povertà: quale risposta? Reddito d'inclusione, reddito di cittadinanza, e oltre*, a cura delle Fondazioni Astrid e Circolo Fratelli Rosselli, il Mulino, 2018, 55 ss., qui 60.

[726] Lo ha colto meglio di altri BRONZINI, *Il diritto ad un reddito di base. Il welfare nell'era dell'innovazione*, Edizioni Gruppo Abele, 2017, 89 ss.

in seno all'Assemblea costituente)[727] dei principi costituzionali, ed in specie dell'ambigua previsione dell'art. 38, 1° comma, Cost.: segnatamente della formula che vuole il diritto al mantenimento e all'assistenza legato alla inabilità al lavoro del beneficiario, oltre che all'assenza dei mezzi necessari per vivere[728]. Ma al di là della fondatezza di tali letture, sul cui progressivo superamento nella stessa giurisprudenza costituzionale avremo modo di fare qualche cenno più avanti[729], sta di fatto che l'intera costruzione del sistema di assistenza sociale italiano sia rimasta ancorata a logiche fortemente selettive e categoriali, lontane da qualunque autentico afflato universalistico, che nel corso dei decenni hanno accentuato, piuttosto che temperato, le tendenze alla frammentazione anche su base locale e territoriale del nostro peculiare modello di *welfare*.

Un primo importante tentativo di inversione di tale tendenza di lungo corso si è avuto con la legge n. 328/2000, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, la quale ha senza dubbio rappresentato il più significativo sforzo di riordino complessivo del sistema assistenziale italiano compiuto in epoca repubblicana. Ai limitati fini della presente analisi, l'aspetto probabilmente più saliente della legge n. 328/2000 va rintracciato proprio nella definizione a tratto universalistico dei beneficiari del diritto alle prestazioni (art. 2), espressamente individuati in tutti i cittadini, tanto italiani, quanto (nel rispetto delle fonti sovranazionali e internazionali) europei ed extracomunitari: con una scelta che, con ogni evidenza, supera la vecchia impostazione categoriale del diritto all'assistenza sociale, essendo piuttosto centrata sul bisogno di tutela.

Se il merito principale della legge quadro n. 328/2000 è stato quello di riordinare su base nazionale (contro il particolarismo territoriale, regionale e municipale) e universale (contro l'impianto categoriale) le coordinate normative del sistema assistenziale italiano, va nondimeno osservato come quello sforzo riformatore sia rimasto largamente inattuato, per una serie di ragioni, di cui almeno due di particolare rilievo.

Da un lato, e come già in passato, la legge n. 328/2000 non è stata sostenuta da un adeguato sforzo finanziario dello Stato. Le sue ambizioni – certamente notevoli – sono pertanto rimaste frustrate sul nascere dall'assenza di risorse idonee a realizzare anche solo in parte gli obiettivi di riforma; ciò vale soprattutto per le misure nazionali e generali di contrasto della povertà e dell'esclusione sociale, che avrebbero dovuto rappresentare il punto più avanzato ed innovativo della riforma (artt. 20, 22 e 23, legge n. 328/2000). D'altro lato, la legge quadro è stata subito spiazzata dall'entrata in vigore della riforma del titolo V della Costituzione, ad opera della legge costituzionale n. 3/2001. Eliminando dal testo dell'art. 117 Cost. la dizione «assistenza e

---

[727] Un'attenta ricostruzione di tale dibattito si trova in TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., 53 ss., e già in PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004, 9 ss.

[728] La «tirannica congiunzione copulativa, che ha storicamente condotto in Italia a ritenere che per avere accesso all'assistenza sociale non sia sufficiente essere semplicemente poveri, ma occorra essere anche impossibilitati a lavorare per una qualche inabilità soggettiva; restando così esclusi da qualsiasi protezione sociale coloro che, poveri, non lavorano per l'impossibilità oggettiva di trovare un posto di occupazione in ragione di contingenze di carattere generale di tipo economico, politico o sociale»: come si esprime icasticamente TRIPODINA, *Povertà e dignità nella Costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario*, in *RGL*, 2016, I, 732 ss., qui 733.

[729] V. *infra*, al par. 7. Ma si osservi sin d'ora come già C. cost., sent. n. 10/2010, abbia avuto modo di affermare – con parole di una certa solennità – come un diritto del genere di quello in parola debba essere ascritto al novero dei diritti fondamentali, «in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana», dovendo per questo essere «garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo».

beneficenza», che la versione originaria indicava tra le materie di competenza concorrente tra Stato e regioni, la riforma costituzionale ha infatti devoluto alla competenza residuale esclusiva di queste ultime l'intera materia (ora per l'appunto innominata) dell'assistenza sociale. Allo Stato è riservato soltanto il compito di determinare «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (così la lett. *m* del 2° comma del 'nuovo' art. 117). Con l'ulteriore conseguenza che, in mancanza di una legge statale volta a determinare i suddetti livelli, l'obiettivo, perseguito dalla legge n. 328/2000, di perequare e ristrutturare il frammentato caleidoscopio di esperienze regionali e locali di *welfare* 'municipale', sulla base di una solida intelaiatura nazionale di diritti e prestazioni sociali, è rimasto sulla carta; e che, a distanza ormai di venti anni da quella riforma, i dislivelli e i divari tra le regioni e i territori (essenzialmente tra Nord e Sud del Paese) nella garanzia dei servizi sociali non sono mai stati così grandi, non essendo, di riflesso, mai stata così a rischio la complessiva tenuta della coesione sociale e territoriale della Repubblica.

Torneremo più avanti sulla sofferta e stentata evoluzione delle misure di contrasto della povertà nel nostro Paese, approdata, in fine, nella introduzione del reddito di cittadinanza. Prima di ciò è però opportuno soffermarsi sugli ostacoli d'ordine politico-culturale cui si è fatto cenno, per evidenziarne almeno i nessi con le ambiguità certamente presenti nelle già evocate previsioni costituzionali di riferimento[730]. Se oggi le basi costituzionali del RdC possono apparirci fuori discussione – tanto da autorizzare la dottrina prevalente a qualificare una misura di reddito minimo garantito del genere di quella per l'appunto ora prevista dalla legge n. 26/2019 come «costituzionalmente necessaria»[731] –, è bene non dimenticare che questa è acquisizione piuttosto recente, cui si è potuti giungere attraverso un percorso di riscoperta delle direttive in tal senso offerte dai principi fondamentali della Costituzione, nel quale hanno giocato un ruolo non trascurabile – nonostante la loro stessa ambiguità – le indicazioni rivenienti dalle fonti sovranazionali.

2. Il fondamento politico-costituzionale (nazionale ed euro-unitario) del reddito di cittadinanza.

Una diffusa ostilità – condivisa dalle culture politiche prevalenti all'interno dell'Assemblea costituente – alla idea che il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale potesse essere dissociato dall'esercizio del diritto-dovere di lavorare è agevolmente documentabile guardando all'intenso dibattitto che ha preceduto e sorretto l'approvazione tanto delle disposizioni che racchiudono i principi fondamentali di cui agli artt. 1-4 della Costituzione, quanto della previsione dell'art. 38 Cost. È anzi nel testo infine approvato del primo comma di tale ultima previsione costituzionale che quella ostilità si manifesta più nettamente, con l'abbandono delle ipotesi maggiormente inclusive inizialmente discusse e l'adozione consapevole della vigente «scrittura selettiva»[732], nella quale il diritto al mantenimento e all'assistenza risulta cumulativamente subordinato alla condizione che il cittadino sia sprovvisto dei mezzi necessari per vivere e inabile al lavoro.

Non c'è dubbio che nella formula accolta da tale disposizione si riflettesse la convinzione

---

[730] Su tali ambiguità v. quanto si è già avuto modo di osservare in GIUBBONI, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, in *RDSS*, 2014, 149.

[731] Tra gli altri, TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza dignitosa*, cit., 240 ss.; RAVELLI, *Il reddito minimo*, cit., 90 ss.

[732] TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza dignitosa*, cit., 136.

profonda – e ad un tempo propriamente fondativa dell'intero ordine costituzionale repubblicano (art. 1 Cost.) – che l'esistenza libera e dignitosa, quale condizione stessa della cittadinanza democratica (art. 3, comma 2), «sarebbe stata assicurata *a tutti* attraverso il lavoro *per tutti*; attraverso, cioè, il raggiungimento dell'obiettivo […] di una condizione stabile di piena occupazione adeguatamente retribuita: circolo virtuoso che si sarebbe dovuto innestare sugli articoli 4, 35, 36, 38 della Costituzione»[733]. L'essenza stessa del progetto costituzionale – della «rivoluzione promessa», anzitutto dal secondo comma dell'art. 3 Cost., nelle parole famose di Piero Calamandrei[734] – fa del lavoro il fondamento della vita democratica in quanto veicolo primario di costruzione della cittadinanza e di emancipazione sociale e politica, oltre che di realizzazione della dignità della persona. Onde è senz'altro coerente con questa prospettiva «riservare all'assistenza un ruolo meramente residuale: solo chi per un impedimento fisico o mentale fosse stato inabile al lavoro andava assistito e mantenuto. Per tutti gli altri c'era – ci sarebbe stato – il lavoro, accompagnato, al verificarsi di determinati rischi, da tutele di tipo previdenziale»[735].

Sennonché queste premesse di valore sulla assoluta centralità del principio lavorista, ponte ideale tra quello democratico e personalista, *non* avrebbero di per sé autorizzato le letture selettive dell'art. 38 Cost. che sarebbero invece effettivamente prevalse, già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, tanto negli sviluppi dell'ordinamento positivo, quanto negli orientamenti della Corte costituzionale. L'affermazione di un paradigma «ergocentrico»[736] – prima nella concreta strutturazione legislativa del peculiare modello occupazionale-categoriale dello Stato sociale italiano, quindi negli orientamenti della giurisprudenza anche costituzionale, come nelle prevalenti operazioni ricostruttive della dottrina previdenzialistica[737] – lungi dal costituire l'esito obbligato e quasi il destino del progetto della Costituzione, è stata piuttosto – e come sempre, del resto – il precipitato, esso stesso instabile e contradditorio, come tale irriducibile a un disegno unitario, di complessi processi storici e politici, nei quali si sono a ragione individuati gli aspetti che hanno maggiormente caratterizzato la storia della «repubblica dei partiti»[738].

I segni per letture schiettamente universalistiche dell'art. 38 Cost. non erano certo assenti. I più ragguardevoli vanno senz'altro ricondotti all'autorità di Costantino Mortati, che fonda nel combinato disposto degli artt. 4 e 38 Cost. «l'alternativa fra l'obbligo di dare possibilità di lavoro oppure di provvedere al sostentamento del lavoratore non occupato senza sua colpa»[739]. Onde il disoccupato – o l'inoccupato – che permanga involontariamente senza sua colpa in tale stato

---

[733] Ivi, 137.

[734] CALAMANDREI, *Introduzione storica alla Costituente*, in CALAMANDREI, LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, 1950, I, CXXXII.

[735] Ancora TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza dignitosa*, cit., 137.

[736] ALES, *Il lavoro di scarsa qualità*, in PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Passigli, 2012, 217.

[737] Su cui resta indispensabile CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 1989.

[738] Per evocare il celebre titolo di SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Profilo storico della democrazia in Italia (1945-1990)*, il Mulino, 1991. Si deve a DI NUCCI, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana*, il Mulino, 2016, la più avvertita interpretazione storica di tali processi e della loro centralità nella vicenda politica del Paese.

[739] MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, 149 ss., qui 251.

potrà vantare, *ex* art. 38 Cost., un vero e proprio diritto al risarcimento «per il mancato adempimento dell'obbligo di procurare lavoro»[740], gravante sulla Repubblica.

Né va dimenticato, guardando a questa vicenda dal versante più tecnico e specialistico del cultori del diritto della previdenza sociale, come la spinta decisiva al rinnovamento degli studi nel segno della Costituzione, in questo impervio e piuttosto trascurato settore della scienza giuridica dello Stato sociale, sia avvenuto, sull'onda dei primi conati riformistici degli anni Sessanta, proprio all'insegna di una lettura sincretica e radicalmente universalistica degli artt. 2, 3 e 38 Cost.[741].

Sta di fatto, però, che tutto lo sviluppo post-costituzionale del sistema di protezione sociale italiano nell'area della tutela della disoccupazione involontaria, e più in genere dello stato di bisogno derivante dalla mancanza di lavoro e dei mezzi necessari per vivere, si è ben presto incanalato lungo le strettoie di un esasperato categorialismo neo-corporativo, consentaneo alla visione dominante delle forze politiche e sociali, che ha correlativamente emarginato – nei fatti, prima ancora che nelle ricostruzioni teoriche e dottrinali – qualunque apertura verso autentiche logiche universalistiche. E che i primi segni di una correzione di rotta rispetto a tale deriva particolaristica – che evidentemente impediva al nostro legislatore di accedere a quell'ideale anche minimale di 'universalismo selettivo', che presiede alla istituzione di un reddito minimo garantito – si sono manifestati solo nella seconda metà degli anni Novanta, sotto la spinta di fattori esogeni di modernizzazione politica del *welfare* italiano, essenzialmente veicolati, pur con tutto il loro carico di ambiguità, dalle istituzioni sovranazionali.

Sono state infatti le raccomandazioni europee del 1992[742], adottate sulla scia della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989[743], ad avviare un primo, serio dibattito sulla opportunità di aprire anche il nostro Paese alla sperimentazione di misure non categoriali di contrasto di situazioni di disagio economico non coperte dal frammentato sistema degli ammortizzatori sociali[744]. Un dibattitto che ebbe il suo culmine – insuperato a ben vedere anche a distanza di oltre vent'anni dalla sua pubblicazione – nel rapporto della "Commissione Onofri"[745], sulla cui base venne adottata, seppure solo in via sperimentale e con soverchianti limiti finanziari e restrizioni applicative, la prima misura non categoriale di contrasto della povertà e della esclusione sociale in Italia: il reddito minimo d'inserimento.

Non è questo il luogo per riproporre il racconto d'una storia molte volte narrata, anche se non di rado con toni stucchevolmente agiografici, qual è quella dell'affermazione e della graduale costruzione delle politiche di contrasto della povertà e di lotta all'esclusione sociale nell'Unione

---

[740] *Ibid*.

[741] Il riferimento è, naturalmente, all'*opus magnum* di PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960.

[742] V. le raccomandazioni 92/441/CEE e 92/442/CEE.

[743] Il cui art. 10, sotto la rubrica "Protezione sociale", recitava: «Le persone escluse dal mercato del lavoro, o perché non hanno potuto accedervi o perché non hanno potuto reinserirvisi, e che sono prive di mezzi di sostentamento devono poter beneficiare di prestazioni e di risorse sufficienti adeguate alla loro situazione personale».

[744] Cfr. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione: diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, in *DLRI*, 2003, 563.

[745] L'importanza di questo documento tecnico-politico – le cui raccomandazioni restarono peraltro largamente disattese – è generalmente riconosciuta: v. ad es. L. GUERZONI (a cura di), *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la "Commissione Onofri"*, il Mulino, 2008.

europea. È una storia ormai lunga, certamente punteggiata da momenti di aggiustamento[746] e anche di parziale 'ricalibratura' funzionale, che tuttavia esibisce una straordinaria continuità di fondo, tanto nella filosofia ispiratrice quanto nei principi direttivi.

Basta mettere anche superficialmente a confronto la citata previsione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 con il c.d. "Pilastro europeo dei diritti sociali" del 2017, per avvedersene in modo quasi plastico. Divisi da quasi trent'anni in cui pressoché tutto è cambiato nell'ordine geopolitico dell'economia globalizzata, e nel quale disuguaglianze, povertà ed emarginazione sociale sono divenute in tutte le società occidentali e in Europa in particolare un fenomeno eclatante per dimensioni e diffusione trasversale[747], i due documenti – accomunati persino sotto il profilo della natura politico-giuridica, per essere entrambi solenni impegni non vincolanti – manifestano una sorprendente continuità. In entrambi, la misura del reddito minimo garantito – solo evocata nella Carta comunitaria (art. 10) ed espressamente nominata nel Pilastro (art. 14) – è strutturalmente associata alla esclusione della persona in stato di bisogno dal mercato del lavoro ed alla esigenza che la stessa sia perciò accompagnata da politiche che, insieme al sostegno economico volto a garantire risorse sufficienti (nel primo documento) o una vita dignitosa (nel secondo), siano finalizzate ad assicurare e comunque a incentivare il suo ingresso o il suo reinserimento in detto mercato.

Entrambe, dunque, esprimono quella visione essenzialmente «offertistica»[748] delle politiche di contrasto della povertà – centrate sulla 'attivazione' dei destinatari della tutela, perché s'impegnino a prendere 'responsabilmente' parte attiva al mercato del lavoro – che immancabilmente si ritrova, sia pure in guise diverse, in tutti i modelli europei e che appare così pronunciata (per lo meno sulla carta e nelle lodevoli intenzioni del legislatore) nel reddito di cittadinanza all'italiana. Onde le critiche che vengono sotto tale profilo mosse al legislatore italiano – per quanto giustificate e per molti versi senz'altro condivisibili – sono quantomeno ingenerose, laddove non riconoscono quanto sarebbe giusto che la curvatura offertistica o lavorista che dir si voglia del nostro reddito di cittadinanza (come già del reddito di inclusione) risponde, al netto delle irrisolte inefficienze e delle tare storiche del sistema italiano, a una comune matrice politica, che è profondamente europea. Non potendosi reclamare un adeguamento alle raccomandazioni e agli *standard* prevalenti all'interno dell'Unione, come si è fatto a ragione per anni, ed insieme lamentare lo schiacciamento del reddito di cittadinanza su questa visione indubbiamente 'riduzionistica' della povertà, che è, però, esattamente la visione accolta e propalata – per lustri – dalle istituzioni sovranazionali.

3. La sofferta evoluzione delle misure di contrasto della povertà in Italia.

Il quadro problematico sopra tratteggiato contribuisce a spiegare la sofferta evoluzione delle

---

[746] Ad esempio nelle tecniche di implementazione, che dopo il vertice di Lisbona del 2000 si sono sempre più coagulate intorno al metodo del coordinamento aperto (cfr. ARMSTRONG, *Governing Social Inclusion. Europeanization through Policy Coordination*, Oxford University Press, 2010), per poi confluire – e quasi scomparire – dentro i ferrei ingranaggi procedurali della *governance* economico-finanziaria europea, quali rivisitati dal 'nuovo' Patto di stabilità e crescita.

[747] Basti por mente al dilagare della povertà lavorativa, un fenomeno ancora praticamente sconosciuto alla fine degli anni Ottanta nell'Unione europea e diventato oggi, persino in Germania, un'autentica emergenza sociale. V. *ex multis* REVELLI, *Poveri, noi*, Einaudi, 2010; SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, 2015, e – per analisi di taglio giuridico – i contributi raccolti nel fascicolo monografico n. 4/2018 di *LD*, dedicato a: "Lavoratori poveri. Modelli e strumenti di tutela sociale".

[748] ASCOLI, *Welfare Italia - Presentazione*, in *Politiche sociali*, 2019, 137.

misure di contrasto della povertà nel nostro Paese, che è per l'appunto giunto a dotarsi in modo organico di un siffatto strumento – in ritardo su tutte le principali esperienze europee – soltanto in tempi recentissimi: dapprima (ma in modo ancora palesemente inadeguato) con il reddito di inclusione (REI) e poi, finalmente, con il reddito di cittadinanza.

In realtà la legge n. 328/2000 aveva inteso stabilizzare nell'ordinamento assistenziale nazionale la misura del reddito minimo di inserimento (RMI), da poco introdotta in via sperimentale in virtù dell'art. 59, legge n. 449/1997 e del successivo d.lgs. n. 237/1998. Il RMI – definito come «misura di contrasto della povertà e dell'esclusione sociale» – era stato infatti introdotto come prestazione assistenziale di base a carattere non categoriale destinata al sostegno delle condizioni economiche e sociali delle persone esposte al rischio della marginalità sociale ed «impossibilitate a provvedere per cause psichiche, fisiche e sociali al mantenimento proprio e dei figli» (art. 1, d.lgs. n. 237/1998). L'obiettivo della misura – quale immediatamente esplicitato dal *nomen*, chiaramente innovativo nell'esperienza italiana ed ispirato alle raccomandazioni europee (ed alla coeva esperienza francese)[749] – era duplice: da un lato, il sostegno economico immediato, volto a garantire i mezzi essenziali per sollevare il beneficiario dalla condizione di povertà e deprivazione materiale; dall'altro, l'intervento di integrazione sociale, da realizzare attraverso i servizi sociali dei comuni al fine di consentire alla persona assistita di conseguire il necessario grado di autonomia per l'inserimento nella società, a partire naturalmente (ove possibile) da quello nel mercato del lavoro. Sennonché, nonostante la previsione della legge n. 328/2000, la misura non è riuscita a superare la fase sperimentale prevista dal d.lgs. n. 237/1998.

Tale sperimentazione, inizialmente limitata a 39 comuni italiani nel biennio 1999-2000, conobbe diverse proroghe (con la legge n. 388/2000 e con la legge n. 236/2002), ma, alla fine, fu abbandonata, a motivo, principalmente (ma non solo), delle difficoltà amministrative incontrate dai comuni nei quali era stata sperimentata nel provvedere effettivamente, con servizi adeguati, all'inserimento sociale delle persone assistite. L'intenzione di abbandonare definitivamente quella prima misura era stata comunque esplicitata, con l'avvio della XIV legislatura e con la nuova maggioranza politica al governo del Paese, con il "Patto per l'Italia", sottoscritto da Governo e parti sociali (ma senza la CGIL) nel luglio del 2002. Già in quella sede, infatti, in luogo del RMI fu prospettata l'opportunità di introdurre una misura residuale di ultima istanza, cofinanziata dallo Stato ma lasciata in buona sostanza all'iniziativa delle singole regioni.

Con la legge finanziaria per il 2004 (n. 350/2003) fu così introdotto il reddito di ultima istanza (RUI). Ai sensi dell'art. 3, comma 101, di detta legge, lo stato avrebbe unicamente garantito, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo nell'ambito del Fondo nazionale per le politiche sociali, un concorso al finanziamento in favore di quelle regioni che avessero istituito il reddito di ultima istanza. Anche tale misura, però, era destinata ad un precoce fallimento, sia pure per ragioni diverse da quelle che avevano portato alla fine dell'esperienza del RMI.

La Corte costituzionale, infatti, accogliendo il ricorso di alcune regioni, dichiarò l'incostituzionalità della misura alla luce delle previsioni del nuovo testo dell'art. 117 Cost.[750], mettendola di fatto fuori gioco prima ancora che essa divenisse effettivamente operativa. Secondo la Corte costituzionale, infatti, poiché il legislatore nazionale non aveva posto «norme necessarie per

[749] Che era stata da poco innovata con l'introduzione del *revenue minimum d'insertion*.

[750] C. cost., n. 423/2004.

assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento delle prestazioni garantite senza che il legislatore regionale [potesse] limitarle o condizionarle, ma, al contrario, [aveva] rimesso all'iniziativa legislativa delle singole regioni l'istituzione della misura in esame», quella disposizione si intrudeva illegittimamente nella sfera di competenza legislativa esclusiva riservata dall'art. 117 Cost. a queste ultime.

Il subitaneo (e in qualche modo preannunciato) fallimento anche del RUI ha senza dubbio comportato una battuta d'arresto nel tortuoso percorso di istituzione di una misura generale e non categoriale di contrasto della povertà nel nostro Paese. Se si eccettuano talune esperienze regionali – tra di loro peraltro assai eterogene –, un nuovo tentativo di introdurre una misura di carattere nazionale si è avuto solo con la legge n. 133/2008 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 112 dello stesso anno), che, all'art. 81, aveva previsto, con onere a carico dello Stato, una carta acquisti (la *social card*), concessa ai soli cittadini residenti che versassero in condizioni di maggior disagio economico, finalizzata all'acquisto o al pagamento di taluni beni e servizi essenziali (generi alimentari e bollette energetiche).

Con la *social card* ha fatto ingresso nel nostro ordinamento – per lasciare tracce durature – una delle misure più ideologiche, inique e stigmatizzanti della ingloriosa storia recente dell'assistenza sociale italiana: una versione becera e populistica di *welfare* compassionevole concettualmente agli antipodi, non si dice solo della logica dell'art. 38 Cost., ma della stessa filosofia euro-unitaria della lotta contro la povertà. La misura rappresentò uno spettacolare regresso persino rispetto alle modeste iniziative sino ad allora assunte dal nostro legislatore nazionale. Di importo risibile ed offensivo[751], la misura abbandonava, infatti, qualunque prospettiva di inclusione sociale dei suoi beneficiari – una ristretta platea di poveri assoluti, individuati con criteri categoriali fortemente stigmatizzanti –, limitandosi alla concessione di un modestissimo aiuto economico, palesemente insufficiente a sostenere persino il soddisfacimento dei bisogni primari cui essa era asseritamente preordinata (tramite l'acquisto, appunto, di generi alimentari).

Nonostante la palese inidoneità e inconsistenza di tale misura (di carattere caritatevole, più che assistenziale), essa è stata riproposta anche negli anni successivi in varie guise dai governi nel frattempo succedutisi alla guida del Paese[752]. A ben vedere, infatti, lo stesso sostegno per l'inclusione attiva (SIA) ne ha costituito un'evoluzione, sia pure decisamente migliorata e potenziata rispetto al prototipo originale.

Tale ultima misura – sperimentata a partire dal 2013 nelle principali città italiane e poi estesa a tutto il territorio nazionale per effetto della legge di stabilità per il 2016 – era costituita da una combinazione di un (sempre assai esiguo) sussidio economico, erogato sotto forma di carta acquisti, e di iniziative (ovviamente solo enunciate ma mai attuate) di attivazione, finalizzate all'inclusione delle famiglie più indigenti e maggiormente esposte al rischio di emarginazione sociale. Questa seconda componente della misura prevedeva, quale condizione di accesso al beneficio, l'adesione del nucleo familiare ad un «progetto personalizzato di presa in carico, finalizzato al superamento della condizione di povertà, al reinserimento lavorativo e all'inclusione sociale» (art. 6, 1° comma, d.m. 26 maggio 2016). Una previsione, quest'ultima, chiaramente anticipatrice di quella che, a breve distanza di tempo, avrebbe caratterizzato dapprima il reddito

[751] Meno di due euro al giorno (per l'esattezza: 1,33 euro).

[752] V. in particolare l'art. 60, decreto-legge n. 5/2012; l'art. 1, comma 387, lett. *a)*, legge n. 208/2015.

di inclusione e poi il reddito di cittadinanza.

4. Il reddito di inclusione.

È solo con l'approvazione della legge delega n. 33/2017 che l'ordinamento italiano si avvia finalmente a introdurre una vera e propria misura nazionale di carattere generale e universalistico di contrasto della povertà, quale componente strutturale fondamentale del sistema assistenziale del Paese all'insegna del principio dell'universalismo selettivo affermato sin dalla legge quadro n. 328/2000[753].

Peraltro, neppure con il d.lgs. n. 147/2017, di attuazione della delega, lo strumento del reddito di inclusione (REI) è risultato effettivamente connotato, quantomeno nella sua prima configurazione, da un ambito di applicazione soggettivo autenticamente universale, nel senso proprio di non categoriale. Previsto soltanto «nei limiti delle risorse del Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale» (art. 1, 2° comma, lett. *c*, legge n. 33/2017), nella sua iniziale configurazione il REI si rivolgeva, infatti, secondo una logica ancora categoriale, a quei nuclei familiari in condizioni di disagio economico che esibissero ulteriori e specifici requisiti di svantaggio sociale, dati dalla presenza di figli minori o con disabilità grave, ovvero di donne in stato di gravidanza ovvero, ancora, di persone con età superiore ai 55 anni in stato di disoccupazione di lunga durata.

Soltanto con l'art. 1, commi 191-192, legge n. 205/2017 (legge di bilancio 2018) è stato (gradualmente) previsto il superamento di questi requisiti di carattere categoriale ed il REI ha così assunto una configurazione finalmente coerente con il principio dell'universalismo selettivo, andando ad alleviare il bisogno derivante dallo stato di povertà in sé considerato. Ma ciò è avvenuto (come meglio vedremo più avanti) praticamente a ridosso dell'entrata in vigore del reddito di cittadinanza, destinato a sostituirlo.

Il d.lgs. n. 147/2017 ha definito il REI come «una misura a carattere universale, condizionata alla prova dei mezzi e all'adesione a un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all'affrancamento dalla condizione di povertà» (art. 2). Rivolto ai nuclei familiari poveri, e non ai singoli individui, il REI veniva così congegnato come livello essenziale di prestazione *ex* art. 117, 2° comma, lett. m), Cost., da garantire secondo criteri omogenei su tutto il territorio nazionale[754]. Mentre la componente monetaria della prestazione faceva carico all'INPS, quella di attivazione e reinserimento sociale veniva demandata, come già avvenuto con la prima e ormai risalente esperienza del RMI, ai comuni (art. 2, d.lgs. n. 147/2017), in raccordo tuttavia con i centri per l'impiego, competenti ad erogare i servizi volti all'inserimento lavorativo dei beneficiari maggiorenni. In coerenza con l'impianto multilivello del sistema assistenziale italiano, lo Stato e le regioni, nel rispettivo ambito di competenza, avrebbero quindi svolto compiti di programmazione, monitoraggio e coordinamento, finalizzati in particolar modo a garantire il successo delle misure di attivazione e di inclusione sociale gestite sul piano amministrativo dai comuni.

---

[753] In argomento, oltre a GADALETA, *La via italiana al reddito minimo*, cit., 34 ss., v. ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, in *RDSS*, 2017, 419, e FERRANTE, *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, *ivi*, 2016, 447.

[754] Ed in questa ottica il REI assorbiva in sé la funzione già assolta da SIA, ASDI e carta acquisti (art. 1, 1° comma, lett. *b*, legge n. 33/2017).

Poiché di fatto l'esperienza applicativa del REI è stata brevissima, rappresenterebbe uno sterile esercizio soffermarsi qui ad indagare come la variegatissima realtà dei comuni italiani avrebbe potuto ripercuotersi, nell'affrontare siffatta "sfida gestionale". Si può soltanto supporre che la diversa capacità amministrativa che caratterizza, per i ben noti fattori di contesto socioeconomico, le diverse realtà municipali del Paese si sarebbe verosimilmente ripercossa sulla gestione dei percorsi di attivazione e inclusione dei beneficiari del REI, con sensibili divari territoriali. Vale invece la pena ricordare, con riferimento alla componente monetaria della misura, che la determinazione dell'importo del REI era regolata da un complesso meccanismo (art. 4, d.lgs. n. 147/2017), che – sia pure con taluni adattamenti (ma, soprattutto, con un cospicuo incremento della prestazione) – si ritrova oggi nella disciplina del reddito di cittadinanza. L'importo della prestazione veniva infatti determinato dalla differenza tra il reddito del nucleo familiare ammesso al beneficio ed una soglia di riferimento pari, per un singolo componente, a 3.000 euro, a sua volta riparametrata per tener conto della composizione della famiglia per mezzo delle scale di equivalenza dell'ISEE; con importi massimi decisamente inferiori a quelli cui consente di accedere, a parità di condizioni di bisogno, il RdC.

5. Il reddito (e la pensione) di cittadinanza.

A decorrere dall'aprile del 2019 il REI è stato sostituito dal reddito di cittadinanza, definito dall'art. 1 della legge n. 26/2019 quale «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro». Come il suo diretto predecessore, il RdC «costituisce livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili» (art. 1, 1° comma, legge n. 26/2019). Pertanto, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., alle regioni è rimessa, al proposito, una funzione che può esser solo incrementale o migliorativa del beneficio: ad esempio, *sub specie* di integrazioni (non necessariamente monetarie) di carattere accessorio legate allo specifico contesto territoriale di riferimento.

Al di là della definizione piuttosto enfatica e forse anche ridondante, il RdC rientra a pieno titolo – come è bene ripetere – nello schema tipico del reddito minimo garantito con funzioni di inclusione/reintegrazione lavorativa e sociale dei destinatari (secondo la filosofia dell'universalismo selettivo enunciata anche dall'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in modo ancor più esplicito, dall'art. 14 del Pilastro europeo dei diritti sociali). Salvo, però, che i destinatari siano anziani: ai sensi del 2° comma dell'art. 1 della legge n. 26/2019, per i nuclei familiari composti esclusivamente da uno o più componenti di età pari o superiore a 67 anni (come adeguata agli incrementi della speranza di vita di cui all'art. 12 della legge n. 122/2010), il RdC assume, infatti, la denominazione di "pensione di cittadinanza", quale misura di contrasto alla povertà delle persone anziane, naturalmente non gravate da oneri di attivazione.

Il RdC è riconosciuto ai nuclei familiari che risultino in possesso, cumulativamente, al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, di stringenti requisiti minuziosamente prescritti ed elencati dall'art. 2 della legge n. 26/2019. Vigono, innanzitutto, i requisiti di cittadinanza, residenza e soggiorno. Il componente richiedente il beneficio deve anzitutto essere: 1) in possesso della cittadinanza italiana o di Paesi facenti parte

dell'Unione europea, ovvero suo familiare che sia titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero cittadino di Paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo; 2) residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo.

Sono poi previsti non meno stringenti requisiti reddituali e patrimoniali in riferimento al nucleo familiare, requisiti parametrati sull'ISEE (d.p.c.m. n. 159/2013), le cui soglie sono variabili a seconda del numero dei componenti del nucleo stesso e della relativa prole, fino ad un determinato massimale; detto massimale, tuttavia, è suscettibile di incremento per ogni componente del nucleo che sia in condizione di disabilità o di non autosufficienza. La soglia del requisito reddituale e patrimoniale è più alta quando si tratti della pensione di cittadinanza, ed è in ogni caso ulteriormente incrementabile nei casi in cui il nucleo familiare risieda in abitazione in locazione. Ulteriore fattore condizionante riguarda il godimento di beni durevoli e l'assenza di condanne definitive, intervenute nei dieci anni precedenti la richiesta, per i delitti indicati all'art. 7, 3° comma, della stessa legge n. 26/2019.

Per come è strutturato, il RdC, al pari del resto del REI, si configura quale misura rivolta ai nuclei familiari poveri e non già ai singoli individui. Anche tale aspetto evoca profili problematici e possibili tensioni con i principi costituzionali. Benché sottoposto a critica per ragioni teoriche e di principio[755], tale profilo non ci appare tuttavia problematico in sé considerato – essendo in linea (oltre che con la tradizione italiana) con le principali esperienze europee –, quanto piuttosto perché, nella dialettica tra il momento per così dire "comunitario" della tutela (rivolta alla famiglia nella sua dimensione di primigenia formazione sociale *ex* art. 2 Cost.) e le inevitabili proiezioni individuali della stessa (in particolare sotto il profilo delle responsabilità di attivazione ricadenti sui singoli beneficiari), possono crearsi "cortocircuiti" di difficile gestione. Il problema principale – con indubbie tensioni sul piano dei principi costituzionali – risiede nel fatto che la legge finisce per scaricare le conseguenze sanzionatorie della inosservanza degli obblighi del singolo sull'intero nucleo familiare, con una responsabilizzazione oggettiva del gruppo che stride con i principi di personalità della responsabilità anche di natura amministrativa.

Il beneficio economico del RdC si compone (art. 3, 1° comma, legge n. 26/2019) di una componente ad integrazione del reddito familiare – che può arrivare alla soglia di euro 6.000 annui, moltiplicata per il corrispondente parametro della scala di equivalenza – e una componente, ad integrazione del reddito dei nuclei familiari residenti in abitazione in locazione, pari all'ammontare del canone annuo previsto nel contratto di locazione, fino ad un massimo di euro 3.360 annui. Ai fini della definizione della pensione di cittadinanza, mentre la prima soglia di reddito è incrementata ad euro 7.560, il secondo limite massimo è pari ad euro 1.800 annui. L'integrazione prevista per i casi di locazione è concessa, nella misura della rata mensile del mutuo e fino ad un massimo di 1.800 euro annui, anche in favore dei nuclei familiari residenti in abitazione di proprietà per il cui acquisto (o per la cui costruzione) sia stato per l'appunto contratto un mutuo. Il beneficio economico non può essere in ogni caso complessivamente superiore ad una soglia di euro 9.360 annui (moltiplicata per il corrispondente parametro della scala di equivalenza, ridotta per il valore del reddito familiare), né può essere inferiore ad euro 480 annui (art. 3, 4° comma, legge n. 26/2019). Si tratta di importi decisamente superiori a quelli

[755] Cfr. soprattutto BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza*, cit., par. 4.

già garantiti dal REI.

Il RdC – che decorre dal mese successivo a quello della richiesta – è riconosciuto per tutto il periodo durante il quale il beneficiario si trova nelle condizioni di disagio economico, che ne costituiscono il presupposto, e, in ogni caso, per un periodo continuativo non superiore a diciotto mesi. Tuttavia, la richiesta di RdC può essere rinnovata, previa sospensione dell'erogazione del medesimo, per un periodo di un mese prima di ciascun rinnovo.

6. Condizionalità e sanzioni nella disciplina del reddito di cittadinanza.

L'erogazione del RdC è condizionata ad una «dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni, nonché all'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale» (art. 4, 1° comma, legge n. 26/2019). Sono assoggettati a siffatto onere tutti i componenti il nucleo familiare che siano maggiorenni, non già occupati e non frequentanti un regolare corso di studio, salva – per il componente con disabilità – la facoltà di richiedere l'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo o all'inclusione sociale. Da tali obblighi possono essere esonerati i componenti con carichi di cura familiare, valutati con riferimento alla presenza di soggetti minori di tre anni di età ovvero di componenti il nucleo familiare con disabilità grave o non autosufficienza, nonché coloro che frequentano corsi di formazione. Sono comunque esclusi da tali obblighi i beneficiari della pensione di cittadinanza, ovvero i beneficiari del RdC titolari di pensione diretta o comunque di età pari o superiore a 65 anni, nonché i componenti con disabilità ai sensi della legge n. 68/1999, fatta salva, per questi ultimi, ogni iniziativa di collocamento mirato.

Il richiedente e i componenti il nucleo beneficiari del RdC (ove non esclusi dagli obblighi connessi alla fruizione del beneficio) sono tenuti a rendere una dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro tramite l'apposita piattaforma digitale di cui all'art. 6, 2° comma, legge n. 26/2019, ovvero (con le modalità di cui agli artt. 19, 1° comma, e 21, 1° comma, d.lgs. n. 150/2015) entro trenta giorni dal riconoscimento del beneficio. I componenti dei nuclei familiari beneficiari sono conseguentemente individuati e resi noti ai centri per l'impiego per il tramite della predetta piattaforma digitale, affinché siano convocati entro trenta giorni dal riconoscimento del beneficio, se in possesso di uno o più dei seguenti requisiti al momento della richiesta del RdC: a) assenza di occupazione da non più di due anni; b) essere beneficiari della NASPI ovvero di altro ammortizzatore sociale per la disoccupazione involontaria o averne terminato la fruizione da non più di un anno; c) aver sottoscritto negli ultimi due anni un patto di servizio attivo presso i centri per l'impiego ai sensi dell'art. 20, d.lgs. n. 150/2015; d) non aver sottoscritto un progetto personalizzato ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 147/2017 (art. 4, 5° comma, legge n. 26/2019).

Seppure l'inserimento (o il reinserimento) nel mercato del lavoro costituisce la modalità prioritaria di attivazione (e responsabilizzazione) del beneficiario della prestazione, tale percorso non rappresenta, tuttavia, come già per il REI, l'unico canale. Infatti, nel caso in cui l'operatore del centro per l'impiego (servizio competente) ravvisi che, all'interno del nucleo familiare, siano presenti particolari criticità che rendano difficoltoso l'avvio di un percorso di inserimento al lavoro, il predetto operatore, sempre per il tramite della ricordata piattaforma digitale, invia il richiedente ai servizi comunali competenti per il contrasto della povertà, servizi che debbono

coordinarsi a livello di ambito territoriale (*ex* legge n. 328/2000) per la valutazione multidimensionale del bisogno delle persone interessate. Per favorire la successiva presa in carico della persona sulla base di una valutazione multidimensionale della condizione di disagio sociale (art. 4, comma 5 *quater*, legge n. 26/2019) detto invio deve essere corredato dalle motivazioni che lo hanno determinato.

Dunque, nel caso in cui, in esito alla valutazione preliminare e sulla base delle procedure suindicate, i bisogni del nucleo familiare e dei suoi componenti risultino prevalentemente connessi alla situazione lavorativa, i servizi competenti invitano gli interessati alla sottoscrizione del patto per il lavoro, entro i successivi trenta giorni. Nel caso, invece, in cui il bisogno individuato sia complesso e multidimensionale, ai beneficiari si richiede di sottoscrivere un patto per l'inclusione sociale, e i servizi (centri per l'impiego, servizi sociali, servizi territoriali competenti) si coordinano in maniera da fornire risposte unitarie. Il patto per l'inclusione sociale, ove non diversamente specificato, assume le caratteristiche del progetto personalizzato[756]: esso fissa, oltre agli interventi per l'accompagnamento all'inserimento lavorativo, ove opportuni, gli interventi e i servizi sociali di contrasto alla povertà di cui all'art. 7, d.lgs. n. 147/2017 (che, già previsti per il REI, si intendono ora riferiti al RdC).

I beneficiari del RdC, non esclusi o esonerati dagli obblighi suindicati, una volta stipulato il patto per il lavoro o il patto di servizio personalizzato, sono tenuti ad accettare espressamente gli obblighi e rispettare gli impegni previsti nei suddetti patti: tra questi, in particolare, quello di accettare almeno una di tre offerte di lavoro congrue, ai sensi dell'art. 25, d.lgs. n. 150/2015 (tale essendo, per i beneficiari del RdC, un'offerta che comporti una retribuzione superiore di almeno il 10 per cento rispetto al beneficio massimo fruibile da un solo individuo, inclusivo della componente ad integrazione del reddito dei nuclei residenti in abitazione in locazione); con la precisazione che, in caso di rinnovo del beneficio, la legge impone di accettare, a pena di decadenza dallo stesso, la prima offerta utile di lavoro congrua (art. 4, 8° comma, legge n. 26/2019).

È evidente l'importanza – anche ai fini di una valutazione di conformità degli oneri di attivazione dei beneficiari ai parametri desumili dagli artt. 2, 3, 4 e 38 Cost. – della nozione legislativa di "offerta congrua". La congruità dell'offerta di lavoro è, per così dire, *context sensitive*, in quanto è definita (anche) con riferimento alla durata di fruizione del beneficio del RdC e al numero di offerte rifiutate. In particolare, ai sensi dell'art. 4, 9° comma, legge n. 26/29019, è considerata congrua un'offerta dalle caratteristiche seguenti: a) nei primi dodici mesi di fruizione del beneficio, è congrua un'offerta entro cento chilometri di distanza dalla residenza del beneficiario o comunque raggiungibile nel limite temporale massimo di cento minuti con i mezzi di trasporto pubblici, se si tratta di prima offerta, ovvero entro duecentocinquanta chilometri di distanza, se si tratta di seconda offerta, ovvero (salvo il caso in cui nel nucleo familiare siano presenti componenti con disabilità) ovunque collocata nel territorio italiano se si tratta di terza offerta; b) decorsi dodici mesi di fruizione del beneficio, è congrua un'offerta entro duecentocinquanta chilometri di distanza dalla residenza del beneficiario nel caso si tratti di prima o seconda offerta, ovvero ovunque collocata nel territorio italiano se si tratta di terza offerta; c) in caso di rinnovo del beneficio, è congrua un'offerta ovunque sia collocata nel territorio italiano anche nel caso si

[756] Patto già previsto per il REI dall'art. 6, d.lgs. n. 147/2017.

tratti di prima offerta.

La legge attenua, peraltro, gli oneri gravanti sui beneficiari del RdC in talune circostanze meritevoli di particolare protezione, ovvero nel caso in cui nel nucleo familiare siano presenti (come già accennato) componenti con disabilità e nel caso in cui nel nucleo familiare siano presenti figli minori, anche qualora i genitori siano legalmente separati. Tali previsioni operano peraltro esclusivamente nei primi ventiquattro mesi dall'inizio della fruizione del beneficio, anche in caso di rinnovo dello stesso.

Non c'è dubbio – almeno considerando il miserevole stato attuale in cui versano per lo più i servizi per l'impiego in Italia, e in attesa che cominci a dare i suoi frutti la politica di potenziamento avviata dalla stessa legge n. 26/2019 – che la condizionalità incorporata nel criterio di congruità testé ricordato risulti sbilanciata su un versante più sanzionatorio che effettivamente promozionale[757]. Ma proprio per questo sarebbe sbagliato e prematuro formulare giudizi critici aprioristici su pretese curvature "workfaristiche" della condizionalità nel RdC.

Non meno significativa è del resto la fitta disciplina sanzionatoria, che occupa uno spazio davvero inusitato nel corpo della legge n. 26/2019 (in particolare con gli artt. 7, 7 *bis*, 7 *ter*). Non è qui il caso – non sarebbe questa la sede adatta – di entrare con acribia esegetica nella selva delle fattispecie sanzionate in via amministrativa o penale. Le diverse fattispecie sanzionatorie vanno dalla sospensione, alla revoca e alla perdita del benefico, sino alla comminazione di una cospicua gamma di pene anche detentive, per ipotesi di reato (o di aggravanti) di nuovo conio. L'aggravio di pena per i delitti di falso commessi dai percettori del RdC (art. 7, 1° comma, legge n. 26/2019) è un esempio emblematico ed assai esplicativo del tenore complessivo delle scelte del legislatore. Possiamo solo dire che un tale aggravio di pena, al pari di analoghe previsioni punitive, desta notevoli perplessità alla luce dell'art. 3 Cost., nella misura in cui sembra scaricare sul povero "immeritevole" (come nella concezione stigmatizzante del *non-deserving poor* di vittoriana memoria) un sovraccarico di responsabilità certamente degno di miglior causa, in un Paese che spicca nelle classifiche internazionali per le dimensioni abnormi di corruzione ed evasione fiscale.

7. Annotazioni conclusive.

Il cenno da ultimo fatto alla problematicità delle previsioni sanzionatorie della legge n. 26/2019 non esaurisce, peraltro, le più complesse questioni sollevate da una riforma, che pure, come si è sottolineato, ha indubbi meriti, in quanto colma con un impegno finanziario e regolativo senza precedenti una lacuna ormai non più tollerabile del sistema italiano di protezione sociale.

I requisiti di accesso al RdC sono, in generale, e come visto, molto stringenti. Quelli reddituali e patrimoniali sono frutto di scelte politiche discrezionali del legislatore sostanzialmente incensurabili sotto il profilo della legittimità costituzionale, attendendo a valutazioni di compatibilità con le risorse finanziarie disponibili che spettano (nei soli limiti della manifesta irragionevolezza, anche per eventuale inadeguatezza) al Parlamento.

Ma almeno per un profilo i modi in cui questa discrezionalità è stata esercitata dal legislatore ordinario destano una forte perplessità in punto di coerenza con l'impianto dell'art. 38 Cost. Ed invero, sovrapponendo il RdC ad altre misure, tanto di carattere previdenziale, o quantomeno

---

[757] Cfr. TASCHINI, *I diritti sociali*, cit., 207 ss.

'spurio' (come l'integrazione al minimo della pensione), quanto di carattere assistenziale (come l'assegno sociale *ex* legge n. 335/1995), pare di dover inferire che il legislatore abbia del tutto dimenticato di porsi un problema di coordinamento tra le stesse, in termini, per così dire, di giustizia distributiva. E al proposito non può non colpire il fatto che la legge n. 26/2019 consenta che l'importo del RdC, e ancor più quello della pensione di cittadinanza, possano essere superiori a quello del trattamento minimo della pensione, senza che il titolare di quest'ultimo sia legittimato, come tale, ad accedere di per sé all'integrazione reddituale garantita dai primi: si tratta di una sperequazione che, in termini di "adeguatezza relativa" (*sub specie* di giustizia distributiva), sembra contraddire la logica che presiede al rapporto tra il 1° ed il 2° comma dell'art. 38 Cost., capovolgendola in modo inammissibile.

I requisiti di natura soggettiva – collegati, cioè, a cittadinanza e residenza del soggetto – si prestano, invece, a ben altra valutazione critica ed appaiono, almeno in parte, di assai discutibile conformità ai principi della Costituzione e del diritto dell'Unione europea. In particolare, sebbene la Corte costituzionale si sia dimostrata sin troppo tollerante con l'analogo requisito previsto per l'assegno sociale[758], e dunque anche ipotizzando che per *Realpolitik* possa di nuovo superare il vaglio di costituzionalità il requisito del permesso di soggiorno per lungo-soggiornanti imposto anche dall'art. 2 della legge n. 26/2019, si deve affermare che la condizione di residenza legale decennale sul territorio italiano imposta per l'accesso al RdC appaia comunque in contrasto con il diritto dell'Unione europea: per i cittadini di Paesi terzi, cui si riferisce il recente arresto della Consulta, quantomeno con la direttiva 2003/109/CE; per quelli europei – diremmo *a fortiori* – con la direttiva n. 2004/38/CE (e, di riflesso, con il regolamento n. 883/2004), nella misura in cui questa fissa in cinque anni il periodo in cui il cittadino dell'Unione acquista la qualità di soggiornante permanente (art. 16), con conseguente piena parità di trattamento nell'accesso al sistema di protezione sociale dello Stato membro ospitante. È infatti da ritenere che la draconiana condizione di residenza decennale – senz'altro una delle più rigorose d'Europa – costituisca una classica discriminazione indiretta a danno dei cittadini dell'Unione (o di Paesi terzi) e che essa **–** costituendo il RdC una misura essenziale per il contrasto della povertà e dell'esclusione sociale (e dunque un diritto fondamentale afferente al nucleo minimo di tutela della dignità della persona)[759] **–** sia palesemente sproporzionata, se considerata alla luce degli artt. 16 e 24 della direttiva 2004/38/CE.

Ma poiché il RdC – che lo stesso art. 1 della legge n. 26/2019 assume come misura fondamentale

---

[758] V. C. cost., n. 50/2019, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, legge n. 388/2000, variamente sollevate con riferimento agli artt. 3, 10, primo e secondo comma, e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi in relazione all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), nella parte in cui subordina il diritto a percepire l'assegno sociale, per gli stranieri extracomunitari, alla titolarità del permesso (già carta) di soggiorno UE per i soggiornanti di lungo periodo. Ma la Corte, nella parte motiva della pronunzia, ha ritenuto conforme a Costituzione anche il requisito decennale di residenza legale, stabile e continuativa, aggiunto – per tutti (ovvero indifferentemente per cittadini italiani, dell'Unione o di Paesi terzi) –, sempre ai fini dell'accesso al godimento dell'assegno sociale, dall'art. 20, comma 10, legge n. 133/2008. La giurisprudenza costituzionale sul tema dell'accesso degli stranieri non comunitari si è dimostrata, nel tempo, tutt'altro che coerente, e questo ultimo arresto contradice, con argomenti molto fragili e discutibili, una lunga linea di pronunce espansive della Consulta: cfr. ad es. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, 2013; BOLOGNA, *Eguaglianza e* welfare *degli immigrati: tra* self-restraint *legislativo e aperture giurisprudenziali e contrattuali*, in *RGL*, 2017, I, 636.

[759] Per riecheggiare le parole della già citata C. cost., n. 10/2010.

di contrasto alla povertà, volta al sostegno economico e all'inserimento dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro – è, per l'appunto, ben più dell'assegno sociale, prestazione essenziale-esistenziale, che attiene al nucleo duro incomprimibile della tutela della dignità della persona, anche in nome della *Realpolitik* e del *self-restraint* difficilmente la Corte costituzionale potrebbe ripetere gli stessi argomenti usati dalla sentenza n. 50/2019 per sancire la conformità a Costituzione dell'assai esigente requisito, richiesto ai cittadini di Paesi terzi, del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Se – come ebbe già ad affermare la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 222/2013 – la Costituzione «impone di preservare l'uguaglianza nell'accesso all'assistenza sociale tra cittadini italiani e comunitari da un lato, e cittadini extracomunitari dall'altro, soltanto con riguardo a servizi e prestazioni che, nella soddisfazione di un bisogno primario dell'individuo che non tollera un distinguo correlato al radicamento territoriale, riflettano il godimento dei diritti inviolabili della persona»[760], pare difficile negare al RdC (di certo ben più che all'assegno sociale) una siffatta inerenza alla sfera della "inviolabilità". E se un qualche requisito di appartenenza o radicamento territoriale deve essere ragionevolmente immaginato – come ricorda ancora la Corte costituzionale – per evitare fenomeni di "turismo sociale", sarà sufficiente fissare un'adeguata e proporzionata condizione di residenza legale in Italia, senza però che questa possa spingersi oltre i cinque anni e, certamente, senza poter esigere, contestualmente, per i cittadini di Paesi terzi, il diverso e ben più esigente requisito del possesso del permesso di soggiorno per lungo-soggiornanti.

Non può d'altra parte dimenticarsi che, per come è strutturato, il RdC si rivolge anche ai lavoratori poveri. Con la conseguenza – questa volta pacificamente derivante dall'applicazione dei principi del diritto dell'Unione europea – che, quantomeno per i cittadini europei[761], tutte le volte in cui questi possano vantare lo *status* di lavoratori nell'ampio senso accolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[762], qualunque requisito di residenza – e certamente quello decennale previsto dalla legge n. 26/2019 – si porrebbe in frontale contrasto con il divieto di discriminazione (anche indiretta o occulta) in base alla nazionalità, dovendo esser disapplicato dal giudice in caso di controversia con l'INPS.

Le sottolineature critiche e i profili di problematica legittimità costituzionale o euro-unitaria del RdC qui messi in evidenza non possono in ogni caso oscurare gli indubbi meriti storici della riforma, che porta a compimento un processo di modernizzazione del *welfare* italiano troppo a lungo rimandato (e spesso apertamente ostacolato). Se in passato abbiamo tante volte denunciato le numerose storture distributive originate dalla struttura corporativo-categoriale del nostro disomogeneo regime di *welfare* occupazionale, non possiamo oggi non riconoscere che con il RdC la lunga marcia verso una rete protettiva di base a vocazione universalistica compia un oggettivo salto di qualità. E se nelle scelte dei criteri selettivi riaffiora talvolta l'impronta di quell'universalismo «per sommatoria»[763], che è stata almeno dagli anni Novanta in avanti la via italiana alla estensione soggettiva del sistema di protezione sociale, occorre anche ricordare con

---

[760] Così al punto 7 del "Considerato in diritto" della sentenza n. 50/2019.

[761] Per i quali – se lavoratori subordinati – varranno gli artt. 45 del TFUE, 7 del regolamento n. 492/2011 e 4 del regolamento n. 883/2004 (oltre alle pertinenti previsioni della già evocata direttiva 2004/38/CE). Ma, sulla scorta delle direttive 2011/98//UE e del regolamento n. 1231/2010, conclusioni analoghe valgono per i lavoratori cittadini di Paesi terzi.

[762] Sia consentito il rinvio a GIUBBONI, *Per una voce sullo* status *di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2018, 207.

[763] VENEZIANI, *La crisi del Welfare State e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *RGL*, 1996, I, 69.

nettezza che il RdC è la prima vera misura generale fondamentale di contrasto della povertà di cui si sia dotata la Repubblica italiana per onorare l'impegno che le affida – sempre e prima di tutto – l'art. 3, comma 2, della Costituzione.

Il reddito di cittadinanza tra *workfare* e metamorfosi del lavoro*

Giovanni Modica Scala

1. Dal reddito di inclusione al reddito di cittadinanza. 266
2. L'ambiguità semantica della denominazione. 267
3. Il "Patto per il lavoro" e la congruità dell'offerta lavorativa. 269
4. L'apparato sanzionatorio. 273
5. L'art. 4 Cost. tra libertà professionale e dovere di lavorare. 276
6. Il reddito di cittadinanza tra «miserie del presente» e «ricchezza del possibile». 279

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 402/2019

1. Dal reddito di inclusione al reddito di cittadinanza.

Con il decreto legge n. 4 del 2019, convertito con legge n. 26 del 28 marzo 2019, è stato introdotto in Italia il reddito di cittadinanza (RdC) quale «misura di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza, e all'esclusione sociale volta a garantire il diritto al lavoro».

La misura, pronipote del reddito minimo d'inserimento[764], ricalca in larga parte la struttura del neonato reddito di inclusione (REI), introdotto con d. lgs. 147/2017. In entrambi i casi si tratta di un welfare cd. *familista*, con l'entità del beneficio modulato secondo "scale di equivalenza" commisurate al numero dei componenti il nucleo familiare. È prevista, come nel REI, una prova dei mezzi (cd. *means-test*) che riguarda la situazione reddituale e patrimoniale del nucleo cumulativamente inteso: variano sensibilmente le soglie ISEE per l'accesso al beneficio[765] e, di riflesso, l'entità dell'importo del beneficio, mentre restano sostanzialmente invariati i valori massimi del patrimonio immobiliare e mobiliare, incluso il requisito secondo cui nessun componente dev'essere intestatario di automobili o moto immatricolati nei 24 mesi precedenti[766].

Alla pari del REI, il beneficio economico sarà erogato attraverso un'apposita carta prepagata in cui, tuttavia, il prelievo di contante è adesso limitato ad un massimo di 100€ mensili per un individuo single[767], da moltiplicare per la "scala di equivalenza" in caso di altri familiari. Anche per il così detto reddito di cittadinanza, la durata ordinaria del trattamento è prevista fino a 18 mesi, con possibilità di proroga dopo un mese di sospensione[768].

Analogamente al reddito di inclusione, il reddito di cittadinanza si rivolge sia ai lavoratori poveri che ai "poveri di lavoro"[769]; nondimeno, a differenza del REI, sarà possibile la concomitante fruizione della NASpI, DisColl o di altri strumenti di sostegno al reddito per la disoccupazione involontaria[770]. Per contro, fatte salve le dimissioni per giusta causa, «non ha diritto al Rdc il compo-

---

764 Per un excursus diacronico sui più recenti sistemi di sostegno al reddito, v. G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'era dell'innovazione,* Torino, Gruppo Abele, 2017, cap. V; S. TOSO, *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?,* Bologna, Il Mulino, 2016, cap. IV.

765 6000€ per l'accesso al REI, 9360€ per l'accesso al RdC.

766 Con la differenza che, adesso, sono previste delle franchigie per auto inferiori ai 1600cc e moto inferiori ai 250cc.

767 Precedentemente l'importo massimo prelevabile in contanti equivaleva alla metà dell'importo mensile del beneficio. Con il decreto ministeriale del 19 aprile 2019, sono stati puntualmente definiti all'art. 2 gli ambiti di beni e servizi entro i quali è possibile effettuare acquisti con la carta prepagata Rdc.

768 A differenza del REI, la possibilità di proroga è *ad libitum*.

769 L'espressione è della sociologa Chiara Saraceno. Cfr. C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa ai tempi della crisi,* Milano, Feltrinelli, 2015, cap. 2. Partendo dalla considerazione secondo cui il RdC costituisce, dichiaratamente, un rimedio alla povertà e un rimedio alla disoccupazione, BALANDI ripercorre le sorti di questa "coppia di lunga durata" (povertà-disoccupazione) dalle Poor Laws, alle assicurazioni sociali di stampo bismarckiano e beveridgeano, per giungere all'art. 38 della nostra Cost. L'RdC costituisce, per Balandi, un "ritorno alla tutela unitaria e indistinta della condizione economica del povero e del disoccupato" V. G. G. BALANDI, *La tutela sociale nel mercato*, in *LD,* n. 4/2007; *Attualità dello stato sociale. Dalla assistenza alla previdenza, e ritorno?*, in *LD,* n. 3/2013.

770 Questa eventualità di cumulo si può concretizzare purché si rientri nei limiti reddituali e patrimoniali fissati all'art. 2 del d.l. 4/2019. In tal caso, ci si è chiesti se il meccanismo di condizionalità da applicare sia quello previsto a tutela della disoccupazione involontaria dal d. lgs. 150/2015 o quello aggiornato del d.l. 4/2019 applicabile ai percettori di reddito di cittadinanza. Cfr. P. Pascucci, *Vecchi e nuovi modelli di protezione sociale. Fondamenti, sostenibilità, criticità*, Seminario della «Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale», 17 maggio 2019. La risposta al quesito posto da Pascucci – che per chi scrive si risolve nell'applicazione della condizionalità prevista per il Rdc, assorbente rispetto agli altri strumenti di tutela – non è priva di risvolti pratici, poiché i due meccanismi di condizionalità richiedono attivazioni più o meno invadenti nella vita lavorativa del beneficiario.

nente del nucleo familiare disoccupato a seguito di dimissioni volontarie nei dodici mesi successivi alla data delle dimissioni»[771].

In sintesi, si tratta in entrambi i casi di misure condizionate[772], tanto al possesso dei requisiti di accesso (cd. selettività) quanto alla disponibilità a rendersi "occupabile" nel mercato del lavoro (cd. condizionalità), elementi che verranno trattati disgiuntamente nei paragrafi che seguono.

2. L'ambiguità semantica della denominazione.

Date, in via di prima approssimazione, le sue essenziali caratteristiche, c'è da chiedersi se una misura di sostegno al reddito con un corredo genetico di tal fatta, corrisponda realmente all'identikit del «reddito di cittadinanza».

Stando ad una invalsa prassi terminologica – inaugurata dai teorici del collettivo Charles Fourier, poi diventato BIEN (Basic Income Earth Network) – il "reddito di cittadinanza" è sinonimo di "reddito di base", con ciò intendendo «un reddito versato da una comunità politica a tutti i suoi membri su base individuale senza controllo delle risorse né esigenza di contropartite»[773]. A fronte di questa definizione di reddito – universale, a destinazione individuale, non selettivo e non condizionato – la via italiana al reddito di cittadinanza pare *ictu oculi* un inganno lessicale[774]: la misura che lascia in eredità il governo Lega-5S è, per contro, selettiva[775], destinata ai nuclei familiari, con controllo delle risorse (cd. *means test*[776]) ed un articolato apparato di controprestazioni che si sostanziano principalmente in obblighi di formazione/riqualificazione professionale, ricerca attiva del lavoro, svolgimento non remunerato di lavori definiti di pubblica utilità e accettazione di offerte di lavoro «congrue» (cd. condizionalità).

---

[771] Art. 2 co. 3 d.l. 4/2019. La qualificazione della volontarietà, che esclude un intervento di sostegno a favore del "disoccupato volontario", riprende la *littera* dell'art. 38 Cost. co. 2, che secondo l'opinione di Balandi, pur essendo "di origine liberale e bismarckiana", riprende buona parte della struttura della XXVII disposizione della Carta del Lavoro fascista, costituendo di fatto una "sopravvivenza post-costituzionale" dei "caratteri dell'ordinamento sociale corporativo". Cfr. G. G. BALANDI, *Il cosiddetto reddito di cittadinanza, Lectio Magistralis* Premio "G. Ghezzi", Bologna, 16 aprile 2019, *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *LD,* n. 2/2015, pp. 313-315.

[772] Secondo l'autorevole parere di Philippe Van Parijs, «il reddito di cittadinanza è semplicemente una versione più generosa del reddito di inclusione». Cfr. G. MODICA SCALA, *Il workfare di Di Maio organizza lo sfruttamento. Intervista a Van Parijs,* Jacobin Italia, 1 febbraio 2019, consultabile qui https://jacobinitalia.it/il-workfare-di-di-maio-organizza-lo-sfruttamento/.

[773] P. VAN PARIJS – Y. VANDERBORGHT, *Il reddito di base. Una proposta radicale,* Bologna, Il Mulino, 2017.

[774] Sostiene questa tesi anche G. G. BALANDI, il quale antepone puntualmente l'aggettivo "cosiddetto": a suo dire, l'RdC andrebbe rinominato *reddito minimo integrativo marginale* poiché non possiede i caratteri dell'universalismo, della non condizionalità e della uniformità che connoterebbero, per lui, un vero reddito di cittadinanza ("nel senso di appartenenza all'universo individuato, non necessariamente corrispondente alla cittadinanza in senso formale"), *Il cosiddetto reddito di cittadinanza, Lectio Magistralis* Premio "G. Ghezzi", Bologna, 16 aprile 2019. Secondo Giuseppe Bronzini, per contro, si tratta di una polemica priva di fondamento poiché in talune esperienze regionali è già apparsa questa dicitura nella sua veste più selettiva e condizionata, assimilabile al reddito minimo garantito. V. G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza: una tappa per un nuovo welfare e l'autodeterminazione delle persone*, in Volerelaluna.it, 11 febbraio 2019.

[775] I requisiti di accesso sono dettagliatamente disciplinati all'art. 2 d. l. 4/2019.

[776] Secondo i dati aggiornati al 4 settembre 2019, a soli cinque mesi dall'entrata in vigore, il 28% delle richieste per ricevere Rdc o Pensione di cittadinanza sono state respinte, il 6,2% risultano in stato di lavorazione, mentre circa il 66% delle richieste risultano accolta. Fonte: INPS, *Osservatorio Rei e Rdc*, settembre 2019, p. 2.

Paradossalmente, dunque, l'unica aderenza della misura introdotta dal precedente Governo alla nozione di *cittadinanza* sembra risiedere nella sua torsione discriminatoria[777], laddove è specificato che l'aspirante beneficiario deve risultare, cumulativamente, «in possesso della cittadinanza italiana o di Paesi facenti parte dell'Unione europea, ovvero suo familiare (…) che sia titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero cittadino di Paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo[778]» o, ancora, «residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo»[779].

Coerentemente con le politiche nazionalistiche del governo, il secondo criterio per l'accesso al beneficio pare inequivocabilmente una malcelata forma di discriminazione indiretta nei confronti dei migranti, andando ben oltre il requisito dei cinque anni previsto per i "soggiornanti di lungo periodo con permesso di soggiorno UE" (parificati ai cittadini dello Stato membro in cui si trovano, ai fini del godimento dei servizi e prestazioni sociali). In proposito, salvo una recente e contraddittoria pronuncia sull'assegno sociale[780], la Corte costituzionale ha reiteratamente ritenuto lo *status* di cittadino insufficiente, *ex se*, per operare nei suoi confronti erogazioni privilegiate di servizi sociali rispetto allo straniero legalmente residente da lungo periodo[781]: pur riconoscendo che le politiche sociali possono richiedere un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla semplice residenza[782], il giudice costituzionale ha circoscritto il margine di manovra del legislatore entro limiti non arbitrari e irragionevoli[783], ritenendo illegittime disposizioni che richiedono una permanenza nel territorio ampiamente superiore a quella necessaria all'ottenimento dello status

---

[777] Cfr. G. P. CELLA, *Lavoro, lavori, cittadinanza,* in *Lavoro e nuova cittadinanza. Cittadinanza e nuovi lavori. (Sociologia del lavoro, dell'organizzazione e dell'economia,* IV fascicolo, anno 2000, pp. 57 e ss.). Secondo l'A., sebbene il concetto di cittadinanza nella declinazione marshalliana richiami l'uguaglianza «rispetto ai diritti e ai doveri conferiti da tale status», quando «la cittadinanza è priva di aggettivi, può essere all'origine di profonde disuguaglianze, o comunque fonte della loro legittimazione».

[778] Il «permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo» è un permesso di soggiorno speciale a beneficio di cittadini di Paesi terzi, soggiornanti legalmente e ininterrottamente per cinque anni nel territorio di uno Stato membro. La disciplina del soggiorno di lungo periodo degli stranieri provenienti da Paesi terzi è contenuta nel D. Lgs. 3/2007, che ha novellato il T.U. in materia di immigrazione recependo la direttiva 2003/109/CE.

[779] Art. 2, co. 1, lett. a) del d.l. 4/2019. Su questo specifico profilo, cfr. più analiticamente G. FONTANA, *Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro., §4.5: Il problema della selezione degli aventi diritto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 389/2019. Le statistiche più recenti offrono uno spaccato che privilegia nettamente i nuclei familiari in possesso della cittadinanza italiana, che costituiscono quasi il 90% dei beneficiari; residualmente, risulta un 5,6% di nuclei familiari extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno UE, il 3,3% di cittadini europei ed infine nuclei costituiti da familiari delle precedenti categorie. Fonte: INPS, *Osservatorio Rei e Rdc*, settembre 2019, p. 10.

[780] Si tratta della sent. n. 50 del 15 marzo 2019, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma che subordina il godimento per gli stranieri dell'assegno sociale alla titolarità del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo. Secondo la valutazione della Corte, l'assegno sociale costituisce una prestazione non diretta al soddisfacimento di bisogni primari o posta a garanzia della stessa sopravvivenza del soggetto e, in quanto tale, non soggiace al divieto di discriminazione *ex* art. 3 della Costituzione: «rientra (...) nella discrezionalità del legislatore – si legge nelle motivazioni della Corte – riconoscere una prestazione economica al solo straniero, indigente e privo di pensione, il cui stabile inserimento nella comunità lo ha reso meritevole dello stesso sussidio concesso al cittadino italiano. Pertanto sotto nessun profilo può ritenersi violato l'art. 3 Cost. con riferimento a quegli stranieri che invece tale status non hanno».

[781] Da ultimo con sent. n. 106/2018, in *Foro It.*, 2018, 7-8, 1, 2252.

[782] Cfr. sent. n. 432/2005; ord. n.32/2008.

[783] Sentt. nn. 222/2013; 133/2013, 40/2011. In dottrina, cfr. M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano: una prospettiva giuslavoristica,* Bari, Cacucci, 2017, cap. III.

di soggiornante di lungo periodo (5 anni)[784].

Per altro verso, la discriminazione si riverberebbe indirettamente anche sui soggetti ccdd. "senza dimora": in Italia sono oltre 50.000 le persone senza dimora in situazione di grave deprivazione materiale[785], molte delle quali non possiedono la residenza anagrafica. Per questo motivo, a partire dal 1992, alcuni Comuni[786] hanno istituito una "residenza fittizia", permettendo legalmente il rilascio di una carta di identità e, quindi, l'accesso ai diritti e alle prestazioni essenziali normalmente dipendenti dall'iscrizione anagrafica. Si porrà un problema di carattere altrettanto discriminatorio nei confronti dei senza dimora che abbiano la sventura di far parte di un Comune che non abbia ancora istituito la residenza fittizia o, parimenti, di un Comune che vi abbia provveduto "solo" negli ultimi dieci anni.

Di fatto, ricapitolando, la misura di *welfare* varata dall'attuale Governo non è un reddito di cittadinanza incondizionato, non è universale (come, del resto, accade quasi sempre[787]) e la condizione fissata dall'art. 2 è, peraltro, costituzionalmente assai dubbia. Il *maquillage* terminologico parrebbe, dunque, profilarsi come un triplice tradimento[788].

3. Il "Patto per il lavoro" e la congruità dell'offerta lavorativa.

Il reddito di cittadinanza è definito, all'art. 1, «misura fondamentale di politica attiva del lavoro[789] a garanzia del diritto al lavoro (…)»[790]. Tra le disposizioni centrali del recente decreto c'è, infatti,

---

[784] È il caso della già richiamata sent. 106/2018, con la quale la Corte è intervenuta a censurare una legge regionale della Liguria che prevedeva un periodo di residenza di 10 anni nel territorio della regione per il migrante intenzionato ad accedere all'assegnazione di un alloggio popolare, per irragionevolezza e mancanza di proporzionalità *ex* art. 3 Cost. In proposito, va richiamato anche l'orientamento della Corte di Giustizia, secondo cui il principio di non discriminazione (art. 21 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE) risulta violato non solo in presenza di palesi discriminazioni basate sulla cittadinanza, ma anche in presenza di qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, produca, in pratica, lo stesso risultato.

[785] Rapporto Istat – fio.PSD – MLPS – Caritas, 2015.

[786] Secondo le stime della fio.PSD si tratta di 209 Comuni su 7918.

[787] L'unico Stato al mondo in cui è pienamente operativo un reddito di base universale e incondizionato è l'Alaska. Altrove sono in corso diverse sperimentazioni, di iniziativa prevalentemente governativa e amministrativa, che hanno ad oggetto un reddito di base incondizionato ma selettivo, poiché limitato ad un campione ridotto di soggetti. Un esempio recentemente balzato agli onori della cronaca è l'esperimento finlandese, momentaneamente concluso, di cui sono stati pubblicati i primi parziali risultati consultabili qui: https://www.kela.fi/web/en/news-archive/-/asset_publisher/IN08GY2nlrZo/content/preliminary-results-of-the-basic-income-experiment-self-perceived-wellbeing-improved-during-the-first-year-no-effects-on-employment

[788] Come afferma Philippe Van Parijs, pur essendo incondizionato sotto vari aspetti, il reddito di base «resta condizionato sotto un aspetto molto importante (…). Noi interpretiamo questa condizione come residenza fiscale piuttosto che come residenza permanente o cittadinanza. Ciò esclude i turisti e gli altri viaggiatori, gli immigrati senza permesso di soggiorno e anche i diplomatici e il personale delle organizzazioni sovranazionali, i cui redditi non sono sottoposti alla tassazione locale sui redditi delle persone fisiche o ad altre imposte utilizzate per finanziare il reddito di base». Cfr. P. VAN PARIJS – Y. VANDERBORGHT; *Il reddito di base. Una proposta radicale*; Bologna; Il Mulino; 2017; p. 19.

[789] Per un chiaro approfondimento diacronico sulle politiche attive del mercato del lavoro (PAML) in Europa e sulle dinamiche di *policy trasnfer* tra Usa ed Europa, cfr. N. COUNTOURIS - M. FREEDLAND, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego,* in *DLRI,* 2005, n. 108, pp. 558 ss.

[790] Come fa notare Anna Alaimo, rispetto al REI c'è uno slittamento di non poco conto, che riguarda il passaggio da una «misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale» (REI), al RdC in cui le allusioni «alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale» sono posposte (A. ALAIMO, *Il reddito di cittadinanza fra diritto all'assistenza e doveri di attivazione. Per un modello idealtipico di strategia di inclusione*, in *Variaz. temi dir. Lav.*, 2, 2019, pp. 472-473).

un aggiornamento del requisito della cd. condizionalità[791], già previsto nell'ambito delle politiche di sostegno al reddito[792] e per la disoccupazione[793].

Come in precedenza, il beneficio è erogato in base a soglie reddituali e patrimoniali, tanto a chi possieda un lavoro, quanto a chi – salvo il caso di dimissioni intervenute senza giusta causa – lo abbia perso o sia, *tout court*, privo di un'occupazione. L'erogazione del beneficio, nondimeno, è tuttora «*condizionata* alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni (…) nonché all'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale»[794]. Tali obblighi incombono su «tutti i componenti il nucleo familiare che siano maggiorenni, non già occupati e non frequentanti un regolare corso di studi o di formazione»[795], con l'esclusione estesa anche nei confronti dei soggetti con più di 65 anni, ai soggetti disabili e ai componenti con carichi di cura[796].

La dichiarazione di immediata disponibilità va resa personalmente, entro 30 giorni dal riconoscimento del beneficio, presso i Centri per l'impiego o tramite apposita Piattaforma digitale[797]. Meta finale della complessa staffetta burocratica tra CpI e Piattaforme digitali è la stipulazione di un Patto per il Lavoro[798], che assume le stesse caratteristiche del vecchio Patto di Servizio Personalizzato (PSP)[799], integrato con ulteriori stringenti obblighi puntualmente elencati all'art. 8, lettera *b)* del d. l. 4/2019[800]. Tra questi, spicca la necessaria accettazione di «almeno una di tre offerte di

---

[791] Per un chiaro *excursus* della condizionalità in Italia, cfr. A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla post-modernità giuridica verso la modernità economica?*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 158 ss. Sullo stesso tema, cfr. anche L. CORAZZA, *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi),* in *DLRI,* 2013, n. 139, pp. 489 ss., M. D'OGNHIA, *Il rafforzamento dei meccanismi di condizionalità,* in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio,* Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015, pp. 389 ss; L. TASCHINI, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Torino, Giappichelli, 2019, cap. II.

[792] Dapprima con il SIA (Sostegno all'Inclusione Attiva) e l'ASDI (Assegno Sociale di Disoccupazione), poi assorbite, entrambe, dal REI (Reddito di Inclusione).

[793] Ai sensi dell'art. 21, co. 1, d. lgs. n. 150 del 2015, la richiesta di NASpI e di DIS-COLL equivalgono a dichiarazione di immediata disponibilità (DID) a svolgere un'attività lavorativa e partecipare alle iniziative promosse dal Centro per l'Impiego (CpI). Entro 30 giorni dalla DID, il soggetto rimasto privo di impiego è tenuto a contattare il CpI per confermare lo stato di disoccupazione.

[794] Art. 4, co. 1, d. l. 4/2019.

[795] Art. 4, co.2, d. l. 4/2019.

[796] Questi ultimi sono «valutati con riferimento alla presenza di soggetti minori di tre anni di età ovvero di componenti il nucleo familiare con disabilità grave o non autosufficienza, come definiti a fini ISEE» (art. 4 co.3 d.l. 4/2019).

[797] Le piattaforme digitali per l'attivazione e gestione dei patti sono disciplinate all'art. 6, d. l. 4/2019. Il richiedente sarà poi convocato – entro lo stesso termine di 30 giorni – dal CpI territorialmente competente, obbligato a rendere la DID eventualmente non resa prima, all'atto di questo primo incontro. Per il tramite della Piattaforma digitale, vengono resi noti i beneficiari maggiorenni e di età pari o inferiore a 29 anni, affinché siano anch'essi convocati nel termine di 30 giorni dal riconoscimento del beneficio. La medesima Piattaforma individua gli altri componenti sui quali non sussistono cause di esonero, che saranno obbligati a rendere dichiarazione di immediata disponibilità entro i 30 giorni successivi (art. 4 co. 6, d. l. 4/2019).

[798] In alternativa, «nel caso in cui il bisogno sia complesso e multidimensionale» e i bisogni dei componenti il nucleo familiare non siano «prevalentemente connessi alla situazione lavorativa», può essere stipulato un Patto per l'inclusione sociale. Sulla qualificazione del «patto» in termini contrattuali, v. ampiamente E. VILLA, *Attivazione e condizionalità al tempo della crisi: contraddizioni di un modello (almeno formalmente) improntato alla flexicurity,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2018, pp. 482-483.

[799] Art. 20 del d. lgs. n. 150 del 2015.

[800] Dovrà, nello specifico, «1) registrarsi sull'apposita piattaforma digitale di cui all'articolo 6, comma 1, e consultarla quotidianamente quale supporto nella ricerca del lavoro; 2) svolgere ricerca attiva del lavoro, secondo le modalità che definite nel Patto per il lavoro,

lavoro congrue»[801], con parametri complessivamente legati alla coerenza con le esperienze e competenze maturate[802], alla tipologia contrattuale[803], all'entità della retribuzione[804], alla durata di fruizione del beneficio, all'allocazione geografica dell'occasione di lavoro e al numero di offerte rifiutate. È in relazione a questi ultimi parametri che si manifestano le sostanziali modifiche da parte del decreto n. 4 del 2019: si prevede, infatti, un massimo di tre offerte che incidono pesantemente, a seconda del decorso del tempo, sui confini geografici entro i quali può essere considerata congrua l'offerta[805].

Si tratta di un parametro di congruità potenzialmente vessatorio[806] nei confronti del beneficiario, che verosimilmente cercherà di ricorrere ad espedienti vari per sfuggire al giogo della cd. *trappola della disoccupazione*: con buona dose di probabilità, risulterà preferibile – fin dove permesso dalla norma – la mera percezione del beneficio rispetto all'accettazione di un'occupazione distante dalla propria residenza che, tralasciando profili esistenziali problematici per gli assetti familiari, rischia di riverberarsi anzitutto sulle condizioni economiche di chi sia costretto a convertirsi in lavoratore pendolare: «vi è da chiedersi se questa condizionalità sull'asse Sud-Nord avrà solo l'effetto di incrementare ulteriormente la migrazione interna»[807].

---

che, comunque, individua il diario delle attività che devono essere svolte settimanalmente; 3) accettare di essere avviato ai corsi di formazione o riqualificazione professionale, ovvero progetti per favorire l'autoimprenditorialità, secondo le modalità individuate nel Patto per il lavoro, tenuto conto del bilancio delle competenze, delle inclinazioni professionali o di eventuali specifiche propensioni; 4) sostenere i colloqui psicoattitudinali e le eventuali prove di selezione finalizzate all'assunzione, su indicazione dei servizi competenti e in attinenza alle competenze certificate; 5) accettare almeno una di tre offerte di lavoro congrue (…)».

[801] Definite all'art. 25 del d. lgs. n. 150 del 2015 e al comma 9 del d. l. n. 4 del 2019.

[802] Ai sensi dell'art. 4 del succitato decreto ministeriale, queste vengono «rilevate automaticamente nell'ambito di una procedura informatica guidata», assumono quale riferimento la classificazione dei settori economico-professionali – sistema di classificazione che consente di aggregare in settori l'insieme delle attività e delle professionalità operanti nel mercato del lavoro – e sono variamente articolate in base alla durata dello stato di disoccupazione (0-6 mesi; 6-12; più di 12).

[803] Art. 5 D.M. 42/2018.

[804] Indipendentemente dalla durata dello stato di disoccupazione, l'offerta di lavoro è considerata congrua se l'entità della retribuzione, al netto dei contributi a carico del lavoratore, è superiore di almeno il 20% dell'indennità percepita nell'ultimo mese precedente. Giova sottolineare che la Naspi, tra le principali indennità di disoccupazione, è pari al 75% della retribuzione media degli ultimi 4 anni e, dopo i primi 4 mesi, è soggetta a *décalage,* decrescendo del 3% per ogni mese successivo. Per chi non fosse destinatario di misure di sostegno al reddito per la disoccupazione, la congruità retributiva è parametrata al «beneficio massimo fruibile da un solo individuo, inclusivo della componente ad integrazione del reddito dei nuclei residenti in abitazione in locazione», rispetto al quale il salario deve risultare «superiore di almeno il 10%». In termini più prosaici, l'offerta di lavoro risulterà *congrua* laddove preveda una retribuzione mensile superiore a 858€.

[805] Più specificamente, è considerata congrua un'offerta di lavoro entro cento chilometri di distanza dalla residenza del soggetto (o raggiungibile comunque entro 100 minuti con mezzi di trasporto pubblici), nei primi dodici mesi di fruizione del beneficio; un'offerta di lavoro entro duecentocinquanta chilometri, se si tratta di seconda offerta o decorsi dodici mesi di fruizione del beneficio; un'offerta di lavoro ovunque collocata nel territorio italiano, in caso di terza offerta o in caso di rinnovo del beneficio *ex* art. 3 co. 6. Nell'analisi di Manuel Marocco, che compara efficacemente il nuovo RdC con i meccanismi di condizionalità previsti dal d. lgs. 150/2015, il primo viene descritto come maggiormente rigoroso «se si osservano alcuni degli obblighi di attivazione e la progressione sanzionatoria in caso di inadempimento». Unica eccezione, secondo Marocco, è costituita dal rifiuto dell'offerta di lavoro, «unico caso (…) in cui si rileva una, seppur parziale, minore severità della disciplina applicabile ai beneficiari di RdC». Cfr. M. MAROCCO, *La condizionalità nel reddito di cittadinanza: continuità e discontinuità*, in M. MAROCCO - S. SPATTINI (a cura di), *Diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva, inclusione sociale. Le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana,* Adapt Labour Studies e-Book series, n. 79, 2019, pp. 71-74.

[806] Trattasi di eventualità poiché, al giorno d'oggi, è rimasto tuttora inceppato l'avvio della cd. fase 2 del RdC, relativa all'attivazione del beneficiario. Si riconferma la scarsa "fortuna attuativa" della condizionalità, secondo Marocco legata alla «cronica debolezza istituzionale ed economica propria degli organismi deputati ad attuarna la fase di attivazione» e alla «questione della frattura istituzionale fra politiche attive e passive», in contrapposizione al cd. *one stop shop* (sportello unico). Cfr. M. MAROCCO, *op. cit.,* pp. 66-67.

[807] M. MAROCCO, *op. cit.,* p. 80.

D'altro canto, non si possono sottacere i correttivi raggiunti in sede di conversione per mitigare l'entità degli spostamenti nei confronti dei nuclei familiari in cui siano presenti soggetti disabili o figli minori[808], nonché l'elemento positivo della «esimente» per "i componenti con carichi di cura, valutati con riferimento alla presenza di soggetti minori di tre anni di età"[809], che saranno sollevati *tout court* dagli obblighi collaterali alla fruizione del Rdc[810]. Peraltro, va sottolineato l'apprezzabile sforzo di coniugare il reinserimento lavorativo dei percettori di RdC con quello che potremmo definire, a ben vedere, un «salario minimo» pari a 858€[811].

I soggetti che risulteranno obbligati a sottoscrivere il Patto per il lavoro, potranno sottrarvisi anche in presenza di un "giustificato motivo", con l'onere di comunicare e documentare le cause giustificative entro due giorni lavorativi dall'offerta di lavoro.[812] L'ipotesi dell'impedimento oggettivo e della causa di forza maggiore risulterà, verosimilmente, l'*escamotage* più ricorrente e al contempo più arduo sul piano probatorio per chi cercherà di sottrarsi alle migrazioni su territorio nazionale imposte dalla nuova rigida condizionalità lavorativa[813].

A margine dei profili legati al reinserimento lavorativo, in capo ai beneficiari di Rdc sorgerà, poi, l'obbligo di partecipare – gratuitamente – a progetti "utili alla collettività, in ambito culturale, sociale, artistico, ambientale, formativo e di tutela dei beni comuni" per un monte ore complessivamente "compatibile con le altre attività del beneficiario e comunque non inferiore al numero di otto ore settimanali, aumentabili fino ad un numero massimo di sedici ore complessive settimanali con il consenso di entrambe le parti"[814]. La prescrizione, che sembra ricalcare una visione stigmatizzante della povertà, si inscrive nello schema tipico del *workfare* ma alludendo ad attività svolte fuori dal mercato, come tali prive di retribuzione. Rischia di ripresentarsi così, per via statale, una prassi oramai invalsa tra privati: l'ossimoro del lavoro gratuito in cui riecheggiano i lavori socialmente utili[815].

---

[808] Art. 4 co. 9 lett. *d)* e *d-bis),* d. l. 4/2019. L'ipotesi vale anche in caso di genitori legalmente separati.

[809] Art. 4 co. 3, d. l. 4/2019.

[810] C'è, tuttavia, da chiedersi quanto questa previsione possa – nella sua applicazione concreta – creare disparità di genere laddove non dovesse accogliere una condivisa ripartizione dei compiti di cura entro le mura domestiche, tradizionalmente appannaggio delle sole donne.

[811] Art. 4 co. 9-bis, d. l. 4/2019.

[812] Secondo l'art. 8 del decreto ministeriale di attuazione dell'art. 25 del d. lgs. n. 150 del 2015, il giustificato motivo ricorre in caso di: *a)* documentato stato di malattia o di infortunio; *b)* servizio civile e richiamo alle armi; *c)* stato di gravidanza, per i periodi di astensione previsti dalla legge; *d)* gravi motivi familiari documentati o certificati; *e)* casi di limitazione legale della mobilità personale; *f)* ogni comprovato impedimento oggettivo o causa di forza maggiore, documenti o certificati cioè ogni fatto o circostanza che impedisca al soggetto di accettare l'offerta di lavoro congrua.

[813] Secondo i più recenti dati statistici, risultano nettamente prevalenti i nuclei percettori di Rdc nelle regioni del Sud e delle isole (con, in testa, Campania e Sicilia). Fonte: INPS, *Osservatorio Rei e Rdc*, settembre 2019, p. 2.

[814] Art. 4 co. 15 d. l. 4/2019.

[815] Nel caso dei lavori socialmente utili, è stato messo in luce come lo scambio debba inquadrarsi «secondo i principi della sicurezza sociale, quantunque non possa negarsi che l'implicazione personale in un'attività lavorativa postuli necessariamente l'apprestamento di tutele proprie del lavoro *tout court*, quale che sia la forma in cui esso si svolga (art. 35 Cost.)» [così F. BANO, voce Lavori socialmente utili, in *Digesto,* Disc. Priv., Sez. Comm., Agg., 2000, p. 428; cfr. anche G. FERRARO, I contratti di lavoro, Padova, Cedam, 1998, p. 709]. Coerentemente a questo indirizzo dottrinale, la Corte di Cassazione ha specificato che il rapporto possiede «matrice essenzialmente assistenziale (…), pur non escludendosi l'applicabilità di alcuni istituti tipici del lavoro subordinato» (Cass. civ. Sez. lavoro, 29 gennaio 2007, n. 1828, in *Foro It.,* 2007, I, col. 1749, con nota di S. L. GENTILE; orientamento richiamato da Cass. civ. Sez. lavoro, 14 marzo 2018, n. 6155 in *Foro It.,* 2018, 7-8, 1, 2471). I giudici di legittimità si sono, poi, espressi anche in tema di diritto alla retribuzione stabilendo che nel caso in cui prestazione si discosti, per contenuto e orario, da quella dovuta in base al programma originario e venga resa in

Alla luce delle suddette caratteristiche, è agevole notare che si acuisce – anziché allentarsi – la distanza dall'idealtipico lavoro *decente*, *adeguato* e *appagante*[816].

4. L'apparato sanzionatorio.

Non privo di rilievi è l'inasprito apparato sanzionatorio, nel quale per la prima volta nella storia delle politiche passive italiane viene richiamato lo strumento penale[817]. All'art. 7 spiccano, anzitutto, tre specifiche figure di reato di nuovo conio[818]:

- resa o utilizzazione di dichiarazioni/documenti falsi o attestanti cose non vere;

- omissione di informazioni dovute;

- omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio (anche se provenienti da attività irregolari) nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio entro i termini di cui all'art. 3 co. 8, 9 e 11.

Sebbene l'ambito penalistico esuli dalle nostre specifiche competenze, pare ineludibile accennare di seguito all'articolato apparato sanzionatorio, al fine di meglio comprendere la portata del RdC nella sua complessità. Per le prime due fattispecie di reato, è prevista la reclusione da due a sei anni; per la terza, la reclusione da uno a tre anni. Pene accessorie sono, poi, costituite dall'«immediata revoca del beneficio con efficacia retroattiva» e dalla «restituzione di quanto indebitamente percepito»[819], con l'impossibilità di tornare a richiedere il beneficio per i successivi dieci anni dalla condanna[820].

---

contrasto con norme poste a tutela del lavoratore, trova applicazione la disciplina ex art. 2126 cod. civ., da reputarsi compatibile con il regime del lavoro pubblico contrattualizzato (Cass. Civ. Sez. Lav., 11 maggio 2009, n. 10759 in *Mass. Giur. It.,* 2009).

816 Questi tre aggettivi, oltreché ricorrere in diverse fonti sovranazionali sottoforma di *decent work* o *suitable employment*, sono chiaramente illustrati nello specifico da Countouris e Freedland, che qui possiamo tentare di sintetizzare: "decente" viene inteso quel lavoro che rispetti «sicurezza e salute, diritti fondamentali della persona e obiezione di coscienza»; "adeguato" qualsiasi lavoro che fornisca al lavoratore «la capacità di mantenere gli standard di vita personali e familiari per i quali ha lavorato durante la sua esistenza»; "appagante", infine, definito più in negativo, come un lavoro che non sia eccessivamente breve e che, a differenza dei cd. lavoretti, lo aiuti «a progredire nella carriera, a migliorare le proprie prospettive occupazionali, professionalità e competenze» anche nel succedersi di differenti impieghi (N. COUNTOURIS - M. FREEDLAND, *op. cit.,* p. 584-588).

817 G. IMPELLIZZIERI, *Le sanzioni nel reddito di cittadinanza*, in M. MAROCCO - S. SPATTINI (a cura di), *Diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva, inclusione sociale. Le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana,* Adapt Labour Studies e-Book series, n. 79, 2019, p. 100. Secondo l'A., il d.l. 4/2019 strizza l'occhio «a quello che la letteratura ha imparato a chiamare "populismo penale"». V. anche A. ALAIMO, *op. cit.,* pp. 483-484, secondo la quale con un siffatto sistema sanzionatorio – che «lascia persino intravedere problemi di legittimità costituzionale» – si registra una «significativa torsione del sistema verso la sua componente vincolistico/punitiva».

818 Per l'indebita fruizione del REI erano previste solo sanzioni di tipo patrimoniale, specificamente disciplinate all'art. 12 d. lgs. 147/2017.

819 D. L. 4/2019; art. 7 co. 3. L'immediata revoca e la restituzione di quanto indebitamente percepito, ordinariamente disposte dall'INPS, possono altresì essere disposte dall'amministrazione erogante *ex* art. 7 co.4.

820 La decadenza (non retroattiva) dal beneficio è poi prevista in caso di: dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro non effettuata; mancata sottoscrizione del Patto per il Lavoro/per l'inclusione sociale; mancata partecipazione alle iniziative di carattere formativo; mancata adesione ai progetti di utilità collettiva di titolarità dei comuni; mancata accettazione di una delle tre proposte congrue; mancata comunicazione/comunicazione mendace in caso di variazione della condizione occupazionale «nelle forme dell'avvio di un'attività d'impresa o di lavoro autonomo»; mancato aggiornamento della DSU in caso di variazione del nucleo familiare; esito positivo di attività ispettiva circa lo svolgimento non dichiarato di attività di lavoro (sia esso dipendente, co.co.co o autonomo). Specifiche sanzioni patrimoniali sono previste in caso di mancata presentazione alle convocazioni dei CpI e dei servizi competenti per il contrasto alla povertà dei comuni; mancata presentazione alle iniziative di orientamento *ex* art. 20 co. 3 lett. a) del d. lgs. 150/2015;

Preposti ai controlli e alle verifiche saranno, congiuntamente, i CpI, i comuni (con un particolare protagonismo relativo al controllo incrociato delle informazioni dichiarate), l'INPS, l'Agenzia delle Entrate e l'Ispettorato Nazionale del Lavoro che dovranno trasmettere la documentazione completa all'autorità giudiziaria, entro dieci giorni dall'accertamento; mentre l'irrogazione delle sanzioni patrimoniali, nonché il recupero dell'indebito, sarà compito esclusivo dell'INPS. Oltre alle succitate attività ispettive volte al contrasto del lavoro irregolare, saranno predisposti dei controlli per verificare l'effettivo stato delle coppie che risultino separate o abbiano cambiato residenza dopo l'1 settembre 2018[821]: all'uopo sono state implementate le dotazioni organiche della Guardia di Finanza (+100 ispettori)[822], dell'Arma dei Carabinieri (+ 32 ispettori; +33 appuntati e carabinieri)[823] .

Focalizzandoci, anzitutto, sulle fattispecie di reato, occorre rilevare la lacunosa tipizzazione operata dal legislatore che, nei fatti, affida agli operatori l'arduo compito di individuare il *discrimen* tra l'omissione di «informazioni dovute» (art. 7 co. 1) e l'«omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre *informazioni dovute* e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio» (art. 7 co.2; corsivo nostro): la prima condotta omissiva sarebbe punita con la reclusione da due a sei anni; la seconda con la reclusione da uno a tre anni. Trattasi in ambo i casi di "informazioni dovute": un esempio classico è rappresentato dalla variazione della condizione occupazionale «nelle forme dell'avvio di un'attività di lavoro dipendente», poiché in tal caso «il maggior reddito da lavoro concorre alla determinazione del beneficio economico nella misura dell'80 per cento» (art. 3 co. 8)[824].

In assenza di criteri interpretativi sussidiari, l'unica differenza che pare sussistere tra le due fattispecie è l'elemento soggettivo del dolo specifico, consistente nel truffaldino «fine di ottenere indebitamente il beneficio». Tale interpretazione relegherebbe alla pena meno severa l'ipotesi – tutt'altro che peregrina – in cui ci si discosti colposamente e sensibilmente dall'ammontare effettivo da dichiarare, fermo restando il possibile ricorso alla circostanza attenuante della particolare tenuità del fatto *ex* art. 62 c.p.

L'omissione delle comunicazioni relative alle variazioni di reddito o di patrimonio potrebbe avere ad oggetto, secondo il legislatore, anche "attività irregolari". Tralasciando la singolarità di un ipotetico obbligo di comunicare l'avvio di nuova "attività irregolare", non possiamo esimerci dall'evidenziare la mancanza di una definizione specifica che inquadri un numero chiuso di «attività irregolari»[825], nonché l'indeterminatezza relativa al soggetto agente del reato[826].

---

mancato rispetto degli impegni previsti nel Patto per l'inclusione sociale relativi alla frequenza dei corsi di istruzione o di formazione (art. 7, co. 7-9, d.l. 4/2019).

821 In particolare, «se la separazione o il divorzio sono avvenuti successivamente alla data del 1° settembre 2018, il cambio di residenza deve essere certificato da apposito verbale della polizia locale» (art. 2 co. 5 lett. a) d. l. 4/2019).

822 Art. 6, co. 6-*bis* d. l. 4/2019.

823 Art. 7 co. 15-*quater* e 15-*quinquies*.

824 Per non fare che un esempio, se il componente single intascasse 780€ di RdC (500 reddito + 280 rimborso canone di locazione) e venisse assunto a luglio con uno stipendio di 1250€ mensili, da agosto il suo RdC scenderebbe a 363€ (83 reddito + 280 rimborso canone di locazione).

825 A sottolinearlo è anche il Servizio Studi del Senato nel suo dossier sul d.l. 4/2019; cfr. p. 37.

826 Cfr. G. IMPELLIZZIERI, *op. cit.*, pp. 101-102.

Qualche perplessità sorge, altresì, sulla proporzionalità della pena prevista per l'ottenimento indebito del beneficio, più elevata rispetto al reato di falso materiale e ideologico in atto pubblico, dove la forbice edittale è da uno a sei anni. Come ammoniva il Servizio Studi del Senato, «potrebbe essere ritenuta opportuna una valutazione di tale profilo, considerato che le ipotesi di falso commesse da privati sono ordinariamente oggetto di sanzioni meno gravi rispetto alle corrispondenti ipotesi di falso commesse da pubblici ufficiali»[827].

Sfugge, infine, il motivo per il quale il legislatore non abbia fatto ricorso a due fattispecie di reato già presenti nel nostro codice penale, in rapporto di sussidiarietà l'una con l'altra[828]: l'art. 640-*bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche)[829] e l'art. 316-*ter* (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato). L'art. 640-*bis* consiste in un'ipotesi speciale di truffa[830] nei casi in cui "il fatto di cui all'art. 640 c.p. riguardi contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo o comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee"[831]. Con l'art. 316-*ter*, introdotto nel 2000, si punisce una fattispecie residuale e molto contigua rispetto alla truffa aggravata, prevedendo che "salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640-*bis*[832], chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni" (corsivo nostro), prevedendo poi al secondo comma una soglia di punibilità (3999,99€) al di sotto della quale si applica solo una sanzione amministrativa.

Il reato previsto all'art. 316-*ter* contempla una condotta, *de facto*, identica a quella punita dall'art. 7 co. 1 del decreto 4/2019; con una sanzione, però, decisamente più mite (reclusione da sei mesi a tre anni o degradazione a sanzione amministrativa in caso di rientro nella soglia di punibilità di cui sopra). Secondo autorevole dottrina, si può ritenere che siano riconducibili all'art. 316-*ter* c.p. "tutte quelle condotte decettive che si collocano al di fuori delle ipotesi di raggiro e artificio, come

---

[827] *Ibid.*

[828] Così ha chiarito la Corte cost. con ordinanza n. 95/2004, specificando che l'art. 316-*ter* è una "disposizione che – nel comminare sanzioni più miti di quelle previste dall'art. 640-*bis* c.p. – è peraltro eloquentemente indicativa dell'intento legislativo di reprimere, con essa, fatti di minore gravità, sul piano del disvalore di condotta, rispetto a quelli attinti dalla norma principale".

[829] Richiamato nel testo del decreto all'art. 7 co. 3 in riferimento alle conseguenze per le quali, *ipso iure*, scatta «l'immediata revoca del beneficio con efficacia retroattiva e il beneficiario è tenuto alla restituzione di quanto indebitamente percepito». La pena per il reato previsto all'art. 640-*bis* è la reclusione da uno a sei anni.

[830] In dottrina e in giurisprudenza è affiorato il dubbio se l'art. 640-*bis* configuri una circostanza aggravante della truffa o, piuttosto, una autonoma figura di reato. A sostegno della prima tesi, v. PELLISSERO, *Truffa per conseguire erogazioni pubbliche: circostanza aggravante o fattispecie autonoma?* (nota a Cass. 15 ottobre 1998), in *Dir. pen. e proc.,* 1999, 341; SPAGNOLO, *Breve commento*, cit. 703. A favore della fattispecie autonoma, v. Cass. 27 ottobre 2000, in *Dir. pen. e proc.,* 2001, 64, con nota di CORBETTA, *Sintesi della giurisprudenza. Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: è fattispecie autonoma;* D'ARMA, *Sulla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche,* in *Cass. pen.,* 1999, 1235.

[831] Cfr. V. TORRE, *Il contrasto penale alla illegalità in materia di tutela del reddito,* in *Lavoro e diritto,* autunno 2018, pp. 677 e ss. L'A. si sofferma ampiamente sulle difficoltà interpretative e sui tentativi dottrinali e giurisprudenziali di mettere ordine tra le fattispecie di cui all'art. 640-*bis* e 316-*ter*, con particolare riguardo alla frode in ambito previdenziale/assistenziale.

[832] La pena prevista all'art. 640-*bis* è la reclusione da uno a sei anni.

il mendacio semplice, il silenzio antidoveroso o l'omissione, nonché i casi in cui non vi sia un'induzione in errore né un danno patrimoniale, in modo tale da riportare ad una più coerente e ragionevole interpretazione lo schema tipico della truffa"[833].

5. L'art. 4 Cost. tra libertà professionale e dovere di lavorare.

Il rinnovato meccanismo di reinserimento occupazionale per i percettori del reddito di cittadinanza, di concerto con il draconiano apparato sanzionatorio[834], chiama in causa l'annoso tema del bilanciamento dei meccanismi di condizionalità con i princìpi costituzionali e i diritti fondamentali della persona[835]. Torna d'attualità, in particolare, il «marginale ed esangue» dibattito sul dovere di lavorare[836] affiorato all'ombra dell'art. 4 Cost: "all'enfasi posta sulla prima parte dell'art. 4 Cost. non ha fatto da contraltare uguale attenzione alla parte nella quale è richiesto l'adempimento di un dovere"[837], norma di principio difficilmente interpretabile nella sua reale e concreta portata.

Secondo un'interpretazione sistematica, il dovere di lavorare, oltreché configurarsi quale dovere morale (come tale incoercibile)[838] attorno ad un meccanismo che privilegi le proprie *possibilità* e

---

[833] Così V. TORRE, *op. cit.*; v. anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale,* Bologna, Zanichelli, p. 204 e S. SEMINARA, Sub *art. 316* ter *c.p.,* in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, Padova, Cedam, p. 1028. Sull'art. 316-*ter* ha avuto modo di esprimersi anche la Corte Costituzionale, dichiarando manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 3 e 10 della Cost., specificando che l'art. 316-*ter* mira ad assicurare agli interessi da esso protetti una tutela "complementare" rispetto a quella già cristallizzata nell'art. 640-*bis* c.p., coprendo eventuali esigenze di tutela non ricomprese nel paradigma della truffa (C. Cost. 12 marzo 2004, n. 95, in *Cass. Pen.,* 2004, 2249, con nota di MANDUCHI). Per approfondimenti, cfr. RIVERDITI, voce *Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato,* in *Digesto disc. pen., Agg,* t. II, Torino, 2004, pp. 409 ss; SEMERARO, *Osservazioni in tema di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato,* in *Cass. pen.,* 2001, 2563 ss.; PELLISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Legis. pen.,* 2001, pp. 1035 ss.

[834] Anche per Anna Alaimo i parametri di congruità dell'offerta e l'apparato sanzionatorio costituiscono i «veri e propri epicentri critici della recente disciplina del RdC» (A. ALAIMO, *Il reddito di cittadinanza fra diritto all'assistenza e doveri di attivazione. Per un modello idealtipico di strategia di inclusione*, in *Variaz. temi dir. Lav.*, 2, 2019, p. 481).

[835] A. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 165. Per una completa disamina relativa alla compatibilità costituzionale dei meccanismi di reddito minimo, cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza,* Torino, Giappichelli, 2013; S. GIUBBONI, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea,* in *RDSS,* 2/2014, 149-152; G. G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito,* in *Lav. e Dir.,* 4/2018; F. RAVELLI, *Reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele,* Torino, Giappichelli, 2018, pp. 81 ss; L. TASCHINI, *op. cit.,* pp. 111 ss.

[836] Così è stato definito da Federico Mancini in F. MANCINI, *Art. 4,* in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 247. Secondo Mancini, al co.2 dell'art. 4 "non è toccata la sorte del disposto che immediatamente lo precede: essersi trovato, per quasi un decennio, sotto le luci della ribalta, campo di battaglie teoriche forse senza precedenti nella storia della nostra dottrina per l'impegno postovi dai protagonisti e la loro disponibilità a manifestare le proprie scelte politiche di fondo. Il dibattito suscitato dal 2° comma è stato *marginale* ed *esangue*". Tra gli autori coevi al Maestro bolognese, si segnalano i contributi di L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà,* Milano, Giuffré, 1951, pp. 297 ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro,* Milano, Giuffré, 1955, pp. 95 ss.; M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro,* Milano, Giuffré, 1956, pp. 57 ss e 116 ss.; U. PROSPERETTI, *Sul diritto al lavoro,* in *Problemi di diritto del lavoro,* Milano, Giuffré, 1970. Più di recente, Fabio Ravelli ha richiamato contributi dottrinali meno remoti con i quali, a suo dire, si è "desunto, in modo pressoché unanime, il corollario della incoercibilità del dovere di cui al comma 2" (F. RAVELLI, *op. cit.,* pp. 132 ss.). Va tuttavia segnalata la nota autorevole eccezione di Costantino Mortati che, di concerto con alcuni costituenti (tra cui l'on. Basso), individuava nel dovere di lavorare un imprescindibile "presupposto per l'esercizio di diritti politici", con la proposta di negare il diritto di voto a chi, volontariamente, non lavorasse (questa proposta avrebbe costituito, addirittura, il contenuto di un terzo comma dell'art. 4). Per una ricostruzione del dibattito in sede di Assemblea Costituente, cfr. C. TRIPODINA, *op. cit.,* pp. 103 ss.

[837] F. RAVELLI, *op. cit.,* pp. 131 ss.

[838] Cfr. tra gli altri, M. MISCIONE, *I diritti dei disoccupati e inoccupati,* in *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio,* Torino, Giappichelli, 2008, pp. 1020-1021.

la propria *scelta*, può non riguardare necessariamente il lavoro orientato al mercato[839], che finisce spesso per promuovere lo svolgimento di attività inutili, se non addirittura nocive e degradanti[840]: secondo il noto *rapporto Supiot*, redatto alle soglie del nuovo millennio per la Commissione Europea, il paradigma del lavoro di mercato sarebbe destinato ad essere sostituito da un «paradigma della condizione lavorativa delle persone che non viene definita dall'esercizio di una professione o di un impiego determinato, ma che ingloba le diverse forme di lavoro (di mercato e non di mercato) che ogni persona è suscettibile di compiere nel corso della propria esistenza». Coerentemente con questa interpretazione, il lavoro sul quale si fonda la nostra Repubblica può non essere necessariamente il lavoro inteso come merce agilmente fungibile[841]: l'*attività* o la *funzione* esercitata, infatti, può essere orientata al progresso spirituale della società[842], in alternativa a quello materiale, e – secondo taluni – ricomprendere addirittura le speculazioni del filosofo, l'ascesi dell'anacoreta e la condotta di vita degli *hippies* in radicale rottura con ogni forma di lavoro convenzionalmente produttivo[843].

Vi è di più: il diritto al lavoro implicherebbe, accanto ad una pretesa positiva nei confronti dello Stato a che vengano create nuove occasioni di lavoro[844], una pretesa negativa che presupporrebbe, *a latere*, l'astensione da qualsiasi interferenza nella scelta, nel modo d'esercizio e nello svolgimento dell'attività lavorativa[845].

---

[839] A. SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro,* Roma, Carocci, 2003, p. 66. Più radicalmente, nello stesso periodo, André Gorz prefigurava un "esodo dalla società del lavoro", esortando a «guardarlo con occhi diversi: non pensarlo più come ciò che si ha o non si ha, ma come ciò che facciamo. Bisogna osar volere riappropriarci del lavoro». A. GORZ, *Miserie del presente, ricchezza del possibile,* Roma, Manifestolibri, 1998, p. 9. V. anche G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity, 1990; M. GRANDI, *«Il lavoro non è una merce». Una formula da rimeditare,* in *LD,* n. 4/1997; L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità,* Bari, Laterza, 2009. Più recentemente, Tiraboschi ha evidenziato che «assenza di lucro non significa assenza di creazione di un valore rilevante per il diritto e di un valore economico e tanto meno negazione del carattere professionale di una prestazione di lavoro che, semplicemente, si sviluppa secondo interessi e logiche giustificative di valore d'uso che sono diverse e alternative a quelle dei contratti che generano valore di scambio mediato dal danaro». Cfr. M. TIRABOSCHI, *Mercati, regole, valori*, in Relazione AIDLASS 2019 «*Persona e lavoro tra tutele e mercato», §4.4 La sfida del «reddito di cittadinanza»: economia di mercato ed economia del sussidio,* 3 giugno 2019.

[840] Secondo l'attuale ancorché risalente approfondimento di Marcuse, l'apparato produttivo viene addirittura definito *totalitario* «nella misura in cui determina non soltanto le occupazioni, le abilità e gli atteggiamenti socialment erichiesti, ma anche i bisogni e le aspirazioni individuali» (H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata,* Torino, Einaudi, 1999, p. 9). Per una riflessione interessante sul paradigma produttivista e sui ccdd. *bullshit jobs*, v. D. DUMONT - E. DERMINE, *Le droit social et le productivisme. Marché, démarchandisation et transition écologique,* in *Liber Amicorum Willy van Eeckhoutte,* Malines, Kluwer, 2018, pp. 10-11 e 26-27.

[841] Per Mengoni il lavoro cui si fa riferimento all'art. 1 della Costituzione è una sineddoche (*pars pro toto*), «cioè quale espressione della persona umana». Cfr. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà,* p. 7, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale,* (a cura di) Mario Napoli, Milano, Vita e Pensiero, 1998. V. anche L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza,* Milano, Feltrinelli, 2018, p. 271.

[842] Paola Bozzao, richiamando la riflessione di Mortati, parla di "dovere di essere socialmente utile" *ex* art. 4 co. 2 Cost e riccorre al cd. principio di *laboriosità* ai fini di «una rinnovata nozione giuridica del lavoro», in un percorso di valorizzazione di un modello che, secondo l'A., «possiamo ancora definire lavoristico». Cfr. P. BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *Lav. dir.*, 4, 2018, pp. 670-671.

[843] Cfr. F. MANCINI, *op. cit.,* pp. 249-257. L'Autore sostiene che il riferimento normativo al progresso spirituale, voluto ed ottenuto dalle correnti democristiane, può essere letto anche in modo tale da garantire «un tutto laico diritto all'ozio (o meglio, all'*otium*)».

[844] Art. 4 co. 1 Cost.

[845] Così ha riconosciuto la Corte Costituzionale, a partire dalla sent. n. 45/1965 e, pressoché unanimemente, autorevoli Maestri. Cfr. F. MANCINI, *Art. 4,* in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 203 che richiama, tra gli altri, MORTATI, *Il lavoro nella costituzione,* in *Dir. Lav.,* 1956, I, 160 ss.; MAZZIOTTI, *op. cit.,* pp. 57 ss.; DEL GIUDICE, *Diritto e dovere del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1960, I, 178; SPAGNUOLO-VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico,* Napoli, Jovene, 1959, p. 102.

Non riteniamo sia questa la sede per un'approfondita disamina di un annoso tema, potenzialmente sconfinato, che lambisce i connotati ontologici del diritto al lavoro e che non può essere confinato ad una riflessione di poche righe; tuttavia alcune allusioni paiono utili per tentare di delimitare e definire il contesto entro il quale si può inscrivere un costruttivo dibattito sul RdC.

Il nuovo cd. reddito di cittadinanza rappresenterebbe plasticamente, più di qualunque altro meccanismo di sostegno al reddito, la tensione tra la dimensione "sociale" – l'oramai anacronistico obiettivo di piena occupazione[846], cui i pubblici poteri devono quantomeno tendere – e la dimensione più libertaria del diritto al lavoro, che conferisce in capo al cittadino la libertà di scelta (cd. libertà professionale)[847]. La nuova misura sembra, infatti, sulla carta, sproporzionatamente sbilanciata sul primo versante, orientata a ridurre i tassi di disoccupazione con un'imposizione del dovere di lavorare ai limiti della coercizione[848]. L'obiettivo d'innalzamento dei livelli occupazionali perseguito dal governo pare prevalentemente quantitativo, se si pensa all'ampiezza che assume, oggi, la nozione di "congruità" dell'offerta di lavoro[849]. Il criterio geografico che ad essa inerisce[850] potrebbe presentare, peraltro, un profilo di dubbia compatibilità con l'art. 16 della Costituzione, sostanziandosi in una restrizione della libertà di soggiorno.

L'impianto workfaristico, tra penalizzazione delle dimissioni volontarie, lavoro gratuito e "offerta che non si può rifiutare"[851], sembra ricondurci al mondo dickensiano delle *New Poor Laws* e dei "ricoveri operosi" nelle *workhouses.* Il collaterale obiettivo di contrasto alla povertà, oltreché configurarsi come cura palliativa, rischia di essere parzialmente vanificato dalla previsione per cui, all'esito del monitoraggio sulle attitudini di spesa, ogni risparmio mensile di Rdc verrà decurtato dalla mensilità successiva nei limiti del 20% della quota mensile alla quale si ha diritto[852].

La logica che sottende i meccanismi di condizionalità come incentivo all'occupazione interseca l'ideologia della *flexicurity* «in base alla quale la libertà è dell'impresa e la sicurezza delle persone»[853]. In tale prospettiva, le tutele del lavoratore transitano dal rapporto al mercato del lavoro,

---

[846] Sulla transizione "dalla piena occupazione alla piena automazione", che secondo taluni sta per inverarsi, torneremo più avanti.

[847] In un recentissimo saggio, Anna Alaimo mette a fuoco la cd. dimensione "negativa" del diritto al lavoro, sottolineando come sia proprio su questo punto che «si gioca il tasso di effettività (...) del sistema assistenziale, nel quale gli equilibri fra protezione e rischio, sicurezza e opportunità, solidarietà collettiva e responsabilità individuali andrebbero costantemente monitorati per evitare cedimenti del sistema verso logiche paternalistiche e/o eccessivamente punitive (e magari anche poco inclusive) e conciliare il nobile fine della riduzione delle diseguaglianze con il valore dell'auto-realizzazione e dell'auto-determinazione degli individui (A. ALAIMO, *op. cit.*, p. 487).

[848] Nel lontano 2005, Countouris e Freedland registravano già allora «una tendenza a riformare gli ordinamenti nazionali nel senso di una generalizzata e accresciuta "coercitività" dei sistemi di sicurezza sociale e del mercato del lavoro, in cui la libertà di scegliere un percorso professionale viene costantemente limitata dal rischio di perdere le prestazioni previdenziali o assistenziali. (...) Per un verso è il concetto di dovere di lavorare ad essere riconcettualizzato in termini più forti. Per un altro, e di conseguenza, è la nozione stessa di "diritto al lavoro" a venire modificata, proponendo così un nuovo tipo di contratto sociale che (...) mette a rischio una serie di diritti fondamentali della persona» (N. COUNTOURIS - M. FREEDLAND, *op. cit.*, p. 582).

[849] V. *supra,* § 3.

[850] V. *supra,* pp. 6-7.

[851] Cfr. E. VILLA, *op. cit.,* pp. 488-489.

[852] Per non fare che un esempio, se sui complessivi 500€ di quota Rdc spettante ad aprile ne verranno risparmiati 200€ entro il 31 maggio, il Rdc del mese di giugno sarà erogato per 400€, cioè detratti i 200€ non spesi che, però, si riducono a 100€ per via del tetto massimo del 20% parametrato sulla quota mensile complessiva.

[853] V. BAVARO, *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale,* in *RDSS*, 2/2014, p. 186.

alimentando i dualismi del mercato del lavoro[854] per via di una nuova occupazione paradossalmente più instabile e precaria[855]. Va inquadrato da questa angolazione l'ennesimo riconoscimento di benefici economici per le imprese che, ancorché soggette a determinate condizioni, potranno beneficiare di generosi sgravi contributivi nel caso assumano percettori di reddito di cittadinanza[856].

6. Il reddito di cittadinanza tra «miserie del presente» e «ricchezza del possibile».[857]

Mentre il reddito di cittadinanza sorge in Italia sullo scheletro del reddito di inclusione e rende, *de facto*, il dovere di lavorare assimilabile ad un obbligo, altrove si sperimenta il reddito di base incondizionato[858], totalmente sganciato dall'onere lavorativo ma cumulabile con redditi da lavoro.

Per taluni fautori di questa radicale misura, il reddito di base costituirebbe anzitutto un mezzo per aprire nuovi spazi di autodeterminazione strettamente interconnessi con la *libera scelta* del proprio lavoro[859], con particolare attenzione riservata alle pratiche cooperative e produttive che si svolgono senza che queste siano necessariamente inquadrate e remunerate secondo un formale contratto di lavoro[860]: la produzione di valore – secondo la tradizione post-operaista – travalica il tempo di lavoro e investe la dimensione vitale delle persone, attraverso le *attività* che

---

[854] G. G. Balandi, *Dove va il diritto del lavoro? Le regole e il mercato,* in *LD,* n. 2/2002; *Diritto del mercato del lavoro e diritto del lavoro,* in *LD,* n. 2/2008, p. 219; A. ALAIMO, *op. cit.,* p. 460.

[855] Prepotentemente attuale è il tema del lavoro povero, disseminato oramai in diverse tipologie contrattuali contemporanee, con la precarietà dell'occupazione che si afferma come una delle basi della povertà. Sul tema del lavoro povero, v. *LD,* nn. 4/2018 e 1/2019; P. AUVERGNON (a cura di), *Droit social et travailleurs pauvres,* Bruxelles, Bruylant, 2013.

[856] Art. 8 d. l. 4/2019.

[857] A. GORZ, *Miserie del presente, ricchezza del possibile,* Roma, Manifestolibri, 1998.

[858] Oltre all'esperimento finlandese, recentemente sospeso, sono stati avviati dei test di reddito di base incondizionato in Ontario, Olanda, Svizzera, India, Namibia. Per una panoramica più completa e dettagliata delle sperimentazioni in atto, v. S. GOBETTI – L. SANTINI, *Reddito di base, tutto il mondo ne parla. Esperienze, proposte e sperimentazioni,* goWare, 2018. Per approfondire il tema del reddito di base dal punto di vista economico, politico e filosofico, cfr. P. VAN PARIJS – Y. VANDERBORGHT, *Reddito di base. Una proposta radicale,* Bologna, Il Mulino, 2017; G. STANDING, *Basic income and how we can make it happen*, London, Penguin Books, 2017. In ambito italiano ne hanno scritto anche alcuni giuslavoristi: cfr. F. RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018; G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'era dell'innovazione,* Torino, GruppoAbele, 2017.

[859] Come riporta un recente rapporto dell'OIL, «*by raising the reservation wage of workers, the benefit can act as a deterrent against poor quality jobs, encouraging employers to improve pay and working conditions*». Cfr. *Inception Report for the Global Commission on the future of work*, febbraio 2018. Il tema del reddito minimo viene affrontato anche nel celebre *Manifesto di Ventotene*: «La solidarietà umana verso coloro che riescono soccombenti nella lotta economica non dovrà manifestarsi con le forme caritatevoli sempre avvilenti e produttrici degli stessi mali alle cui conseguenze cercano di riparare, ma con una serie di provvidenze che garantiscano incondizionatamente a tutti, possano o non possano lavorare, un tenore di vita decente, senza ridurre lo stimolo al lavoro ed al risparmio. Così nessuno sarà più costretto dalla miseria ad accettare contratti di lavoro jugulatori». A. SPINELLI – E. ROSSI, *Il manifesto di Ventotene,* Istituto di studi federalisti Altiero Spinelli, Ventotene, 1991, p. 36. Oltre alla Costituzione italiana, anche a livello sovranazionale il lavoro viene valorizzato come diritto umano solo in quanto sia oggetto di libera scelta. Per un approfondimento sulla casistica internazionale, cfr. E. DERMINE, *Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Right to a Freely Chosen Work,* in E. DERMINE – D. DUMONT, *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work,* P.I.E. Peter Lang, 2014, pp. 139 ss.

[860] È quella che taluni autori chiamano "*operosità sociale*" o, più ambiguamente, "*laboriosità*". Cfr. E. LEONARDI – F. CHICCHI, *Manifesto per un reddito di base,* Bari, Laterza, 2018, p.8. Andrea Fumagalli e Toni Negri parlano di *lavoro immateriale* nel cui contesto il soggetto «economicamente e politicamente egemone» è costituito dall' "intellettualità di massa" (che evoca il "General Intellect" di marxiana memoria). Cfr. A. NEGRI, *Il rapporto capitale/lavoro nel capitalismo cognitivo (2008),* in *Inventare il comune*, Roma, DeriveApprodi, 2012, pp. 190 ss. e A. FUMAGALLI, *Per una nuova interpretazione dell'idea di basic income,* in Basic Income Network Italia (a cura di),

ciascuna persona svolge, rendendo sempre più sfumati i labili confini tra tempo di lavoro – tempo cronometrico della subordinazione e misura della retribuzione – e tempo libero – tempo incommensurabile, spesso coincidente con i lavori non retribuiti di cura e di assistenza[861]. Questa sistemica produzione di valore descritta dai post-operaisti crescerebbe di pari passo con l'evoluzione tecnologica[862] che, ad oggi, rende ancora imprevedibili gli effetti di una possibile *jobless growth*, figlia dell'automazione[863].

Per talaltri, che giungono a rinnegare parte del proprio recente passato ideologico, «l'interesse intellettuale e anche progettuale» di un reddito di base universale e incondizionato risiede «nella sfida frontale ai dogmi della flexicurity e agli obiettivi di alcune politiche del lavoro degli ultimi anni (...) tra cui l'innalzamento del tasso di occupazione e la massimizzazione della offerta di lavoro»: una *proposta radicale* che, tuttavia, «non pare meno visionaria della promessa della piena occupazione che il nostro Paese non ha saputo garantire (...) neppure nel pieno del boom economico degli anni Sessanta e dell'epoca fordista del lavoro stabile e per una carriera»[864].

Il radicale mutamento di paradigma che si presenta ai nostri occhi – in cui tende a dissolversi, fino a scomparire, «il lavoro astratto, misurabile e quantificabile, separato dalla persona che lo fornisce»[865] – costituisce una coraggiosa sfida per i giuslavoristi: «quella di uscire dall'orizzonte della società salariale e, dunque, in certa misura, uscire da sé»[866]. Poiché il tempo di vita «viene messo a lavoro», secondo taluni il reddito di base costituirebbe – ancor prima che una misura di redistribuzione della ricchezza – una forma di retribuzione generalizzata e forfettaria della «vita produttiva» e del *lavoro sottorraneo*[867], un salario sociale[868] «legato a una contribuzione produttiva oggi

---

Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale, Roma, Manifestolibri, 2009, p. 132. Umberto Romagnoli allude, invece, al concetto di "cittadinanza industriosa", cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza,* in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale,* Mario Napoli (a cura di), Vita&Pensiero, 1998, pp. 30 ss.

[861] Sulla "polisemia del tempo", cfr. F. MARTELLONI, *op. cit.,* pp. 198-201 e B. BENEZIANI – V. BAVARO (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro,* Bari, Cacucci 2009, oltre alla sistemica monografia di Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro,* Bari, Cacucci, 2008. Sulle metamorfosi del lavoro, v. anche A. GORZ, *Le metamorfosi del lavoro,* Torino, Bollati Boringhieri, 1992 e, più recente, G. BRONZINI, *Il reddito di base e le metamorfosi del lavoro. Il dibattito italiano e internazionale,* in *RDSS,* 4/2018, p. 708.

[862] Si pensi al tema dei *big data*, rappresentati da quell'insieme di tecnologie e metodologie di analisi di enormi quantitativi di dati aventi un rilevante valore economico che, principalmente attraverso i *social network,* trasformano le persone in fornitori di informazione gratuita e continuativa.

[863] Non si conoscono ancora, precisamente, i dati di questa "disoccupazione tecnologica". Nel 2013 gli economisti Frey e Osborne hanno stimato che il 47% dei posti di lavoro in Gran Bretagna e Usa sarebbero destinati a scomparire nel giro di pochi anni. Cfr. B. FREY e M.A. OSBORNE, *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs To Computerisation?,* Oxford University Press, 2013; McKinsey Global Institute report, gennaio 2017; N. SRNICEK e A. WILLIAMS, *Inventare il futuro,* Roma, Nero ed., 2017. Sugli effetti collaterali della *sharing economy,* v. anche G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'era dell'innovazione,* Torino, Gruppo Abele, 2017, pp. 24-25.

[864] M. TIRABOSCHI, *op. cit.,* pp. 60-61.

[865] A. GORZ, *op. cit.,* p. 83.

[866] F. MARTELLONI, *op. cit.,* p. 203.

[867] L'espressione è di Prosperetti, cfr. G. PROSPERETTI, Un nuovo welfare per la società post-industriale, Torino, Giappichelli, 2008, p. 26.

[868] Secondo Miscione, «la retribuzione dovrebbe essere un diritto non solo individuale, ma anche sociale, in quanto risponde, oltre che a un interesse individuale dei lavoratori, anche a un interesse generale della collettività (...). Anche chi svolge lavoro non-produttivo (ma qual è?) ha ugualmente diritto alla retribuzione, non tanto per "compenso" ma in quanto cittadino». Cfr. M. MISCIONE, *op. cit.,* p. 1021. Tale assunto è stato enunciato anche dalla Corte Costituzionale (sentt. n. 54/1967 e 13/1977). V. *contra* M. FERRARESI, *Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza. Il contrasto alla povertà tra diritto e politica,* Torino, Giappichelli, 2018, pp. 16-17:

non remunerata e non riconosciuta»[869]. Non si tratterebbe, tuttavia, di traslare le tutele dal lavoratore al cittadino, sottraendolo solo temporaneamente agli arbitri del mercato, bensì di ricucire una correlazione tra lavoro e cittadinanza (intesa, quest'ultima, nella sua dimensione più inclusiva e solidaristica) che possa aprire crescenti spazi di autodeterminazione contro l'appropriazione privata dei beni produttivi[870]. Per dirla con Massimo D'Antona, la «revisione dello statuto giuridico del lavoro (...) richiede che sia rinegoziato il contratto sociale che sta alla base della società salariale (...). Se la dedizione totale al lavoro non fosse più l'obbligazione e il pegno della cittadinanza sociale, occorrerà chiarire su quali obbligazioni e pegni si deve fondare la cittadinanza sociale futura (sempre che non si voglia sciogliere il patto di solidarietà sociale tra cittadini, e sancire il dominio del mercato in tutti gli ambiti della vita). E richiede che l'ordine sociale sia riprogettato in funzione del dato inconfutabile che, se la produzione risparmia lavoro, la società continua ad averne un grande bisogno, nella gamma crescente di servizi alle persone e in quelli a favore delle conservazioni e della riproduzione dell'ambiente naturale e culturale in cui viviamo, e nelle maggiori quantità di tempo liberato dal lavoro totale come destino»[871]. *Rebus sic stantibus,* l'assegnazione di un reddito incondizionato potrebbe rivelarsi uno strumento valido per affrancare il cittadino dalle costrizioni del mercato del lavoro, permettendogli di «scegliere tra il valore d'uso del suo tempo e il suo valore di scambio: ossia tra le *utilità* che egli può comperare vendendo tempo di lavoro e quelle che può produrre attraverso l'autovalorizzazione di questo tempo»[872].

Giacché «la natura ha fatto gli uomini più eguali rispetto ai bisogni che non rispetto alla possibilità che essi hanno di compiere questo o quel lavoro utile alla società»[873], adottando una concreta prospettiva *de jure condendo* possiamo, in conclusione, accennare alla proposta avanzata dall'economista Andrea Fumagalli, a favore di un *tertium genus* tra reddito minimo e reddito di base: un sostegno, cioè, incondizionato e selettivo (*rectius*, gradualmente universale), ancorato alla situazione di bisogno ma sganciato da controprestazioni lavorative obbligatorie e potenzialmente estendibile ad una platea sempre maggiore di beneficiari[874].

---

secondo l'A., il reddito minimo «oltre una certa soglia, potrebbe persino entrare in conflitto con il principio della retribuzione sufficiente *ex* art. 36 Cost.» tanto per irragionevolezza *ex* art. 3 Cost., «in quanto erogato in assenza della controprestazione di lavoro»; quanto perchè – secondo il paradossale punto di vista di Ferraresi – «diverrebbero più facilmente inappetibili i lavori a più bassa qualificazione».

[869] A. FUMAGALLI – C. VERCELLONE, *Un reddito di base come reddito primario,* in *Come minimo. Un reddito di base per la piena occupazione,* C. GNESUTTA (a cura di), sbilanciamoci.info, ottobre 2013.

[870] Secondo Costantino Mortati, fondare il nuovo Stato sul lavoro significò, anzitutto, "rigetto di altri valori prima ritenuti dominanti e qualificativi di un tipo di società, ed in particolare di quelli legati all'appropriazione privata di beni produttivi, considerati preminenti nelle costituzioni dell'800". Cfr. L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e "il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Milano, Giuffré, 2005, p. 12.

[871] M. D'Antona, *La metamorfosi della subordinazione,* in *Riv. Critica Dir. Lav. Quaderni, A 25 anni dallo statuto: quale futuro per il diritto del lavoro?,* F. AMATO - G. BRONZINI (a cura di), 1996, 23-29.

[872] A. GORZ, op. cit., p. 120. Nel pensiero dei principali "socialisti utopici" (su tutti, Charles Fourier), il lavoro deve affrancarsi dalle condizioni alienanti della fatica per diventare, quasi, un sinonimo di divertimento. In questa ottica, sostiente oggi Peter Frase, «il lavoro non sarebbe più lavoro, bensì quello che scegliamo di fare del nostro tempo libero» (cfr. P. FRASE, *Quattro modelli di futuro. C'è vita oltre il capitalismo*, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana TRECCANI, 2019, p. 40).

[873] N. BOBBIO, *Eguaglianza ed egualitarismo,* in *Riv. it. fil. dir.,* 1976, p. 324.

[874] La proposta dettagliata in tema di sostenibilità economica è consultabile in A. FUMAGALLI, *Relazione sulla sostenibilità, costo e finanziamento di un reddito di base incondizionato in Italia,* in *Quaderni San Precario,* dicembre, 2012. In breve, Secondo l'economista italiano, la soglia per poter accedere al beneficio non andrebbe fissata attraverso un valore assoluto espresso in euro, ma con un valore espresso in relazione alla soglia di povertà relativa (ad es. > 20%), convenzionalmente corrispondente al 60% del reddito medio.

Quale che sia la propria posizione[875], sembra oramai ineludibile, e tanto più necessario, misurarsi con questo radicale tema politico che entra prepotentemente all'ordine del giorno, in Europa e in Italia (e non è certo, qui, venuto meno dopo il recente cambio di Governo). A tal fine, può risultare utile adottare una prospettiva interdisciplinare in cui, nell'alveo delle *grundnorm* costituzionali, *a latere* del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, si affaccino l'economia politica, la filosofia del diritto e la sociologia giuridica. Frattanto, «se vispi e intelligenti», i giuslavoristi potranno «imparare a disimparare ciò che avevano appreso dai testi che avevano studiato» e, «poiché ogni paradigma scientifico in definitiva non è che "la finestra con la quale si guarda al mondo", quella in cui si affacciano i giuslavoristi va perlomeno aggiornata»[876].

Di conseguenza, di anno in anno aumenterebbe il reddito medio della popolazione e, di riflesso, la soglia per potervi accedere coinvolgerebbe una fetta crescente di destinatari.

[875] Senza pretesa di esaustività, tra le voci *tout court* dissenzienti trovo opportuno alludere, su tutti, a Edoardo Ales, secondo il quale un reddito incondizionato «sfugge alla logica dei diritti sociali, collocandosi, piuttosto, in quella della beneficienza pubblica, chiaramente rifiutata dai Costituenti attraverso il richiamo al dovere al lavoro» (E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica,* in *Dir. lav. rel. ind.*, 3, 2015, p. 458). Più tiepide sono le posizioni di chi, pur ritenendo astrattamente ammissibile l'introduzione del reddito universale e incondizionato, mette in guardia dal rischio che esso, per realizzare un'erogazione universale, sottragga le risorse necessarie alla tutela di quanti versino in condizioni di bisogno (F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale,* Milano, Giuffré, 2004; C. TRIPODINA, *Povertà e dignità nella Costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario,* in *Riv. giur. lav.*, I, 2016).

[876] U. ROMAGNOLI, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome,* in *Lav. e dir.,* 4/2018, p. 699.

Neoformalismo negoziale e tecniche di protezione: il caso della proroga del contratto a termine*

Alessandro Riccobono

1. Il lavoro a termine e le sue incessanti tensioni interpretative. 284

2. Il regime delle proroghe nella formulazione originaria dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015: sulla necessità della forma scritta ai fini del prolungamento del termine di durata. 286

3. La tesi della non necessità della forma scritta secondo la Corte di Cassazione: una posizione da ripensare. 289

4. Le perduranti ambiguità sulla forma della proroga dopo le modifiche della l. n. 96/2018: le questioni risolte e quelle ancora da risolvere. 290

5. «Trova le differenze»: l'art. 34, d.lgs. n. 81/2015 e l'obbligo di forma scritta per la proroga del contratto di lavoro a tempo determinato in caso di somministrazione. 294

6. Disciplina delle proroghe e vincoli di forma: per una lettura conforme al diritto eurounitario. 296

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 403/2019

1. Il lavoro a termine e le sue incessanti tensioni interpretative.

In un recente saggio dedicato agli interventi di riordino delle tipologie contrattuali attuati con il cosiddetto «*Jobs act*», Francesco Santoni affermava che «l'attuale fase di sviluppo del diritto del lavoro si caratterizza per il variegato pluralismo delle forme lavorative, di fronte alle quali è difficile configurare un sistema coerente di protezioni giuridiche»[877].

Questa considerazione si attaglia in modo particolarmente efficace alle vicende regolative del contratto a tempo determinato, la cui disciplina non smette di sollevare questioni interpretative di rilevante interesse teorico e di ancor più significativo impatto pratico, specialmente ove si considerino le percentuali di diffusione dell'istituto nel sistema produttivo italiano[878].

L'infinita saga delle modifiche legislative che hanno riguardato il lavoro a termine – le ultime delle quali sono state apportate dalla l. 9 agosto 2018, n. 86 («Decreto Dignità»)[879] – ha avuto come protagonista principale l'obiettivo di contemperare l'interesse delle imprese alla flessibilità occupazionale e quello dei lavoratori alla prevenzione degli abusi derivanti dalla condizione di instabilità dell'impiego temporaneo.

Rispetto a tale scopo, di particolare rilievo sono le innovazioni che hanno riguardato la disciplina delle proroghe e dei rinnovi, con l'introduzione di limiti orientati a contenere i rischi di precarizzazione e a garantire certezza alla gestione dei rapporti di lavoro, anche nella prospettiva della rimozione dei contrasti interpretativi e delle occasioni di contenzioso che l'utilizzo di tale forma contrattuale ha storicamente generato[880].

Allo stato attuale, e nonostante le oscillazioni legislative sospingano rapsodicamente l'istituto tra i due poli del liberismo e del garantismo[881], il quadro delle regole sul prolungamento della durata del contratto a termine è stabilizzato su una posizione sostanzialmente rispettosa dei vincoli im-

---

877 Cfr. F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, ADAPT University Press, 2014, 116 ss.

878 Cfr. il rapporto diffuso da Istat, Inps, Inail e Anpal, *Il mercato del lavoro 2018. Verso una lettura integrata*", Roma, 25 febbraio 2019, in *https://www.istat.it/it/files/2019/02/Rapporto-mercato-del-lavoro.pdf.* Per una lettura del fenomeno in chiave economica, cfr. C. DELL'ARINGA, F. DE NOVELLIS, M. BARBINI, V. COMEGNA, *L'esplosione dei contratti a termine: fattori ciclici o strutturali?*, *Arel*, 2018, 9 ss.; B. ANASTASIA, *I rapporti di lavoro a tempo determinato nel mercato del lavoro italiano: rilevanza, funzioni, regolazione*, in A. BOLLANI, P.A. VARESI (a cura di), *Contratto a tempo determinato e somministrazione*, Milano, 2019, 7 ss.

879 Cfr., tra i primi commenti, L. MARIUCCI, *Luci e ombre del decreto-dignità*, in *Comma2.it*, 7 agosto 2018; F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustizia Civile.com*, 3 settembre 2018; A. GARILLI, *Introduzione ai Seminari di Bertinoro*, *Dal "contratto di governo" agli interventi legislativi*, 28-29 novembre 2018, dattiloscritto, 1 ss.; A. BELLAVISTA, *Le prospettive della tutela della persona del lavoratore tra le politiche del nuovo Governo gialloverde e le tendenze del diritto europeo*, *ivi*, dattiloscritto, 1 ss.; L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 377/2018, 1 ss.; V. FILÌ, *Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori*, *LG*, 2018, 869 ss.; F. DI NOIA, "*Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 381/2018*, 1 ss.

880 Ancora F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, cit. 118.

881 Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La vicenda del contratto a termine come metafora della legislazione del lavoro a cavallo del secolo*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Napoli, 2018, 323.

posti dal diritto eurounitario, pur in un contesto che consente di cumulare una pluralità di proroghe e rinnovi entro un limite di durata massima oggi portato a ventiquattro mesi[882].

Restano tuttavia rilevanti zone d'ombra dovute in parte alla non felice formulazione delle disposizioni che regolano a vario titolo il sistema delle successioni e, più al fondo, all'assenza di una chiara scelta di indirizzo da parte del legislatore su alcuni snodi nevralgici della disciplina del rapporto *in fieri*. Dalle opzioni interpretative che ad esse saranno riservate in sede giurisprudenziale dipende l'effettività degli ingranaggi antiabusivi costruiti dal d.lgs. n. 81/2015 e, di conseguenza, la loro complessiva tenuta rispetto agli obblighi previsti dalla clausola 5 dell'Accordo quadro annesso alla Direttiva n. 99/70/UE.

L'interrogativo che si intende porre in queste brevi note riguarda l'esistenza o meno di un obbligo di forma scritta per la proroga del contratto a tempo determinato.

Al riguardo, va subito precisato che la questione si pone soprattutto con riferimento alla formulazione dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015, antecedente alle modifiche apportate dal «Decreto dignità»[883]. Essa merita attenzione in ragione della lunga coda applicativa che tale disciplina è destinata a produrre sul versante giudiziale, considerato che il regime transitorio di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 96/2018, assoggetta i contratti preesistenti all'applicazione delle vecchie regole in tema di proroghe e rinnovi, disponendo l'applicazione di quelle nuove soltanto a partire dal 1° novembre 2018[884].

Come si avrà modo di vedere, tuttavia, il problema non è stato risolto, se non in parte, neppure dalla «mini riforma» del 2018[885]. Ed infatti, analoghi aspetti problematici, seppure in misura più contenuta, si pongono anche in seguito alla novella del citato art. 21, ove continua a non essere chiaro se la libertà di proroga concessa durante i primi dodici mesi del contratto a termine possa prescindere o meno dalla sua comunicazione in forma scritta.

---

[882] Per una riflessione di insieme in chiave critica, cfr. E. ALES, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*, in *RIDL*, 2015, I, 301 ss.; M.P. AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?,* in *DLRI*, 2015, 635 ss.; V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la direttiva n. 99/70*, in *RGL*, 2014, I, 709 ss.

[883] Sulla riforma operata dal d.lgs. n. 81/2015, cfr. V. SPEZIALE, voce *Lavoro a termine*, in *ED, Annali*, IX, Milano, 2016, 499 ss.; R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *DLRI*, 2015, 765 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act*, in *DLRI*, 2015, 611 ss.; M. ESPOSITO, *Il lavoro a termine*, in M. ESPOSITO, L. GAETA, R. SANTUCCI, A. VISCOMI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Vol. III, *Mercato, contratto e rapporti di lavoro*, Torino, 2015, 33 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, 2015, 19 ss.; L. FIORILLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015, 99 ss.; M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 212/2014, 1 ss.

[884] Sulle numerose questioni poste dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 87/2018, alla luce delle modifiche operate in sede di conversione dalla l. n. 96/2018, cfr. A. MARESCA, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto Dignità*, in *ADL*, 2018, I, 1012; A. UBERTI, *Contratti a termine, somministrazione e tutele crescenti nel "Decreto dignità"*, in *LG*, 2018, 977 ss.

[885] Sulle modifiche apportate al lavoro a termine dal «Decreto dignità», cfr. A. BOLLANI, *Contratto a tempo determinato e somministrazione*, in A. BOLLANI, P.A. VARESI (a cura di), *Contratto a tempo determinato e somministrazione*, Milano, 2019, 21 ss.; A. M. MINERVINI, *Il "decreto dignità" per i lavoratori e per le imprese e la nuova disciplina del contratto a termine*, in *DRI*, 2019, 359 ss.; P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 380/2018*, 1 ss.; L. MENGHINI, *Contratto di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato: attualità di una alternativa*, in *Labor*, 2018, 253 ss.; M. MARAZZA, *Decreto dignità: prime considerazioni sulle novità in materia di contratto di lavoro a termine e somministrazione di lavoro*, *Giustizia Civile.com*, 12 luglio 2018.

2. Il regime delle proroghe nella formulazione originaria dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015: sulla necessità della forma scritta ai fini del prolungamento del termine di durata.

Nella formulazione originaria dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015, non vi erano indicazioni in ordine alle modalità di comunicazione della proroga da parte del datore di lavoro. La disposizione stabiliva che il contratto a tempo determinato potesse essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto fosse stata inferiore a trentasei mesi, e comunque per un massimo di cinque volte nell'ambito del medesimo arco temporale, a prescindere dal numero dei contratti. In caso di superamento del numero delle proroghe, operava la sanzione della trasformazione del contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della sesta proroga.

L'individuazione di modalità di comunicazione che permettano di stabilire con certezza se e quante volte il contratto sia stato prorogato assume rilevanza centrale ai fini della distinzione con la contigua fattispecie della prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza del termine. Diverso è infatti l'apparato sanzionatorio collegato alle due fattispecie: in caso di violazione dei limiti alle proroghe opera direttamente la «conversione», mentre la mera continuazione oltre la scadenza è punita inizialmente con l'obbligo di corrispondere una maggiorazione retributiva e, successivamente, con la trasformazione del rapporto con efficacia *ex nunc*, ove vengano superati i periodi di tolleranza previsti dall'art. 22 (rispettivamente trenta giorni per i contratti di durata inferiore a sei mesi e cinquanta giorni per tutti gli altri).

Ora, sebbene le disposizioni di riferimento non impongano l'osservanza di uno specifico obbligo di forma per la comunicazione della proroga, l'utilizzo dell'atto scritto sembra essere l'unica modalità in grado di separare con certezza l'ipotesi del prolungamento della durata del rapporto da quella della sua prosecuzione di fatto, garantendo l'effettività del richiamato regime sanzionatorio.

Per argomentare questa conclusione è opportuno partire dall'art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81/2015. Tale disposizione stabilisce che «l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto, una copia del quale deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione». Il legislatore ha dunque imposto l'utilizzo della forma scritta come requisito di validità del contratto a termine, stabilendo che la sua violazione determina la caducazione della clausola accessoria e la riespansione del modello contrattuale comune a tempo indeterminato[886].

Come è noto, secondo le tradizionali regole civilistiche i vincoli di forma previsti ad substantiam riguardano gli elementi essenziali dei negozi giuiridici, mentre ne restano tendenzialmente esclusi quelli accidentali[887]. Nell'ambito della disciplina lavoristica, tuttavia, il termine non può essere

---

[886] Sul punto, *Cass. 5 febbraio 2018, n. 2774, in Dejure, ha da ultimo precisato che «ai fini del riconoscimento della legittimità del contratto a tempo determinato, il rispetto della forma scritta della clausola appositiva del termine – prevista ad substantiam – presuppone la avvenuta sottoscrizione del contratto stesso ad opera del lavoratore in momento antecedente o contestuale all'inizio del rapporto. Non è sufficiente la consegna al predetto lavoratore del documento sottoscritto dal solo datore, anche se seguita dall'espletamento di attività lavorativa, perché non è suscettibile di esprimere inequivocabilmente una accettazione (peraltro irrilevante ove manifestata per fatti concludenti) della durata limitata del rapporto, ma, plausibilmente, la semplice volontà del lavoratore di esser parte di un contratto di lavoro.*

[887] *Cfr. per tutti C.M. BIANCA, Diritto civile – Il contratto, III, Milano, 2000, 283 ss.*

considerato un semplice elemento accidentale del contratto. La sua apposizione qualifica infatti l'essenza del rapporto e ne denota l'eccezionalità rispetto allo schema negoziale ordinario, così come si desume già dal Preambolo dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 99/1970/UE[888]. L'imposizione della forma scritta *ad substantiam* si giustifica dunque in ragione della instabilità della relazione a tempo determinato e ai rischi di precarizzazione che essa può scaricare su lavoratore. Anche in assenza di un'apposita previsione, pertanto, la proroga del termine non può che soggiacere al medesimo requisito di forma previsto per la stipulazione iniziale.

Questa ricostruzione è già stata prospettata dalla giurisprudenza di merito intervenuta nel vigore del d.lgs. n. 368/2001. Un'interessante sentenza del Tribunale di Bolzano, ad esempio, ha affermato che «l'iniziale apposizione del termine nel sinallagma genetico del negozio non può che riverberare i suoi effetti anche sul sinallagma funzionale del contratto, trattandosi, la proroga, di un negozio bilaterale di secondo grado, incidente su un elemento essenziale di un contratto, rappresentato dal termine, che è pur sempre eccezionale rispetto al tipo contrattuale generale rappresentato dal contratto di lavoro a tempo indeterminato»[889]. In altre parole, poiché la proroga costituisce uno sviluppo del contratto, la sua apposizione, a seguito di previo accordo bilaterale fra lavoratore e datore di lavoro, deve necessariamente rivestire la forma scritta[890].

Il diritto del lavoro dialoga ormai stabilmente con il cosiddetto «neoformalismo di protezione»[891]. Il fenomeno del ritorno alle forme ha interessato numerosi settori dell'ordinamento (ad es. la normativa bancaria e sui contratti del mercato finanziario, la legislazione in tema di consumatore, la subfornitura, ecc.), apportando trasparenza e permettendo il riequilibrio delle relazioni negoziali caratterizzate da disparità di poteri contrattuali, tecnologici o economici[892]. Dalla tradizionale

---

888 Sul rapporto fra contratto a termine e a tempo indeterminato e la sua evoluzione nella legislazione italiana cfr., A. BELLAVISTA, *La Direttiva sul lavoro a tempo* determinato, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in* Europa Torino, 2003, 4 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di*), Tipologie contrattuali e disciplina delle-mansioni, Torino 2015,* 1 ss.; M.T. CARINCI, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*»? *Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in *RGL*, 2016, I, 316 ss.; P. ALBI, *Il rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato nella legislazione più recente*, in *DLRI*, 2015, 625 ss.; S. *BELLOMO, La "forma comune" tra il Jobs Act* e i *principi costituzionali*, in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt labour studies e-Book series n. 54, 2016, 209 ss.; A. PRETEROTI, *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, 26 s.

889 Trib. Bolzano, 20 aprile 2006, in *Dejure*; Trib. Milano, 27 settembre 2002, in *RCDL*, 2002, 99. In dottrina già M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenze della violazione dei limiti formali*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 75; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, t. I, 1104 ss. cit., 1106; *S. BRUNO, La disciplina della proroga, dei rinnovi e del diritto di precedenza, in A. GARILLI, A. BELLAVISTA. M. MARINELLI (a cura di), Il lavoro a termine dopo la l. 6 agosto 2008, n. 133. Pubblico e privato a confronto, Torino, 2009, 96 ss.*

890 Secondo Trib. Bolzano, 20 aprile 2006, cit., la circostanza che il lavoratore abbia continuato a prestare la propria attività oltre l'iniziale termine non dimostra per fatti concludenti la stipulazione di un valido patto di proroga, atteso che lo stesso legislatore ha valutato tale accadimento non già come manifestazione tout court della volontà di continuare il rapporto di lavoro, bensì collegando meri effetti economici a vantaggio del lavoratore, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 368/2001.

891 Cfr. M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005, ma già G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1989, 555. Più recentemente L. ANGIELLO, *Forma e formalismo nel diritto del lavoro*, in *LG*, 2012, 645.

892 Cfr. E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018; G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità,* in *Contr. e impresa,* 2018*,* 217 ss.; P. CAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, *ivi*, 2016, 1463 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'incerto incedere del formalismo di protezione tra usi e abusi, ivi*, 2013, 299 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; U. *BRECCIA, La forma, Milano, 2006;*

concezione secondo cui gli adempimenti formali costituiscono ostacoli alla rapidità del commercio[893], si è passati all'idea che essi rappresentino una risorsa proprio nei mercati di massa, potendo attribuire incontestabilità e univocità ai traffici contrattuali e così agevolare la circolazione della ricchezza[894]. Oltre a tutelare il contraente debole, infatti, il formalismo può recare vantaggi anche alle imprese, nella misura in cui comprime gli spazi lasciati alla verifica *ex post* del giudice e i conseguenti rischi di decisionismo dell'interprete.

La rivalutazione degli obblighi documentali che è emersa a partire dalla produzione legislativa dei primi anni duemila ha molto ridimensionato, se non proprio svuotato di contenuto, il principio generale della libertà della forma[895]. Al contempo, la tradizionale ripartizione tra obblighi formali previsti per la validità o per la prova dell'atto è stata arricchita dalla categoria della forma *ad regularitatem*, la quale viene diffusamente richiamata nel discorso giuridico civilistico per indicare l'insieme di prescrizioni formali accomunate da un programma normativo di armonizzazione della contrattazione e tutela degli interessi collettivi dei soggetti più deboli[896].

Nell'ambito dei contratti di lavoro flessibile, la diffusione di questa tecnica ha permesso di assicurare l'autenticità della volontà del prestatore di lavoro di fronte a schemi e vicende negoziali che comportano deviazioni funzionali rispetto alla disciplina comune, contribuendo ad arginare i rischi di sfruttamento legati alle asimmetrie informative e operando più in generale come strumento di legalizzazione del mercato del lavoro[897]. Se la forma vincolata assolve innanzitutto una funzione di certezza della vicenda contrattuale al momento della stipulazione, a maggior ragione essa dovrebbe trovare applicazione per gli atti destinati a modificare un rapporto che sia già stato costituito tramite atto scritto.

In questa prospettiva, l'obbligo di rispettare la forma scritta per la modifica della durata iniziale del contratto a termine discende dagli ordinari principi civilistici sui negozi formali, laddove la previsione della forma scritta *ad substantiam* in sede di stipulazione attrae nel medesimo regime vincolato tutte le successive vicende modificative del rapporto[898].

E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; M. MESSINA, *"Liberta` di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *RCDP*, 2001, 396 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1997.

[893] *Cfr. per tutti M. GIORGIANNI, Forma degli atti, in ED, Milano, 1968, 988 ss.; E.* BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 284 ss.

[894] Cfr. G. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 5 ss.; G. MESSINA, *"Liberta` di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, 81 ss.

[895] L'esistenza di tale principio è peraltro oggetto di risalente contestazione nella dottrina civilistica. Cfr. N. IRTI, Idola libertatis. *Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, 43 ss.; ID., *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in AA. VV., *La forma degli atti nel diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 449 ss.; P. PERLINGIERI, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 322 ss. Per una lettura volta a smitizzare la contrapposizione tra la regola della libertà e l'eccezione della forma vincolata cfr. R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 709 ss.

[896] Cfr. già F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 311. Da ultimo, E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., 14 ss.; M.C. ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale, documentazione informatica*, in *Contr. e impresa*, 2001, 156.

[897] Cfr. G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, cit., 577.

[898] Cfr. Cass. 27 maggio 1971, n. 1573; Cass. 2 gennaio 1997 n. 2; Cass. 14 maggio 1993, n. 5486, Cass. 18 giugno 2003, n. 9687, tutte in *Dejure.* Le pronunce affermano che, quando il legislatore, derogando al principio di libertà della forma indirettamente sancito dall'art. 1350 cod. civ., richiede la scrittura *ad substantiam*, questo elemento formale investe tutte le dichiarazioni di volontà dei contraenti, le quali, per avere rilevanza giuridica, debbono essere manifestate per iscritto.

3. La tesi della non necessità della forma scritta secondo la Corte di Cassazione: una posizione da ripensare.

Nell'unica sentenza di legittimità sinora intervenuta in materia, la Corte di Cassazione ha preso posizione in senso opposto alla tesi sinora prospettata[899]. La pronuncia ha scrutinato una vicenda assoggettata *ratione temporis* al d.lgs. n. 368/2001, precisando che il datore di lavoro può comunicare la proroga del contratto a termine senza avvalersi della forma scritta, atteso che la mancata previsione di tale vincolo risulta bilanciata dagli altri meccanismi antiabusivi previsti dalla legge, ed essenzialmente dal fatto che la proroga, per esser valida, deve essere comunque giustificata da ragioni obiettive ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 368/2001.

Secondo la S.C., l'onere di provare l'esistenza delle ragioni obiettive a sostegno della proroga – posto in via di eccezione a carico del datore di lavoro – è in grado di compensare efficacemente la mancata previsione della forma scritta, poiché permette di tracciare una linea di confine certa con la diversa fattispecie della prosecuzione di fatto oltre la scadenza del termine iniziale e con il suo peculiare apparato sanzionatorio.

Proprio perché resa su un assetto regolativo differente, tuttavia, questa pronuncia non può essere richiamata come un precedente cui dare continuità, costituendo piuttosto un utile strumento di comparazione per argomentare la diversa conclusione cui si deve pervenire nel nuovo quadro normativo di cui al d.lgs. n. 81/2015 (prima e dopo le modifiche apportate dalla l. n. 96/2018).

Segnatamente, il principio di diritto formulato dalla Corte di Cassazione si attaglia ed è in grado di reggere dal punto di vista sistematico proprio perché elaborato con riguardo ad un sistema regolativo in cui l'apposizione del termine al contratto di lavoro era sottoposta al vincolo inderogabile della ricorrenza di ragioni oggettive sia nella fase iniziale sia al momento della proroga. L'art. 4, d.lgs. n. 368/2001, infatti, assoggettava la proroga al consenso del lavoratore e autorizzava un unico prolungamento della durata iniziale, entro il limite dei trentasei mesi, a condizione che l'estensione fosse richiesta da ragioni oggettive e si riferisse alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto era stato stipulato a tempo determinato.

Il rigore della disciplina, che consentiva una sola ed unica proroga e ne imponeva la giustificazione mediante l'ancoraggio ad un'attività temporanea correlata a quella che aveva legittimato l'assunzione a termine, rappresentava garanzia sufficiente per prevenire gli abusi, addossando sul datore di lavoro l'onere della prova circa la sussistenza dell'esigenza giustificativa sopravvenuta e la sua coerenza con l'originaria ragione dell'assunzione a tempo determinato. Si intendeva in questo modo legare l'unica proroga al riproporsi di una esigenza occupazionale transeunte, oggettiva e verificabile, in quanto obbligatoriamente formalizzata già in fase di reclutamento.

È tuttavia evidente che un simile argomento non può più essere avanzato nel regime normativo di cui al d.lgs. n. 81/2015, sia che si esamini il modello proposto dal «*Jobs Act*», sia che si guardi a quello scaturito dal «Decreto Dignità». Ed infatti, nel primo caso il sistema si caratterizza per una marcata liberalizzazione del modello contrattuale a tempo determinato tanto in fase assuntiva quanto nel momento della eventuale proroga. Al riguardo, è sufficiente rammentare che prima

---

[899] Cfr. Cass. 21 gennaio 2016, n. 1058, in *D&G*, 22 gennaio *2016*, con nota di P. Di Michele, *Proroga del contratto di lavoro a termine: non necessaria la forma scritta.*

della novella del 2018 non sussisteva alcun obbligo di giustificare l'apposizione del termine al contratto di lavoro, né al momento della stipulazione iniziale, né in caso di proroghe o rinnovi. La disciplina era improntata alla piena a-causalità del contratto di lavoro a termine, con facoltà di prorogare il rapporto iniziale fino a un massimo di cinque volte (comprensive anche di eventuali rinnovi), con il solo limite del rispetto della durata massima di 36 mesi.

In presenza di un simile quadro normativo, è difficile ritenere che le modalità di perfezionamento della proroga possano essere disallineate rispetto a quelle stabilite per la stipulazione iniziale. Essendo venuti meno i precedenti obblighi di motivare l'assunzione a termine e la proroga, infatti, sono stati sostanzialmente caducati proprio quei meccanismi antiabusivi che la Corte di Cassazione aveva utilizzato per ritenere bilanciato il sistema costruito dal d.lgs. n. 368/2001 e concludere per la possibilità di prescindere dall'uso della forma scritta ai fini della proroga. In un sistema che non impone alcun obbligo di giustificare l'apposizione del termine, la linea di demarcazione tra l'esistenza di una proroga e la mera prosecuzione di fatto del rapporto diviene impercettibile, con intuibili ricadute sul piano processuale: nel caso in cui il lavoratore deduca in giudizio la prosecuzione di fatto ed il superamento dei limiti di tolleranza di cui all'art. 22, d.lgs. n. 81/2015, il datore di lavoro potrà sempre eccepire che la sua volontà era quella di prorogare il contratto e di averla manifestata oralmente o per comportamenti concludenti. In questo modo il contraente più forte diventa l'arbitro della qualificazione giuridica delle diverse fattispecie di prolungamento del termine, col risultato di rendere estremamente difficile sia la distinzione tra proroga e prosecuzione di fatto del rapporto, sia l'accertamento sul rispetto del numero massimo delle proroghe. Il che permetterebbe al datore convenuto di eludere la disciplina sanzionatoria invocata dal lavoratore ricorrente mediante una scelta strategica su ciò che risulti più conveniente dichiarare per sfuggire alla sanzione della conversione.

4. Le perduranti ambiguità sulla forma della proroga dopo le modifiche della l. n. 96/2018: le questioni risolte e quelle ancora da risolvere.

Gli interrogativi sulla forma della proroga si ripropongono, seppure in termini differenti, anche nel nuovo regime normativo scaturente dal d.l. n. 87/2018, conv. dalla l. n. 96/2018.

Con il ritorno ad un regime parzialmente causale, il legislatore ha infatti ridisegnato il perimetro degli obblighi di forma, assegnando all'atto scritto la funzione di esplicitare le nuove esigenze temporanee richieste per la stipula di contratti a tempo determinato della durata superiore a dodici mesi. Alla consueta regola dell'inefficacia della clausola appositiva del termine in caso di inosservanza della forma scritta all'atto dell'assunzione, si aggiunge la nuova previsione di cui all'art. 19, comma 4, secondo periodo, la quale precisa che, «l'atto scritto contiene, in caso di rinnovo, la specificazione delle esigenze di cui al comma 1 in base alle quali è stipulato».

Sebbene la disposizione non lo preveda espressamente, non vi sono dubbi sul fatto che la mancata indicazione delle ragioni giustificatrici nel documento contrattuale, in presenza delle condizioni sopra indicate, determini la trasformazione del contratto a tempo indeterminato. Oltre ad essere collocata nel medesimo articolo e nel medesimo comma, la previsione che qualifica il contenuto dell'obbligo formale è infatti collegata, anche dal punto di vista sintattico, all'enunciato normativo che la precede, ove è esplicitamente disposto che «l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta da atto scritto». D'altra parte, l'art. 21, comma 01, prevede che «il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1», sanzionando espressamente la violazione di tale regola con la sua trasformazione a tempo

indeterminato. Si tratta di una «nullità di protezione», dettata per tutelare il contraente debole attraverso la caducazione della clausola che altera l'equilibrio contrattuale, facendo salvo il contenuto dell'accordo.

Dubbi più consistenti si profilano invece in relazione alla portata applicativa della regola della giustificazione. Premesso che la forma scritta *ad substantiam* è comunque richiesta per ogni ipotesi di rinnovo, in ragione dell'attivazione di un rapporto contrattuale a termine nuovo e separato da quello in precedenza esaurito col medesimo lavoratore, si tratta di capire se l'obbligo di specificare le ragioni debba trovare applicazione per i soli rinnovi che, quand'anche intervenuti entro l'anno dalla stipula iniziale, conducano a superare il termine soglia dei dodici mesi (ad es. contratto avente durata iniziale di sei mesi, rinnovato per ulteriori dodici mesi), ovvero se il legislatore abbia imposto l'obbligo di giustificazione in ogni caso di rinnovo, anche se intervenuto e limitato al primo anno (ad es. contratto avente durata iniziale di sei mesi, rinnovato per altri sei mesi). In quest'ultimo caso, l'adempimento formale relativo all'esplicitazione delle ragioni giustificatrici avrebbe anche valenza sostanziale, con conseguente deroga all'assetto binario delineato in chiave generale dall'art. 19, comma 1, ove la disciplina applicabile al contratto a tempo determinato è scissa in base alla durata *infra* o *ultra* annuale del rapporto.

Ragioni di coerenza sistematica dovrebbero condurre ad optare per la prima soluzione, preservando così la regola generale della a-causalità dei contratti a termine contenuti entro una durata complessiva non superiore a dodici mesi ed evitando il paradosso di imporre oneri giuridici diversi e di entità opposta (nessuna giustificazione *vs* giustificazione rigorosa) a rapporti di lavoro che non superino la soglia annuale per effetto di un unico contratto a termine ovvero per effetto di una successione di contratti rinnovati entro il medesimo arco temporale.

Tuttavia, l'alternativa prescelta dal legislatore è certamente la seconda. Tanto si desume dal citato art. 21, comma 01, dove si prevede che il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, senza ulteriori specificazioni.

Diverso è invece il regime della proroga. Esso va ricostruito sulla base del combinato disposto degli artt. 19, comma 4, ultimo periodo, e 21, comma 01, secondo periodo. La prima disposizione stabilisce che, in caso di proroga dello stesso rapporto, l'indicazione delle ragioni giustificatrici nell'atto scritto è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi. La seconda prevede che il contratto può essere prorogato «liberamente» nei primi dodici mesi e, successivamente, solo in presenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1.

Di conseguenza, mentre la disciplina in tema di rinnovi impone la sussistenza e l'indicazione per iscritto delle esigenze temporanee in ogni caso di rinnovo, quella in tema di proroghe consente uno o più prolungamenti acausali (entro il limite di quattro), quando il contratto non superi il termine complessivo di dodici mesi. È questa, peraltro, la lettura fornita anche dal Ministero del lavoro con la scarna circolare n. 17 del 31.10.2018, laddove si afferma testualmente che è consentito «prorogare liberamente un contratto a tempo determinato entro i 12 mesi, mentre per il rinnovo è sempre richiesta l'indicazione della causale»[900].

Al di là del *drafting* normativo poco felice, l'assetto appena delineato suscita perplessità sul piano della coerenza con la filosofia politica del «Decreto dignità»: se quest'ultima coincide con la scelta

[900] La si veda in *http://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2018/Circolare-n-17-del-31102018.pdf.*

di restringere il campo in cui opera la liberalizzazione del contratto a termine, individuando la soglia di durata massima ritenuta ragionevole a tale scopo, sarebbe stato certamente più opportuno garantire l'unitarietà del sistema attraverso la possibilità di disporre proroghe e rinnovi liberi fino al complessivo limite di dodici mesi. D'altra parte, come si è già detto, l'utilizzo della forma scritta costituisce requisito di validità di qualunque stipulazione di un nuovo contratto a termine fra le stesse parti, indipendentemente dalla durata. Si può dunque ritenere che, per i contratti interamente sottoposti al regime di a-causalità, l'adempimento formale avrebbe già costituito un efficiente presidio a garanzia della certezza e della trasparenza dell'operazione di rinnovo, considerato peraltro che la sua inosservanza determina la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

Al contrario, l'obbligo di giustificare qualsiasi rinnovo, anche infra-annuale, non sembra apportare alcun incremento reale all'apparato protettivo contro gli abusi derivanti dalla successione di più contratti a termine, potendo piuttosto tradursi in un formidabile deterrente ai rinnovi proprio nell'area delle relazioni di breve durata, dove maggiori sono i rischi di irretire i lavoratori nella trappola della precarietà. Nell'incertezza generata dalla latitudine semantica delle nuove causali giustificatrici, i datori di lavoro potrebbero scegliere di non rinnovare i contratti scaduti (circostanza effettivamente registratasi in massa all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. n. 87/2018), ovvero optare per il *turn over* strumentale di più lavoratori su una medesima posizione, con evidente torsione della fisiologia dei rapporti di lavoro temporanei, visti anche nella loro dimensione di strumenti di transizione verso un impiego stabile dei soggetti di cui sono state sperimentate le capacità professionali.

Ancora più criptico è il quadro delle disposizioni che regolano la forma della proroga.

In questo caso, l'unica previsione chiara è quella che impone di specificare le esigenze giustificatrici in caso di proroghe che comportino il superamento della durata complessiva di dodici mesi, poiché ciò presuppone logicamente l'uso della forma scritta. Da essa va ricavata, *a contrario*, la disciplina che regola le proroghe disposte entro la durata annuale. In questo caso, tuttavia, il dettato normativo è alquanto vago e consente ancora una volta letture opposte. Dal punto di vista strettamente letterale, infatti, la norma permette soltanto di desumere la non necessità di indicare le ragioni giustificatrici per le proroghe *infra* annuali, ma non chiarisce se l'esenzione riguardi soltanto il contenuto dell'atto scritto ovvero consenta di prescindere direttamente dalla sua adozione. Nulla al riguardo è precisato dalla già citata circolare n. 17/2018, che si occupa esclusivamente dell'aspetto della giustificazione della proroga, indicando – con interpretazione tra l'altro *praeter legem* – che l'istituto implica che restino invariate le ragioni che avevano giustificato inizialmente l'assunzione a termine e che pertanto «non è possibile prorogare un contratto a tempo determinato modificandone la motivazione, in quanto ciò darebbe luogo ad un nuovo contratto a termine ricadente nella disciplina del rinnovo».

In linea con quanto sinora sostenuto, sarebbe preferibile un'interpretazione che consideri l'utilizzo della forma scritta come presupposto indefettibile di qualsiasi proroga, indipendentemente dalla sua estensione temporale[901]. Una simile conclusione, tuttavia, non è affatto scontata, anche

[901] Così anche P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 21.

perché il successivo art. 21, comma 01, permette come detto di prorogare il contratto «liberamente» nei primi dodici mesi, adottando un lessico ancora una volta ambiguo e infelice, in ragione della contrapposizione fra il concetto stesso di libertà e l'eventuale presenza di vincoli, anche solo formali.

Naturalmente, va subito chiarito che la proroga non può ritenersi in alcun modo libera, se non nel senso che all'interno della finestra annuale non occorre fornire una giustificazione, né ovviamente esplicitarla per iscritto. Premesso che la modifica della durata va in ogni caso accettata dal lavoratore, è appena il caso di precisare che la libertà concessa dall'art. 21, comma 01, si arresta di fronte all'obbligo di rispettare il tetto massimo di quattro proroghe nell'arco di ventiquattro mesi a prescindere dal numero dei contratti, pena la trasformazione in contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga (cfr. art. 21, comma 1).

Tutto ciò riapre la questione degli obblighi di forma, atteso che una modalità di comunicazione della proroga diversa dall'atto scritto permetterebbe il facile aggiramento del limite quantitativo in una fase del rapporto in cui lavoratore è particolarmente vulnerabile e disponibile ad accettare più prolungamenti di breve durata che, in quanto non documentati, risulteranno facilmente occultabili. Si ripropongono così i problemi già esaminati con riguardo alla disciplina previgente, ed in particolar modo la difficoltà di accertare in giudizio quante proroghe siano state disposte nel corso del periodo libero, unita alla possibilità di «sanare» *ex post* i casi di prosecuzione del rapporto in via di fatto, tramite una strategica riqualificazione del periodo scoperto come proroga intervenuta oralmente o per fatti concludenti. In una simile prospettiva, il datore convenuto in giudizio diverrebbe sostanzialmente l'artefice del suo destino: sia che il lavoratore chieda la conversione, deducendo la prosecuzione di fatto del rapporto ed il superamento delle soglie di tolleranza (ad esempio un contratto di sei mesi, protrattosi per ulteriori sessanta giorni), sia che domandi soltanto la condanna alle maggiorazioni retributive, non essendo state superate le soglie di tolleranza (ad esempio, un contratto di sei mesi, protrattosi per quarantanove giorni), il convenuto potrebbe sempre eccepire di aver comunicato tempestivamente una proroga e paralizzare in questo modo l'operatività dell'intero apparato sanzionatorio di cui all'art. 22, d.lgs. n. 81/2015.

È evidente come una simile conclusione metterebbe a dura prova l'effettività del sistema di protezione contro i pericoli di sfruttamento scaturenti dall'incertezza sulla stabilità del rapporto lavorativo a termine, spostando di fatto sul lavoratore il difficilissimo onere di provare l'esistenza di un evento giuridico che non dispone di altri riscontri al di fuori della mera volontà del datore di lavoro. Al contrario, sul piano processuale l'utilizzo della forma scritta consente di evitare qualsiasi dubbio, atteso che l'imposizione di un vincolo formale *ad substantiam* esclude la possibilità di provare per testimoni o per presunzioni l'intervenuta proroga e la sua comunicazione al lavoratore[902].

[902] Cfr. *Cass. 5 febbraio 2018, n. 2774, cit., Cass. 8 gennaio 2002, n. 144, in Dejure.*

5. «Trova le differenze»: l'art. 34, d.lgs. n. 81/2015 e l'obbligo di forma scritta per la proroga del contratto di lavoro a tempo determinato in caso di somministrazione.

A differenza del contratto a termine, l'obbligo di disporre la proroga in forma scritta è espressamente previsto nell'ambito della disciplina della somministrazione di manodopera. L'art. 34, d.lgs. n. 81/2015, stabilisce infatti che «il termine inizialmente apposto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore»[903]. Analoghe previsioni erano dettate, in precedenza, dall'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, e dall'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 196/1997[904]. La regola si riferisce espressamente al rapporto di lavoro che intercorre tra l'agenzia e il prestatore, che è oggi assoggettato alla medesima disciplina stabilita per il contratto di lavoro a tempo determinato, con le sole esclusioni relative agli intervalli di riassunzione, al regime del contingentamento e al diritto di precedenza, ritenute dal legislatore incompatibili con la struttura e le finalità della somministrazione. Si tratta di una previsione che non risente né della struttura trilaterale della relazione fra agenzia, lavoratore e utilizzatore, né del collegamento negoziale fra contratto commerciale e contratto di lavoro, tanto è vero che essa non trova corrispondenza nelle prescrizioni di forma imposte dall'art. 33 per il contratto fra agenzia e utilizzatore. Essa costituisce pertanto una misura di trasparenza ad esclusiva garanzia del prestatore di lavoro, come dimostra la nuova scelta di assoggettare il contratto di lavoro temporaneo agli stessi vincoli previsti in materia di proroga del contratto a tempo determinato, eccezion fatta per il numero di prolungamenti consentiti, per i quali vige la regolamentazione da ultimo dettata dal Ccnl delle Agenzie di somministrazione[905]. Quanto alle conseguenze sanzionatorie derivanti dal superamento del numero massimo di proroghe, si deve ritenere che trovi applicazione la medesima regola della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato prevista dall'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, con effetti in capo all'agenzia datrice di lavoro. Ed infatti, posto che tale fattispecie non rientra fra i vizi del contratto commerciale cui è dedicato il regime dettato dall'art 38 per le ipotesi di somministrazione irregolare, non può che ritenersi applicabile la sanzione della conversione in capo al soggetto da cui dipende formalmente il lavoratore, quale naturale conseguenza di una fattispecie di invalidità che affligge il contratto intervenuto fra quest'ultimo e il somministratore.

L'interpretazione che la Corte di Cassazione ha sinora offerto delle prescrizioni di forma in materia di proroga del contratto di lavoro interinale è particolarmente rigorosa. È al riguardo consolidato l'orientamento secondo cui la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, quale conseguenza della

---

[903] Cfr. V. Filì, A. Riccardi, *La somministrazione di lavoro*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, 293 ss.; A. Bollani, *La somministrazione di lavoro liberalizzata*, in A. Pandolfo, M. Magnani, P.A. Varesi (a cura di), *Il codice dei contratti*, Torino, 2016, 155 ss.; P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 35 ss.

[904] *Cfr. M.T. Carinci, La somministrazione di lavoro altrui, in M.T. Carinci, C. Cester (a cura di), Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Milano, 2004, vol. II, 5 ss.; G. Zilio Grandi, Il contratto di somministrazione di lavoro, in M. Brollo (a cura di), Il mercato del lavoro, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), Trattato di diritto del lavoro, Padova, 2012, vol. VI, 1306 ss.; F. Santoni, I contratti a termine e di lavoro temporaneo, in Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione. Atti del convegno di studio per il 50° anno della Rivista giuridica del lavoro*, in *RGL*,1999, suppl.al n. 3,141 ss.

[905] Cfr. il nuovo Ccnl delle Agenzie di somministrazione, sottoscritto il 21 dicembre 2018, che prevede un limite di 6 proroghe nell'arco dei 24 mesi, elevate a 8 se il CCNL applicato dall'utilizzatore contiene un diverso limite di durata. Per un commento cfr. E. Massi, *Somministrazione: cosa cambia, dal 1 gennaio 2019*, in *www.generazionevincente.it.*

ricostruzione della proroga come negozio giuridico contrattuale e non già come atto unilaterale del datore di lavoro. Ciò comporta l'esclusione della possibilità di concordare la proroga in forma orale o per comportamenti concludenti, desumendo la volontà del lavoratore dalla prosecuzione della medesima attività lavorativa[906].

La giurisprudenza di legittimità ritiene tuttavia di non potere applicare la medesima regola alla disciplina del lavoro a tempo determinato *tout court*, poiché l'art. 34, d.lgs. n. 81/2015 (*rectius* le sue precedenti formulazioni vigenti *ratione temporis*), sarebbe norma di stretta interpretazione: trattandosi di una deroga al principio generale di libertà della forma, essa sarebbe insuscettibile di applicazione analogica al di fuori della disciplina per cui è espressamente prevista. Questo ragionamento, in verità, appare eccessivamente formalistico (qui nel senso deteriore del termine), atteso che la proroga del contratto a tempo determinato ha in entrambi i casi natura di negozio giuridico contrattuale e che la prescrizione di forma dettata in tema di lavoro a termine tramite agenzia esaurisce i suoi effetti all'interno del solo contratto di lavoro, senza configurare in alcun modo un elemento di specialità collegato al peculiare schema della fornitura di manodopera. Allo stato attuale, peraltro, la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato tra lavoratore e somministratore risulta sostanzialmente parificata a quella del contratto di lavoro a termine, con le indicazioni più forti che provengono proprio dal regime della proroga, laddove il legislatore ha invertito la precedente scelta di esentare il lavoro tramite agenzia dall'intero regime dettato dall'art. 21, d.lgs. n. 81/2015, nel segno della liberalizzazione dell'istituto[907]. In presenza di *fattispecie «sostanzialmente, equiparabili», è stata la stessa Corte di Cassazione ad ammettere la possibilità di una applicazione analogica dell'art. 1351 c.c., estendendo l'obbligo di forma scritta a pena di invalidità dell'atto a fattispecie per le quali essa non era stata espressamente prevista*[908].

In ogni caso, non vi sarebbe neppure bisogno di ricorrere all'argomento analogico, dovendosi semplicemente pervenire alla soluzione interpretativa più armonica con le finalità antiabusive che l'obbligo di forma scritta consente di realizzare in tutte le ipotesi in cui si intenda prolungare la durata di un rapporto di lavoro a tempo determinato, sì da valorizzare il nesso che sussiste tra il vincolo di forma e gli interessi che esso è destinato a tutelare.

In precedenza si è avuto modo di rammentare come il principio della libertà delle forme negoziali, già oggetto di autorevoli critiche della civilistica, sia stato progressivamente sopravanzato dall'incedere nei traffici commerciali del nuovo formalismo a carattere protettivo, il quale mette seriamente in discussione l'idea che i vincoli di forma non espressamente previsti dal legislatore non possano essere altrimenti ricavati in via interpretativa[909]. In questa prospettiva, le disposizioni sulla trasparenza del contratto operano come manifestazione del dovere di buona fede, permet-

---

906 Cfr. Cass. 7 ottobre 2016, n. 20225; Cass., 10 ottobre 2014, n. 21520; Cass. 14 luglio 2006, n.16017.

907 Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 15 ss.; P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, 34; A.M. MINERVINI, *Il "decreto dignità" per i lavoratori e per le imprese e la nuova disciplina del contratto a termine*, cit., 369.

908 Cfr. *Cass. 17 settembre 1981, n. 5144 e, più recentemente, Cass. 9 maggio 2011, n. 10163, in Dejure.*

909 Cfr. già R. SACCO, *La forma*, cit., 709, che ricorda come alcune norme che prevedono forme vincolate sono comunemente oggetto d'interpretazione estensiva e/o di applicazione analogica. In senso analogo P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 809 ss.

tendo la tutela del contraente debole e il suo interesse ad avere piena consapevolezza dello sviluppo della relazione negoziale anche di fronte alla lacunosità di certe disposizioni normative[910].

6. Disciplina delle proroghe e vincoli di forma: per una lettura conforme al diritto eurounitario.

Venuto meno il meccanismo di cui al previgente art. 4, d.lgs. n. 368/2001, che bilanciava l'assenza dell'obbligo di forma scritta, occorre verificare se l'attuale disciplina sulla proroga presenti profili di contrasto con la clausola n. 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a termine allegato alla Direttiva n. 99/70/UE.

Ancorché non richieda l'adozione congiunta di tutte e tre le misure di prevenzione ivi indicate[911], tale clausola impone al legislatore domestico di garantire il pieno «effetto utile» della normativa sovranazionale, delineando un quadro regolativo che risponda a criteri di adeguatezza ed effettività contro gli abusi derivanti dall'utilizzo prolungato del lavoro a tempo determinato[912]. È vero che l'ordinamento italiano ha sopravanzato il livello minimo di tutela richiesto dalla clausola 5, avendo introdotto sia l'obbligo di giustificare i rinnovi (lett. *a)*, sia un limite alla durata massima dei contratti a tempo determinato (lett. b), sia un tetto al numero dei rinnovi consentiti (lett. c). Tuttavia, un sistema che lascia aperto uno spazio in cui il datore di lavoro può aggirare l'applicazione dei rimedi stabiliti per i casi di violazione del regime delle proroghe e della prosecuzione di fatto, non sembra garantire quella capacità dissuasiva dell'apparato sanzionatorio che la giurisprudenza europea ha più volte posto come condizione necessaria per la corretta trasposizione delle prescrizioni sovranazionali orientate ad uno specifico risultato.

Come è noto, spetta al giudice nazionale «valutare in che misura i presupposti per l'applicazione nonché l'effettiva attuazione delle disposizioni rilevanti del diritto interno costituiscano una misura adeguata per prevenire e, se del caso, punire l'uso abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato»[913].

Il compito di evitare la disarmonia con l'ordinamento europeo ricade dunque sulle Corti nazionali, alle quali è richiesto di interpretare il diritto nazionale alla luce del testo e dello scopo della Direttiva n. 99/70/UE, sì da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi all'art. 288, par. 3, TFUE[914].

---

910 Così E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 2005, 592 ss., sul punto 614.

911 Cfr. Cgue 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc.*, 2006, 443; Cgue, 23 aprile 2009, causaC-378/07, *Angelidaki*, in *Racc.*. 209, 250.

912 Cfr. da ultimo Cgue 8 maggio 2019, causa C-494/17, *Rossato*, in *Racc.*, 2019, 387; Cgue 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto*, in *Racc.*, 2018, 859, su cui cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 383/2019*; Cgue 7 marzo 2018, causa C-494/16, Santoro, in ADL, 2018, II, 888, con nota di N. FRASCA, Il regime sanzionatorio del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia senza fine; Cgue 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C- 161/13, *Mascolo*, in *DML*, 2014, II, 345, con nota di C. DE MARCO, *Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa (considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014.*

913 Cfr. Cgue 7 settembre 2006, Causa C-180/04, *Vassallo*, in *Racc.*, 2006, 518, punto 41, Cgue, 23 aprile 2009, causaC-378/07, *Angelidaki*, cit., punto 164.

914 Cfr., da ultimo, per un'interessante applicazione del principio di interpretazione conforme, Trib. Trento, 4 dicembre 2018, in *questionegiustizia.*it, con nota di I. NASSO, *L'europeismo giudiziario: notazioni a margine di una sentenza del giudice del lavoro di Trento*, che ha dichiarato illegittima una sequenza di contratti di lavoro a tempo determinato intrattenuti da un lavoratore con diverse società nel formale rispetto dei limiti legali su durata e rinnovi previsti dagli artt. 19 ss., d.lgs. n. 81/2015, ravvisando, nel caso di specie, gli estremi di una condotta datoriale elusiva delle finalità sottese alla clausola n. 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70/UE.

Una lettura sistematica degli artt. 19 e ss., d.lgs. n. 81/2015, ben consente di ricavare l'esistenza di un vincolo di forma scritta per la proroga del contratto di lavoro a tempo determinato. In fondo si tratta solo di una pura formalità.

I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*

Mariella Magnani

1. La destrutturazione dei tempi e luoghi di lavoro: il diritto del lavoro alla prova. 299
2. L'accentuarsi del problema qualificatorio. 300
3. Il lavoro agile e il telelavoro. 300
4. La risalente figura del lavoro a domicilio. 301
5. Il lavoro tramite piattaforma digitale. 302
6. La rottura della fissità del luogo di lavoro nel mercato digitalizzato e globale. 303

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 404/2019

1. La destrutturazione dei tempi e luoghi di lavoro: il diritto del lavoro alla prova.

Nel prisma dei "tempi e luoghi del lavoro"[915] può essere colta la complessa problematica giuslavoristica posta dagli avvenimenti centrali della nostra epoca: da una parte, la rivoluzione tecnologica, in particolare digitale, d'altra parte, l'interdipendenza planetaria dell'economia, meglio conosciuta come globalizzazione, che hanno modificato profondamente i modelli organizzativi delle imprese. Ciò ha prodotto, in tutti gli ordinamenti, importanti conseguenze sul piano sistematico ed interpretativo, se non la necessità di riconcettualizzare categorie fondanti del diritto del lavoro.

Se, da un punto di vista sociologico, l'essenza del lavoro subordinato è sempre stata ravvisata nel trascorrere la giornata in un luogo cui il lavoratore era (stato) estraneo (la fabbrica) mettendo a disposizione altrui, per un lasso di tempo uniforme e pre-determinato, le proprie energie lavorative[916]; da un punto di vista giuridico, l'elemento necessario (e primordiale) del lavoro subordinato è sempre stato ravvisato nell'assoggettamento del lavoratore ad un coordinamento spazio-temporale della prestazione[917].

Sebbene la tendenza alla flessibilizzazione degli orari di lavoro non sia fenomeno recente, è stata soprattutto l'innovazione tecnologica, in particolare digitale, a rendere possibili modelli organizzativi che incrinano la "fissità"/uniformità del tempo di lavoro.

Ma, in modo perfino più evidente, la digitalizzazione investe anche il luogo di lavoro. In sintesi, come è stato notato[918], non conta più solo lo spazio fisico di lavoro (cd. biosfera), peraltro anch'esso rivoluzionato, ma anche quello aggiuntivo chiamato suggestivamente "infosfera"[919] (con il *cloud*, i *social network*, etc.): un concetto che può essere utile anche al giurista[920].

L'altro fenomeno che ha messo in crisi la "fissità" del luogo, o dei luoghi, di lavoro è la globalizzazione, con la conseguente accentuata mobilità delle imprese (si pensi alle delocalizzazioni) e degli stessi lavoratori. E, talvolta, i due fenomeni, lavoro digitale e delocalizzato (indicativo è il caso dei *call centers offshore*) si intrecciano.

Tutto ciò mette alla prova la capacità di "comprensione" del diritto del lavoro; ma è in un certo senso salvifico perché costringe a sottoporre a prova di resistenza alcuni nostri fondamentali concetti, o preconcetti, giuridici[921].

---

[915] Si tratta del suggestivo titolo dato dall'AGI (associazione degli Avvocati giuslavoristi italiani) al proprio Convegno Nazionale svoltosi a Verona il 3, 4 e 5 ottobre 2019.

[916] Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, *DLRI*, 1986, 433 ss., spec. 434.

[917] Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, 2, Giuffrè, 2000, 288 ss.; ma v. anche L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 27 ss.

[918] Cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, 38.

[919] Cfr. L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'era dell'informazione*, Giappichelli, 2018.

[920] Cfr. ancora L. NOGLER, *op. loc. cit.*

[921] Come già notava, a proposito dell'innovazione tecnologica, G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, *PD*, 1986, 75 ss.

2. L'accentuarsi del problema qualificatorio.

Quali sono dunque i problemi posti dai lavori che non rispettano le normali coordinate spazio-temporali del lavoro di fabbrica?

In alcuni casi, ferma restando la qualificazione in termini di lavoro subordinato, si tratta solo di problemi di adattamento della disciplina generale ovvero di interpretazione di quella speciale (si pensi all'estensione degli obblighi di sicurezza in caso di lavoro agile[922], al significato del cd. diritto alla disconnessione, ai limiti del potere di controllo del datore di lavoro).

Peraltro, da sempre, anche nel rapporto di lavoro tradizionale, pure il quale si è evoluto, tempo e luogo di lavoro hanno posto una serie di problemi all'attenzione della contrattazione collettiva e della stessa giurisprudenza, specie, per quanto riguarda l'orario, con la tendenza alla modulazione e flessibilizzazione dello stesso: si pensi, per fare solo un esempio, al trattamento giuridico della disponibilità/reperibilità del lavoratore[923].

In altri casi, si pongono, più radicalmente, problemi di qualificazione in termini di autonomia ovvero di subordinazione del rapporto di lavoro, con il conseguente, divaricato, statuto protettivo.

3. Il lavoro agile e il telelavoro.

L'esempio più tipico di come le nuove tecnologie incidono su tempo e luogo di lavoro è ciò che il legislatore italiano ha recentemente definito come lavoro agile (*smart working*), ma possono essere aggiunti anche il telelavoro e il lavoro tramite piattaforma.

Il lavoro agile è definito dall'art. 18, co. 1, della l. 22 maggio 2017, n. 81 come una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti…senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa». Elemento caratterizzante del lavoro agile è che la prestazione «viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva». Sebbene l'enfasi sia posta dalla legge sull'accordo individuale (che disciplina «l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali…»[924]), esso si conforma sovente ai contratti collettivi e, in mancanza, alle *policies* aziendali, che, di norma, fissano l'esecuzione della prestazione lavorativa entro determinate fasce orarie.

Il lavoro agile è strettamente apparentato con il telelavoro (anche perché pare difficilmente darsi lavoro agile senza utilizzazione di strumentazione informatica), disciplinato dall'accordo interconfederale del 9 giugno 2004, di recepimento dell'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002.

---

[922] Disciplinato dagli art. 18 e ss. della l. 22 maggio 2017, n. 81.

[923] Cfr., da ultima, CGUE 21 febbraio 2018, nella causa C-518/15, in cui la Corte si pronuncia nel senso che si tratta di orario di lavoro se «il lavoratore è costretto ad essere fisicamente presente nel luogo stabilito dal datore e a tenersi a disposizione del medesimo per poter immediatamente fornire le opportune prestazioni in caso di bisogno». Nella giurisprudenza italiana, si è posto soprattutto il problema della computabilità nell'orario del tempo di disponibilità del lavoratore, accompagnata dalla presenza nel luogo di lavoro: cfr., da ultima, Cass. 9 ottobre 2018, n. 24828.

[924] Cfr. l'art. 19, co. 1 della l. n. 81 del 2017.

La particolarità del telelavoro è che l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, «viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa» (art. 1 del citato accordo interconfederale).

Ed è ben vero che, in base all'accordo interconfederale, «il telelavoratore gestisce l'organizzazione del proprio tempo di lavoro» (art. 8); la disposizione tuttavia è stata tradotta nei contratti collettivi nel senso che, comunque, la prestazione lavorativa dovrà essere resa entro certe fasce orarie e che l'inizio dell'attività lavorativa coinciderà con la connessione da remoto al sistema informatico aziendale e il termine con la chiusura della sessione di lavoro.

4. La risalente figura del lavoro a domicilio.

Il lavoro agile ed il telelavoro, nella loro disciplina tipica, sono qualificati (e qualificabili) come una particolare modalità di esecuzione della prestazione lavorativa in un rapporto di lavoro subordinato.

Da sempre, peraltro, l'ordinamento italiano conosce forme di lavoro subordinato a distanza: in particolare, il «lavoro a domicilio», disciplinato dalla l. 18 dicembre 1973, n. 877, caratterizzato dallo svolgimento «nel proprio domicilio», o in un locale di cui il lavoratore abbia la disponibilità, di lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori (art. 1).

In questo caso, a differenza della configurazione data per il telelavoro e per il lavoro agile, non si dà invero per scontato che vi sia subordinazione, la quale ricorre, per espresso disposto normativo, quando il lavoratore «è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera esecuzione di prodotti» (art. 1, co. 2).

La ragione del differente trattamento normativo è evidente: il telelavoro e il lavoro agile rappresentano essenzialmente patti di dislocazione spaziale della prestazione lavorativa, con semplice flessibilizzazione dell'orario di lavoro. Non così per il lavoro a domicilio, per il quale, appunto, si pone un problema di qualificazione. La giurisprudenza sulla qualificazione del lavoro a domicilio come subordinato ovvero autonomo è oltremodo interessante, attese le caratteristiche presentate dal rapporto (assenza di orario di lavoro e retribuzione obbligatoriamente a cottimo) che richiamano alcune forme di lavoro proprie dell'economia digitale. In proposito, l'elemento discretivo è ritrovato dalla giurisprudenza nella presenza o meno di un inserimento stabile del prestatore di lavoro nell'organizzazione aziendale, che si esprime attraverso diversi indici: non solo la libertà di accettare o rifiutare il lavoro commesso, ma anche, se non soprattutto, la discrezionalità in ordine ai tempi di consegna[925], lo svolgimento di lavorazioni analoghe a quelle effettuate all'interno dell'azienda e senza che sia ammessa la scelta delle modalità esecutive[926], la percezione di una retribuzione oraria[927].

[925] Cfr. Cass. 16 ottobre 2006, n. 22129; Cass. 6 marzo 2006, n. 4761.

[926] Cfr. Cass. 24 aprile 2013, n. 10007; Cass. 19 ottobre 2007, n. 21954; Cass. 29 settembre 2004, n. 21594.

[927] Cfr. Cass. 13 novembre 2004, n. 24223.

5. Il lavoro tramite piattaforma digitale.

Tralasciando comunque il lavoro a domicilio, se il lavoro agile ed il telelavoro sono qualificati come una modalità di esecuzione della prestazione in un rapporto di lavoro subordinato, la più radicale questione di qualificazione concerne essenzialmente il lavoro tramite piattaforma digitale.

È giunta in Italia all'attenzione dei giudici essenzialmente la questione dei cd. riders del settore del *food delivery via app,* su cui sono state spese numerosissime riflessioni, secondo qualcuno sproporzionate rispetto all'entità del fenomeno. Tuttavia, a fronte dell'esigenza di tutela di beni basilari, quali la sicurezza del lavoro, l'obiezione non regge. Senza contare che il contenzioso giudiziario, alimentato da ben noti casi[928], ha costretto ad una salutare riflessione, tuttora in corso, sul contenuto dell'enigmatica norma di cui all'art. 2, co. 1, del d.lgvo n. 81 del 2015, relativa al cd. lavoro etero-organizzato, e sulla sua collocazione nel sistema. Proprio questa norma è stata infatti utilizzata dalla Corte d'Appello di Torino, nella sentenza del 4 febbraio 2019, quale grimaldello per estendere ai riders, pur considerati autonomi, lo statuto protettivo del lavoratore subordinato (o almeno parte significativa di esso).

L'art. 2 del d.lgvo n. 81 del 2015 è norma enigmatica e controversa perché, disponendo che al lavoro etero-organizzato dal committente, «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», si applica la disciplina del lavoro subordinato, ha immediatamente fatto sorgere la *querelle* se esista una distinzione tra eterodirezione ed eterorganizzazione e, in caso affermativo, se al lavoro "eterorganizzato" si applichi o meno l'intero statuto protettivo del lavoro subordinato[929].

Era del tutto evidente che, in mancanza di un auspicabile intervento dell'autonomia collettiva[930], tutto sarebbe rimasto nelle mani dei giudici, col rischio di condurre a soluzioni creative o comunque fortemente controvertibili. Di qui, l'opportunità di un intervento legislativo "leggero", non a favore di tutto il lavoro tramite piattaforma, in realtà troppo variegato per tollerare una disciplina legislativa generale, ma solo a favore dei riders non subordinati, che riconoscesse tutele minime quali obblighi di sicurezza in capo al committente, assicurazione contro gli infortuni e un compenso minimo.

Al contrario, il recentissimo d.l. n. 101 del 2019, convertito nella legge 2 novembre 2019, n. 128, richiamando esplicitamente, anche per il lavoratore tramite piattaforma, l'art. 2, co. 1, del d.lgvo n. 81 del 2015[931], da una parte, e, d'altra parte, prevedendo una speciale disciplina (solo) per i

---

928 Cfr. Trib. Torino 7 maggio 2018; Trib. Milano 10 settembre 2018; App. Torino 4 febbraio 2019.

929 Il secondo comma dell'art. 2 del d.lgvo n. 81 del 2015, poi, prevede un'interessante facoltà, attribuita ai contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, di dettare una disciplina economica e normativa specifica, plasmata dallo stesso contratto collettivo, per i rapporti di lavoro che si svolgano in settori che presentano «particolari esigenze produttive ed organizzative»: dunque, di graduare fattispecie e tutele.

930 Proprio ai sensi del secondo comma dell'art. 2 del d.lgvo n. 81 del 2015, richiamato *supra*, nt. 15.

931 La cui fattispecie viene, peraltro, apparentemente allargata: si applica la disciplina del lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro "prevalentemente personali" e che siano organizzate dal committente. La fattispecie è apparentemente allargata perché precedentemente si disponeva che la disciplina del lavoro subordinato si applicasse solo in caso di prestazione "esclusivamente personale" ed organizzata dal committente "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". È, tuttavia, già in corso un dibattito sulla reale portata innovativa di questa modifica dell'art. 2.

riders non subordinati, non solo ha perpetuato le incertezze, ma ha addirittura finito per complicare il quadro.

Esso ha avuto, tuttavia, almeno il merito di costringere ad uscire dalle mere prospettazioni teoriche su cui fin qui si è incentrato il dibattito accademico e chiedersi se le variegate figure di lavoro create dall'economia digitale, non facilmente riconducibili alla nozione di subordinazione, sia pure in una versione aggiornata[932], eppure meritevoli di tutela, possano essere ospitate in una categoria generale (e per così dire intermedia) ovvero necessitino di regolazioni *ad hoc*, adeguate alle caratteristiche dei singoli lavori; con una sorta di ritorno alla primitiva legislazione sociale.

6. La rottura della fissità del luogo di lavoro nel mercato digitalizzato e globale.

I mutamenti dei modelli organizzativi delle imprese, indotti non solo dalle nuove tecnologie, specie informatiche, ma anche dalla globalizzazione, hanno portato pure ad una rottura della "fissità" del luogo, o dei luoghi, di lavoro.

Se è eccessivo dire che il lavoro è sempre meno "luogo" e sempre più "processo" (gran parte del lavoro è ancora manifattura tradizionale), che il lavoro è "ubiquo e atemporale"[933], o se è eccessivo parlare di "evanescenza dei tratti tipici del luogo di lavoro"[934], dobbiamo però attrezzarci a far fronte a nuove dimensioni. E ciò significa adeguare in via interpretativa ovvero, se necessario, legislativa, le norme che suppongono l'esistenza di una concezione statica del luogo di lavoro.

Può, in proposito, riportarsi un piccolo esempio tratto dalla giurisprudenza: ai fini dell'art. 413 c.p.c., e dunque dell'individuazione del giudice competente per territorio nelle controversie di lavoro, si assume che, in caso di telelavoro, il concetto di «dipendenza [dell'azienda] alla quale è addetto il lavoratore»[935] debba essere interpretato estensivamente, come articolazione dell'organizzazione aziendale nella quale il dipendente lavora, «che può anche coincidere con la sua abitazione se dotata di strumenti di supporto dell'attività lavorativa»[936].

L'intensificarsi della mobilità della manodopera su scala globale impone, poi, al giurista del lavoro di attrezzarsi per padroneggiarne la dimensione internazionale, oggi terra di nessuno. Non che la dimensione interna della mobilità del lavoro non presenti problemi, a dispetto di un'apparente concordia giurisprudenziale: si pensi, ad esempio, all'esatta individuazione dei limiti del potere di trasferimento, alla distinzione tra trasferta e trasferimento, ai presupposti del distacco. Tuttavia nella mobilità internazionale – la "nuova" dimensione della mobilità – perde nitidezza (o addirittura rilevanza) la distinzione domestica tra trasferimento, trasferta e distacco.

Vi è, come noto, una sorta di regime speciale, governato, oltre che dagli accordi individuali, dalle regole internazional-privatistiche ed europee sulla legge applicabile: insomma, da fonti che non

---

[932] Nel senso indicato da L. NOGLER, *op. cit.*, spec. 35 ss.; ID., *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità del punto di vista giuridico"*, *ADL*, 2016, 47 ss. In giurisprudenza, v., ad es., già Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842 e, più recentemente, Cass. 23 aprile 2014, n. 9196.

[933] Così T. TREU, *Introduzione*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, cit., XIV.

[934] Così F. DE FALCO, *Luogo di lavoro e adempimento della prestazione*, ESI, 2012, 13.

[935] Si tratta di uno dei fori facoltativi previsti dal 2° co. dell'art. 413 c.p.c.

[936] Cfr., ad es., Cass. 8 febbraio 2018, n. 3154; Cass. 15 luglio 2013, n. 17347.

siamo abituati a padroneggiare. La regola di fondo della *lex loci laboris* – vale a dire della legge del luogo dove il lavoratore compie abitualmente il suo lavoro, o a partire dal quale svolge il suo lavoro, per il lavoro itinerante[937] – deve essere temperata dalle norme di applicazione necessaria per il giudice adito, ovvero dalle norme di ordine pubblico, e soprattutto, nel contesto europeo, da quanto dispone la direttiva CE 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, recentemente modificata dalla direttiva UE 2018/957. Essa, specie nella versione recentemente introdotta, tenta di evitare che uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vale a dire il diritto di libera prestazione di servizi, si traduca in forme di *dumping* sociale a svantaggio dei lavoratori, portando ad un generale abbassamento delle condizioni di lavoro nell'Unione.

Tuttavia, con l'imposizione agli Stati membri dell'obbligo di provvedere affinché ai lavoratori distaccati venga applicata, quale minimo inderogabile di tutela, la propria normativa in una serie di materie, tra cui le tariffe retributive, la disciplina europea tende a garantire la parità di trattamento, non solo tra lavoratori stranieri e lavoratori nazionali, ma anche tra le imprese straniere e quelle nazionali. Di conseguenza, quelle regole – ad esempio in materia retributiva – devono essere poste dalla legge o da contratti collettivi di applicazione generale. Un evidente problema per il diritto italiano e per il legislatore italiano obbligato a trasporre la normativa in mancanza di un sistema di attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi[938].

Un problema endemico del nostro ordinamento, che sovrasta tutti i nostri dibattiti ma che forse, sia pure per vie traverse e parziali[939], è in via di soluzione.

---

937 Cfr. art. 6, par. 2, lett. a) della Convenzione di Roma del 1980; art. 8, par. 2 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008, cd. Roma I.

938 Cfr., per una sintesi delle cause della mancanza, in Italia, di un sistema di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi e del dibattito oggi in corso, M. MAGNANI, *I sindacati nella Costituzione*, *DLRI*, 2018, 581 ss., pubblicato anche, sotto il titolo *Los sindicatos en la Constitución*, in *Revista Iustitia*, 2018, 3.

939 Si vedano il d.d.l. n. 658 d'iniziativa della senatrice Catalfo ed altri, presentato al Senato il 12 luglio 2018, recante "Disposizioni per l'istituzione del salario minimo orario", e il d.d.l. n. 1132, di iniziativa dei senatori Nannicini ed altri, presentato al Senato l'11 marzo 2019, recante "Norme in materia di giusta retribuzione, salario minimo e rappresentanza sindacale". Questi disegni di legge, pur con differenze non irrilevanti, tendono ad introdurre il salario minimo legale attraverso un rinvio alla retribuzione fissata dai sindacati più rappresentativi nel "settore". Il che significa attribuire, seppure in via indiretta, efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, almeno per la parte retributiva.

Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*

Antonio Loffredo- Marco Tufo

1. Economia digitale, impresa e lavoro: nuovi scenari e vecchie regole. 306
2. Aziendalizzazione del diritto del lavoro e *digital economy*. 308
3. Subordinazione e autonomia nel lavoro digitale. 311
4. Verso un'uberizzazione del diritto del lavoro? 314
5. L'individuazione del datore di lavoro nelle imprese digitali. 316
6. Il lavoro su piattaforma digitale nel contesto transnazionale. 320
7. Le poche indicazioni del diritto eurounitario. 323
8. La dimensione collettiva della *gig-economy.* 326
9. I contratti collettivi sui *riders* in Italia. 329
10. Il ruolo del potere pubblico nel lavoro su piattaforma digitale. 332
11. Quali tutele per i lavoratori su piattaforme digitali? 336

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 405/2019

1. Economia digitale, impresa e lavoro: nuovi scenari e vecchie regole.

Il dibattito sul lavoro digitale sta diventando una sorta di ritornello stonato al quale tutti i giuslavoristi da qualche tempo sono obbligati di nuovo a partecipare per poter dire la loro sugli effetti della nuova rivoluzione tecnologica che si è abbattuta sul diritto del lavoro e, come risposta, può venire la tentazione di affermare che siamo di fronte a un fenomeno che minaccia di trasformare tutto ma che poi lascerà il panorama sostanzialmente inalterato. Infatti, il paventato rischio di crollo dei pilastri sui quali è stato costruito il diritto del lavoro potrebbe essere facilmente bilanciato dall'inquadramento sistematico del rapporto di lavoro che si mostrerebbe, ancora una volta, sufficientemente elastico per adattarsi e farvici rientrare anche questi nuovi fenomeni economici, come già accaduto per le rivoluzioni tecnologiche che hanno preceduto questa. Del resto, già la rivoluzione tecnologica degli anni '80 aveva prodotto un dibattito[940] che si era focalizzato sulla capacità del diritto del lavoro di rispondere alle nuove sfide con le proprie strutture o se avesse bisogno di riforme che lo adattassero alle novità proposte dalla tecnologia[941]. Sotto questo punto di vista, lo scenario non sembra molto cambiato.

Uno sguardo più approfondito al fenomeno, però, fa emergere qualche elemento dissonante di non poco conto che può fare titubare anche i più scettici; difatti, gli studi che si erano occupati di questi temi nel passato avevano dovuto fare i conti con gli effetti sul rapporto di lavoro di trasformazioni organizzative delle forme di produzione espressamente nate con l'obiettivo di renderle più efficienti e di ridurne i costi. La digitalizzazione della produzione che stiamo sperimentando attualmente, invece, non è nata, né si è sviluppata, con il limitato obiettivo di trasformare il modo attraverso cui si producono beni e servizi e, pertanto, non ha avuto conseguenze solo nel mondo del lavoro ma ha inciso in maniera molto significativa sulla vita delle persone in generale, rivoluzionandone le abitudini quotidiane[942]. Essa ha prodotto effetti non trascurabili addirittura sulle dinamiche della politica istituzionale e della democrazia in tutto il mondo attraverso la nascita di partiti, movimenti e figure di politici che hanno saputo sfruttare a proprio vantaggio gli strumenti del mondo virtuale[943], talvolta in maniera decisamente preoccupante per la tenuta della democrazia stessa.

---

[940] Va in particolare segnalata la prima occasione di discussione scientifica italiana organizzata a livello nazionale in materia, ossia il Congresso AIDLaSS del 1985, i cui atti sono raccolti in AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro. Atti dell'VIII congresso nazionale di diritto del lavoro, Napoli, 12-14 Aprile 1985*, Giuffrè, 1986.

[941] V. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in GAETA, MARCHITELLO, PASCUCCI (a cura di), Itinerari, Franco Angeli, 1989, 232.

[942] Proprio per tale ragione vi è attualmente una certa confusione anche sotto il profilo terminologico. Le espressioni più utilizzate per descrivere il fenomeno della digitalizzazione della produzione, per esempio, vi sono: "*sharing economy*"; "*gig economy*"; "*1099 economy*"; "*participatory economy*"; "*peer economy*"; "*peer-to-peer economy*"; "*asset-light lifestyle*"; "*collaborative consumption*"; "*reputation economy*"; "*collaborative economy*"; "*platform economy*"; "*on-demand economy*"; "*sharing economy*". Alcuni autori impiegano tali espressioni quali sinonimi (*cfr.* ALOISI, *Commoditized workers: case study research on labour law issues arising from a set of "on demand/gig economy" platforms*, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2016, vol. 37, n. 3, 654, nota 1), mentre altri preferiscono dare a ciascuna un significato specifico (v. *amplius* TODOLÍ-SIGNES, *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*, *IJCLLIR*, 2017, vol. 33, n. 2, p. 244 ss.). La confusione terminologica, inevitabilmente, è specchio di una confusione concettuale. Infatti, mentre alcune di queste attività sono oramai considerate attività lavorative (es. *crowdwork*; *working on-demand via apps*), altre non hanno nulla a che fare col diritto del lavoro (es. AirBnB; BlaBlaCar) (sul punto sia consentito il rinvio a TUFO, *Il lavoro nella* sharing economy *tra qualificazione del rapporto, dimensione transnazionale e relazioni industriali*, *paper* presentato al Convegno internazionale di studio su *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Brescia, 12-13 ottobre 2017).

[943] Tra i casi più noti va ricordato in Italia il Movimento 5 Stelle, che da sempre fa uso del *web* e di una propria piattaforma (la piattaforma Rousseau) quali strumenti di aggregazione e partecipazione politica.

Questi fenomeni socio-politici sembrano, insomma, segnare l'inizio di una nuova era della società moderna e sono anch'essi effetto di un'esigenza di modificare alcuni dei pilastri di quella novecentesca attraverso un cambio di paradigma che ha portato, neanche tanto lentamente, a riprodurre una replica quasi perfetta della realtà fisica nella quale viviamo. Le spinte ideali che li hanno determinati trovano le proprie radici, probabilmente, in una differente idea dell'individuo e del suo ruolo nella società che nasce da una (forse malintesa o forse più ampia) idea di libertà; essa ha messo in discussione ogni tipo di mediazione tra individuo e società in tutti gli ambiti, finanche nelle forme di accesso alla conoscenza, provando a eliminare, nei limiti del possibile e a volte anche oltre questi limiti, le regole e i loro "sacerdoti". Questa disintermediazione ha determinato un effetto di spiazzamento per alcuni dei protagonisti della società novecentesca, come gli intellettuali e i corpi intermedi in generale, che della formazione e dell'informazione erano stati i custodi nel secolo scorso; poi, che il risultato finale di questo processo sia stato probabilmente differente rispetto alle intenzioni di chi, più o meno consapevolmente, ha iniziato questo percorso e che l'assoluta libertà desiderata si sia trasformata nella dittatura dell'algoritmo, è altro discorso.

In questo panorama, il rapido evolversi delle tecnologie, oltre ad abbassare il costo del lavoro per unità di prodotto, ha anche drasticamente ridotto, fino quasi ad azzerarli, i tempi ed i costi della comunicazione e dell'informazione, contribuendo a creare un'economia globale ad alta intensità tecnologica; perciò, ripercorrendo i passaggi di quella distinzione tra "tecnica" e "tecnologia" che già era stata acutamente effettuata da Gaetano Vardaro a proposito della rivoluzione tecnologica degli anni '80 del secolo scorso[944] e riconoscendo che l'era digitale ha determinato una rivoluzione non solo tecnologica ma soprattutto mentale[945], si può provare a volgere lo sguardo al tema delle trasformazioni del lavoro nell'impresa in quest'epoca con la speranza di riuscire a scattare una fotografia dai contorni non troppo sfocati.

Infatti, questi fenomeni si sono inseriti nell'ambito del già avanzato declino del paradigma taylor-fordista, avvenuto a favore di un nuovo modello produttivo secondo il quale l'impresa non si organizza più per contiguità ma "per connessione"[946]: l'immagine tipica è quella dell'impresa a rete, composta di una pluralità di centri produttivi distanti, per quanto collegati attraverso le infrastrutture di comunicazione e trasporto e con rapporti commerciali anche molto intensi per quanto riguarda gli effetti che possono determinare sui rapporti di lavoro. Queste imprese crescono dimagrendo[947] e, inserendo continuamente nel processo produttivo tecnologie *labour-saving* che determinano successivi ridimensionamenti organizzativi, non solo non hanno creato occupazione ma l'hanno divorata. A tal fine, l'analisi del lavoro nell'impresa digitale va effettuata inforcando lenti che permettano di scrutare attentamente le modalità attraverso le quali essa si organizza proprio grazie agli strumenti digitali. Non c'è dubbio che l'universo da indagare sia estremamente frammentato e variegato, con differenze talmente grandi da impedire anche solo di provare a effettuare un inquadramento sistematico comune. Tuttavia, questi fenomeni sembrano avere un

---

[944] V. VARDARO, *op. cit.*, 241.

[945] BARICCO, *The game*, Einaudi, 2018, *passim*.

[946] Secondo alcuni (già REVELLI, *Economia e modello sociale nel passaggio tra fordismo e toyotismo*, in INGRAO P. - ROSSANDA R. (a cura di), *Appuntamenti di fine secolo*, Manifestolibri, Roma, 1995, 161), questi ultimi non sarebbero altro che uno sviluppo del fordismo, soprattutto per quanto riguarda il rapporto gerarchico tra lavoratore e datore, "una radicalizzazione del taylorismo. Come una sorta di fordismo potenziato". Per l'analisi del fenomeno moderno in questo stesso senso v. SUNDARARAJAN, *The sharing economy*, Mit Press, 2016.

[947] REVELLI, *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, 1997, 51.

dato che li tiene insieme, ovvero la sostanziale negazione del principio contenuto nella Dichiarazione di Philadelphia del 1944 secondo la quale il lavoro non è una merce. Difatti, spesso in questi fenomeni le persone che lo offrono vengono trattate come tali nonostante il fattore lavoro non possa essere equiparato agli altri fattori della produzione per la circostanza che esso è indivisibile dalla persona che lo presta. D'altro canto, è interessante notare che "molte merci ricevono protezione e cure (sia da parte dei privati che dello Stato) tanto da far invidia a non pochi lavoratori subordinati e autonomi […] Forse sarebbe meglio considerarlo una merce, ma una merce tanto pregiata da richiedere l'applicazione di norme di effettiva tutela da parte di chi intenda utilizzarla a partire dal principio, oggi tanto affermato quanto disatteso, per cui il suo costo minimo sia tale da garantire, a chi lo presta, una vita libera e dignitosa"[948].

La ragione socio-economica che spiega l'iper-sfruttamento di molti lavoratori coinvolti in questi cicli produttivi può, allora, essere individuata nel fatto che gli strumenti offerti dalla digitalizzazione della società garantiscono all'imprenditore un esercito di riserva di lavoratori disponibili al momento in cui ne ha bisogno e la possibilità di dimenticarsene una volta che la prestazione si è conclusa, con una serie di microcontratti indipendenti[949], una sorta di modello "usa e getta" incompatibile con i principi fondanti del diritto del lavoro. Del resto, come autorevole dottrina ci ha da tempo insegnato, l'uso della tecnologia nel diritto del lavoro non è mai neutra[950] e anche in questo caso i rapporti di forza che sono alla base della relazione lavorativa non sono usciti inalterati ma si sono ulteriormente squilibrati a favore di chi questa tecnologia la domina in quanto titolare dei mezzi della produzione e hanno permesso, così, una facile elusione delle regole (anche essenziali) del rapporto.

2. Aziendalizzazione del diritto del lavoro e *digital economy*.

Il lavoro della *gig economy*[951] costituisce una spia di quanto si sta già verificando da diversi anni perché sfrutta l'assenza (o "aterritorialità") del datore di lavoro, ruolo talvolta confuso con quello dell'algoritmo che gestisce la piattaforma stessa, *fictio* utile a scaricare le responsabilità economiche dell'assenza di lavoro sulle spalle dei lavoratori. Tali questioni si incrociano con i problemi giuridici derivanti dalle ridotte tutele di cui godono i lavoratori delle imprese economicamente dipendenti da quella principale a livello sia nazionale sia, soprattutto, sovranazionale. È il fenomeno della cd. aziendalizzazione del diritto del lavoro, effetto diretto della globalizzazione e della perdita di centralità dello Stato e della legge, sua fonte normativa tipica, che ha determinato lo sviluppo di un ordine de-legalizzato[952]. La perdita di centralità dello Stato nella disciplina dei rapporti di lavoro[953] ha determinato la sua parziale sostituzione funzionale da parte delle aziende transnazionali, spazio (appunto) virtuale e privo di controllo da parte degli Stati, che impone standard normativi con i quali devono confrontarsi anche le imprese nazionali per poter competere sul mercato globale. In questo modo, pian piano, l'interesse aziendale ha colonizzato quello generale, facendoli coincidere anche dogmaticamente.

---

[948] LOY G., *La professionalità*, in *RGL*, 2003, I, 772-773.
[949] LOI, *Il lavoro nella gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, 2017, 265.
[950] VARDARO, *op. cit.*, 306.
[951] DE STEFANO, *The rise of the just-in-time workforce: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the gig-economy*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, vol. 37, no. 3, 471.
[952] BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *LD*, 2013, 213.
[953] BAYLOS GRAU, *Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y proyecto*, in *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1999, n. 15, 23.

La digitalizzazione dell'economia e l'aziendalizzazione del diritto del lavoro sono andate a braccetto in quanto le imprese moderne si erano già profondamente rimodellate a seguito della finanziarizzazione dell'economia ma, con la digitalizzazione della società, sono diventate per molti aspetti astratte, liquide, artificiali, in un solo termine, immateriali. Tuttavia, è indispensabile per i giuristi domandarsi se sia possibile per l'ordinamento accettare che l'impresa diventi immateriale e, più in particolare, per i giuslavoristi che lo diventi una delle due parti del contratto (v. *infra* par. 5).

Questi fenomeni hanno operato congiuntamente e hanno ricevuto una tale eco nel lessico giuridico che si è fatto riferimento ai rischi ai quali sono sottoposti i lavoratori che operano in questa economia coniando nuovi termini, come quello di "uberizzazione" dei rapporti di lavoro; peraltro, non è un caso che il simbolo di questo fenomeno si sia sviluppato nell'ambito dei trasporti se è vero che in molte occasioni è stato proprio quello il settore che per primo ha messo in discussione alcuni pilastri tipici del diritto del lavoro: si pensi ai noti casi dei barrocciai dei primi del novecento, dei pony express degli anni '80 e quello, appunto più recente, di *Uber*[954].

Le imprese digitali hanno approfittato, infatti, del fenomeno descritto nel paragrafo precedente, favorito anche dalle moderne riforme del diritto del lavoro, legandolo con un altro molto più antico, che ci riporta quasi agli albori del lavoro industriale. Come accade oggi per molti lavoratori coinvolti nell'economia digitale, anche agli inizi del novecento il lavoro a domicilio era stato, infatti, dipinto come un luogo di libertà rispetto a quello in fabbrica[955]; i lavoratori e, soprattutto, le lavoratrici a domicilio erano state fatte sentire diverse dai lavoratori subordinati, come delle produttrici, portatrici di uno *status* sociale più elevato, perché caratterizzato da una maggiore autonomia. Ovviamente si trattava di una libertà del tutto teorica, se è vero che c'è stato bisogno di una legge nel 1958 (peraltro quasi del tutto riscritta nel 1973) per raddrizzare almeno parzialmente queste storture, introducendo la presunzione della subordinazione nel lavoro a domicilio e restituendo a questi lavoratori alcune delle tutele che meritavano, facendo prevalere il dato sostanziale su quello giuridico-formalistico.

Oggi come allora non si può sottovalutare la rilevanza che l'aspetto psicologico e la retorica della libertà e dell'autonomia hanno avuto nell'espandersi di questi fenomeni che, da un lato, hanno affascinato le giovani generazioni con l'illusione di avere meno vincoli nella loro vita lavorativa ma, dall'altro, gli hanno nascosto che lo scambio sarebbe avvenuto con il fatto che proprio su di essi sarebbe ricaduto il peso di sopportare il rischio economico della mancanza del lavoro, pur non potendo incidere su di esso in alcun modo. L'accettazione del rischio della mancanza di lavoro, vista nella prospettiva della loro presunta libertà di scegliere se accettare oppure no un determinato lavoro, costituisce proprio uno dei nodi centrali sia dal punto di vista economico sia da quello giuridico del fenomeno[956], che ha portato parte della giurisprudenza a qualificare questi lavoratori come autonomi, effettuando un'operazione quasi inversa rispetto a quella barassiana che individuava questo come effetto della mancanza di subordinazione e non di certo come un indice.

---

[954] VOZA *Il lavoro e le piattaforme digitali:* the same old story?, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT – 336/2017.*
[955] GAETA, *Lavoro e distanza e subordinazione*, ESI, 1993, 14.
[956] Sul tema del rischio si v. l'interessante contributo di LOI, *op. cit.*, 259.

Non può stupire allora che molte analisi sul lavoro che si sviluppa attraverso le piattaforme digitali si siano focalizzate sul tema della qualificazione del rapporto di lavoro[957]. Il tema della subordinazione è difatti centrale, anche dal punto di vista dogmatico, a condizione però che essa venga interpretata alla luce delle nuove forme in cui si esprime e, quindi, senza dimenticare che la sua essenza continua a "risiedere nell'elemento dell'alienazione"[958]. D'altro canto, però, la questione non deve essere sopravvalutata per almeno due ordini di motivi. Da un lato, il dilemma tra subordinazione e autonomia del rapporto di lavoro ha perso parte della sua drammaticità nel diritto del lavoro italiano a seguito della profonda riduzione delle tutele nel rapporto di lavoro subordinato; non si vuole assolutamente negare che le differenze di garanzie tra i due tipi di rapporti esistano e siano ancora notevoli ma oggi, rispetto a qualche anno fa, rientrare nell'uno o nell'altro non significa più passare dal "paradiso" delle tutele "all'inferno" della loro assenza assoluta. Dall'altro, per quanto le ragioni sociali siano molto rilevanti, stavolta dal punto di vista simbolico, forse non sono altrettante significative da quello quantitativo perché la percentuale di *riders* nel mercato del lavoro italiano non può che essere marginale e fisiologicamente temporanea, riguardando una fetta del mercato tendenzialmente destinata a transitare per brevi periodi in questo tipo di occupazioni. Ovviamente, questo dato non può in alcun modo costituire un alibi per continuare a sfruttare questi lavoratori, anzi era indifferibile un loro coerente inquadramento sistematico, compito che è stato delegato a lungo solamente alla giurisprudenza, che ha affrontato le prime controversie giungendo a risultati contrastanti e insoddisfacenti, com'era peraltro facilmente prevedibile.

Per questo motivo, talvolta può essere meno utile per i lavoratori, sul piano pratico, puntare al riconoscimento della natura subordinata del rapporto piuttosto che provare a stabilire l'esistenza di un rapporto con il datore di lavoro "sostanziale" invece che con quello formale, vicenda giuridica che si può verificare con una certa frequenza in diverse ipotesi di datori di lavoro "digitali". Del resto, anche i modelli imprenditoriali presenti nella *digital economy* sono molto differenziati e, ai meri fini di una maggior chiarezza espositiva, può risultare utile una schematizzazione tra due tipi di modelli[959]: uno trilaterale che si caratterizza per il classico rapporto a tre tra piattaforma, lavoratore e cliente e un altro quadrilaterale, all'interno del quale si inserisce un ulteriore soggetto imprenditoriale, con il quale la piattaforma intrattiene rapporti di natura commerciale. Ovviamente questa suddivisione, come si diceva, ha soprattutto finalità descrittive e non deve essere interpretata in maniera rigida, anche perché esistono imprese molto note, come *Uber*, che utilizzano alternativamente l'uno o l'altro modello: nel primo, gli autisti di *Uber* sono proprietari delle macchine e collaborano direttamente con la piattaforma[960] mentre nel secondo, essa stringe rapporti commerciali con cooperative che, a loro volta, assumono gli autisti in proprio.

Evidentemente, entrambi i modelli devono fare i conti con i principi vigenti di diritto del lavoro e, in particolare, nel modello trilaterale il principale problema giuridico che viene a galla riguarda la qualificazione del rapporto di lavoro mentre in quello quadrilaterale è l'individuazione del datore

---

[957] Tra gli altri v. BIASI, *Dai pony express ai* riders *di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in *Working Paper Adapt*, no. 11; PERULLI, 2017, *Lavoro e tecnica al tempo di* Uber, in *RGL*, 195.

[958] VARDARO, *op. cit.*, 299 e, in giurisprudenza, la nota sentenza della Corte cost. 5 febbraio 1996, n. 30.

[959] LOFFREDO-TUFO, *Digital Work in the Transport Sector: in Search of the Employer*, in *Work Organisation, Labour & Globalisation*, vol. 12, no. 2, 2018, 23.

[960] ALOISI, *Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of 'on-demand/gig-economy' platforms*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, vol. 37, no. 3, 672-673.

di lavoro sostanziale: quest'ultima indagine è tuttora poco frequentata dai giuslavoristi mentre per la prima si susseguono ormai con una certa frequenza le pronunce giurisprudenziali e i contributi della dottrina in molti ordinamenti giuridici.

3. Subordinazione e autonomia nel lavoro digitale.

La giurisprudenza chiamata in causa a valutare la natura subordinata oppure autonoma del rapporto ha riguardato principalmente due figure di lavoratori: i *riders* e gli autisti di *Uber*. Queste controversie hanno conquistato gli onori delle cronache accademiche e della stampa anche per la visibilità sociale di questi lavoratori e del conflitto che sono riusciti a innescare, nonostante si trovino in una situazione di estrema precarietà e debolezza contrattuale. Pur senza entrare a fondo nel tema della natura giuridica del rapporto, vanno analizzati alcuni aspetti delle argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza nazionale e comparata perché risultano interessanti anche per l'altra questione, ovvero quella dell'individuazione del datore di lavoro "genuino" nei rapporti commerciali che vedono coinvolte le imprese digitali.

A tali fini può essere utile rammentare che la giurisprudenza tende a collegare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'esercizio concreto dei poteri datoriali e con l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale in modo strutturale[961] e non meramente funzionale. Inoltre, parte di essa[962] tende a riconoscere la sussistenza del potere di direzione anche nella mera possibilità di indirizzare le direttive ai lavoratori, almeno in alcuni contesti organizzativi e a seconda del contenuto professionale della prestazione[963]. Di conseguenza, anche quando la piattaforma non esercita espressamente il potere direttivo in modo classico, la mera esistenza di una connessione *online* con i lavoratori ne può presupporre il potenziale esercizio e, di conseguenza, la subordinazione. Discorso simile può farsi per gli altri due poteri: quello di controllo viene sempre più spesso esercitato sull'esito della prestazione, collegandolo alle direttive del datore di lavoro fornite all'inizio dell'esecuzione[964] e risulta rafforzato dall'uso del Gps[965], per cui ben più invasivo di quello classico[966]. Evidentemente anche il potere disciplinare può essere esercitato in maniera peculiare, ad esempio attraverso la possibilità di venire disconnessi dall'applicazione dello *smartphone* per averne violato i termini e le condizioni[967]; altra forma "anomala" di esercizio di questo potere, almeno potenziale[968], è poi il sistema di valutazione (*rating*) operato non dal datore ma dai clienti.

---

[961] Cass., 11 ottobre 2017, n. 23846, in *www.cortedicassazione.it*

[962] Cass., 27 ottobre 2016, n. 21710, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., 26 agosto 2013, n. 19568, in *www.cortedicassazione.it*

[963] ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, in SCHLESINGER (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 25; MARIMPIETRI, 2009, *Il lavoro subordinato*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, 34.

[964] Tra la giurisprudenza v., tra le altre, Cass., 27 novembre 2002, n. 16805, in *www.cortedicassazione.it*; in dottrina già da tempo sul telelavoro v. GAETA, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1995, 552; NOGLER, *Lavoro a domicilio*, in Schlesinger P. (ed.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2000.

[965] Elemento valorizzato dalla Cassazione francese, secondo quanto riporta SPINELLI, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*, in *RGL*, II, 2019, 83 ss., nota 13.

966 DE STEFANO, *op. cit.*

[967] V. *Section 12.2 Uber Technology Services Agreement*, consultabile all'indirizzo *http://ucustomersupport.com/wp-content/uploads/2016/01/Uber-Driver-Terms-and-Conditions.pdf*. In dottrina sulla questione BIRGILLITO, *Lavoro e nuova economia: un primo approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, no. 2, 2016, 73.

[968] ZOPPOLI L., *Contratto di lavoro, subordinazione e organizzazione*, in ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Mercato, contratti e rapporti di lavoro*, vol. 3, II ed., 2015, 64.

Insomma, si sono profondamente modificate le forme che riguardano i rapporti gerarchici all'interno dell'impresa, riducendo, ad esempio, gli spazi classicamente di competenza del potere organizzativo[969], devolvendo il potere di controllo a strumenti digitali e quello disciplinare ai clienti, ovvero il controllo è diventato di sistema. L'arretramento dei poteri imprenditoriali nel rapporto di lavoro è, insomma, solo formale e sembra ampiamente giustificato dal fatto che essi non sono più necessari all'imprenditore in questo tipo di organizzazioni, caratterizzate come sono da una molteplicità di contratti (commerciali, autonomi o subordinati ma precari) stipulati con soggetti la cui diligenza viene garantita dalla necessità di avere una retribuzione decente, anche se per periodi estremamente brevi. Si sta, perciò, portando a conclusione quel passaggio che ci ha condotto, neanche tanto lentamente, dall'alienazione tipica della fabbrica fordista alla precarizzazione del lavoro e quindi della vita: com'era stato già brillantemente notato negli anni '80, una "riduzione obbiettiva della subordinazione tecnica, … si traduce in una crescita soggettiva della subordinazione di tipo esistenziale"[970].

Questa situazione di evidente subordinazione sia dal punto di vista dell'eterodirezione sia da quello socio-economico, è stata ignorata da buona parte della giurisprudenza che si è trovata di fronte alla difficoltà di inquadrare questi modelli organizzativi; molti giudici hanno preferito la via del formalismo, attaccandosi alle interpretazioni classiche riguardanti la subordinazione, talvolta giungendo addirittura all'estremo di dare peso al *nomen iuris* di un contratto firmato dalle parti in condizioni di evidente squilibrio; insomma, si sta scegliendo di applicare vecchie tecniche giuridiche a rapporti la cui subordinazione si esprime attraverso nuove modalità, in maniera non dissimile rispetto a quando si volle adattare lo schema della *locatio operarum* al nascente rapporto di lavoro industriale, non volendo guardare la novità che la realtà sociale stava mostrando di fronte agli occhi di tutti, anche dei giuristi. Le forme attraverso le quali si esercitano i poteri potranno essere pure cambiate ma l'intensità della subordinazione non è affatto diminuita, semmai è vero il contrario.

Per questi motivi, è piuttosto agevole criticare la giurisprudenza che ha negato la natura subordinata di questi rapporti, così come quella che ha provato equilibrismi ermeneutici per trovare soluzioni intermedie, comunque insoddisfacenti.

Com'è noto, i Tribunali di Milano e di Torino hanno negato con le loro sentenze la subordinazione ai *riders*[971], utilizzando come argomento decisivo in tal senso il fatto che dal loro contratto di collaborazione non deriverebbe alcun obbligo a lavorare e nemmeno a essere reperibili, spettando a loro completamente la scelta se lavorare oppure no; questa ricostruzione dei giudici di primo grado prescinde anche dal fatto che questa disponibilità a lavorare doveva essere espressa sempre nell'ambito degli *slots* fissati dalla piattaforma e che, in caso di ripensamento rispetto a una disponibilità precedentemente offerta, si riduce la "fedeltà" con possibili conseguenze sulle future attribuzioni[972]. Questa circostanza sarebbe incompatibile, secondo i giudici, con la sotto-

---

[969] SANTOS FERNÁNDEZ, *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, 2005, 103-112.
[970] VARDARO, *op. cit.*, 300.
[971] Trib. Torino, Sez. lav., 7 maggio 2018, in *DeJure*; Trib. Milano, Sez. lav., 10 settembre 2018, *ivi*.
[972] SPINELLI, *op. cit.*; TURRIN, *Dopo il Tribunale di Torino anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*, in *Labor*, 2018, 20 ottobre.

posizione al potere di eterodirezione e sarebbe corroborata da altri elementi indiziari come l'utilizzo di un mezzo proprio e l'insussistenza di un corrispettivo fisso; ci troveremmo di fronte, insomma, a fattorini completamente autonomi, al punto che ne andrebbe esclusa anche che la loro configurabilità come collaboratori etero-organizzati con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, secondo la redazione originaria dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015[973], in quanto i tempi sarebbero completamente nelle mani dei lavoratori. Quest'approccio non può essere, però, condiviso non solo perché dimentica quella giurisprudenza[974] che riconosce l'esistenza della subordinazione quando essa si presenta meramente durante l'esecuzione della prestazione, considerando la scelta di lavorare oppure no un elemento esterno al contenuto del rapporto ma, più in generale, perché mostra un'assoluta insensibilità al fenomeno sociale che si trova a giudicare e non effettua alcuno sforzo per cercare di comprenderne le reali situazioni di dipendenza (anche giuridica) che lo caratterizzano.

La Corte di appello di Torino[975], invece, si è calata maggiormente nel fenomeno reale anche se ha scelto quale norma giuridica da applicare proprio l'art. 2 d.lgs. 81/2015 riguardante le collaborazioni etero-organizzate[976]. Al di là del dibattito sul valore sistematico della norma[977], va di certo salutata positivamente l'opzione interpretativa della Corte d'appello che ha puntato, almeno, a un'estensione delle tutele del lavoro subordinato a queste fattispecie di confine dal punto di vista dell'esecuzione della prestazione[978]. Tuttavia, per raggiungere quest'obiettivo essa ha scelto di inerpicarsi su un terreno piuttosto scivoloso, quello dell'individuazione di un *tertium genus* tra la subordinazione e l'autonomia distinguendo la prima per la sottoposizione al potere gerarchico, la seconda per l'esistenza di un coordinamento consensualmente definito e il *tertium* per un'etero-organizzazione non definita consensualmente[979]. L'effetto di questa scelta è stato di non applicare per intero la disciplina protettiva del lavoro subordinato alla fattispecie, come invece sembra dire espressamente la norma. Infatti, la Corte ha scelto, non senza un certo grado di opinabilità, di garantire ai *riders* solo alcune selezionate tutele, quali quelle riguardanti la retribuzione, la sicurezza e salute nel luogo di lavoro, le ferie, la previdenza e i limiti di orario mentre, piuttosto arbitrariamente, esclude quelle sui licenziamenti in base alla sorprendente affermazione che non è stata riconosciuta la natura subordinata del rapporto. Da tale argomentazione si dovrebbe evincere che solo la tutela contro il recesso costituisca una caratteristica del lavoro subordinato mentre, ad esempio, la retribuzione prevista dal contratto collettivo o le ferie no; ne fuoriesce così una disciplina del lavoro subordinato a pezzi difficilmente giustificabile anche dal punto di vista formale, oltre che sostanziale.

---

[973] Tale disposizione, come da ultimo modificata dall'art. 1 D.L. n. 101/2019, conv. in l. n. 128/2019, prevede nello specifico che "si 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".

[974] Cass., 13 febbraio 2018, n. 3457 in *www.cortedicassazione.it*.

[975] App. Torino, Sez. lav., 4 febbraio 2019, in *DeJure*.

[976] CARABELLI-SPINELLI, *La Corte d'appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *RGL*, II, 2019, 91 ss. e BASSETTI, *I riders ai confini della subordinazione: la Corte d'Appello di Torino indica una strada ma lascia aperti molti dubbi*, in *Diritti&Lavoro flash*, n. 2, 2019, 12 ss.

[977] Sul quale v. ZOPPOLI L., *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 296/2016*, nonché VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Supplemento al n. 12/2015 di *MGL*.

[978] CARABELLI-SPINELLI, *op. cit.*

[979] CARABELLI-SPINELLI, *op. cit.*

Insomma, si ha la sensazione che, anche quando viene posta la corretta attenzione alle novità che il fenomeno presenta, il problema venga trattato con lo stesso approccio che caratterizzò la giurisprudenza sui *pony express* di oltre trent'anni fa[980], che a sua volta ricorda quella dei barrocciai di inizio secolo[981], mentre andrebbe fatto lo sforzo giuridico di valorizzare il "profilo soggettivo del diritto del lavoro [che] significa, quindi, innanzitutto considerazione intrecciata della subordinazione tecnica e di quella esistenziale"[982], attraverso un'interpretazione evolutiva e non formalistica dei suoi requisiti[983].

4. Verso un'uberizzazione del diritto del lavoro?

Solo parzialmente sovrapponibile alla giurisprudenza sui *riders* è quella riguardante gli autisti di *Uber* perché, tranne in rari casi, essa non ha avuto come oggetto principale la tematica della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro ma, più in generale, le caratteristiche imprenditoriali della piattaforma da parte, tra gli altri, di giudici italiani[984], spagnoli[985], inglesi[986] (v. *infra*), statunitensi[987] e anche della Corte di giustizia UE[988]. Quest'ultima, in particolare, si è occupata della questione riguardante il settore merceologico nel quale essa deve essere considerata operativa, al fine di individuare la disciplina normativa da applicare, e ne ha negato la qualificazione come impresa digitale, a favore di quella d'impresa di trasporti, a seguito di considerazioni giuridiche talmente intuitive da apparire banali, come ad esempio il fatto che se i suoi autisti sono in concorrenza con i taxi allora anche la piattaforma lo è, perché inscindibile è il suo nesso con gli autisti[989], senza i quali *Uber* non esisterebbe[990]. In tal senso, sempre la CGE ha segnalato anche l'irrilevanza della proprietà dei mezzi al fine di qualificare l'impresa come digitale o di trasporti, considerazione che si può agevolmente, e a maggior ragione, estendere anche al fine della qualificazione

---

980 TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 2.

981 VOZA *op. cit.*

982 VARDARO, *op. cit.*, 301, come avvenuto in Spagna dove si è valorizzato l'elemento dell'alienità del risultato (che però costituisce un indice della subordinazione secondo l'*Estatuto de los Trabajadores*,). Sulle sentenze spagnole v. PACELLA, *Alterità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *LLI*, n. 4, 2018, 61; PÉREZ REY, *Son los riders trabajadores?, Comentario a los primeros escarceos judiciales en torno a las identidades debiles de la economia uberizada*, in www.actumsocial.es , 2018, 2.

983 ROMAGNOLI, *Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)*, in *DLM*, 2018, 195.

984 Trib. Roma, Sez. IX, 7 Aprile 2017, in *DeJure*; Trib. Torino, Sez. I, 22 Marzo 2017, in *DeJure*; Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 1 marzo 2017, in *DeJure*; Trib. Milano, ord., Sez. spec. Impresa, 9 luglio 2015, in *RIDL*, 2016, no. 1, II, 46 ff.; Trib. Milano, ord., Sez. spec. Impresa, 25 maggio 2015, in *DeJure*.

985 Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigesimoctava, 23.1.2017, n. 15, in *http://cdn.elindependiente.com/wp-content/uploads/2017/02/auto_uber.pdf*.

986 Per una ricostruzione in chiave comparata v. DE STEFANO, *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, 2017, 241.

987 Il tribunale di ultima istanza dello Stato di *New York* ha recentemente riconosciuto, con una sentenza del 12 luglio 2018, tre autisti di *Uber* come dipendenti della piattaforma e ha obbligato quest'ultima a pagare i contributi non corrisposti per l'intero rapporto. La decisione è consultabile in http://uiappeals.ny.gov/uiappeal-decisions/596722-appeal-decision.pdf.

988 C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL*, in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd79aed293274c44bcae02ba0c72d956f5.e34Kax-iLc3qMb40Rch0SaxyNaNn0?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=834073*

989 Trib. Roma, Sez. IX, 7 Aprile 2017; Trib. Milano, ord., Sez. spec. Impresa, 9 luglio 2015, punto 4.3; Trib. Milano, ord., Sez. spec. Impresa, 25 maggio 2015, in *DeJure*.

990 Punto 56 dell'opinione dell'Avvocato Generale Szpunar del 11.5.2017, Case C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL*, especially points 41 ff., in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=834582*

giuridica del rapporto di lavoro.

I due piani si sono sovrapposti parzialmente nel noto caso inglese *Aslam and Farrar v. Uber*[991], le cui conclusioni sono state confermate dalla sentenza di appello dell'*Employment Appeal Tribunal* di Londra del 10 novembre 2017[992], nel quale è stato riconosciuto agli autisti ricorrenti la qualificazione giuridica di *workers* (anche se non quella più pregnante di *employees*) dell'impresa americana nel Regno Unito. Le ragioni di fondo che sostengono tale decisione sono riassumibili nel fatto che *Uber*, decidendo d'imperio le tariffe e non permettendo all'autista di cambiarle, impone molteplici condizioni (tra cui addirittura il percorso da seguire) e stabilisce un sistema di *rating* della prestazione degli autisti che si può paragonare all'esercizio dei poteri di controllo e di valutazione della prestazione, con possibili sanzioni disciplinari aventi effetti anche sulla retribuzione.

La sentenza d'appello londinese ha sottolineato, poi, soprattutto l'obbligo contrattuale per gli autisti di accettare almeno l'80% dei tragitti proposti, il che determina di fatto una esclusività nella committenza perché per essi diventa impossibile avere rapporti contrattuali con altre imprese di trasporti. Pertanto, come anche per i *riders*, gli autisti non possono essere considerati né piccoli imprenditori né lavoratori autonomi, visto che possono vedere aumentare i propri guadagni solamente passando più tempo al volante, così come i lavoratori dipendenti possono avere un salario maggiore solo lavorando di più o facendo lavoro straordinario, concetto che dovrebbe essere completamente estraneo al lavoro autonomo. Usando le parole della Corte di Giustizia che si è occupata di una controversia che vedeva la piattaforma come parte in causa, "Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti [fissando] … il prezzo massimo della corsa, che tale società riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo e che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione"[993].

Sono ormai tante le pronunce di diversi giudici nazionali che hanno messo in evidenza come *Uber* non possa essere considerata semplicemente una piattaforma digitale ma necessariamente qualcosa di più[994], infatti, le argomentazioni contenute in molte di esse toccano punti cruciali dell'organizzazione della piattaforma, sottolineando in particolare come essa non si limiti alla selezione degli autisti, specificando il tipo di macchina che deve essere utilizzata, ma ne controlli le attività attraverso il sistema di *rating* e la decisione del prezzo e del percorso di ogni singola corsa[995],

---

[991] Sentenza del 28 ottobre 2016, https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf

[992] https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf

[993] Punto 39 della citata sentenza C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL*.

[994] Considerazioni simili sono riscontrabili in alcuni casi statunitensi come *Berwick v. Uber Technologies Inc.*, 3 giugno 2015, *Case* n. 11 – 46739 EK, *Labor Commissioner* dello Stato di California, punto 9, in *https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical*, e, con riferimento a *Lyft*, *in Cotter v. Lyft Inc.*, no. 13 – cv - 04065 - VC, 2015 WL 1062407, consultabile in *http://www.lyftdriverlawsuit.com/courtdocs*.

[995] Cfr. C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi, v. Uber Systems Spain SL*; *Audiencia Provincial Civil de Madrid*, *Sección Vigesimoctava*, 23 gennaio 2017, n. 15, punti 89-90. V. anche l'opinione dell'Avvocato Generale Szpunar del 11 maggio 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL*, punti 41 ss., in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=834582*

caratteristiche che fanno dubitare fortemente – anche in ordinamenti giuridici molto diversi gli uni dagli altri – che essa non costituisca il vero datore di lavoro degli autisti.

5. L'individuazione del datore di lavoro nelle imprese digitali.

Come si è anticipato, nel modello quadrilaterale, che coinvolge piattaforma, impresa partner, lavoratore e cliente, la questione giuridica più rilevante è l'individuazione dell'imprenditore/datore di lavoro reale; a tal fine, spesso non è sufficiente la disciplina giuslavoristica per risolvere la questione ma è indispensabile l'esame dei contratti che coinvolgono rapporti commerciali tra imprese, anche perché spesso i legami tra esse sono talmente stringenti da fare ritenere che sussista una dipendenza economica per le imprese "satellite" rispetto a quella principale. Questo elemento diventa, poi, particolarmente significativo nelle reti piramidali in cui si condividono, formalmente o sostanzialmente, anche le prestazioni dei lavoratori[996] perché ne può derivare come effetto l'esercizio di un duplice potere di controllo da parte dell'impresa principale: sia sull'impresa dipendente sia sui lavoratori, attraverso l'esercizio di caratteristiche tipicamente datoriali nel rapporto di lavoro che fanno almeno dubitare che l'impresa a capo della piramide intrattenga relazioni giuridicamente rilevanti esclusivamente con le altre imprese e non anche con i lavoratori. In effetti, in molte occasioni il potere direttivo e quello disciplinare vengono sì esercitati dal datore di lavoro formale ma per conto delle imprese collegate, quello di controllo viene effettuato direttamente sulla base dei risultati delle prestazioni dei lavoratori e i profitti sono condivisi tra i datori di lavoro, sia formale sia sostanziale[997], spesso in modo poco equilibrato. La confusione di ruoli, nonché della titolarità di obblighi e diritti, aumenta ulteriormente quando l'impresa principale impone alle partner delle clausole di esclusività che gli impediscono di fatto (e talvolta anche di diritto) di partecipare attivamente nel mercato e di avere un vero e proprio rischio d'impresa. Non può essere un caso, allora, che l'unico dato normativo del nostro ordinamento nel quale si fa espresso riferimento alla nozione di "codatorialità", anche se con la principale finalità di permettere che un lavoratore possa essere soggetto ai poteri di più datori, si ritrovi proprio all'interno della legge 33/2009 in cui è disciplinato il contratto di rete.

Invece, vale la pena rammentare che, negli altri casi, la dottrina commercialistica che si è occupata dell'art. 2082 cod. civ.[998] non ha mai messo in discussione il riferimento all'organizzazione aziendale[999] e al rischio a proprio carico quali caratteristiche indefettibili dell'imprenditore. Entrambi questi dati giuridici sono stati ritenuti quasi ontologici della figura dell'imprenditore, a prescindere dall'ordinamento giuridico analizzato; quindi, a maggior ragione all'interno di uno stesso ordinamento, la figura di datore usata dalla giurisprudenza giuslavoristica non poteva che fare riferimento alle basi fissate in quella di diritto commerciale, cioè alla necessità di trovarsi sempre di fronte a un soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata accollandosene i rischi e, per tale motivo, viene tutelato anche nella Costituzione. Infatti, in caso di assenza di una delle suddette prerogative (il binomio organizzazione aziendale e rischio a proprio carico), il giudice del lavoro è obbligato a ricercare l'imprenditore genuino per imputargli la titolarità del rapporto di lavoro.

---

[996] SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *DLRI*, 2010, 38.
[997] SPEZIALE, *op. cit.*, 47.
[998] MINERVINI *L'imprenditore. Fattispecie e statuti senza data*, Napoli, 1966; BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. Dir. Comm.*, Torino, 2002; GRAZIANI MINERVINI, BELVISO, SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2015, 35 ss.
[999] CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, vol. II, 2012, 25.

La situazione modificatasi dopo il d.lgs. 276/2003 ha determinato che l'appalto nel diritto del lavoro possa risultare anche solamente "dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori", operando così una decisa frattura tra la nozione commercialistica d'imprenditore e quella lavoristica di datore di lavoro, una divaricazione difficilmente giustificabile sul piano logico e sistematico. Questo goffo tentativo di separazione da una nozione derivante dal diritto commerciale perseguiva l'obiettivo di ricondurre l'imprenditorialità della prestazione dedotta in contratto nella somministrazione interamente nell'attività di preparazione e di gestione del rapporto di lavoro, ricostruendo la vera differenza con l'appalto nella circostanza secondo cui l'organizzazione dei mezzi necessaria per poter configurare l'appaltatore come imprenditore genuino fosse ricavabile *in ogni caso* anche dal mero esercizio del potere organizzativo.

Peraltro, guardando la vicenda anche da altra prospettiva, la stessa nozione di subordinazione, se legata esclusivamente all'esercizio del potere organizzativo, rischia di confondersi facilmente con fattispecie limitrofe, come si è visto per gli autisti di *Uber* e, soprattutto, per i *riders*. Non a caso la giurisprudenza in tema di rapporti interpositori vietati è stata per lungo tempo quasi completamente sovrapponibile a quella riguardante la subordinazione[1000]; per queste ragioni, l'immutata redazione dell'art. 2094 cod. civ. fa ritenere che un'operazione che puntava a modificare giuridicamente la figura del datore (cioè di una delle due parti del contratto), lasciando però inalterati i connotati della subordinazione, ovvero le caratteristiche dell'altra parte del contratto, abbia facilitato (se non promosso) prassi abusive e una scissione giuridica della figura del datore di lavoro, che assomigliano molto a una semplice scomposizione del binomio potere/responsabilità[1001], caratteristica ineliminabile nella figura dell'imprenditore[1002]. Questa scelta legislativa ha contribuito ad aiutare l'impresa nella scelta di frammentarsi giuridicamente e, contemporaneamente, di mantenere compatta e concentrata la propria organizzazione dal punto di vista economico.

Se a ciò si aggiunge che la transnazionalizzazione delle imprese ha determinato anche un flusso liquido di decisioni e ordini, che a volte si nascondono giuridicamente e non emergono per quello che sono realmente, ovvero esercizio dei poteri imprenditoriali, allora è facile rendersi conto che l'operazione non è stata priva di conseguenze all'interno dell'ordinamento giuridico, pure nell'analisi del tema dell'impresa digitale, perché ha generalizzato una nozione "leggera" di imprenditore che ha favorito lo sviluppo di prassi abusive a causa della confusione di funzioni datoriali degli imprenditori. Per questo motivo, un approccio di tipo funzionalistico[1003] può essere utile per verificare se le piattaforme possono svolgere tutti i compiti del datore di lavoro ed essere considerati tali: ad esempio, solo per citare le funzioni più tipicamente datoriali, anche nel modello "quadrilaterale" non c'è dubbio che quando le piattaforme collaborano con le aziende, siano queste ultime quelle che hanno formalmente il potere di selezionare i lavoratori e di scegliere se assumerli o licenziarli; tuttavia, è allo stesso modo evidente che ciò non preclude la possibilità

[1000] MAZZOTTA, "*Divide et impera*", in *LD*, 1988, 368; BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001, 163 ss.; *contra* DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, 650. Sull'evoluzione del rapporto tra interposizione e subordinazione e sull'attuale distanza esistente tra le due fattispecie v. BARBERA M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in Aa.Vv., *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni,* Milano, 2010, 15.

[1001] GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005.

[1002] ALCALÀ DIAZ, *Aspectos econòmicos e instrumentos juridico-mercantiles de descentralizaciòn empresarial*, in *Rev. Der. Soc.*, 2003, 95.

[1003] PRASSL, *The concept of the employer*, Oxford University Press, 2015.

che il potere economico esercitato dalla piattaforma sulla società partner possa causare interferenze anche pesanti nel rapporto di lavoro. Infatti, spesso il profilo del lavoratore da assumere viene specificamente individuato nel contratto commerciale che unisce impresa e piattaforma e, allo stesso modo, se un lavoratore non rispetta i termini e le condizioni stabiliti dalla piattaforma[1004], essa può esercitare pressioni sull'azienda per porre fine alla collaborazione, inducendo la società partner a licenziarlo. Si tratta, quindi, di funzioni che possono risultare sostanzialmente condivise dalla piattaforma e dalle imprese della rete.

Inoltre, anche se i soggetti che ricevono la prestazione possono risultare sia le società partner sia le piattaforme, sono solo queste ultime a fornire il lavoro e a garantire, di conseguenza, la concreta possibilità di una retribuzione. Infatti, la rete dei clienti coincide con quella delle piattaforme, al punto che spesso le società partner e le piattaforme vengono percepite come un'entità unica dall'utenza, che in molti casi non è neppure a conoscenza del fatto che si tratta di soggetti giuridicamente diversi, in quanto tutti utilizzano gli stessi *brand*[1005].

Questo modello risulta essere molto conveniente per le piattaforme dal punto di vista economico, soprattutto in Italia; infatti, i lavoratori vengono assunti e pagati dalle aziende *partner*, che sono i datori di lavoro formali e che sono spesso anche delle piccole imprese, alle quali risulta più semplice nei fatti non applicare i CCNL perché magari non hanno una presenza sindacale in azienda. Invece, quelle grandi, come le piattaforme digitali, possono incontrare maggiori difficoltà anche dal punto di vista dell'immagine al momento di non applicare contratti collettivi, come dimostrano le vicende *Amazon* e *Ryanair* in Italia[1006]. Anche il conflitto di *FlixBus* sembra confermare queste sensazioni: il modello imprenditoriale è quello della rete temporanea d'imprese, della quale *FlixBus* si pone a capo, occupandosi della logistica, delle prenotazioni e della commercializzazione, ovvero delle autorizzazioni amministrative per svolgere il servizio, dell'organizzazione degli orari, della scelta dei percorsi (modificabili unilateralmente) e dei prezzi dei biglietti. Questa separazione di compiti attribuisce il diritto a *FlixBus* di esercitare, appunto, un duplice potere di controllo: uno sulle imprese che formano parte della rete e un altro, meno giustificabile dal punto di vista giuridico e sistematico, sui lavoratori di queste imprese. Infatti, se risulta giuridicamente legittima l'imposizione di standard di qualità per i mezzi di trasporto e il controllo sulla programmazione degli orari, crea invece qualche dubbio il diritto alla supervisione su tempi, pause e turni degli autisti. Alcune clausole del contratto che lega la piattaforma alle imprese di trasporti mostrano addirittura la presenza di elementi che sembrano incidere sulle scelte in merito alle politi-

---

[1004] Per esempio, le condizioni di "qualità del servizio" imposte da *FlixBus* costituiscono delle obbligazioni per le parti, come espressamente previsto nell'art. 2, Allegato n. 2, La qualità nel servizio delle linee, Contratto di collaborazione *FlixBus*.

[1005] È questo il caso di *Uber* e *FlixBus*, le quali, per espressa disposizione contrattuale, impongono che sui mezzi di trasporto dei partner sia posto il proprio *brand*, che gli stessi siano individuabili mediante un dato colore (per *FlixBus* il verde) e che anche il personale indossi divise con il proprio logo, fornite dalla piattaforma stessa (v. artt. 1 e 2 Allegato n. 2, La qualità nel servizio delle linee, Contratto di collaborazione *FlixBus*).

[1006] In particolare, sul caso *Ryanair* v. CALVELLINI-FROSECCHI-TUFO, *The Ryanair case in the Italian and European framework*, in CASALE-TREU (a cura di), *Transformations of work: challenges for the national systems of labour law and social security*, XXII World Congress of the International Society for Labour and Social Security Law, Torino, 4 - 7 settembre 2018, Torino, 277-284, nonché, degli stessi autori, *The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 148/2019*.

che sulle assunzioni da parte delle imprese della rete, mentre altre impongono agli autisti espressamente mansioni ulteriori rispetto a quelle previste dai loro contratti[1007].

In questa situazione, la piattaforma ha firmato il 18 dicembre 2017 un protocollo d'intesa con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative[1008] nel quale, tra le altre cose, ha preso l'impegno di applicare e, soprattutto, di far applicare alle imprese della rete il contratto collettivo nazionale del settore Autoferrotranvieri. La firma del protocollo risulta estremamente importante per gli effetti a cascata che si possono avere sui rapporti di lavoro dei prestatori delle imprese partner della rete e sembra essere l'ennesima prova di come *FlixBus*, e in generale le piattaforme si trovino spesso in una posizione di egemonia economica nei confronti delle altre imprese, al punto da poter imporre l'applicazione delle condizioni contrattuali commerciali e finanche quelle contenute in un determinato contratto collettivo se intendono stabilire un rapporto di collaborazione. Bisogna, inoltre, riconoscere come l'intervento delle organizzazioni sindacali nei confronti dell'impresa madre, anche se non si tratta formalmente di un'azienda di trasporti, abbia puntato alla sostanza del fenomeno e abbia effettuato una scelta che si è rivelata particolarmente adatta per affrontare questo tipo di situazione.

Tali conclusioni hanno particolare rilevanza nell'approccio funzionalistico[1009] che si sta indagando perché, anche la gestione dell'impresa, sia in relazione al suo mercato interno sia a quello esterno, vede la piattaforma come protagonista indiscussa in quanto, da un lato nei rapporti con le imprese partner le piattaforme decidono unilateralmente le condizioni essenziali in contratti standard all'interno dei quali stabiliscono gli standard minimi di qualità per i servizi, fissano gli orari di lavoro e specificano i comportamenti specifici che devono essere tenuti dai lavoratori nell'esecuzione della prestazione[1010]; dall'altro, però, il rischio d'impresa è condiviso tra le piattaforme e le aziende partner che mettono a disposizione la loro struttura sostanziale, mentre la piattaforma gestisce il marchio e l'immagine del servizio. Insomma, anche l'approccio funzionalistico sembra alimentare il dubbio che le piattaforme possano essere considerate datori di lavoro in prima persona anche nel modello quadrilaterale e non solo in quello trilaterale.

A prescindere dall'approccio, comunque, le opzioni possibili sono due: la prima è quella più classica, e forse da preferire per la certezza che garantirebbe, ovvero quella di rafforzare il compito del giudice di individuare quale sia il datore di lavoro genuino nella vicenda triangolare o quadrilaterale saltando gli schemi formalistici e, di conseguenza, assegnargli il rapporto di lavoro con tutti gli obblighi e i poteri correlati. Si tratta, da un lato, di prendere atto che i poteri datoriali, e gli obblighi che ne scaturiscono a carico dei lavoratori, derivano sempre dall'inserimento in un'organizzazione, a volte anche indipendentemente dall'espressione di un consenso a essere sotto-

---

[1007] Per esempio, si richiede agli autisti di caricare e scaricare i bagagli, di vendere snack e bibite, di implementare sul mezzo delle campagne pubblicitarie dell'impresa ed, espressamente, di essere gentili con i clienti (v. art. 2 Allegato n. 2, La qualità nel servizio delle linee, Contratto di collaborazione FlixBus).

[1008] *http://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=17847:flixbus17&catid=227&Itemid=139.*

[1009] V. PRASSL-RISAK, *Uber, Taskrabbit, and co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, vol. 37, no. 3, 2016, 619.

[1010] Flixbus chiede ad esempio al personale di avere un "aspetto accogliente e ben curato", di utilizzare, come già esposto, le divise da essa fornite, imponendo il divieto di fumare davanti ai passeggeri nonché la necessità di parlare fluentemente l'italiano.

posto a quel potere, tanto è vero che già tempo addietro si era sostenuta una concezione acontrattualistica dell'interposizione[1011]; perciò, l'indagine sull'organizzazione dei mezzi non può fermarsi al mero esercizio del potere organizzativo ma si deve necessariamente estendere ai mezzi che fanno di quel soggetto un imprenditore, alla luce dell'art. 2082. Dall'altro, diventa indispensabile nelle reti un'analisi concreta sul reale rischio d'impresa che hanno alcune di esse e se non si tratta invece di mere pedine mosse in uno scacchiere nel quale non hanno la possibilità di giocare in alcun modo se non accettando le regole imposte da altri.

La seconda soluzione si muove all'interno della logica contrattuale e prova a ricorrere alla tecnica del collegamento negoziale per dimostrare la possibilità di una codatorialità[1012]. In effetti, la ricostruzione di una pluralità di datori di lavoro non è contraria al diritto del lavoro italiano[1013], che non fornisce una definizione di datore di lavoro ma solo di lavoratore subordinato[1014], e avrebbe il pregio di provare a dare una risposta a un fenomeno che, come abbiamo visto, esiste già nei fatti: ovvero, le imprese coinvolte in una rete hanno un interesse comune ad organizzare i rapporti di lavoro con l'obiettivo di raggiungere un unico obiettivo economico e, per tale ragione, quelle che ne sono a capo esercitano spesso i poteri datoriali anche su lavoratori che non sono loro dipendenti. In questo senso, sarebbe giusto che si prendessero interamente le conseguenze giuridiche di questo modello[1015], quindi anche gli obblighi e non solo i poteri. Può risultare di aiuto sul tema anche la sentenza n. 254/2017 della Corte Cost.[1016], nella quale la Consulta ha riconosciuto che il regime della responsabilità solidale prevista dall'art. 29, comma 2, d.lgs. 276/03 a tutela dei crediti dei lavoratori deve essere interpretato in maniera tale da ricomprendervi anche ogni ipotesi di subfornitura, vista l'identica esigenza di tutela che hanno i lavoratori anche quando il loro utilizzo indiretto non avviene sulla base di un contratto di appalto. Pertanto, la stessa genericità della nozione di subfornitura, che sembra sussistere ogni volta in cui la prestazione di un lavoratore va a vantaggio di un imprenditore che non è anche il suo datore di lavoro, potrebbe permettere di estendere alle imprese a capo di modelli come quello quadrilaterale degli obblighi come, ad esempio, la responsabilità solidale rispetto ai crediti e, più in generale, rispetto ai diritti dei lavoratori.

6. Il lavoro su piattaforma digitale nel contesto transnazionale.

Sia l'operazione di qualificazione del rapporto, sia l'individuazione del datore di lavoro genuino rischiano, tuttavia, di risolversi in un esercizio accademico per due ragioni principali. Da un lato, infatti, tali operazioni, e soprattutto quella qualificatoria, avvengono sempre *a posteriori*, ossia a

---

[1011] MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, *passim*.

[1012] SPEZIALE, *op. cit.*; CARINCI M.T., *Introduzione: il concetto di datore di lavoro alla luce del sistema: la codatorialità e il rapporto con il divieto di interposizione*, in EAD. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Milano, 2015, 1 ss.; GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2017/04/GAROFALO-RELAZIONE-AIDLASS-9-5-2017.pdf*., 2017, 38.

[1013] RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da unicità di impresa*, in *Working Papers Massimo D'Antona*, n. 89, 2009; TREU, *Introduzione*, in Treu (a cura di), *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, Ipsoa, 2015, 14.

[1014] SPEZIALE, *op. cit.,* 26.

[1015] SPEZIALE, *op. cit.*, 45 ss.

[1016] Per un commento, v. CALVELLINI, *La responsabilità solidale al di là dei confini dell'appalto, fino alla subfornitura (e oltre)*, in *RGL*, 2018, III, 298.

violazione di legge già avvenuta e in sede giudiziale, senza contare che i giudizi in tema di qualificazione del rapporto di lavoro (come qualsiasi controversia che finisca in tribunale) sono intrinsecamente dotati di aleatorietà, per come sono affidati alla mutevolezza del caso concreto, al confronto tra le parti e alla discrezionalità del giudice[1017]. Dall'altro lato, il lavoro su piattaforma è naturalmente transnazionale, poiché l'uso del mezzo telematico rende assai semplice superare i confini nazionali e instaurare relazioni di lavoro tra soggetti che si trovano in parti diverse del mondo, cosicché ciò che è indice della subordinazione in un ordinamento potrebbe non esserlo in un altro. In altre parole, la già menzionata "aterritorialità" delle piattaforme potrebbe essere sfruttata anche quando si tratta di individuare la legge nazionale applicabile al rapporto, per scaricare i rischi del datore di lavoro sul lavoratore.

L'indagine, quindi, deve necessariamente spostarsi sul piano del diritto internazionale privato, cercando una risposta nel Regolamento Roma I[1018]. Ora, sono le piattaforme stesse a specificare nei loro termini e condizioni la legge applicabile al rapporto che, quasi sempre, coincide con quella del luogo in cui esse hanno sede legale, spesso nella Silicon Valley[1019]. In questo senso, atteso che il primo criterio sulla legge applicabile di cui all'art. 3, par. 1, Reg. Roma I[1020] è costituito dalla scelta delle parti, la legge indicata dalla piattaforma sarebbe applicabile al rapporto, di natura commerciale, poiché l'utente, aprendo un *account*, accetta tutte le condizioni unilateralmente disposte dalla piattaforma. Anche in caso di riqualificazione del rapporto in lavoro subordinato, prevarrebbe comunque la scelta della legge, *ex* art. 8, comma 1, Reg. Roma I, sebbene fatto salvo il "principio della legge più favorevole"[1021]. In questa circostanza, dunque, nella maggioranza dei

---

[1017] DE STEFANO, *Lavoro*, 252; ALOISI, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy*, *LLI*, 2016, vol. 2, n. 2, 45. L'aleatorietà delle decisioni in materia sembra diffusa un po' ovunque nel mondo, atteso che i *gig-workers* sono stati qualificati come: subordinati, autonomi, *workers*, collaboratori eterorganizzati… In sintesi, "il pendolo interpretativo si è mosso in tutte le possibili direzioni" (VOZA, *Nuove sfide per il welfare: la tutela del lavoro nella gig economy*, in *RDSS*, 2018, n. 4, 672, il quale propone un catalogo della giurisprudenza globale sul tema).

[1018] Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). Ovviamente, attesa l'applicabilità di tale Regolamento a relazioni transnazionali tra Stati Membri UE o tra questi e Stati extra-UE, le soluzioni offerte nella trattazione sono valevoli solo per siffatti rapporti.

[1019] V. ad esempio sez. 10 Amazon Mechanical Turk Partecipation Agreement; sez. 15 Uber Technology Services Agreement.

[1020] Art. 3, par. 1, Reg. Roma I: «Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso».

[1021] RISAK-WARTER, *Decent Crowdwork. Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop*, Paper to be presented at the Regulating for Decent Work 2015 Conference Geneva, 8–10 luglio 2015, 5. Infatti, ai sensi dell'art. 8, par. 1, secondo periodo, Reg. Roma I, la scelta delle parti «non vale a privare il lavoratore della protezione assicuratagli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo». Tuttavia, come sottolinea FRANZEN, *Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, in BLANPAIN (a cura di), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialize Market Economies*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, 260, questa statuizione potrebbe avere un effetto paradossale: sapendo il datore che, in caso di scelta della legge, dovrà applicare la disciplina maggiormente favorevole per il lavoratore, egli perderà qualunque interesse alla scelta della legge, ritenendo che l'utilizzo di tale criterio porti solo a un aumento dei costi della prestazione. Di conseguenza, il datore preferirà lasciare la regolamentazione del rapporto ai criteri legali ma la carenza di una chiara regola sulla legge applicabile al lavoro su piattaforma (come si vedrà) potrebbe consentire al datore di non riconoscere al lavoratore alcuna tutela.

casi potrebbe darsi applicazione alla legge statunitense[1022] e, in particolare, al Fair Labor Standards Act (FLSA)[1023]. Del resto, anche se si ignorasse il criterio della "scelta delle parti", i criteri sussidiari di cui all'art. 8 Reg. Roma I non fornirebbero un quadro chiaro sulla legge applicabile. Ciò non avverrebbe utilizzando il criterio della *lex loci laboris*, a causa della difficoltà, ad esempio nel *crowdwork*, a concepire un luogo fisico di esecuzione della prestazione[1024], e così ci si troverebbe nuovamente ad applicare la legge del luogo in cui ha sede l'impresa, ai sensi dell'art. 8, par. 3, Reg. Roma I. Infine, neppure il criterio del "collegamento più stretto"[1025] appare risolutivo, in quanto vago e soggetto a un'ampia discrezionalità giudiziale[1026]. Forse, una via d'uscita potrebbe essere fornita dall'art. 4, par. 1, lett. *b)*, Reg. Roma I, con applicazione della legge del luogo di "residenza abituale" dell'utente, ma ciò significherebbe considerarlo un mero prestatore di servizi.

Se l'esito dell'indagine transnazionale portasse all'applicazione della legge straniera, potrebbero generarsi problemi notevoli per il lavoratore su piattaforma. Oltre alla già accennata eventualità di una qualificazione diversa da quella che sarebbe possibile nell'ordinamento del foro, e dell'applicazione di tutele inferiori rispetto a quelle previste per il lavoratore italiano, si porrebbero questioni di rilievo pratico. Infatti, l'applicazione della legge straniera o l'attribuzione della giurisdizione a un giudice straniero[1027] comporterebbero la necessità per il lavoratore di dover ottenere giustizia oltreconfine, con implicazioni sulla conoscenza delle regole sostanziali e procedurali straniere e sui costi processuali[1028]. Ciò non può che scoraggiare eventuali tentativi, da parte di singoli

---

[1022] Va segnalato come il 18 settembre 2019 sia stata approvata in via definitiva la nuova legge californiana in tema di qualificazione del rapporto di lavoro (c.d. California Assembly Bill 5), la quale ha introdotto nel Codice del lavoro della California l'art. 2750.3. Tale disposizione, la quale entrerà in vigore a decorrere dall'1 gennaio 2020, prevede, codificando le risultanze del caso *Dynamex* (*Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*, S232722), che sia a carico del datore di lavoro provare la qualificazione del lavoratore quale *independent contractor*. In particolare, tale situazione ricorrerà laddove: a) il lavoratore non sia soggetto alla direzione e al controllo del committente, tanto in base alla prestazione dedotta nel contratto, quanto nei fatti; b) il lavoratore svolga una prestazione estranea all'attività principale del committente; c) il lavoratore sia abitualmente impegnato in un'attività commerciale indipendente, in un'attività professionale o un'attività commerciale della stessa natura del lavoro svolto per il committente.

[1023] Infatti, come emerge da CHERRY, *op. cit.*, 584 ss., molti giudizi promossi negli Stati Uniti erano diretti all'applicazione di tale normativa. Nello specifico, il FLSA prevede tre fondamentali protezioni: il salario minimo; il limite massimo della settimana lavorativa; lo scoraggiamento del "lavoro minorile oppressivo" (sezz. 201 ss. U.S. Code; TWOMEY, *Labor & Employment Law*, South-Western, Mason, ed. XV, 2012, 677 ss.).

[1024] Analogamente, per il telelavoro, ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 137/2012*, 21.

[1025] Art. 8, par. 4, Reg. Roma I: «Se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese».

[1026] MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Utet, Torino, vol. 1, V ed., 2011, 189 ss.; ORLANDINI, *op. cit.*, 20 s.; TOFFOLETTO, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2006, 82.

[1027] I *terms and conditions*, infatti, prevedono che le controversie sorte tra utenti e piattaforme in ordine agli accordi in oggetto, saranno giudicate da un collegio arbitrale o dalla corte del distretto in cui ha sede la specifica piattaforma (v. ad esempio sez. 10 Amazon Mechanical Turk Partecipation Agreement; sez. 15 Uber Technology Services Agreement).

[1028] Spese legali che invece non costituirebbero un problema per le piattaforme, che hanno ampie disponibilità finanziarie per fronteggiare eventuali giudizi, come dimostrato dal caso americano. Qui gran parte delle cause per il riconoscimento della subordinazione nel lavoro su piattaforma non è giunta a sentenza, atteso che le piattaforme convenute hanno raggiunto accordi risarcitori con gli attori prima della decisione, senza dunque che il giudice potesse statuire sulla natura dei rapporti (TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 136/2017*, 6; DAGNINO, *Lavoro e lavoratori nella* sharing/on-demand economy, in Dagnino, Nespoli, Seghezzi (a cura di), *La nuova grande trasformazione del lavoro Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori ADAPT*, Adapt University Press, 2016, 170). V. ad esempio *Cotter et al. v. Lyft, Inc., et al.,* C13-4065 VC, nel quale le parti si sono accordate per 12 milioni di dollari, oppure *O'Connor v. Uber Technologies, Inc. et al.*, C13-3826 EMC, in cui l'accordo è stato raggiunto per 100 milioni di dollari. Per una rassegna di tale giurisprudenza v. CHERRY, *Beyond misclassification: the digital transformation of work*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2016, vol. 37, n. 3, 577 ss.

individui, di intentare cause di lavoro contro le piattaforme e forse questa è una delle ragioni a cui ricondurre l'esiguo numero di processi fino ad oggi promossi nei confronti dei "datori di lavoro" digitali. È dunque evidente che il successo del lavoro su piattaforma è motivato anche dal *law shopping* e dal *dumping* sociale e salariale a cui esso può condurre e che l'introduzione di criteri *ad hoc* sulla legge nazionale applicabile e sulla giurisdizione potrebbe garantire al lavoratore digitale una maggior giustizia[1029].

Deve comunque notarsi come simili problemi di diritto transnazionale non si siano posti nei casi giudiziali sinora decisi in Italia. In tali controversie, infatti, convenute sono sempre state le società a responsabilità limitata mediante le quali le piattaforme di *food delivery* hanno operato nelle città di Milano e Torino. Né sembra che il tema in questione potrebbe essere sollevato per *Uber* e *FlixBus*, avendo queste ugualmente creato società a responsabilità limitata in Italia per svolgere la propria attività imprenditoriale. Tuttavia, le discussioni sulla transnazionalità rimangono vive laddove manchino "strutture" a livello nazionale per mezzo delle quali le piattaforme operino, come è nel caso del *crowdwork*[1030]. Non rimane allora che attendere gli sviluppi giurisprudenziali per verificare come verranno sciolti i nodi sulla legge nazionale applicabile al lavoro su piattaforma digitale.

7. Le poche indicazioni del diritto eurounitario.

Le problematiche sollevate dalla digitalizzazione del lavoro restituiscono un quadro assai frammentario, tale da rendere non solo complicata una ricostruzione delle tutele giuslavoristiche ma da mettere anche in dubbio, come visto, le caratteristiche fisiologiche delle parti del contratto di lavoro: il lavoratore e il datore di lavoro.

Alla luce di ciò, è stata invocata l'approvazione di fonti sovranazionali[1031], a livello europeo se non internazionale[1032], che fissino garanzie minime per i lavoratori digitali. In questa direzione si è mossa l'Unione Europea, la quale ha già iniziato a regolare, seppur in modo *soft*, il lavoro digitale. In particolare, nel 2016, con la Comunicazione "Un'agenda europea per l'economia collaborativa"[1033], la Commissione ha offerto le prime coordinate per individuare la sussistenza di rapporti di lavoro nelle prestazioni su piattaforma. Si tratta, in sostanza, di adottare la nozione di lavoratore sviluppata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, verificando la ricorrenza: 1) della "subordinazione", ossia dell'esercizio del potere direttivo da parte della piattaforma, la quale determina la scelta dell'attività, la retribuzione e le condizioni di lavoro; 2) della "natura del lavoro", che deve consistere in una attività "avente valore economico reale ed effettiva" e non dunque marginale e accessoria; 3) della retribuzione, perché essa distingue il lavoratore dal volontario. Tali criteri, però, avverte la Commissione, costituiscono solo un riferimento per i giudici nazionali, i quali, come è noto, fanno uso dei propri principi domestici in una valutazione, si ripete, da farsi

---

[1029] *Cfr.* VOZA, *Nuove sfide*, 680.
[1030] Riprendendo quanto detto poco sopra riguardo alle difficoltà di promozione dei giudizi, va segnalato che, ad oggi, non vi è notizia di cause intentate nei confronti di piattaforme che operano nell'ambito del *crowdwork*.
[1031] TULLINI, *C'è lavoro sul web?*, *LLI*, 2015, vol. 1, n. 1, 16, ad esempio, prospetta l'introduzione di *labour standards* da parte dell'OIL.
[1032] VOZA, *Nuove sfide*, 679.
[1033] Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Bruxelles, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

case by case. Per questa ragione, secondo la Commissione, gli Stati membri dovrebbero, da un lato, valutare il grado di adeguatezza della propria normativa lavoristica rispetto al fenomeno delle piattaforme digitali e, dall'altro lato, "fornire orientamenti sull'applicabilità delle norme nazionali sul lavoro alla luce dei modelli di lavoro nell'economia collaborativa"[1034]. In risposta a tale documento, nel giugno 2017, il Parlamento Europeo ha adottato una specifica Risoluzione[1035], mediante la quale ha invitato la Commissione stessa a verificare l'applicabilità delle regole giuslavoristiche europee al lavoro digitale (in particolare, della Direttiva n. 104/2008 sul lavoro temporaneo), chiedendo al contempo agli Stati membri e alle Parti sociali di valutare la necessità di modernizzare la legislazione esistente, anche in materia di sicurezza sociale, e la contrattazione collettiva. In quest'ottica, è stato chiesto alla Commissione di pubblicare linee guida idonee a riempire i vuoti della normativa giuslavoristica e di sicurezza sociale nel contesto del lavoro digitale ma è stato anche chiarito che bisogna garantire ai lavoratori su piattaforma diritti fondamentali, a prescindere dalla loro qualificazione, con specifica attenzione alla dimensione collettiva, declinata nel diritto di organizzarsi, di contrattare e di promuovere azioni collettive. Inoltre, tra i diritti da assicurare ai lavoratori su piattaforma, il Parlamento Europeo ha evidenziato quello alla formazione professionale, alla portabilità della reputazione acquisita tramite i sistemi di *rating* e all'informazione dei lavoratori da parte delle piattaforme sui propri diritti e sulle proprie condizioni di lavoro[1036]. Tale impostazione, peraltro, si inserisce nel contesto del Pilastro Europeo dei diritti sociali, avendo il Parlamento Europeo, con una Risoluzione in materia del 19 gennaio 2017, segnalato la necessità di chiarire "lo status e le responsabilità di base della piattaforma", di introdurre "anche norme minime per le regole di collaborazione con informazioni complete ed esaurienti al prestatore di servizi sui loro diritti e obblighi, sulle prestazioni, sul corrispondente livello di protezione sociale e sull'identità del datore di lavoro", e di garantire ai lavoratori su piattaforma "analoghi diritti come nel resto dell'economia[1037]. Simili auspici per una regolamentazione eurounitaria, tuttavia, non hanno avuto ancora seguito, anzi si sono tradotti in una politica, quella del Pilastro sociale, "avara di indicazioni operative e impegni concreti"[1038] e, al contrario di quanto espressamente dichiarato dal Parlamento Europeo[1039], destinata a rimanere solamente "una dichiarazione di principi e di buone intenzioni"[1040]. E infatti, va rilevato come, allo stato, l'unico risultato tangibile del Pilastro sociale, per la tematica che ci occupa, sia costituito dalla Direttiva UE n. 1152 del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'UE[1041]. Tale atto, che dovrà essere recepito dagli Stati membri entro l'1 agosto 2022[1042], stabilisce obblighi di informazione a carico del datore nei confronti del datore di lavoro concernenti, ad esempio,

---

[1034] *Ivi*, 14.
[1035] European Parliament resolution of 15 June 2017 on a European Agenda for the collaborative economy (2017/2003(INI)).
[1036] *Ivi*, punti 38 ss.
[1037] Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2017 su un pilastro europeo dei diritti sociali (2016/2095(INI)), punto 5, lett. b).
[1038] TULLINI "Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione", in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 194.
[1039] *Ivi*, punto 1.
[1040] GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, n. 4, 960.
[1041] Come affermano i considerando nn. 1-2-3 della Direttiva, essa è stata adottata in attuazione, da un lato, dell'art. 31 CdfUE in materia di condizioni di lavoro giuste e eque e, dall'altro lato, dei principi nn. 5 (Occupazione flessibile e sicura) e 7 (Informazioni sulle condizioni di lavoro e sulla protezione in caso di licenziamento) del Pilastro.
[1042] Art. 21, par. 1, Dir. UE n. 1152/2019.

l'identità delle parti, il luogo di lavoro, il titolo, il livello, la natura o la categoria dell'impiego, la data di inizio e di fine e la durata del rapporto, etc.[1043]. Inoltre, la Direttiva fissa alcune protezioni minime da garantire ai lavoratori compresi nel suo ambito di applicazione, con riferimento: alla durata massima del periodo di prova; alla possibilità per il lavoratore di accettare impieghi presso altri datori; alla prevedibilità minima del lavoro; ai contratti a chiamata, alla transizione verso altre forme di lavoro; alla formazione obbligatoria; ai contratti collettivi; all'accesso alla giustizia e alla protezione contro ritorsioni e licenziamenti. Si tratta, tuttavia, di un quadro di diritti applicabile ai soli lavoratori subordinati, definiti come tali secondo i criteri della Corte di Giustizia, cosicché, come dichiarato nello stesso considerando n. 8 della Direttiva, anche i lavoratori su piattaforma digitale potrebbero beneficiarne ma solo "a condizione che soddisfino tali criteri". E allora, ricadendo i lavoratori su piattaforma, al momento, fuori dalla subordinazione, quelle tutele non sembrano poter trovare applicazione nei loro confronti, salvo non intervenga una qualificazione giudiziale degli stessi in tal senso[1044]. Manca quindi, ancora, una vera disciplina europea sul lavoro digitale.

Del resto, la possibilità che una regolamentazione sovranazionale sul lavoro digitale venga adottata si scontra con la realtà dei fatti[1045]. In effetti, è assai improbabile che i Paesi UE e OIL possano accordarsi in merito, poiché il lavoro digitale costituisce una ghiotta occasione di guadagno soprattutto per le imprese multinazionali, in veste di committenti o di piattaforme, potendo queste lucrare sul costo del lavoro mediante la pratica del *law shopping*. In ogni caso, l'adozione di *labour standards* in proposito difficilmente sarebbe risolutiva, essendovi dubbi sull'efficacia di tali strumenti normativi[1046]. Peraltro, tali attività risultano gradite ai consumatori, sia perché questi ultimi si sentono da esse coinvolti, grazie all'utilizzo delle *apps* e dei sistemi di *ratings*, sia per la competitività dei costi dei servizi offerti, cosicché la domanda di diritti sociali emergente dall'economia delle piattaforme difficilmente potrà trovare supporto in coloro che beneficiano direttamente dei sevizi da esse forniti.

[1043] V. art. 4 Dir. UE n. 1152/2019.

[1044] Così BACCHINI, *Gig economy: l'Europa disattende l'esigenza di tutele minime per tutti i lavoratori?*, in *Ipsoa Quotidiano*, 30 aprile 2019. A nulla vale la precisazione del considerando n. 8 rispetto all'applicazione della Direttiva anche ai "falsi autonomi", atteso che ciò potrà avvenire solo a seguito di una qualificazione del Giudice nel senso della subordinazione. La Direttiva, peraltro, non ha riprodotto una disposizione che avrebbe potuto ricoprire un ruolo importante per i lavoratori su piattaforma digitale, ossia la definizione di "datore di lavoro" come "una o più persone fisiche o giuridiche che sono direttamente o indirettamente parte di un rapporto di lavoro con un lavoratore" (art. 2, par. 1, lett. b), Proposta di Direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea). Tale definizione, infatti, avrebbe potuto aprire le porte all'approccio "funzionalistico", ripartendo le responsabilità datoriali tra più soggetti (LOFFREDO, *Datore di lavoro transnazionale e* dumping *sociale nell'Unione europea*, in *DLM*, 2019, n. 2, 246-247). Diversamente, la versione finale della Direttiva ha confinato il problema della codatorialità al considerando n. 13, secondo il quale: "Diverse persone fisiche o giuridiche o altre entità possono, nella pratica, assumere le funzioni e le responsabilità di un datore di lavoro. Gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di determinare con maggiore precisione le persone considerate totalmente o in parte responsabili dell'esecuzione degli obblighi che la presente direttiva prevede per i datori di lavoro, purché tutti gli obblighi siano assolti. Gli Stati membri dovrebbero inoltre essere in grado di decidere che tali obblighi siano, totalmente o in parte, assegnati a una persona fisica o giuridica che non è parte del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro".

[1045] WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, *DRI*, 2016, n. 3, 662.

[1046] Come evidenziano WEISS, *International Labour Standards: A Complex Public-Private Policy Mix*, *IJCLLIR*, 2013, vol. 29, n. 1, 9 e HEPPLE, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2009, 35 ss., i *labour standards* non sempre sono stati ratificati e attuati dalla maggioranza degli Stati OIL, soprattutto in via di sviluppo, in quanto espressione della volontà e dei modelli di pochi Paesi del Nord del mondo. Peraltro, è noto come gli Stati OIL in via di sviluppo siano restii all'accettazione dei *labour standards*, avendo timore di perdere il vantaggio competitivo derivante dal basso costo del lavoro che offrono i propri lavoratori.

8. La dimensione collettiva della *gig-economy*.

In assenza delle condizioni per un intervento legislativo a livello sovranazionale, un ruolo chiave può essere giocato dalle relazioni industriali, le quali avrebbero l'opportunità di colmare i vuoti normativi esistenti e, in particolare, per i sindacati di svolgere un'attività sindacale 2.0, trasferita nel mondo telematico in grado di aggregare i lavoratori digitali a prescindere dal luogo in cui si trovano. Va detto che, attesa la transnazionalità del lavoro su piattaforma, anche l'azione collettiva dovrebbe sforzarsi di essere transnazionale, al fine di una "internazionalizzazione" dell'interesse collettivo[1047]. Tuttavia, sono assai note le problematiche incontrate dai sindacati a livello transnazionale, non solo per le difficoltà sperimentate dagli stessi nell'organizzarsi nella dimensione sovranazionale, ma anche a causa della mancanza di una vera contrattazione collettiva in tale contesto[1048]. Peraltro, le regole europee del diritto internazionale privato non agevolano uno sviluppo dell'attività collettiva oltre i confini nazionali, essendo la dimensione collettiva del tutto estranea ad esse[1049], con l'eccezione dello sciopero[1050].

Eppure, nonostante il quadro sfavorevole ai sindacati, nel giro di pochi anni si sono verificati alcuni tentativi nazionali di organizzare collettivamente i lavoratori digitali.

Tra i casi più interessanti vale la pena menzionare l'iniziativa presa da IG-Metall in Germania, mediante lo sviluppo della piattaforma FairCrowdWork[1051], la quale, oltre a consentire ai lavoratori lo scambio di informazioni riguardanti le piattaforme, valutandole al fine di distinguere le "buone" dalle "cattive"[1052], fornisce loro consulenza, anche legale[1053]. Tuttavia, in generale e an-

---

[1047] LASSANDARI, "Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali, in Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela", *RGL Quaderno*, 2017, n. 2, p. 68.

[1048] Potendosi parlare, sia nel caso dell'esperienza del Dialogo sociale UE, sia, più in generale, nel caso degli accordi transnazionali, solamente di atti di *soft law*, e non di contrattazione collettiva in senso tradizionale (WEISS, *European Labour Law in Transition from 1985 to 2010*, in *IJCLLIR*, 2010, vol. 26, n. 1, 13).

[1049] ORLANDINI, *Il Tribunale di Busto Arsizio condanna Ryanair per condotta antisindacale*, in *Diritti&Lavoro Flash*, 2018, n. 2, 14.

[1050] Si fa riferimento all'art. 9 del Regolamento Roma II (Reg. UE n. 864/2007), ai sensi del quale alla responsabilità extracontrattuale per danni causati dall'attività sindacale di applica la *lex loci actus*. Su tale disposizione v. DORSSEMONT-VAN HOEK, *Collective action in labour conflicts under the Rome II Regulation (part I)*, in *European Labour Law Journal*, 2011, n. 1, 48-75, nonché *iid.*, *Collective action in labour conflicts under the Rome II Regulation (part II)*, in *European Labour Law Journal*, 2011, n. 2, 101-118.

[1051] V. *http://www.faircrowdwork.org/en*. Essa si ispira a un'altra piattaforma, Turkopticon (cfr. *https://turkopticon.ucsd.edu/*), che permette ai lavoratori di Amazon Mechanical Turk di valutare i committenti, tanto che, come riportato da ILO, *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Ginevra, 2016, 298, uno degli ideatori di Turkopticon adesso collabora con IG-Metall nello sviluppo di FairCrowdWork. Su Turkopticon v. SILBERMAN-IRANI, *Operating an employer reputation system: lessons from Turkopticon 2008-2015*, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2016, vol. 37, n. 3, 505 ss. Sempre con la collaborazione di uno degli ideatori di Turkopticon (Lilly Irani) è stato creato un *forum* per i *turkers*, con il supporto dell'Università di Stanford, affinché questi possano discutere e far sentire la propria voce rispetto alle problematiche di AMT (v. *http://www.wearedynamo.org/*). Altre iniziative sindacali sono in corso di sviluppo nel Regno Unito, in Svezia, in Austria e negli Stati Uniti, come indicato da FairCrowdWork (v. *http://faircrowd.work/unions-for-crowdworkers/*) ma anche in Italia, per esempio da parte di UILTuCS (v. *https://sindacato-networkers.it/*).

[1052] Come si vede, ad esempio, nella scheda di Clickworker (testo reperibile al sito: *http://www.faircrowdwork.org/en/plattform/clickworker*) gli indicatori utilizzati per misurare la qualità di ciascuna piattaforma sono il compenso, la qualità del lavoro, la comunicazione, la valutazione dei lavoratori da parte della piattaforma stessa e le funzionalità del sito *web*.

[1053] Sia indirettamente, mediante una valutazione sotto il profilo legale delle piattaforme o tramite l'indicazione di alcune questioni legali chiave, sia direttamente, a mezzo servizio telefonico o *email* (v. *http://faircrowd.work/*). Diversa invece è stata l'iniziativa del sindacato tedesco Ver.di, relativa alla piattaforma Jovoto, tramite il lancio di un *contest* tra grafici e *designer* avente ad oggetto la rappresentazione visiva dei rischi e delle opportunità del *crowdwork*, al fine di fornire ai sindacati un'immagine chiara del fenomeno

che nel caso italiano, va riscontrata una certa difficoltà dei sindacati tradizionali rispetto alle problematiche dei lavoratori "digitali"[1054], mentre talvolta gli stessi lavoratori su piattaforma hanno provato ad organizzarsi, ponendo in essere azioni collettive. Noto è il caso dei fattorini di *Foodora* Italia, i quali, coordinandosi telematicamente, hanno avviato mobilitazioni per rivendicare migliori condizioni di lavoro[1055]: in particolare, i *riders* di *Foodora* e *Deliveroo*, organizzati rispettivamente in *Deliverance Project* Torino e *Deliverance* Milano, si sono astenuti più volte, a partire dal 2016, dall'attività di consegna di cibo a domicilio nelle città di Torino e Milano, rivendicando nei confronti delle piattaforme aumenti retributivi e il riconoscimento della subordinazione[1056]. Tali iniziative hanno poi trovato sbocco nei giudizi sopra citati, promossi dai fattorini con il supporto delle organizzazioni menzionate[1057]. Forse l'esperienza italiana più significativa al riguardo è quella bolognese. Qui i fattorini hanno dato vita a un "sindacalismo sociale metropolitano", creando l'organizzazione *Riders Union Bologna* e avviando un dialogo con le istituzioni locali. In particolare, in occasione di una forte nevicata nell'autunno del 2017, i fattorini si astennero dal lavoro denunciando la mancanza di una copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e chiedendo al Sindaco di Bologna, da un lato, di disporre con ordinanza la sospensione dei servizi di consegna per tutelare l'incolumità dei fattorini e dei terzi, e, dall'altro lato, di avviare una negoziazione tra il Comune e *Riders Union* sulle condizioni di lavoro. Dopo mesi di trattative, il 31 maggio 2018 è stata dunque sottoscritta la "Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano"[1058]: tra i firmatari, oltre al Comune e a *Riders Union Bologna*, vi sono anche Cgil, Cisl e Uil ma nessuna federazione di categoria, mentre, per la parte datoriale, le piattaforme bolognesi Sgnam e MyMenù, ma nessuna organizzazione datoriale, né piattaforma di maggiori dimensioni rispetto a quelle locali[1059]. Per tale ragione, la Carta ha un'efficacia limitata al contesto territoriale nel quale è stata sottoscritta[1060], potendosi qualificare come accordo concertativo o

---

e idee per azioni collettive (v. RECCHIA, Alone in the crowd? *La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della* sharing economy, in *RGL*, 2018, n. 1, 146 e *https://www.jovoto.com/projects/verdi/landing*).

[1054] LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *LLI,* 2018, vol. 4, n. 1, XV.

[1055] Per le esperienze straniere di mobilitazione dei lavoratori su piattaforma digitale v. RECCHIA, *op. cit.*, 141 ss.

[1056] MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *LLI*, 2018, vol. 4, n. 1, 21; BARATTA, *"Alza la bicicletta al cielo!": i fattorini di Deliveroo scioperano a Milano*, in *http://www.linkiesta.it/it/article/2017/07/14/alza-la-bicicletta-al-cielo-i-fattorini-dideliveroo scioperano-a-mila/34916/*, 14 luglio 2017; MOSCA, *Lo sciopero contro Foodora è il sogno infranto della sharing economy*, testo reperibile al sito: *https://www.wired.it/economia/lavoro/2016/10/11/sciopero-contro-foodora-sogno-infranto-sharing-economy/* ,11 ottobre 2016; ALOISI-DE STEFANO, *Testa bassa e pedalare? No, i lavoratori di Foodora meritano rispetto*, testo reperibile al sito: *http://www.linkiesta.it/it/article/2016/10/11/testa-bassa-e-pedalare-no-i-lavoratori-di-foodora-meritano-rispetto/32041/*.

[1057] MARTELLONI, *op. cit.*, 21, nota 11. Vale la pena di notare come la strategia di promozione dei giudizi per la qualificazione del rapporto da parte dei sindacati non porti beneficio solo al lavoratore eventualmente riqualificato come subordinato - nonché a quei colleghi che, in virtù della formazione di un simile orientamento giurisprudenziale, si vedano riconosciuti maggiori diritti dalla piattaforma -, ma anche alle stesse organizzazioni collettive, che così si accreditano come effettivi interlocutori dei lavoratori, spesso in competizione con i sindacati tradizionali (RECCHIA, *op.cit.*, 153).

[1058] MARTELLONI, *op. cit.*, 22.

[1059] LASSANDARI, "La tutela...", XIII-XIV.

[1060] E infatti, l'art. 1 dispone: "1. Lo scopo della presente Carta è migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori e collaboratori digitali *operanti nel Comune di Bologna*, promuovendo un'occupazione più sicura e prevedibile e garantendo nel contempo l'adattabilità del mercato del lavoro digitale nel contesto urbano. 2. La presente Carta stabilisce standard minimi di tutela che si applicano a tutti i lavoratori e collaboratori, *operanti all'interno del territorio della Città metropolitana di Bologna*, indipendentemente dalla qualificazione dei rapporti di lavoro che si servono per l'esercizio della propria attività lavorativa di una o più piattaforme digitali" (corsivi nostri).

trilaterale siglato a livello locale[1061] o municipale[1062] o cittadino[1063]. In sostanza si è risposto a istanze proprie di lavoratori accomunati dall'appartenenza ad un mercato del lavoro a dimensione transnazionale e globale con azioni collettive e forme di mobilitazione collettiva a livello territoriale, ossia proponendo un modello di organizzazione collettiva *glocal*[1064]. Tuttavia, la Carta è anche a vocazione universale e sovranazionale[1065], emergendo l'intenzione delle parti, da un lato, di conferire ad essa una efficacia più estesa rispetto a quella dei contratti collettivi e, dall'altro lato, di porla come modello di promozione della "diffusione di una nuova cultura del lavoro digitale in Italia ed in Europa"[1066], come testimoniato anche dal richiamo al Pilastro Sociale Europeo, all'Agenda europea per l'economia collaborativa e alla proposta di direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'UE1067.

L'esperienza di Bologna dimostra quindi come dal "magma" della *gig-economy* stiano nascendo anche nuovi soggetti collettivi, consapevoli del fatto che, se i lavoratori *online* riuscissero a organizzarsi e ad astenersi collettivamente dal lavoro, le piattaforme potrebbero collassare[1068]. Quanto detto potrebbe contribuire alla formazione di un interesse collettivo[1069], idoneo ad accrescere la forza contrattuale dei lavoratori digitali, così da permettere loro la negoziazione dei contenuti contrattuali della prestazione, ad oggi determinati unilateralmente dalle piattaforme. Nel perseguimento di questo obiettivo, però, appare cruciale - anche al fine di coordinare le (nuove) azioni collettive -, il nascente dialogo tra i sindacati tradizionali e i nuovi movimenti che stanno nascendo tra le pieghe della *gig-economy*, i quali sembrano smentire, come già avvenuto per i movimenti sociali nel contesto della crisi economico-finanziaria[1070], l'antinomia tra la dimensione

---

[1061] LASSANDARI, *La tutela*, XIV.
[1062] MARTELLONI, *op. cit.*, 24.
[1063] FORLIVESI, "*Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali*", in *LLI,* 2018, vol. 4, n. 1, 53.
[1064] Così TULLINI, "*L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*", in *LLI,* 2018, vol. 4, n. 1, 6.
[1065] FORLIVESI, *op. cit.*, 53; MARTELLONI, *op. cit.*, 24-25.
[1066] Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano, Premessa.
[1067] *Ibidem*.
[1068] BIRGILLITO, *Lavoro e nuova economia: un primo approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, *LLI*, 2016, vol. 2, n. 2, 75. Anche DÄUBLER, *Sfide al diritto del lavoro. Intervento svolto al Congresso internazionale di Diritto del Lavoro Venezia, 25/26 settembre 2015*, *CS.info*, 2016, n. 2, Fondazione Claudio Sabattini, 13, sottolinea la necessità di percorrere la strada delle azioni collettive nella *gig-economy*. Egli, in particolare, ritiene opportuno sviluppare nuove forme di autotutela, più efficaci in tale contesto rispetto allo sciopero. In questo senso, secondo l'autore, le pressioni che potrebbe esercitare l'opinione pubblica sulle piattaforme, nonché il boicottaggio di quelle che si rivelino "cattivi imprenditori", costituirebbero gli strumenti migliori di lotta (similmente anche LASSANDARI, *Problemi*, 62). Ciò, in effetti, non è lontano dal vero, se si pensa che scopo di iniziative quali Turkopticon e FairCrowdWork è proprio quello di "mappare" piattaforme e committenti così da consentire ai lavoratori di distinguere i "buoni" dai "cattivi". Peraltro, sono stati già realizzati alcuni strumenti di responsabilità sociale e, precisamente, codici di condotta che le piattaforme firmatarie si impegnano a osservare (v. *Code of Conduct. Ground Rules for Paid Crowdsourcing / Crowdworking. Guideline for a prosperous and fair cooperation between companies, clients & crowdworkers*, testo reperibile al sito: *http://crowdsourcing-code.com/*).
[1069] Sulle difficoltà alla formazione di un interesse collettivo nel lavoro digitale v. TULLINI, *L'economia.* Sul punto v. anche LASSANDARI, *Problemi*, 68, il quale ritiene invece che l'algoritmo potrebbe addirittura agevolare la formazione di un interesse collettivo, atteso che le piattaforme gestiscono in modo massificato "distinti rapporti secondo forme addirittura identiche".
[1070] E infatti, uno degli elementi chiave nelle proteste degli ultimi anni è stato proprio il ruolo centrale rivestito dai *social media* (HYMAN, *Austeritarianism in Europe: what options for resistance?*, in NATALI-VANHERCKE (a cura di), *Social policy in the European Union: state of play 2015*, ETUI aisbl, Bruxelles, 2015, 115; ESTANQUE-FONSECA, *Olas de indignación y su lógica política: movimientos sociales y nuevas expresiones de radicalismo de clase media*, *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, 2014, vol. 7, n. 3, 593). Ciò è avvenuto, ad esempio, in Spagna riguardo agli *Indignados* nel 2011, oppure, come già ricordato, per il Movimento 5 Stelle che trova ancora oggi nel mezzo telematico un importante strumento di comunicazione e partecipazione dei propri sostenitori. Ancora, si può citare l'esperienza della Rete dei redattori precari (Re.Re.Pre) in Italia (su cui v. MURGIA, SELMI, *Inspira e cospira. Forme di auto-organizzazione*

collettiva e il lavoro digitale, dovuta al potere di standardizzazione e segmentazione dei gruppi di lavoratori esercitato dall'algoritmo[1071]. Di tale dialogo, infatti, potrebbero beneficiare sia i sindacati tradizionali, che si rilancerebbero, recuperando la propria capacità di rappresentanza e mobilitazione e conquistando un maggior radicamento territoriale e sociale, sia le organizzazioni dei lavoratori digitali, le quali avrebbero "la possibilità di rafforzare la propria coesione interna e di definire un'agenda di rivendicazioni collocata in un orizzonte temporale più stabile e duraturo, proiettandosi oltre la provvisoria ribalta mediatica guadagnata dai riders o dagli autisti di Uber"[1072] e così incrementando la propria capacità di pressione sulle piattaforme[1073].

9. I contratti collettivi sui *riders* in Italia.

Rimanendo nel contesto nazionale, nonostante il quadro delle relazioni sindacali italiane nella *gig-economy* sia ancora confuso, i sindacati tradizionali, pur con le difficoltà sopra registrate, hanno posto in essere ultimamente sforzi significativi per avvicinarsi alla problematica dei *riders*. Già il 3 dicembre 2017, infatti, le Parti sociali stipulanti il CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni, in sede di rinnovo, prevedevano che entro tre mesi dalla sottoscrizione dell'accordo venissero stabilite le definizioni, le declaratorie e i livelli di inquadramento, l'orario di lavoro "e quant'altro" delle "nuove figure di lavoratori adibiti alla distribuzione delle merci tramite cicli, ciclomotori, motocicli, natanti e imbarcazioni"[1074]. Tale disposizione è dunque stata attuata mediante l'accordo integrativo al medesimo CCNL del 18 luglio 2018, dedicato espressamente alle attività suddette, svolte in ambito urbano, "anche attraverso l'utilizzo di tecnologie innovative (piattaforme, palmari, ecc…)", ossia ai *riders*. Nessun riferimento espresso vi è (e neppure vi poteva essere) in merito alla qualificazione, subordinata o no, dei *riders*. Tuttavia, si può ritenere che l'accordo presuma che gli stessi siano lavoratori dipendenti e, in ogni caso, che sia diretto a disciplinare la prestazione di *riders* cui si applichi la disciplina del lavoro subordinato[1075]. L'accordo, infatti, premettendo che a tali lavoratori trovano applicazione le coperture assicurative e previdenziali previste dalla legge e dal CCNL, definisce l'inquadramento degli stessi, nonché i parametri retributivi cui fare riferimento.

L'orario di lavoro viene definito tenendo in considerazione il carattere discontinuo delle prestazioni dei *riders*, il quale renderebbe questi assimilabili al "personale viaggiante impiegato in mansioni discontinue a norma del R.D.L. 15.3.1923 n. 692, del R.D. 10.9.1923, n. 1953, e del R.D. 6.12.1923, n. 2657", atti normativi che escludono i "commessi viaggiatori"[1076] e, in generale, chi presta un lavoro discontinuo dalle normali limitazioni dell'orario di lavoro e che annoverano tra

---

del precariato in Italia, *Sociologia del lavoro*, 2011, n. 123, 170 ss.), nata proprio a seguito di un appello divulgato sul *web* (v. *http://www.rerepre.org/*).

[1071] TULLINI, *L'economia*, 9.

[1072] *Ivi*, 13.

[1073] LASSANDARI, *La tutela*, XV. Può osservarsi come un importante risultato dell'interazione tra sindacati e nuovi movimenti della *gig-economy*, che ha permesso il coinvolgimento di questi ultimi nel sistema istituzionale di relazioni industriali, si è avuto in Austria, dove, nell'aprile 2017 il sindacato dei trasporti Vida, supportando i fattorini di *Foodora*, ha reso possibile la nascita del primo Consiglio di fabbrica dei lavoratori su piattaforma, cosicché anch'essi ora possono beneficiare del diritto all'informazione e consultazione (RECCHIA, *op. cit.*, 149).

[1074] Cfr. CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni, rinnovo del 3 dicembre 2017.

[1075] In ipotesi, quindi, il CCNL potrebbe essere destinato anche a collaboratori eterorganizzati *ex* art. 2 D.lgs. n. 81/2015.

[1076] Cfr. art. 1, comma 2, R.D. n. 692/1923.

"le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia"[1077] la figura dei "fattorini"[1078], nella quale ben possono rientrare i più moderni *riders*. Il limite dell'orario ordinario di lavoro è dunque di 39 ore settimanali distribuibile sino a un massimo di sei giorni nell'arco di una settimana e conguagliabile nell'arco di quattro settimane, fino a un massimo di 48 ore settimanali, inclusi gli straordinari. Quanto all'orario giornaliero, esso potrà essere distribuito su 13 ore, da un minimo di 2 a un massimo di 8, estendibili a 10, laddove per una parte dell'orario di lavoro il lavoratore sia adibito ad attività di magazzino. L'orario sarà concordato settimanalmente con il datore di lavoro, anche mediante l'uso della piattaforma, senza che però il criterio del *ranking* reputazionale possa avere alcun peso. Nel caso in cui il *rider* venga impiegato a tempo parziale, l'orario di lavoro settimanale non potrà essere inferiore a 10 ore mentre quello giornaliero a 2 ore. Per il resto, l'accordo prevede, sostanzialmente, l'applicazione ai *riders* della disciplina generale in materia di *part-time*, di apprendistato – che non potrà però durare più di tre anni -, di Dispositivi di Protezione Individuale (ad esempio, caschetto, indumenti ad alta visibilità, guanti, luci di segnalazione), i quali dovranno essere forniti dall'azienda, nonché l'obbligo, per il datore di lavoro, di assicurare i mezzi di trasporto usati dai *riders* per la responsabilità civile verso terzi[1079].

L'integrazione del CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni delega, infine, alla contrattazione di secondo livello, aziendale o territoriale, la definizione di una disciplina più specifica dei *riders*, necessaria in considerazione dell'influenza che le particolarità della singola azienda o dell'area geografica di riferimento potrebbero avere sulla prestazione lavorativa[1080]. Ebbene, tale delega è stata azionata l'8 maggio 2019, mediante la sottoscrizione, a Firenze, di un accordo quadro sperimentale per la Provincia di Firenze, e successivamente anche per la Regione Toscana, tra la società Laconsegna srls e le federazioni del settore dei trasporti aderenti a Cgil, Uil e Cisl (FILT, UIL-TRASPORTI e FIT)[1081].

Innanzitutto, l'accordo dà conto di come, finora, i *riders* siano stati assunti dalle aziende in qualità di collaboratori coordinati e continuativi e di come le poche pronunce giudiziali in materia, con differenti argomentazioni, abbiano rigettato la qualificazione degli stessi quali lavoratori subordinati, ammettendo, al limite, l'applicazione della disciplina sulle collaborazioni eterorganizzate, di cui all'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 81/2015[1082]. Sotto questo profilo, l'accordo va in controtendenza, prevedendo espressamente che il rapporto di lavoro dei *riders* "è esclusivamente di tipo subordinato ed afferente al CCNL Merci, Logistica e Spedizioni", che, per tale ragione, i *riders* hanno l'inquadramento contrattuale stabilito dal CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni, e che, di conseguenza, viene esclusa la formalizzazione dei loro rapporti mediante il ricorso al contratto di collaborazione coordinata e continuativa. Anche l'accordo in commento tiene conto, in linea con il CCNL, del carattere discontinuo delle prestazioni dei *riders*, ribadendone la disciplina sull'orario

---

[1077] Art. 6 R.D. n. 1955/1923.
[1078] Punto 4 R.D. n. 2657/1923.
[1079] Ai sensi della l. n. 990/1969.
[1080] Il CCNL delega la contrattazione di secondo livello su specifiche materie quali: la predisposizione di percorsi di formazione; la previsione di buoni pasto e di premi di risultato; il rapporto tra i mezzi telematici e la *privacy* del lavoratore; la definizione di mezzi per evitare di creare oneri diretti nei confronti del lavoratore. Tuttavia, tale disposizione non può essere ritenuta una delega rigida o in senso stretto, affermando l'accordo espressamente che "Tali elementi sono a titolo indicativo e non esaustivo".
[1081] Si tratta, allo stato, dell'unico accordo di secondo livello sui *riders*, a quanto consta.
[1082] V. *supra* §3.

di lavoro e considerando i periodi di interruzione tra una consegna e l'altra, sia al fine di "salvaguardare la produttività, l'efficienza e la flessibilità di impegno dei lavoratori e dunque favorire la fase di avviamento commerciale della società datoriale e le esigenze dei lavoratori", sia per "far emergere forme di lavoro irregolare". Dunque, l'orario di lavoro è definito come "Il tempo dedicato a tutte le operazioni di trasporto del prodotto, dal ritiro del prodotto alla guida e la consegna del prodotto stesso", rimanendone esclusi tutti i tempi non ricompresi in tale definizione. Rispetto al CCNL, l'accordo di Firenze, confermando la disciplina sull'orario di lavoro sopra vista, fissa però anche due fasce orarie, una, dalle 11,30 alle 15,00, per il servizio distribuzione pranzo, l'altra, dalle 18,30 alle 23,30, per il servizio distribuzione cena, nel corso delle quali potrà essere effettuata la prestazione con i limiti giornalieri di cui al CCNL. Importante è anche la previsione a favore del lavoratore di un'indennità oraria per i periodi in cui il *rider*, pur non effettuando consegne, è a disposizione dell'azienda. E infatti, vale la pena di ricordare che, per sua natura, l'attività dei *riders* richiede tempi, anche lunghi, in cui il lavoratore, pur non svolgendo alcuna prestazione e potendosi anche allontanare dalla sede aziendale, rimane a disposizione del datore di lavoro per rispondere alle chiamate con le quali gli si chieda di eseguire una nuova prestazione. L'accordo precisa che durante questi momenti il lavoratore non è obbligato a restare presso i locali aziendali e, quindi, può allontanarsi, ma deve sempre rispondere alle richieste di ripresa dell'attività. Per tale motivo l'indennità non verrà riconosciuta se il *rider* non risponderà positivamente alle chiamate del datore di lavoro.

Mediante un allegato, l'accordo stabilisce poi alcuni criteri spaziali sulla base dei quali calcolare i tempi medi di lavoro per ogni consegna. Così, seguendo uno schema a cerchi concentrici, viene indicata un'Area 1, comprensiva dell'area geografica intorno al punto di ritiro della merce fino alla distanza massima di circa 2 km di percorrenza; un'Area 2, identificata esternamente all'Area 1, fino alla distanza massima dal punto di ritiro di circa 5 km di percorrenza; un'Area 3, tale da comprendere tutta l'area identificata esternamente all'Area 2, fino alla distanza massima dal punto di ritiro di circa 8 km di percorrenza. Nell'identificare siffatte aree si terrà conto anche di fattori correttivi dovuti alla viabilità stradale e a ostacoli fisici, come fiumi e ferrovie. Dunque, i tempi di lavoro *standard* da utilizzare per calcolare il tempo effettivo di lavoro saranno: 1) 7 minuti per ogni consegna nell'Area 1; 2) 12 minuti per ogni consegna nell'Area 2; 3) 20 minuti per ogni consegna nell'Area 3. Infine, l'accordo prevede anche il riconoscimento di un premio mensile per il numero di consegne effettuate, di valore pari alla differenza tra il lordo del compenso derivante dalle ore lavorate e i parametri indicati in una specifica tabella allegata e variabili, appunto, in relazione al numero di consegne, cui dovrà aggiungersi, sempre sulla base del criterio del numero di consegne, un rimborso spese per l'utilizzo del mezzo di proprietà del lavoratore, oltre a un ulteriore rimborso in ragione dell'uso dell'*app* installata sul telefonino del *rider*.

Gli accordi in oggetto, dunque, costituiscono un importante passo avanti nella regolamentazione del lavoro su piattaforma digitale, prevedendo a favore dei *riders* una disciplina dettagliata soprattutto in merito a due degli aspetti maggiormente problematici per questo settore: l'orario di lavoro e la retribuzione. Come si vede, quindi, anche i sindacati tradizionali, e soprattutto quelli maggiormente rappresentativi, stanno prestando attenzione al lavoro su piattaforma digitale. Peraltro, come si è detto in merito alla Carta dei *riders* di Bologna, simili accordi potrebbero ispirare normative ulteriori, pattizie o legislative, che definiscano ancor più chiaramente le protezioni dei ciclofattorini. Del resto, lo stesso accordo fiorentino pone come ambito territoriale di propria applicazione non solo la Provincia di Firenze ma, in prospettiva, tutta la Regione Toscana.

Le maggiori perplessità, tuttavia, si pongono rispetto alla qualificazione dei *riders* come lavoratori subordinati. Va infatti segnalato che il contratto collettivo, nell'ordinamento italiano, in ossequio al principio di indisponibilità del tipo, non può qualificare a prescindere rapporti di lavoro nel senso della subordinazione e dell'autonomia. In altre parole, la circostanza che un contratto di lavoro sia subordinato o autonomo non può essere stabilita *a priori*, dovendosi vedere come il rapporto di fatto si atteggi nel caso concreto. Simili dubbi, che hanno messo in discussione la sua costituzionalità, sono stati sollevati rispetto alla più volte invocata figura delle collaborazioni organizzate dal committente. L'art. 2, comma 2, lett. *a)*, D.lgs. n. 81/2015, infatti, esclude l'applicazione della disciplina delle collaborazioni eterorganizzate per quelle "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". Gli accordi in commento – o, quantomeno, sicuramente l'accordo di Firenze, il quale parla espressamente di subordinazione – sembrano allora aver fatto applicazione proprio della disposizione citata, sebbene non richiamata espressamente. Per eludere simili problematiche, è quindi necessario ritenere che le regole pattizie *de quibus* siano destinate ai soli *riders* subordinati (o comunque a quei lavoratori cui è estesa la normativa sul lavoro subordinato), i quali, quindi, si vedranno applicare una disciplina, soprattutto in tema di orario di lavoro e retribuzione, peculiare, che tiene conto della discontinuità della loro prestazione. Vi è però anche da osservare, su un piano più generale, come il recupero delle vecchie normative, indicate dagli accordi, sui lavoratori che ricoprono mansioni discontinue[1083], tra i quali vengono annoverati anche i fattorini, suggerisca che nel lavoro digitale a cambiare non siano tanto le attività svolte, che rimangono quelle tradizionali, quanto il linguaggio e le strategie datoriali, le quali finiscono per far apparire come una novità qualche cosa che in realtà non lo è.

10. Il ruolo del potere pubblico nel lavoro su piattaforma digitale.

Nel contesto regolativo, ancora incerto, appena descritto, anche i legislatori nazionali e sovranazionali, nonché in generale il potere pubblico, potrebbero avere un ruolo importante, abbattendo gli ostacoli alla formazione e sviluppo di un interesse collettivo. Questa funzione del potere pubblico, come si è visto, trova testimonianza in Italia nel ruolo di mediatore ricoperto dal Comune di Bologna per la stipulazione della Carta dei lavoratori digitali. Ma vanno registrati altri tentativi di intervento del legislatore italiano in questa direzione[1084].

[1083] Si fa riferimento ai Regi Decreti in tema di limitazioni dell'orario di lavoro sopra menzionati.

[1084] Un approccio diverso è invece stato assunto mediante il D.d.l. 27 gennaio 2016, Camera dei deputati, A.C. n. 3564 (*Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*), il quale neppure considera il lavoratore su piattaforma come tale, definendolo come mero "utente operatore", e il D.d.l. 8 febbraio 2017, Camera dei deputati, A.C. n. 4283 (*Disposizioni concernenti le prestazioni di lavoro con modalità di esecuzione organizzate o coordinate dal committente*), che propone di qualificare il lavoratore su piattaforma *a priori* come collaboratore eterorganizzato. Ancora differente è quanto ideato da Pietro Ichino con il D.d.l. 5 ottobre 2017, Senato, A.S. n. 2934 *(Disposizioni in materia di lavoro autonomo mediante piattaforma digitale)*, il quale intende modificare la l. n. 81/2017 sul lavoro autonomo, affidando a c.d. *umbrella companies*, ossia a società di capitali o cooperative, la tutela retributiva e previdenziale del lavoratore su piattaforma. In sostanza, quest'ultimo stipula con la società un contratto (anche di lavoro subordinato), il quale prevede che i compensi derivanti dall'attività su piattaforma vengano gestiti dalla società stessa, la quale poi corrisponderà il dovuto al lavoratore, in modalità tali da assicurare la continuità del reddito, al netto dei contributi previdenziali. Tale proposta, a forte contenuto mutualistico, si ispira a *Smart*, una società cooperativa belga operante secondo questo schema, oggi presente in nove Paesi europei.

Da un lato, infatti, dopo un primo momento nel quale sembrava che il Governo Lega-Cinque Stelle volesse regolare il lavoro dei *riders* qualificandoli per legge come subordinati[1085], l'Esecutivo ha optato per aprire un tavolo di negoziazione con le organizzazioni dei fattorini al fine di individuare tutele minime da assicurare ai lavoratori su piattaforma e di delineare uno schema di CCNL, trattativa che, però, non ha avuto successo a causa del dietrofront del Governo, non più d'accordo sul riconoscere a tali lavoratori la qualifica di subordinati[1086]. Come si è visto in precedenza, in realtà le Parti sociali avevano preso l'iniziativa ben prima dell'intervento del Governo, già a fine 2017, con il rinnovo del CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni, per cui l'attività governativa, priva di qualsivoglia elemento di novità rispetto al tema dei *riders*, ha finito per assumere un significato esclusivamente politico.

Dall'altro lato, invece, deve segnalarsi come il 20 marzo 2019 la Regione Lazio, a seguito di un confronto con le Parti sociali, abbia approvato la prima legge in Italia sui lavoratori digitali[1087]. Tale provvedimento prevede tutele minime per tutti i lavoratori digitali, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica, riconoscendo: la tutela in caso di infortunio sul lavoro e malattie professionali; la formazione in materia di sicurezza; un'assicurazione, a carico delle piattaforme, per infortuni, danni a terzi e spese di manutenzione per i mezzi di lavoro; tutele sulla maternità e sulla previdenza sociale. Inoltre, la legge regionale ribadisce il divieto del compenso a cottimo e introduce una "indennità di prenotazione", dunque una sorta di indennità di disponibilità, laddove il mancato svolgimento del servizio non dipenda dalla volontà del lavoratore. Tra le altre norme ve ne sono alcune che prevedono il coinvolgimento delle Parti sociali, direttamente o indirettamente. Innanzitutto, un coinvolgimento indiretto è dato dal rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione della retribuzione base e dei premi. Le Parti sociali sono invece coinvolte direttamente, tramite loro consultazione, nell'elaborazione ad opera della neonata Consulta regionale del lavoro digitale "di una Carta dei diritti dei lavoratori digitali con l'obiettivo di promuovere principi, regole e tutele a garanzia dei lavoratori e delle piattaforme nonché di sostenere il principio di consumo responsabile"[1088].

Tornando alle iniziative del Governo nazionale, l'insediamento del Governo Cinque Stelle-PD (c.d. Conte bis) ha determinato l'approvazione di una normativa in materia di *riders* avente forza di legge. Si fa riferimento al D.L. 3 settembre 2019 n. 101, c.d. Decreto "salva imprese", conv. in l. 2 novembre 2019 n. 128, il quale ha apportato significative modifiche al D.lgs. n. 81/2015 nell'ottica di introdurre tutele per tutti i ciclofattorini[1089]. Il Decreto Legge, innanzitutto, stabilisce che la

---

[1085] V. la bozza del c.d. Decreto dignità relativa alla tutela dei *riders*, "Norme in materia di lavoro subordinato anche tramite piattaforme digitali, applicazioni e algoritmi", in *http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2018/06/Norme-in-materia-di-lavoro-subordinato-anche-tramite-piattaforme-digitali-applicazioni-e-algoritmi.pdf*.

[1086] CONSIGLIO, *Riders, ma quali diritti per i lavoratori: il grande caos tra proposte di legge e promesse (del Governo) tradite*, in *https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/riders-ma-quali-diritti-per-i-lavoratori-il-grande-caos-tra-proposte-di-legge-e-promesse-del-governo-abortite/*.

[1087] Come si legge nel comunicato della Regione Lazio, la legge "Introduce tutele e diritti e riguarda non solo i rider, i fattorini che consegnano cibo a domicilio, ma una più vasta platea di lavoratori la cui attività è organizzata da app" (v. *https://www.regione.lazio.it/gigeconomy/*).

[1088] V. https://www.regione.lazio.it/gigeconomy/.

[1089] In particolare, il nuovo art. 47-*quater* del D.lgs. n. 81/2015, sui compensi dei *riders*, si applicherà decorsi 12 mesi dall'entrata in vigore della l. n. 128/2019, mentre il nuovo art. 47-*septies*, in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, una volta decorsi 90 giorni. (art. 1, comma 2, D.L. n. 101/2019, conv. in l. n. 128/2019).

disciplina sul lavoro eterorganizzato dal committente, con estensione delle tutele del lavoro subordinato, vale nel caso in cui "le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali"[1090], estendendo espressamente tale figura dai dubbi contorni giuridici anche a questo gruppo di lavoratori[1091].

A tale disposizione, già di per sé significativa perché legifica gli orientamenti giurisprudenziali che qualificano i *riders* come collaboratori eterorganizzati[1092], la norma affianca l'introduzione di un nuovo intero *Capo* (il V-*bis*) rubricato "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali"[1093], nell'intenzione di realizzare una disciplina organica in materia di lavoro su piattaforma digitale. A questo proposito, il nuovo art. 47-*bis* del D.lgs. n. 81/2015 prevede che le disposizioni costituiscono "i livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore" facenti uso di piattaforme digitali, da definirsi come "i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione". In altre parole, la normativa *de qua* va intesa come uno *standard* di protezione minimo da valersi per tutti i lavoratori su piattaforma, ossia essenzialmente per i non subordinati, essendo i subordinati già coperti da tutte le tutele del diritto del lavoro.

Il Decreto Legge sui *riders* ha l'indubbio pregio di costituire la prima tutela organica in Italia nel contesto del lavoro su piattaforma digitale, tuttavia non risulta pienamente soddisfacente sotto vari profili. In primo luogo, il Decreto è dedicato esclusivamente al lavoro su piattaforma digitale dei *riders*. Nulla dice il nuovo *Capo*, invece, delle altre prestazioni intermediate dalle piattaforme, sia che si rimanga nell'ambito del *working on-demand via apps*, sia che si tratti di *crowdwork*, alle quali si potranno tuttavia applicare le tutele che scaturiscono genericamente dalla nuova formulazione dell'art. 2 del d.lgs 81/2015 in merito a ogni altra forma di lavoro eterorganizzato. Di fatto tale regolamentazione può creare disparità di trattamento tra lavoratori che, sebbene svolgano attività diverse, condividono il medesimo rischio, ossia la carenza di protezioni a causa dell'ambiguo ruolo della piattaforma nello svolgimento della loro prestazione. In secondo luogo, non è chiaro se le tutele offerte costituiscano una risposta alle reali esigenze dei *riders*, anche perché alcuni ciclofattorini hanno indirizzato al Governo e al Parlamento una lettera, sottoscritta da più di cinquecento *riders*, con la quale hanno evidenziato le proprie perplessità rispetto alle tutele del Decreto "salva imprese"[1094]. Nello specifico, è opportuno osservare come, prima della sua conversione in legge, il Decreto prevedesse che il corrispettivo dei *riders* potesse essere determinato in base alle consegne effettuate, purché non in misura prevalente, evidentemente allo scopo di non parametrare la prestazione a forme di "cottimo puro" che avrebbero incentivato i rischi di sfruttamento dei ciclofattorini. Il legislatore delegava invece ai contratti collettivi la possibilità di

---

[1090] Art. 1, comma 1, lett. *a)*, D.L. n. 101/2019, conv. in l. n. 128/2019.
[1091] Si veda in proposito Tosi, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel "decreto crisi"*, in http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20191129-094525_Le_collaborazioni_nel_decreto_crisipdf.pdf.
[1092] V. *supra* §3.
[1093] Art. 1, comma 1, lett. *c)*, D.L. n. 101/2019, conv. in l. n. 128/2019.
[1094] V. https://riders895195.typeform.com/to/SgtLSa.

introdurre "schemi retributivi modulari e incentivanti che ten[essero] conto delle modalità di esecuzione della prestazione e dei diversi modelli organizzativi", mentre "il corrispettivo orario [veniva] riconosciuto a condizione che, per ciascuna ora lavorativa, il lavoratore accett[asse] almeno una chiamata". Di grande importanza risultava essere anche l'estensione ai *riders* della copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Pertanto, in base a quanto stabilito dal D.L. n. 101/2019 non convertito, le imprese che si sarebbero avvalse delle piattaforme digitali avrebbero dovuto obbligatoriamente assicurarsi presso l'INAIL come ogni altro datore di lavoro in Italia, nonché rispettare le norme generali in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro[1095]. Infine, l'efficacia delle nuove disposizioni sul lavoro dei ciclofattorini sarebbe stata monitorata da un osservatorio permanente *ad hoc* a composizione mista – in quanto presieduto dal Ministro del lavoro e composto da rappresentati delle Parti sociali -, il quale avrebbe potuto anche proporre revisioni della normativa *de qua*. Ebbene, rispetto alla disciplina originaria del D.L., i ciclofattorini autori della suddetta missiva hanno appoggiato in pieno le posizioni critiche delle associazioni imprenditoriali di categoria (lasciando qualche dubbio sulla genuinità della loro posizione) e, in particolare, il divieto all'utilizzo del "cottimo puro", osservando come, seppur sia condivisibile prevedere un compenso minimo garantito per le fasce orarie in cui vi è meno lavoro, stabilire la prevalenza di un "minimo" rispetto al cottimo ridurrebbe i compensi stessi, atteso che le aziende si troverebbero costrette ad aumentare il numero dei *riders*, con una conseguente diminuzione degli ordini assegnati ai ciclofattorini già operanti. Inoltre, i promotori della lettera temono che obbligare le imprese ad assicurarsi presso l'INAIL potrebbe avere conseguenze negative sul loro lavoro, portando le aziende ad abbandonare l'Italia. Per questo, tali *riders* hanno proposto di lasciar libere le piattaforme di assicurarsi con società private o con l'INAIL, oppure di rendere obbligatoria l'assicurazione INAIL solamente per le ore effettivamente lavorate. Infine, la lettera ha sottolineato come il Decreto mancasse di regolare alcuni profili meritevoli di una risposta, quali la trasparenza sul funzionamento dei sistemi di *ranking* e sulla struttura dei guadagni, la portabilità della reputazione, i corsi di sicurezza stradale e la distribuzione di caschi e luci di sicurezza per chi va in bici.

Tali istanze hanno infine trovato parziale accoglimento, in particolare in materia di compensi, in sede di conversione del Decreto "salva imprese", con l. 2 novembre 2019 n. 128. Ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, infatti, è stata affidata la definizione di criteri per la determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente. In mancanza di tali accordi i *riders* non potranno invece essere retribuiti in base alle consegne effettuate e dovrà comunque essere garantito loro un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Peraltro, ai ciclofattorini dovrà essere garantita un'indennità integrativa non inferiore al 10 per cento per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni metereologiche sfavorevoli, anch'essa fissata dai contratti collettivi stipulati dai sindacati

[1095] Ossia, il D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o, in difetto, mediante decreto del Ministro del lavoro[1096]. Inoltre, è stata vietata l'esclusione "dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione"[1097], così intervenendo sul problema del *ranking* reputazionale. Per il resto, nessuna modifica è stata apportata in merito alla tutela contro gli infortuni sul lavoro, né vi sono stati interventi riguardanti la previsione dell'osservatorio permanente sull'efficacia delle disposizioni sui *riders*[1098]. Piuttosto, sono state introdotte tematiche del tutto nuove[1099], quali: la stipulazione per iscritto dei contratti individuali dei *riders ad probationem* e il loro diritto a ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza; l'applicazione ai ciclofattorini delle tutele antidiscriminatorie; l'estensione della disciplina nazionale ed europea in materia di *privacy*[1100].

Come si è visto, il D.L. n. 101/2019, conv. in l. n. 128/2019, riserva alla contrattazione collettiva uno spazio assai limitato, circoscrivendola alla materia dei compensi, senza peraltro dire alcunché in merito ai diritti e alle libertà sindacali dei ciclofattorini. Per tale ragione, la testimonianza più significativa in Europa di "legislazione di supporto" all'attività collettiva nel lavoro digitale rimane senza dubbio quella francese. La LOI Travail[1101], modificando il Codice del lavoro francese, ha infatti stabilito, con l'art. L7342-5, che le azioni concertate di astensione dal lavoro, finalizzate a rivendicazioni professionali, né possono determinare la responsabilità contrattuale dei lavoratori coinvolti, salvo abusi da parte degli stessi, né costituire motivo di interruzione del rapporto con la piattaforma, e neppure giustificare misure che penalizzino la loro attività. La stessa disposizione, inoltre, prevede che i lavoratori in questione hanno il diritto di costituire un'organizzazione sindacale, al fine di aggregare e far progredire i propri interessi collettivi.

La vitalità dei nuovi soggetti collettivi che affollano il lavoro su piattaforma, e nonostante le dubbie posizioni critiche di alcuni *riders* rispetto a presunti interventi legislativi rigidi e inidonei a modulare le tutele lavoristiche, fa pensare che il modello francese potrebbe costituire un buon esempio di regolazione per fare in modo che la *gig-economy* da realtà orientata alla disgregazione dei lavoratori, possa diventare strumento di rilancio della dimensione collettiva del diritto del lavoro ma anche del ruolo dello Stato, il quale, insieme alla legge, si riapproprierebbe così della propria centralità.

11. Quali tutele per i lavoratori su piattaforme digitali?

Come è noto, la discussione sulle tutele da accordare ai lavoratori digitali ha visto fronteggiarsi tesi differenti, ciascuna delle quali propone una soluzione per inquadrare il fenomeno. Se alcuni, infatti, vorrebbero introdurre un *tertium genus* tra subordinazione e autonomia, posizione questa assunta anche da parte della giurisprudenza al momento[1102], altri propugnano un approccio più

[1096] Cfr. art. 47-*quater* D.lgs. n. 81/2015.
[1097] Art. 47-*quinquies*, comma 2, D.lgs. n. 81/2015.
[1098] Cfr. artt. 47-*septies*, 47-*octies*, D.lgs. n. 81/2015.
[1099] V. artt. 47-*ter*, 47-*quinques*, 47-*sexies* D.lgs. n. 81/2015.
[1100] E cioè del Regolamento UE n. 2016/679 e del D.lgs. n. 196/2003, c.d. Codice della *privacy*.
[1101] Art. 60, LOI n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016.
[1102] Come sopra esposto, nel caso *Aslam* si è optato per qualificare i lavoratori come *workers* mentre nel caso affrontato dalla Corte d'Appello di Torino si è fatto ricorso alla fattispecie della collaborazione eterorganizzata che, per i giudici torinesi, costituirebbe un *tertium genus*.

tradizionalista, che si muova all'interno del modello dicotomico del diritto del lavoro, mentre altri ancora hanno evocato l'adozione del c.d. approccio rimediale e di modulazione delle tutele per soglie, presente ogni volta che porzioni delle protezioni del lavoro subordinato vengono applicate a situazioni ricadenti nella zona grigia tra subordinazione e autonomia[1103].

Indipendentemente dall'approccio che si preferisce adottare, va però detto che molti sembrano concordare sulla necessità, oramai non più procrastinabile, di introdurre tutele minime per i lavoratori digitali, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica[1104]. In questi termini può essere utile comprendere quali protezioni basilari dovrebbero essere riconosciute ai lavoratori digitali su piattaforma.

Tale selezione di tutele può essere effettuata verificando su quali tematiche vi sia stata la convergenza da parte delle organizzazioni collettive dei lavoratori digitali, della giurisprudenza, nonché delle fonti attualmente a disposizione in materia. Ebbene, ciò è avvenuto, innanzitutto, in tema di salario minimo, essendo il problema salariale alla base delle mobilitazioni collettive ma anche avendo i giudici inglesi e italiani evocato figure – quelle di *worker* e collaboratore eterorganizzato – cui si applica lo stesso trattamento retributivo dei subordinati. Nello specifico, poi, la Carta di Bologna prevede che a "tutti i lavoratori e collaboratori la piattaforma deve garantire un compenso orario fisso equo e dignitoso in ogni caso non inferiore ai minimi tabellari sanciti dai contratti collettivi di settore sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative per prestazioni equivalenti o equiparabili"[1105]. Una simile previsione, ancorando la remunerazione ai CCNL, da una parte, consentirebbe di superare i dubbi sull'applicazione dell'art. 36 Cost., e dunque del principio di giusta retribuzione, al di fuori della subordinazione[1106] e, dall'altra, svolgerebbe un'importante funzione di raccordo tra lavoratori su piattaforma e sindacati, nella prospettiva, sopra esposta, della formazione di un interesse collettivo[1107]. Da questo punto di vista, le disposizioni del Decreto "salva imprese" convertito accolgono tale soluzione, anche se con esclusivo riferimento ai ciclofattorini, proponendo allo stesso tempo un sistema di compensi adattabile alle esigenze dei singoli lavoratori, atteso che, in mancanza di contratti collettivi i quali stabiliscano come remunerare i *riders*, prevedono l'applicazione dei minimi tabellari di cui ai CCNL. In secondo luogo, al centro delle preoccupazioni dei lavoratori digitali vi è il tema della salute e sicurezza, sia sotto il profilo prevenzionistico, sia sotto quello previdenziale. Partendo dal primo aspetto, e ragionando in termini di universalità delle tutele, ossia nel senso di approntare protezioni minime per tutti i lavoratori indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica,

---

[1103] PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 127; TREU, *op. cit.*

[1104] Questa è anche la posizione del Parlamento Europeo, su cui v. *supra* §7.

[1105] Art. 4, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano. Tale tutela, come prevede il comma 2, comprende anche la corresponsione dell'indennità di lavoro notturno, festivo e svolto in presenza di condizioni metereologiche avverse.

[1106] VOZA, *Nuove sfide*, 684. Giova infatti ricordare come la giurisprudenza abbia escluso l'applicabilità dell'art. 36 Cost. ai lavoratori autonomi e, specificamente, anche nei confronti dei parasubordinati, non ritenendosi tali lavoratori in una debolezza contrattuale tale da giustificare una simile tutela (v. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2017, 89, e giurisprudenza ivi richiamata). Va tuttavia osservato come il legislatore sia più volte intervenuto introducendo in specifiche ipotesi di lavoro atipico forme di salario minimo (ad esempio, nel caso del compenso per il contratto di lavoro a progetto, ai sensi dell'abrogato art. 63, comma 1, D.lgs. n. 276/2003).

[1107] MARTELLONI, *op. cit.*, 28.

quanto in proposito previsto in Italia dal D.lgs. n. 81/2008, nonché dall'art. 2087 c.c., non è idoneo a fornire copertura a tutti i lavoratori su piattaforma. L'intera normativa del T.U., infatti, come anche l'art. 2087 c.c.[1108], si applica ai subordinati[1109] mentre il T.U. stesso vale per i parasubordinati solo ove essi lavorino "nei luoghi di lavoro del committente"[1110], laddove invece gli autonomi si vedono accordare specifiche tutele solamente nel caso in cui operino all'interno di locali di cui il committente abbia la disponibilità giuridica[1111]. Al fine di superare questa lacuna normativa, una tesi ha tentato di valorizzare le clausole di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., le quali, dovendo essere osservate da qualunque parte di un contratto di diritto privato, imporrebbero al committente di tutelare l'integrità psico-fisica del prestatore d'opera, e ciò sia in termini di sicurezza[1112], sia in termini di estensione del diritto alla disconnessione anche a quei lavoratori, come gli autonomi, che ne sono privi[1113]. Sotto il profilo previdenziale, poi, e segnatamente di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, la legislazione italiana opera nei confronti dei soli lavoratori subordinati e dei collaboratori coordinati e continuativi ma non degli autonomi[1114]. In questa misura, non c'è da meravigliarsi se la Carta di Bologna[1115] e la legge della Regione Lazio abbiano dovuto prevedere specifiche disposizioni in materia, fermo restando l'isolato intervento suppletivo della Corte d'Appello di Torino che, evocando l'art. 2 D.lgs. n. 81/2015, ha statuito, per il caso concreto, l'applicazione della normativa su salute e sicurezza e previdenziale citata anche ai *riders* di *Foodora*. L'intervento del D.L. n. 101/2019, conv. in l. n. 128/2019, allora, che estende a tutti i ciclofattorini l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e la tutela sulla salute e sicurezza, assume notevole importanza.

Discorso parzialmente diverso può farsi per i diritti sindacali. Un riconoscimento universale della libertà sindacale sarebbe infatti già garantito (anche) ai lavoratori su piattaforma in Italia dall'art.

[1108] Cass. 21 marzo 2013, n. 7128, in *DeJure*.

[1109] Peraltro, l'art. 3, comma 10, T.U. dispone che solo nei confronti lavoratori subordinati a distanza trova applicazione la disciplina in materia di protezione dalle attrezzature munite di videoterminali. In questi termini, anche laddove il lavoratore su piattaforma fosse riqualificato come subordinato, tale normativa potrebbe avere utilità per coloro, come i *crowdworkers*, che fanno uso del computer come loro mezzo di lavoro ma non per i *workers on-demand via apps*, i quali usano i dispositivi solamente in determinati momenti della prestazione. Inoltre, con riferimento a tale disciplina, permangono comunque problemi interpretativi nei confronti di tutti i lavoratori digitali, atteso che essa non si applica per espressa previsione di legge (v. art. 172 T.U.): 1) ai lavoratori addetti ai posti di guida di veicoli o macchine (ad esempio, ai *drivers* di *Uber* o agli autisti di *FlixBus*; 2) alle "macchine di videoscrittura senza schermo separato" (e allora la disciplina non varrebbe la quasi totalità dei dispositivi, come portatili, *smartphone* o *tablet*, impiegati nel lavoro su piattaforma).

[1110] Art. 3, comma 7, T.U.

[1111] Art. 26. T.U.

[1112] Trib. Potenza 1 febbraio 2012, in http://www.ordineavvocatipotenza.it/sites/default/files/6.pdf e Trib. Milano 21 marzo 2009, in *DeJure*.

[1113] Per tale tesi, sia consentito il rinvio a CALVELLINI-TUFO, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, in *Labor*, 2018, n. 4, 414-415.

[1114] MARTELLONI, *op. cit.*, 27. Più precisamente, la tutela assicurativa è stata estesa dal legislatore e dalla Corte costituzionale oltre la subordinazione, ricomprendendo attività, come quella degli artigiani, dei medici radiologi o dei piazzisti, che possono essere eseguite anche nell'ambito del lavoro autonomo (CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2015, XII ed., 492-493). Tuttavia, venendo appunto assicurate specifiche attività lavorative, non esiste una tutela generale contro gli infortuni e le malattie professionali per i lavoratori autonomi.

[1115] V. art. 6 Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano, il quale, tra le altre cose, prevede che le piattaforme debbano "sottoscrivere con oneri a proprio carico un'assicurazione che copra i lavoratori e dal rischio di infortuni e malattie sul lavoro, nonché dal rischio di danni per eventuali sinistri stradali con copertura, anche, dei danni nei confronti di terzi".

39 Cost.[1116] e da numerose disposizioni sovranazionali (seppur tendenzialmente riservate ai subordinati)[1117] quali gli artt. 12 e 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'art. 11 della CEDU, l'art. 5 e 6 della Carta Sociale Europea, nonché le Convenzioni OIL n. 87/1948 e n. 98/1949. Tuttavia, i diritti che consentono l'esercizio in concreto di tale libertà, quali quelli di assemblea, di *referendum* o di azione per condotta antisindacale, sono sostanzialmente preclusi ai lavoratori autonomi in gran parte degli ordinamenti europei[1118]. Senza contare che la contrattazione collettiva e lo sciopero (o altre forme di autotutela collettiva, a prescindere dall'essere diritti o mere libertà), pur potendo essere esercitati oltre l'ambito della subordinazione[1119], si scontrano, a livello sovranazionale, con le regole sulla concorrenza dell'UE, le quali rischiano di impedire ai lavoratori digitali non subordinati o quasi-subordinati di poter porre in essere tali attività[1120]. Anche in materia di diritti collettivi, dunque, un riconoscimento universale, come avviene nella Carta di Bologna[1121], appare necessario.

Deve peraltro rilevarsi come se l'enunciazione dei diritti sopra citati, in Italia come in altri Stati membri dell'UE, risulta ancora affidato a provvedimenti ad efficacia soggettiva limitata - ora perché non *erga omnes*, ora perché destinati ai soli *riders* - diverso è invece quanto accaduto in Francia, in cui la già ricordata LOI Travail ha accordato a tutti i lavoratori su piattaforma digitale, a prescindere dalla propria qualificazione giuridica, protezioni in materia di infortuni, di formazione professionale, di organizzazione sindacale e di autotutela collettiva[1122], ponendosi quale modello da seguire nel contesto europeo.

Ad ogni modo, l'elenco delle tutele minime che sarebbe opportuno riconoscere ai lavoratori digitali non si ferma alle protezioni predette. Si è infatti sottolineata la necessità di prevedere un diritto specifico per chi lavora sulle piattaforme, relativo alla "portabilità" della reputazione guadagnata nel passaggio da una piattaforma all'altra[1123]. Si tratta di un diritto di fondamentale importanza, dipendendo la durata del rapporto tra lavoratore e piattaforma proprio dal gradimento

---

[1116] Estendendosi la libertà sindacale a tutti quei lavoratori, anche autonomi, che si trovino in una situazione di squilibrio socio-economico con la controparte contrattuale (GAETA, *Appunti dal corso di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018, 87).

[1117] RECCHIA, *op.cit.*, 156.

[1118] V. FORLIVESI, *op. cit.*, 43-44, il quale ricorda come per tale ragione in Inghilterra sia stata negata al sindacato indipendente che aveva organizzato i fattorini di Deliveroo, da parte del Central Arbitration Committee, la possibilità di costituire una *bargaining unit* non per la mancanza di rappresentatività ma, piuttosto, per non essere i *riders* dei *workers*, secondo la definizione di cui alla sez. 296 del Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (v. Central Arbitration Committee, Case Number: TUR1/985(2016) 14 November 2017, in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/663126/Acceptance_Decision.pdf). Peraltro, come nota lo stesso autore, la situazione non sarebbe diversa in Italia, atteso che, al fine di costituire RSA o RSU, e dunque di accedere ai diritti di cui al Tit. III St. lav., è necessaria la presenza di un numero minimo di lavoratori dipendenti nell'unità produttiva (v. art. 35 St. lav. e punto 1, parte I, sez. II, T.U. sulla Rappresentanza Confindustria – Cgil, Cisl e Uil del 10 gennaio 2014).

[1119] Ad esempio, in Italia il diritto di sciopero è stato riconosciuto, ancora una volta, in base alla *ratio* di tutelare i contraenti in una situazione di debolezza socio-economica, motivo che ha spinto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 222 del 17 luglio 1975, ad accordare il diritto di sciopero anche ai piccoli imprenditori e altri giudici ai parasubordinati. Questa estensione è stata poi codificata, con riguardo allo sciopero nei servizi pubblici essenziali, nella l. n. 83/2000 (GAETA, *Appunti*, 151).

[1120] LASSANDARI, *La tutela*, XVI-XVII; RECCHIA, *op.cit.*, 156-157. V. *amplius* FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del* web, in TULLINI (a cura di), Web *e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 183 ss., nonché, in giurisprudenza, Corte di Giustizia UE 4 dicembre 2014, C-413/13, *Fnv Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden*, in *curia.europa.eu*.

[1121] V. artt. 9 e 10 Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano.

[1122] V. L-7342-2 ss. Code du travail.

[1123] DE STEFANO, *The rise*, 500. Tale diritto è ora previsto all'art. 3, lett. *c)*, Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano. Peraltro, come già visto, si tratta di un diritto sulla cui introduzione concorda anche il Parlamento Europeo (v. *supra* par. 7).

degli utenti e potendo peraltro tale parametro dare un'immagine, seppur solo in parte, del "bagaglio professionale" acquisito dal lavoratore nell'esercizio della propria attività lavorativa. Su tale diritto, la nuova disciplina organica dei *riders*, di cui al Decreto "salva imprese", tace, occupandosi, piuttosto, di un aspetto ugualmente importante, vietando l'esclusione dalla piattaforma del lavoratore per non aver questi accettato la prestazione. Infine, non deve trascurarsi che il lavoro su piattaforma, per sua natura, richiede l'intervento di strumenti di sostegno al reddito[1124], e ciò a causa della discontinuità e precarietà delle prestazioni in oggetto, che spesso non consentono al lavoratore di produrre un reddito da lavoro idoneo a superare la soglia di povertà[1125].

A ben vedere, dunque, gran parte delle tutele menzionate coincide con diritti fondamentali che dovrebbero essere estesi a tutti i lavoratori, non solo digitali, in modo tale da garantire a tutti prestatori di lavoro uno *standard* minimo di protezione, a prescindere dalla propria qualificazione giuridica, secondo un approccio universalistico. E allora, le questioni sollevate dal lavoro su piattaforma altro non sono se non lo specchio delle problematiche che da tempo tormentano il diritto del lavoro, il cui paradigma futuro dipenderà dalle risposte che esso saprà dare alle sollecitazioni provenienti dalla rivoluzione tecnologica in atto, la quale, più che attentare all'esistenza della materia lavoristica, può costituire un'importante occasione di rilancio dei suoi valori.

Se è eccessivo dire che il lavoro è sempre meno "luogo" e sempre più "processo" (gran parte del lavoro è ancora manifattura tradizionale), che il lavoro è "ubiquo e atemporale"[1126], o se è eccessivo parlare di "evanescenza dei tratti tipici del luogo di lavoro"[1127], dobbiamo però attrezzarci a far fronte a nuove dimensioni. E ciò significa adeguare in via interpretativa ovvero, se necessario, legislativa, le norme che suppongono l'esistenza di una concezione statica del luogo di lavoro.

Può, in proposito, riportarsi un piccolo esempio tratto dalla giurisprudenza: ai fini dell'art. 413 c.p.c., e dunque dell'individuazione del giudice competente per territorio nelle controversie di lavoro, si assume che, in caso di telelavoro, il concetto di «dipendenza [dell'azienda] alla quale è addetto il lavoratore»[1128] debba essere interpretato estensivamente, come articolazione dell'organizzazione aziendale nella quale il dipendente lavora, «che può anche coincidere con la sua abitazione se dotata di strumenti di supporto dell'attività lavorativa»[1129].

L'intensificarsi della mobilità della manodopera su scala globale impone, poi, al giurista del lavoro di attrezzarsi per padroneggiarne la dimensione internazionale, oggi terra di nessuno. Non che la dimensione interna della mobilità del lavoro non presenti problemi, a dispetto di un'apparente concordia giurisprudenziale: si pensi, ad esempio, all'esatta individuazione dei limiti del potere di trasferimento, alla distinzione tra trasferta e trasferimento, ai presupposti del distacco. Tuttavia

---

[1124] V. per tutti BRONZINI, *Il reddito di base e le metamorfosi del lavoro. Il dibattito internazionale ed europeo*, in *RDSS*, 2018, n. 4, 701 ss., nonché D'ONGHIA, *Lavori in rete e nuove precarietà: come riformare il* welfare state*?*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, *RGL Quaderno*, 2017, n. 2, 83 ss., con specifico riferimento al reddito di base.

[1125] TUFO, *I* working poor *in Italia*, in *RDSS* (in corso di pubblicazione).

[1126] Così T. TREU, *Introduzione*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, cit., XIV.

[1127] Così F. DE FALCO, *Luogo di lavoro e adempimento della prestazione*, ESI, 2012, 13.

[1128] Si tratta di uno dei fori facoltativi previsti dal 2° co. dell'art. 413 c.p.c.

[1129] Cfr., ad es., Cass. 8 febbraio 2018, n. 3154; Cass. 15 luglio 2013, n. 17347.

nella mobilità internazionale – la "nuova" dimensione della mobilità – perde nitidezza (o addirittura rilevanza) la distinzione domestica tra trasferimento, trasferta e distacco.

Vi è, come noto, una sorta di regime speciale, governato, oltre che dagli accordi individuali, dalle regole internazional-privatistiche ed europee sulla legge applicabile: insomma, da fonti che non siamo abituati a padroneggiare. La regola di fondo della *lex loci laboris* – vale a dire della legge del luogo dove il lavoratore compie abitualmente il suo lavoro, o a partire dal quale svolge il suo lavoro, per il lavoro itinerante[1130] – deve essere temperata dalle norme di applicazione necessaria per il giudice adito, ovvero dalle norme di ordine pubblico, e soprattutto, nel contesto europeo, da quanto dispone la direttiva CE 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, recentemente modificata dalla direttiva UE 2018/957. Essa, specie nella versione recentemente introdotta, tenta di evitare che uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vale a dire il diritto di libera prestazione di servizi, si traduca in forme di *dumping* sociale a svantaggio dei lavoratori, portando ad un generale abbassamento delle condizioni di lavoro nell'Unione.

Tuttavia, con l'imposizione agli Stati membri dell'obbligo di provvedere affinché ai lavoratori distaccati venga applicata, quale minimo inderogabile di tutela, la propria normativa in una serie di materie, tra cui le tariffe retributive, la disciplina europea tende a garantire la parità di trattamento, non solo tra lavoratori stranieri e lavoratori nazionali, ma anche tra le imprese straniere e quelle nazionali. Di conseguenza, quelle regole – ad esempio in materia retributiva – devono essere poste dalla legge o da contratti collettivi di applicazione generale. Un evidente problema per il diritto italiano e per il legislatore italiano obbligato a trasporre la normativa in mancanza di un sistema di attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi[1131].

Un problema endemico del nostro ordinamento, che sovrasta tutti i nostri dibattiti ma che forse, sia pure per vie traverse e parziali[1132], è in via di soluzione.

[1130] Cfr. art. 6, par. 2, lett. a) della Convenzione di Roma del 1980; art. 8, par. 2 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008, cd. Roma I.

[1131] Cfr., per una sintesi delle cause della mancanza, in Italia, di un sistema di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi e del dibattito oggi in corso, M. MAGNANI, *I sindacati nella Costituzione*, *DLRI*, 2018, 581 ss., pubblicato anche, sotto il titolo *Los sindicatos en la Constitución*, in *Revista Iustitia*, 2018, 3.

[1132] Si vedano il d.d.l. n. 658 d'iniziativa della senatrice Catalfo ed altri, presentato al Senato il 12 luglio 2018, recante "Disposizioni per l'istituzione del salario minimo orario", e il d.d.l. n. 1132, di iniziativa dei senatori Nannicini ed altri, presentato al Senato l'11 marzo 2019, recante "Norme in materia di giusta retribuzione, salario minimo e rappresentanza sindacale". Questi disegni di legge, pur con differenze non irrilevanti, tendono ad introdurre il salario minimo legale attraverso un rinvio alla retribuzione fissata dai sindacati più rappresentativi nel "settore". Il che significa attribuire, seppure in via indiretta, efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, almeno per la parte retributiva.

L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*

Stefania Scarponi

1. I limiti posti dalla legislazione fascista nei confronti del lavoro femminile nel settore pubblico: lavori adatti e inadatti alle donne. 343

2. Il dibattito all'Assemblea costituente fra questioni assiologiche e di tecnica normativa. 343

2.1 La questione della partecipazione delle donne all'ordinamento giudiziario. 344

2.2 segue: e la prima giurisprudenza costituzionale. 345

2.3 L'accesso delle donne alla polizia e all'esercito. 347

3. L'evoluzione degli strumenti di effettività del principio di eguaglianza. 347

3.1. Divieto di discriminazione indiretta, criteri di selezione per i concorsi e obbligo di rispettare le differenze di genere. 348

4. La promozione delle pari opportunità nel settore pubblico e le azioni positive "diseguali". 350

4.1 La questione di legittimità delle misure tendenti a correggere la sotto-rappresentazione femminile tra diritto dell'Unione europea e riforma dell'art.51. 351

4.2. La costituzionalità della garanzia di presenza delle donne nella composizione delle commissioni di concorso e l'andamento ondivago della giurisprudenza amministrativa sugli organismi a composizione mista. 353

Conclusioni. 355

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 406/2019

1. I limiti posti dalla legislazione fascista nei confronti del lavoro femminile nel settore pubblico: lavori adatti e inadatti alle donne.

Per comprendere la genesi della norma costituzionale non si può prescindere da un breve esame del panorama normativo che caratterizzò il periodo fascista all'insegna di una legislazione che correttamente è stata definita "espulsiva"[1133] dato lo stillicidio di provvedimenti con i quali si limitava la presenza delle donne proprio nel pubblico impiego, settore in cui in cui erano confluite in gran parte le donne della piccola e media borghesia, sia con l'intento di favorire la presenza maschile coerentemente all'ideologia patriarcale dell'epoca scoraggiando la concorrenzialità da parte delle donne, sia per la diffusione di stereotipi negativi sui lavori ritenuti non adatti a una donna. Emblematici di tale indirizzo furono i provvedimenti che riguardavano la scuola, il settore più alto per occupazione femminile: il R.D. 1054/1923 e il RD 899/1940 impedivano alle donne di essere presidi di scuola o istituti di istruzione media; il RD 2480/1926 escludeva le donne dall'insegnamento della storia, filosofia ed economia nei licei classici, scientifici e dagli istituti tecnici, mentre lo permetteva alle magistrali, evidentemente in considerazione dell'appartenenza al genere femminile delle allieve.

Inoltre, per ciò che riguarda l'intera pubblica amministrazione, si realizzò una progressiva restrizione nei confronti della presenza delle donne sul lavoro, che passava dall'autorizzazione a stabilire nei bandi di concorso l'esclusione delle donne oppure i limiti entro i quali le donne potevano partecipare – come avvenne prima con il RD 1554/1933 convertito nella L. 221 del 1934 e in seguito con il RD 1514/1938 che limitava l'assunzione delle donne nelle PPAA al 10% dei posti – fino all' esclusione diretta da una serie di pubblici uffici – come avvenne con il RD 383/1934. Inoltre si stabiliva il collocamento a riposo di quelle in soprannumero appena raggiunto il minimo per il pensionamento salvo che per gli impieghi ritenuti particolarmente adatti alle donne specificati nel Rd 898/1939, come i lavori meramente manuali o le mansioni esecutive. Tale provvedimento, tuttavia, ebbe scarsa applicazione a causa dell'insorgere della guerra che rese necessario l'impiego delle donne per sostituire i lavoratori richiamati alle armi. Il contesto generale era caratterizzato dalla contemporanea limitazione salariale nell'industria, dalla sotto-classificazione delle mansioni femminili, e dall' ampia diffusione del lavoro a domicilio scarsamente regolato e protetto.

2. Il dibattito all'Assemblea costituente fra questioni assiologiche e di tecnica normativa.

Se, come ricorda una studiosa[1134], è soprattutto grazie al lavoro delle Costituenti se il principio di uguaglianza fra donne e uomini, nella sua duplice ottica formale e sostanziale, è oggi così chiaramente sancito nella Costituzione dall'art.3, è noto che il lavoro delle Costituenti non si limitò all'elaborazione del solo principio di eguaglianza. Esse promossero in Assemblea un vero e proprio "programma" per la parità, che doveva valere in tutti i campi rilevanti, praticando una sorta di *gender mainstreaming* ante-litteram sulla scorta delle richieste avanzate dall'Udi (Unione Donne

---

[1133] In tema ampiamente M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità*, Il Mulino 1979 p. 73 ss ricorda come tale legislazione accompagnò quella c.d. protettiva nei confronti delle lavoratrici madri, la cui funzione procreativa era come è noto concepita in funzione della tutela della stirpe e delle esigenze belliche del regime.

[1134] M. D'Amico, *Introduzione* in M. D'Amico, C. M. Lendaro, C. Siccardi, *Eguaglianza di genere in magistratura*, F. Angeli 2017, p. 16.

Italiane)[1135] oggetto delle disposizioni costituzionali contenute negli articoli che riguardano la famiglia (art. 29) il lavoro (art.37) il diritto al voto (art. 48) e l'accesso alla rappresentanza politica e, infine, ai pubblici uffici (art.51).

Tuttavia, l'affermazione delle diverse declinazioni del principio di parità tra uomini e donne in Costituzione costituì un risultato niente affatto scontato, come si evince dagli ostacoli incontrati dalle Costituenti durante il dibattito all'interno dell'Assemblea in cui non mancarono posizioni volte a limitare o ad ostacolare l'introduzione di norme che sancissero l'eguaglianza effettiva, e che si manifestarono con particolare vigore proprio con riferimento al principio di parità di accesso ai pubblici uffici, segnatamente per ciò che riguardava le funzioni giudiziarie e militari. Essa trovava un ostacolo sia nella legge n. 1176/1919 che, pur ammettendo le donne ad esercitare tutti gli uffici pubblici, le escludeva da quelli che implicano poteri giurisdizionali nonché l'esercizio di diritti e potestà pubbliche, sia nella legge n. 12/1941 sull'ordinamento giudiziario che poneva "il sesso maschile" fra i requisiti necessari per lo svolgimento delle funzioni giudiziarie.

Il diritto delle donne di accedere a quest'ultimo settore costituì il nodo emblematico intorno al quale si sviluppò un intenso dibattito significativo degli atteggiamenti profondamente misogini di molti partecipanti all'Assemblea costituente con effetti che si proiettarono sulla legislazione e giurisprudenza successiva prima di arrivare alla sentenza della Corte Costituzionale n.33 del 1960.

Conviene pertanto dar conto brevemente del modo in cui fu affrontato il problema nelle diverse fasi che precedettero la sua soluzione.

2.1 La questione della partecipazione delle donne all'ordinamento giudiziario.

In merito occorre partire dalle posizioni contrarie emerse nel dibattito all'Assemblea Costituente[1136] dove alcuni, come l'On. Molé, nel corso della seduta 20 settembre 1946, sostenne che in questo specifico settore l'uguaglianza non dovesse essere garantita, essendo noto "*già nel diritto romano… che la donna, in determinati periodi della sua vita, non ha la piena capacità di lavoro*"**.** Addirittura l'On Cappi affermò che "*la ragione della diffusa ostilità nella maggioranza di fronte a una donna giudicante sta nella prevalenza che nelle donne ha il sentimento sul raziocinio*". Altri, come l'On. Leone nella seduta del 31 gennaio 1947, affermava che "*dove si deve arrivare alla rarefazione del tecnicismo, è da ritenere che solo gli uomini possano mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni",* ed era pertanto favorevole alla formula approvata inizialmente che consentiva l'accesso in magistratura "*anche*" delle donne "*nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario*".

[1135] V. Tola (a cura di), *Unione donne in Italia. Fare storia, custodire memoria (1945-2015). I primi settant'anni dell'UDI*, Roma, 2016, ricorda che l'UDI sottopose il 26 giugno del 1946 alle elette in Assemblea costituente un elenco di norme a favore delle donne da inserire in Costituzione, tra cui figuravano esplicitamente la parità giuridica con gli uomini in ogni campo, il riconoscimento del diritto al lavoro e accesso a tutte le scuole professioni, carriere; il diritto a un'adeguata protezione che permetta alla donna di adempiere ai suoi compiti di madre; uguale valutazione, trattamento e compenso degli uomini per uguale lavoro, rendimento, responsabilità, e l'accesso ai pubblici uffici.

[1136] Per una sintetica ricostruzione cfr E. Ceccherini, *La questione di genere nei dibattiti in Assemblea Costituente,* in E. D'Urso, *Eguaglianza, lavoro, diritti,* Libellula, 2016, p.109ss; M. D'Amico, *op.cit*., p.18; nonché E. Pazè, *Diseguali per legge,* F. Angeli 2013, p. 47- 48. Più in generale Iacometti, *Il contributo delle donne in Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana,* in M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti. Un percorso non ancora concluso,* Giuffré 2017, p.169 ss.

Tali affermazioni ed atteggiamenti furono contestati dall' On Maria Federici che, nella seduta del 26 novembre 1947 sfidò i colleghi affermando: "*facciamo la prova, vediamo se la donna è veramente in grado di coprire le cariche che sono inerenti all'alto esercizio della Magistratura. A tutto quanto è stato detto, io potrei rispondere che una raffinata sensibilità, una pronta intuizione, un cuore più sensibile alle sofferenze umane e un'esperienza maggiore del dolore non sono requisiti che possano nuocere, sono requisiti preziosi che possono agevolare l'amministrazione della giustizia. Potrei rispondere che le donne avranno la possibilità di fare rilevare attraverso un lungo tirocinio la loro capacità; saranno sottomesse e sottoposte ai concorsi e a una rigida selezione. Le donne che si presenteranno a chiedere di salire i gradi della Magistratura devono avere in partenza (e li avranno) i requisiti che possono dare loro una certa garanzia di successo*". Essendo consapevole che sarebbe stato difficile convincere gli uomini a votare un emendamento per ripristinare esplicitamente la piena parità nell'accesso alla magistratura preferì l'eliminazione di ogni riferimento normativo sul punto, onde applicare in materia quanto previsto in generale nell'art. 51 Cost. "Tutti i cittadini di ambo i sessi possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza" contrastando altresì la formulazione aggiuntiva "*conformemente alle loro attitudini, secondo le norme stabilite dalla legge*", che era stata originariamente votata dalla commissione dei settantacinque. Tale inciso avrebbe infatti svuotato l'effettività del principio di eguaglianza e dato che la sua posizione fu condivisa dalle altre donne Costituenti e che nessuna Costituzione straniera escludeva esplicitamente le donne da determinati impieghi, fu sostituito il riferimento alle "*attitudini*" con l'espressione, meno compromettente di "*requisiti*". Tuttavia, il dibattito sorto intorno alle "*attitudini*" ha influenzato le prime decisioni dei giudici e della Corte costituzionale in materia, rimandando l'effettiva applicazione del principio costituzionale.

2.2 segue: e la prima giurisprudenza costituzionale.

In effetti, analizzando le disposizioni che riguardano la partecipazione delle donne alla funzione giurisdizionale si possono cogliere le diverse implicazioni sottese al suo riconoscimento. Un esempio è costituito dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1441 sulla composizione dei collegi delle Corti d'assise e dei Tribunali per i minorenni, ai quali le donne partecipavano inizialmente come membri non togati secondo quote numeriche massime - ove l'allargamento del numero dei giudici e l'apertura alle donne era un modo per rendere più evidente che le sentenze sono emesse in "nome del popolo" che vi partecipa in prima persona - ma la regola circa la composizione di genere riproduceva gli stereotipi riconducibili ad un preteso modo di essere maschile e femminile. Infatti mentre nelle Corti d'Assise i 6 giudici potevano essere anche donne purché almeno 3 fossero uomini (nelle liste dei sostituti occorreva che ne fossero garantiti 5 di cui almeno 3 uomini), viceversa nel caso del Tribunale dei minorenni il collegio composto da magistrati professionali raddoppiò la componente onoraria con l'aggiunta di un giudice donna. La logica sottesa a tali scelte normative evidenziava che nei Tribunali dei minorenni "era bene che almeno un componente fosse una donna per temperare il rigore e l'intransigenza maschile con un approccio di stampo materno, mentre nei casi di gravi delitti è necessario evitare che il peso eccessivo della componente femminile, con la sua emotività, sbilanci il collegio in senso indulgenziale"[1137].

[1137] E. Fazè, *op.cit.*, p.57.

Anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale si espresse favorevolmente al sistema di "quote" maschili che assicurava la composizione mista della Corte d'assise e che fu giudicato legittimo con la sentenza n.56 del 3 ottobre 1958 allo scopo di evitare il rischio che i sei giudici popolari appartenessero al solo genere femminile[1138].

Per giustificare la sua scelta, la Corte sembrava richiamare proprio le tesi sostenute in Assemblea costituente nel respingere la tesi di una violazione del principio di uguaglianza, affermando che l'articolo 51 Cost., nell'inciso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" che altrimenti sarebbe pleonastico, lasciava al legislatore "*qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell'intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone*". La Corte, inoltre, precisava che "*la limitazione numerica nella partecipazione delle donne in quei collegi risponde non al concetto di una minore capacità delle donne ma alla esigenza di un più appropriato funzionamento dei collegi stessi*". Emergeva in tal senso un criterio che sarà richiamato anche in seguito dalla giurisprudenza nell'affrontare questioni analoghe (infra § 4.2)

La portata dell'inciso "secondo i requisiti di legge", peraltro, fu chiarita pochi anni dopo con la nota sentenza della Corte Costituzionale n.33 del 1960, che decise l'eccezione di costituzionalità sollevata nell'ambito del giudizio promosso da Rosanna Oliva De Conciliis contro la legge che, pur ammettendo l'accesso delle donne agli uffici pubblici le escludeva da quelli che comportavano l'esercizio di potestà politiche (art. 7 Legge 17 luglio 1919 n. 1176) la cui specifica individuazione era poi rimessa ad un regolamento che individuava tra l'altro la carriera prefettizia e quella giurisdizionale. La Corte affermò chiaramente che "*una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, [deve]essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza*". Secondo la sentenza, il principio di eguaglianza ai sensi dell'art.3, 1 comma, Cost. riveste pertanto carattere generale, mentre l'inciso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" contenuto nell'art.51 consente di prendere in considerazione l'appartenenza di sesso solo come requisito attitudinale e unicamente in casi determinati ed a carattere eccezionale[1139]. Occorsero ancora tre anni perché si giungesse all'approvazione della Legge n. 66 del 1963 intitolata *Ammissione della donna ai pubblici uffici e alle professioni* che all'art.1 sancisce espressamente che: "La *donna può accedere a tutte le cariche, professioni e impieghi pubblici, compresa la magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie senza limitazioni nelle mansioni e nello svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge*".

Questo segnò l'inizio della ammissione delle donne alla magistratura non solo come giudici onorari ma come giudici togati, ma solo la Legge 25 novembre 1987 n.479 ha previsto che nelle Corti d'assise il sesso dei giudici è irrilevante eliminando così la previsione del tetto massimo. Come si vedrà nel corso dell'analisi (infra *§ 4) la* questione della composizione di genere degli organismi collegiali si riproporrà nell'ambito delle pari opportunità a vantaggio delle donne.

[1138] In tema, M. D'Amico, *op.cit.*

[1139] Per un autorevole commento della sentenza, all'epoca, C. Esposito, *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giur. Cost*., 1960, p. 568.

2.3 L'accesso delle donne alla polizia e all'esercito.

Per ciò che concerne l'accesso all'esercito e alla polizia, se ne da conto in questo saggio per attinenza al tema più generale, pur venendo in luce un'altra norma della Costituzione – l'art.52 – che fu discussa in Assemblea costituente sulla base di un sostanziale accordo generale sul fatto che "fosse in *re ipsa* che il servizio militare fosse riservato agli uomini"[1140] e dunque non vi era alcuna necessità di esplicitare il divieto nei confronti delle donne, fermo restando che la legge avrebbe potuto indicare quali servizi potessero essere svolti "dal gentil sesso"[1141]. Nonostante le affermazioni contenute nella pronuncia costituzionale del 1960, la realizzazione del principio di eguaglianza richiese tempi molto più lunghi in quanto la legge del 1963 aveva rinviato ad una legge specifica la regolamentazione dell'accesso delle donne all'esercito – che per l'appunto l'art.52 Cost. non escludeva – mentre per la polizia la legge 2 dicembre 1959 n. 1083 aveva istituito un corpo separato di polizia femminile che, peraltro, manteneva le poliziotte in una situazione deteriore[1142]. Un primo passo verso l'affermazione della parità fra uomini e donne avvenne con la riforma sancita dalla legge n. 121 del 1981 (Nuovo ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza) che disciolse il corpo di polizia femminile e sancì l'ingresso a pieno titolo delle donne nella Polizia di Stato come si evince dall'art. 1 che afferma: "*La polizia espleta i servizi di istituto con personale maschile e femminile con parità di attribuzioni, di funzioni, di trattamento economico e di progressione di carriera*". Ad essa si aggiunse qualche anno dopo la legge n. 14 del 7 giugno 1990 sul corpo forestale dello Stato che utilizza la stessa formulazione normativa. Infine Legge n. 380 del 1999 di *Delega al Governo per l'istituzione del servizio militare volontario femminile* e il D.lgs. n. 24/2000 affermarono il diritto di accesso generalizzato delle donne in tutti i corpi armati dello Stato e la possibilità di partecipare ai concorsi per il reclutamento di ufficiali e sottoufficiali in servizio permanente e dei militari di truppa in servizio volontario nei ruoli delle forze armate e della Guardia di Finanza (e i carabinieri). ora nel Codice Pari Opportunità (D.Lgs. n. 198/2006) agli artt. 32 e 33 che, oltre a ribadire il diritto al reclutamento femminile disciplinano altresì la materia attinente la tutela della genitorialità nel rapporto di lavoro.

3. L'evoluzione degli strumenti di effettività del principio di eguaglianza.

Le norme menzionate portarono, sia pure lentamente, alla cessazione del perpetuarsi di forme di discriminazione diretta, ma persistettero a lungo altri ostacoli che neppure attualmente possono dirsi superati. Alcuni dipendevano dall'esistenza di forme di discriminazione indiretta che solo l'evoluzione legislativa in materia di eguaglianza uomo/donna nel lavoro ha permesso di aggredire, dando luogo a pronunce importanti sotto il profilo dell'elaborazione del principio di eguaglianza (infra *§ 3.1*); altri sono stati alla base della introduzione nell'ordinamento delle "azioni positive" volte a riequilibrare la presenza del genere maschile e di quello femminile nell'organico

---

[1140] Le parole sono pronunciate dall' On. Togliatti, segretario del Partito Comunista Italiano nella prima sottocommissione il 15 novembre 1946.

[1141] L'unico favorevole fu E. Bencivenga, esponente dell'Uomo qualunque che pose l'attenzione sulle capacità dimostrate dalle donne nell'esercito americano durante la seconda guerra mondiale in merito a compiti delicati nei quali si sarebbero segnalate in maniera maggiore rispetto agli uomini. In tema Ceccherini, *op. cit.,* p.123.

[1142] Le Competenze riguardavano la materia della delinquenza minorile e della prostituzione, i delitti contro la famiglia, l'integrità della stirpe (i reati di adulterio e di omicidi per causa d'onore all'epoca ancora esistenti), delitti contro la tutela del lavoro femminile e minorile.

degli uffici pubblici. I diversi ambiti appena ricordati rendono opportuna pertanto l'analisi dell'incidenza del complesso normativo che si è sviluppato a partire dagli anni '70 in materia di eguaglianza uomo/donna nel lavoro, parte del quale approdato al Codice di Pari opportunità varato con il D.Lgs. 198/2006.

3.1. Divieto di discriminazione indiretta, criteri di selezione per i concorsi e obbligo di rispettare le differenze di genere.

Uno strumento importante per il contrasto all'esclusione delle donne da determinati settori del lavoro pubblico si è rivelato il divieto di discriminazione indiretta - menzionato dalla legge sulla parità uomo/donna n.903/1977 ma definito per la prima volta dalla legge 125/1991, art.4, in seguito leggermente modificato in sede di trasposizione della direttiva europea dall'attuale art.25 del Codice Pari Opportunità – con cui si identificano i trattamenti, nel senso di criteri o prassi per la selezione delle persone ai fini dell'assunzione o della carriera o di altri istituti tipici del rapporto di lavoro, che pur essendo apparentemente neutri producono effetti differenziati e svantaggiosi nei confronti degli appartenenti ad uno dei due sessi rispetto all'altro[1143].

In questo senso si considera l'impatto negativo dovuto a criteri che ignorano le caratteristiche proprie mediamente di ciascuno dei due generi, essendo norma bidirezionale, ma che più spesso squalificano a monte le candidature femminili rispetto a quelle maschili[1144]. Si tratta di un divieto che ammette peraltro giustificazioni, nel senso che il criterio diventa legittimo se riguarda un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, e purché risponda a finalità legittime e i mezzi impiegati per conseguirlo siano proporzionati e necessari. Si apre a tale riguardo, quindi, un ulteriore giudizio di legittimità e di proporzionalità sulle misure che producono un impatto differenziato e sfavorevole.

Un'applicazione peculiare delle regole descritte in materia di accesso al pubblico impiego è avvenuta nel caso di bandi di concorso che ponevano come requisito l'aver fatto parte di forze armate, con ciò penalizzando le donne, prima della riforma del 1999, come nel caso deciso dalla Corte costituzionale con sentenza n.188/1994 che dichiarò l'incostituzionalità della disposizione che richiedeva tale condizione nel bando per far parte della banda musicale della Guardia di Finanza[1145], sul presupposto che quest'ultima è un'istituzione del tutto distinta dal corpo militare per organizzazione, finalità e condizione del personale.

Ancor più interessante è la vicenda che ha riguardato il requisito di altezza minima previsto dalle disposizioni che regolavano la partecipazione ai concorsi pubblici e che poteva assumere caratteristiche discriminatorie in quanto mediamente l'altezza maschile è superiore a quella femminile.

[1143] La nozione si è evoluta nel tempo nel senso della maggiore estensione possibile all'applicazione del divieto e nella versione più recente in conformità all'art.2, Direttiva 00/54 Ce, è stata abbandonata la regola per cui l'impatto negativo doveva essere proporzionalmente maggiore nei confronti di uno dei sessi. Nella formulazione attuale, secondo l'art.25 Codice Pari Opportunità, l'elemento costitutivo della fattispecie di cui dovrà essere fornita la prova è che il criterio o la prassi in questione metta le persone appartenenti a un determinato genere in una situazione di particolare svantaggio.

[1144] In tema per tutt* M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro,* Giuffré 1991; G. de Simone, *dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro,* Giappichelli 2001; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio fra genere e fattori di rischio emergenti,* Jovene 2005

[1145] Si trattava del D. Lgs. 27 febbraio 1991 n. 79 *Riordinamento della banda musicale della guardia di Finanza* che richiedeva per la partecipazione al concorso e per la nomina a maestro vicedirettore della banda musicale il possesso dei requisiti necessari per la nomina ad ufficiale in servizio permanente della Guardia di finanza, tra i quali vi era l'aver superato i corsi dell'apposita accademia ai quali all'epoca erano ammessi soltanto i soggetti all'obbligo di leva, prevista solo per i maschi.

Per tale ragione già la legge n.974/1986 aveva dichiarato che l'altezza delle persone non costituisce motivo alcuno di discriminazione per la partecipazione ai concorsi pubblici indetti dalle pubbliche amministrazioni anche ad ordinamento autonomo, facendo salvo tuttavia il potere di stabilire le mansioni o qualifiche per le quali tale requisito fosse necessario e la misura dello stesso, tra le quali rientrano il corpo dei Vigili del fuoco (oltre alle Forze armate, Polizia di Stato, Guardia di Finanza, alcuni profili professionali delle Guardie forestali e dell'Ente Ferrovie dello Stato). Un approfondimento ulteriore si realizzò quando fu sollevata eccezione di costituzionalità nei confronti di una legge della Provincia autonoma di Trento che prevedeva in modo indifferenziato per uomini e donne il requisito di altezza di m. 1,65 per la partecipazione al bando di concorso per l'assunzione alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico nel servizio antincendi. La sentenza n. 163/1993 della Corte Costituzionale espresse l'esigenza che, pur essendo legittimo stabilire un requisito di altezza minima, questa fosse rapportata alle obiettive differenze che connotano mediamente gli uomini e le donne. Di conseguenza, secondo la pronuncia: "*il trattamento sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nei casi in cui esso risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono*". Di conseguenza è stata rivista la legislazione sui minimi di altezza nei settori ove pure sono consentiti, secondo la norma attualmente in vigore contenuta nell'art.35 del Codice di pari opportunità.

Un ulteriore passaggio nella concettualizzazione della discriminazione indiretta è avvenuto quando sono stati presi in considerazione anche fattori dipendenti da caratteristiche non solo biologiche ma dovute ad altre ragioni di tipo sociale che possono condizionare in senso negativo la situazione delle donne rispetto agli uomini. Si tratta del caso di mancato possesso di determinati titoli di studio dovuto alle carriere scolastiche o professionali più specifiche delle donne rispetto agli uomini oppure, come è avvenuto proprio nel caso della magistratura, al ritardo con il quale è stato consentito l'accesso a tale settore.

Un esempio interessante a quest'ultimo riguardo è quello della magistratura amministrativa, dove il primo concorso si è svolto nel 1972 e, dunque, per quanto riguarda la disciplina legale, le donne avevano la medesima possibilità degli uomini di accedere alla magistratura amministrativa di primo grado. Come è stato rilevato[1146], tuttavia, "poiché la selezione è sempre stata strutturata come un concorso di secondo grado, che presuppone un'esperienza maturata specialmente in ambito pubblico, il ritardo con il quale le donne sono state ammesse in magistratura e in altre carriere considerate maschili, ha esercitato indirettamente un forte influsso. Essa infatti ha finito per limitare la platea dei concorrenti, soprattutto se si considera che storicamente i più importanti bacini di provenienza sono stati sempre costituiti dalla magistratura ordinaria e dalla carriera prefettizia, entrambe inibite alle donne fino al '63". L'incremento della partecipazione femminile ai concorsi in settori storicamente a prevalente presenza maschile non è sufficiente, in sostanza, a condurre automaticamente alla realizzazione dell'eguaglianza effettiva. Occorre pertanto affrontare il profilo che riguarda la promozione delle pari opportunità, e che proprio nel settore del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni ha conosciuto uno sviluppo importante nel corso del tempo.

[1146] G. Adamo, *La parità nella magistratura amministrativa*, in M. D'Amico op.cit. p. 33, sottolinea che in concreto le prime due donne sono entrate in servizio nel 1982 e ancor oggi sono solo il quattordici per cento dei 118 magistrati in ruolo.

4. La promozione delle pari opportunità nel settore pubblico e le azioni positive "diseguali".

In questo ambito è indiscutibile l'influenza dispiegata dal diritto comunitario fin dagli anni'80 con la prima Raccomandazione n.235/1084 che sollecitava gli Stati membri ad adottare azioni positive dirette ad eliminare gli ostacoli per la piena partecipazione delle donne al lavoro e indicando nel settore pubblico l'area privilegiata di intervento che avrebbe assunto valore esemplare anche per il settore privato[1147]. Pur non essendo fonte vincolante, è stata tradotta nell'ordinamento italiano in primo luogo dalla legge 125/1991 che, oltre ad imporre che nei bandi di concorso si menzionasse l'essere rivolti a persone di entrambi i sessi, introdusse un vero e proprio obbligo di adottare misure di azione positiva rivolte a promuovere le pari opportunità nel settore pubblico. Tuttavia, non essendo previsto alcun finanziamento specifico, a differenza del settore privato dove peraltro prevalse il modello volontario, né alcuna sanzione, si assistette alla pratica ineffettività della norma. Maggiore impatto ha avuto la riforma del 1993 sulla c.d. "privatizzazione del pubblico impiego" (ora nel TU contenuto nel D.lgs 165/01) che, oltre a ribadire la natura obbligatoria della promozione delle pari opportunità e ad introdurre istituzioni specifiche come i Comitati pari opportunità – oggi trasformati nei Comitati unici di garanzia (CUG) - ha sancito, il principio di promozione delle pari opportunità verso le donne. secondo l'art. 1 e soprattutto l'art.7 D.lgs.165/01 che attiene all'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro. Esso afferma al primo comma che "Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro e il trattamento sul lavoro". Quest'ultimo specifica inoltre l'assenza di qualunque forma di discriminazione o di violenza morale o psichica, evoluto in seguito a sancire l'obbligo di garantire un ambiente di lavoro ispirato al benessere organizzativo[1148]. Allo scopo di rendere più incisiva la strumentazione volta al perseguimento dell'obiettivo paritario, inoltre, sono stati introdotti sistemi di "quote" e vincoli procedurali per correggere la sotto-rappresentazione delle donne in determinati settori o livelli di qualificazione, sulla scorta di esempi attuati nel settore pubblico in altri paesi dell'Unione Europea.

Al riguardo, l'art. 57 (ex art.61), ha introdotto l'obbligo di assicurare la presenza femminile di 1/3 nelle commissioni di concorso, ferma restando l'esigenza di assicurare l'adeguata competenza dei membri designati, ed altresì nell'accesso dei dipendenti ai corsi di formazione professionale (art 35, c.3 lett. *e*).

Un'altra importante misura, in seguito transitata nel Codice di pari opportunità all'art.46, prevede a carico delle PPAA l'obbligo di adottare piani triennali di azione positiva indicanti gli obiettivi strategici che esse si impegnano a realizzare per eliminare gli ostacoli che si frappongono all'eguaglianza effettiva, all'interno dei quali si situa un sistema volto a favorire l'inserimento delle donne nei settori e nei livelli nei quali sono sottorappresentate. Ove, in caso di assunzione o di promozione, la percentuale di sotto – rappresentazione delle donne nelle mansioni considerate sia su-

---

[1147] Le aree di intervento principali erano costituite dalle misure dirette: a) ad eliminare o compensare gli svantaggi che derivano alle donne da atteggiamenti o comportamenti basati su stereotipi che riproducono la divisione tradizionale dei ruoli familiari e sociali; b) ad incoraggiare la partecipazione delle donne nei settori lavorativi nei quali sono sottorappresentate e nei livelli di responsabilità. In tema M. V. Ballestrero, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale in* Nuove Leggi Civili Commentate, 1994, p.11 ss.

[1148] In tema mi permetto di rinviare a S. Scarponi, E. Stenico, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie e le luci e le ombre della legislazione italiana,* in M. Barbera (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffré 2007, p. 423 ss anche per ulteriore bibliografia; da ultimo M. D. Ferrara, *Pari opportunità ed effettività delle tutele nel settore pubblico,* in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del lavoro derogabile,* Ediesse 2017, p. 158 ss

periore ai 2/3, ferma restando l'esigenza che tutte le candidature siano esaminate obiettivamente, la disposizione istituisce un onere di adeguata motivazione ove sia prescelto il candidato anziché la candidata.

Si tratta di misure inscritte nel panorama dei c.d. "trattamenti preferenziali" a favore della correzione della sotto-rappresentazione femminile, che tendono ad accelerare la partecipazione delle donne ai settori da cui sono storicamente state escluse ed anche a favorire l'inserimento nelle sedi di "presa delle decisioni" secondo la linea di "*empowerment*" sancita dai documenti internazionali tra cui la Cedaw (Convenzione per l'eliminazione di tutte le discriminazioni nei confronti delle donne) del 1979, e la Dichiarazione di Pechino del 1995. In questi casi, il principio di eguaglianza si trasforma, come è stato affermato[1149], da "scudo" in "spada" potendo dar luogo ad un conflitto tra "gruppi" - e in questo caso tra "generi" - con il rischio di renderne più complessa l'attuazione.

4.1 La questione di legittimità delle misure tendenti a correggere la sotto-rappresentazione femminile tra diritto dell'Unione europea e riforma dell'art.51.

La loro legittimità è stata a lungo controversa, dando luogo a un dibattito molto vivo in occasione della prima pronuncia della Corte di Giustizia del 1995 che censurò un sistema peculiare introdotto dal Land di Brema in base al quale, in caso di assunzioni o promozioni nel settore delle Pubbliche Amministrazioni, si doveva dare priorità alla candidatura femminile, a parità di merito, in caso vi fosse una sotto – rappresentazione di lavoratrici superiore al 50% per il profilo professionale per cui veniva bandito il concorso[1150]. La sentenza, che influenzò per alcuni profili la coeva sentenza n. 422/1995 della Corte Costituzionale in tema di "quote elettorali", affermò il contrasto tra i sistemi di "quote" a favore delle donne ed il principio di eguaglianza formale ritendendo che realizzassero una sorta di *reverse discrimination* a danno degli uomini. Un'altra argomentazione, ancorata alla visione liberale prevalsa in questa prima fase, sostenne che le azioni positive ammissibili sarebbero esclusivamente quelle inscritte nella prospettiva legata alla parità di *chances* di partenza e non dovrebbero assicurare, se non in via mediata, il risultato finale, che invece verrebbe assicurato "in via rigida e automatica dal sistema in questione"[1151].

L'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi a seguito di tali sentenze fece emergere molteplici aspetti di critica all'impostazione descritta, la principale controbattendo la concezione dell'eguaglianza ivi accolta e sostenendo la necessaria complementarità fra eguaglianza formale e misure di accelerazione dell'eguaglianza sostanziale[1152], sostenendo dunque la legittimità di una misura come quella in discussione soprattutto in quanto era rispettato il criterio della parità di preparazione professionale. In tal caso, dovendo scegliere necessariamente uno o l'altro dei candidati, non vi era ragione di considerare illegittimo un criterio di scelta fondato sulla promozione di una maggiore partecipazione delle donne al lavoro nel settore pubblico.

[1149] Cfr L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro,* Giuffré 1984

[1150] Sentenza 17 ottobre 1995 causa C – 450/91 *Kalanke – Freie Hanseltadt Bremen.*

[1151] Sentenza *Kalanke cit.*

[1152] Per tutti cfr M. V. Ballestrero, *op. ult. cit*.

Accogliendo almeno in parte tali critiche, l'orientamento successivo della Corte di Giustizia ha abbandonato la distinzione tra parità di *chances* e di *risultato* ed ha accolto la legittimità delle azione positive "preferenziali" se siano salvaguardate le condizioni del bilanciamento con il principio di eguaglianza formale, che impone di prendere in considerazione anche le candidature maschili, e l'esistenza di clausole di flessibilità che permettano di derogare in casi determinati all'applicazione della "quota" nel rispetto del più generale principio di proporzionalità[1153]. Sul piano normativo la questione ha indotto incisive modifiche in primo luogo nell'ordinamento dell'Unione Europea con il Trattato di Amsterdam[1154], ed in seguito nel nostro ordinamento con la complessiva riforma costituzionale del 2003 che ha esplicitato in più modi il compito della promozione di pari opportunità u/d in capo allo Stato e alle Regioni. L'inserimento di un comma ulteriore all'art.51 Cost., che sancisce la promozione delle pari opportunità quale compito dello Stato e si riferisce all'intera area di diritti contemplata dalla norma, non ne definisce, tuttavia, i contenuti né menziona esplicitamente i sistemi di quote rinviando sul punto ad "appositi provvedimenti".

Nonostante i silenzi, l'affermazione non solo della legittimità[1155], ma altresì della doverosità della promozione di pari opportunità tra uomini e donne contenuta nella norma costituzionale, ha influito positivamente sulla valutazione della disposizione che prevede l'onere di motivazione in caso di scelta del candidato anziché della candidata in sede di assunzione o di promozione, del resto volto principalmente a garantire la trasparenza delle decisioni amministrative onde impedire eventuali discriminazioni, anche se in via mediata incoraggia le candidature femminili[1156]. Inoltre, la condizione del "pari merito" rispetta sia il principio di eguaglianza formale sia quello del buon andamento della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art.97 Cost. Dubbi riguardano, semmai, la reale efficacia di tale misura data la scarsa eventualità che si verifichino situazioni di pari qualificazione tra i candidati poiché "sarà abbastanza facile nella predisposizione dei criteri di selezione e nella loro applicazione evitare tale eventualità"[1157], per cui occorrerà un attento vaglio dei criteri posti a base della valutazione del merito dei candidati in cui potrebbero annidarsi discriminazioni anche indirette. Appare debole altresì l'apparato sanzionatorio, pur consistente nella sospensione in capo all'ente pubblico del potere di procedere a nuove assunzioni, dato che è stato reso praticamente inefficace dal blocco disposto dalle leggi finanziarie per un lungo periodo del potere di procedere a nuove assunzioni.

[1153] In particolare con la sentenza *Badeck C- 158/97*. In tema per tutti M. Ainis, *Cinque regole per le azioni positive,* in Q. costituzionali, 1999 n. 2, p.359; A. D'Aloja, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam 2002.

[1154] La fonte comunitaria è stata modificata mediante l'introduzione di uno specifico comma nell'ultima parte dell'art.157, ora parte del TFUE, che esclude possano essere considerate discriminatorie le misure dirette a compensare svantaggi nei confronti del sesso sotto - rappresentato, ove la formula neutra di "sesso" ammette pertanto misure anche a favore della categoria maschile. Il principio è ribadito dall'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali allegata ai Trattati dell'unione Europea, ed avente la medesima portata giuridica, che legittima espressamente misure di questo tipo, nonché dall'art.3 della Direttiva 00/54 CE sul principio di eguaglianza e pari opportunità uomo/donna nel lavoro.

[1155] La Corte costituzionale si era già espressa con sentenza n. 109/1992 a favore della legittimità della legge 215/1992 che prevedeva "azioni positive" di agevolazioni finanziarie nei confronti dell'imprenditoria femminile.

[1156] G. De Simone, *op.cit.,* F. Borgogelli, *Le azioni positive nel settore pubblico,* in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, Nuove leggi civili commentate 2003, p.705; S. Scarponi, E. Stenico, *op.cit.*

[1157] F. Borgogelli, *op.cit.,*

La giurisprudenza, nei rarissimi casi in cui è intervenuta, non è priva di ambiguità, tuttavia, e tende a ridurre la portata della disposizione: in una pronuncia si legge infatti non solo che l'obbligo di motivazione non si applica qualora vi siano procedure concorsuali il cui esito è determinato dalla meritevolezza dei candidati, affermazione che è condivisibile solo se si riferisce ad un divario di capacità professionali, salvo quanto appena detto; ma non si applica neppure nei casi in cui, pur trovandosi i candidati a pari merito, i criteri di assunzione o promozione siano predeterminati dalla legge, condizione questa niente affatto contemplata e tale da ridurre ulteriormente l'impatto della regola[1158].

4.2. La costituzionalità della garanzia di presenza delle donne nella composizione delle commissioni di concorso e l'andamento ondivago della giurisprudenza amministrativa sugli organismi a composizione mista.

L'applicazione della disposizione relativa alla composizione delle commissioni di concorso ha portato alla luce la tensione dialettica fra le differenti visioni in merito al principio di eguaglianza uomo/donna, in parte riconducibile agli stessi nodi concettuali sopra ricordati. Emergono altresì non pochi equivoci nella ricostruzione del panorama normativo attinente le pari opportunità.

Richiamando brevemente i termini della controversia che dette luogo alla pronuncia della Corte costituzionale sul punto, va ricordato che una candidata aveva impugnato l'esito di un concorso a livello comunale a causa del mancato rispetto dell'obbligo inerente la composizione di genere nella commissione[1159]. La graduatoria fu annullata e il concorso ripetuto con altra commissione a seguito del quale la candidata risultò vincente. Tale graduatoria fu allora impugnata dal candidato vincitore nel primo concorso e il Consiglio di Stato ritenne che il ricorso non fosse manifestamente infondato proprio richiamandosi alla sentenza della Corte Cost. 422/95. Affermò in tal senso che la disposizione impugnata: <<*appare tale da imporre la presenza di donne per almeno un terzo nelle commissioni di concorso, con l'asserita e irragionevole conseguenza che una commissione risulterebbe legittimamente composta se formata di sole donne, mentre sarebbe illegittimamente composta se formata di soli uomini; che, oltre a ciò, la norma appare al remittente in contrasto col principio di razionalità in quanto, se il suo obiettivo è quello di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro, la pari opportunità deve essere quella finalizzata al conseguimento del posto di lavoro e non alla partecipazione alle commissioni esaminatrici*. Il Consiglio di Stato rinviò la questione alla Corte Costituzionale che, invece, fu di parere opposto ribadendo i principi già affermati dalla propria giurisprudenza nella sentenza n. 49/2003 in materia di pari opportunità in ambito elettorale che, come è stato autorevolmente affermato "segnò la fine di equivoco"[1160].

Con ordinanza n.39/2005 la Corte dichiarò il ricorso manifestamente inammissibile perché, come si legge nel dispositivo <<*non teneva conto della riforma costituzionale dovuta all'ultimo comma inserito nell'art.51 e del nuovo quadro di riferimento che si è così costituito, palesemente orientato nel senso di rimuovere gli ostacoli ad una adeguata presenza femminile nel mondo istituzionale*>>.

[1158] M.D. Ferrara*, op.cit*., p. 178, con riferimento a Tar Roma Sez. III, 4 giugno 2015 n.7805.

[1159] Statuito dall'art. 9, comma 2, del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi.

[1160] L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco,* in *Giur. Cost.* 2003, p.364. Nello stesso senso si colloca la sentenza Corte Cost. n. 4/2010 sul sistema elettorale incentrato sulla doppia preferenza di genere

L'argomentazione si muove nel solco della novità apportata al quadro costituzionale che: <<*non si limita più a disporre che la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa*» come già aveva affermato la sentenza n. 33 del 1960 (*supra § 2.2*), costituendo una sorta di specificazione del principio di uguaglianza enunciato dall'art. 3, primo comma, Cost., come già avevano ricordato le sentenze n. 188 del 1994 e n. 422 del 1995, <<*ma assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini*>>. Il ragionamento è del tutto condivisibile in quanto, pur non trattandosi di misura "neutra", dato che riguarda solo la presenza femminile, è da ritenere comunque legittima essendo ascrivibile al panorama concettuale proprio della promozione di pari opportunità che ammette anche misure "diseguali", secondo l'orientamento espresso sia dalla Corte di Giustizia prima richiamato. Rileva pure l'obiter dictum della sentenza Corte cost. n. 49/2003, ove afferma che le misure ivi esaminate appaiono quali "misure minime", facendo ritenere che non sia da escludere la legittimità di misure anche più incisive ove la situazione di correzione della sottorappresentazione lo richieda. Nelle commissioni di concorso, la quota a favore del genere femminile è pari a solo 1/3 e dunque rispetta il requisito di proporzionalità della misura di azione positiva. Infine, come afferma l'ordinanza n.39/2005, la regola sulla composizione delle commissioni di concorso non incide sul fondamentale diritto dei cittadini, dell'uno e dell'altro sesso, di partecipare in piena uguaglianza ad un concorso pubblico, dato che incide solo sulla formazione delle scelte dell'Amministrazione pubblica in merito ai componenti della commissione, richiamando la propria giurisprudenza in materia di pari opportunità e rappresentanza politica.

In merito va ricordato che la giurisprudenza costituzionale, in precedenza, con sentenza n. 172/ 2001 aveva ritenuto che la composizione mista di un organismo istituzionale – in quel caso il Tribunale dei minorenni in cui sono previsti 2 componenti laici di cui 1 uomo e 1 donna - rispondesse a diversi tipi di finalità a seconda dell'epoca di riferimento. Prima, in un contesto storico-normativo nel quale i togati erano tutti uomini – vigente la preclusione per le donne di essere ammesse al ruolo di magistrato – la norma era infatti finalizzata ad assicurare nella composizione del Tribunale per i minorenni, altrimenti tutta maschile, almeno una presenza femminile. Con l'entrata in vigore della legge n. 66 del 1963, che ha posto fine alla discriminazione ai danni delle donne, loro consentendo di accedere alla magistratura, la disposizione oggetto di scrutinio non è affatto diventata anacronistica, ma ha cambiato il proprio significato. Per la Corte essa intende garantire al collegio giudicante di <<*avvalersi del peculiare contributo di esperienza e di sensibilità* così consentendogli una "*completezza di prospettive*>>[1161]. È in sostanza il miglior funzionamento dell'organismo che diventa la ragione prevalente della "quota", sul presupposto che uomini e donne esprimano mentalità e sensibilità differenti la cui manifestazione è opportuno sia assicurata, ma senza scadere in pregiudizi sulle caratteristiche della personalità femminile o maschile quanto piuttosto perché l'appartenenza al genere femminile (o maschile) rappresenta un modo di essere di ciascuno e dunque appare normale che si possa esprimere nella composizione di organismi quali quelli citati, secondo l'approccio di valorizzazione delle differenze[1162].

Nonostante l'avvallo della Corte costituzionale, l'ostilità nei confronti della regola descritta si è manifestata da parte della giurisprudenza amministrativa che, nel periodo più recente, pur non

---

[1161] S. Leone, *I giudici e l'uguaglianza: uno sguardo alle tendenze più recenti*, in M. D'Amico, *op.cit.,* p.45.

[1162] In tema, ampiamente, B. Pezzini, *La costruzione del genere e Costituzione,* in B. Pezzini (a cura di) *La costruzione del genere*, Bergamo University Press 2012, p. 50-51

rimettendone in discussione la legittimità, ne riduce enormemente la portata applicativa. Alcune sentenze, infatti, hanno escluso che la mancata osservanza del meccanismo delle quote comporti l'invalidità della procedura concorsuale, rilevando tale violazione solo in presenza di una condotta discriminatoria della commissione in danno delle concorrenti femminili[1163] e riducendo, così, erroneamente, la portata della norma in funzione dei risultati dell'attività della commissione e del rispetto dei divieti di discriminazione, anzichè considerarla come misura utile in sé[1164]. In tal modo, viene equivocata le finalità della regola che risponde all'obiettivo di valorizzazione delle competenze femminili e di promozione della partecipazione delle donne alla sede di "presa delle decisioni" secondo le citate indicazioni del programma varato con la conferenza di Pechino, coniugato con la garanzia di un miglior funzionamento dell'organismo collegiale come avviene nel caso di altri organismi istituzionali, quali le Giunte amministrative o i Consigli di amministrazione delle società cui si applica la legge n. 120/2011[1165]. È auspicabile, dunque, che si realizzi un cambiamento nell'indirizzo interpretativo in modo da permettere la piena attuazione della regola in sé e per sé, in modo conforme all'orientamento della Corte Costituzionale in materia di pari opportunità.

Conclusioni.

La realizzazione del principio di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici sancito dall'art. 51 Cost., ovvero del diritto di uomini e donne ad accedere ai pubblici uffici in condizioni di parità, ha avuto un percorso storicamente non facile, come si è visto analizzando le vicende che hanno riguardato in particolare l'ordinamento giudiziario ed altri settori pubblici rilevanti da cui le donne sono state lungamente escluse. L'evoluzione che ha progressivamente esteso la portata della norma costituzionale oltrepassando il principio di eguaglianza formale per approdare all'affermazione delle pari opportunità di genere, in modo conforme sia al precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 3 Cost. sia alle molteplici fonti a carattere internazionale ed euro-unitario, ha incontrato, tuttavia, resistenze non trascurabili. Ciò si evince in particolare dalla giurisprudenza in materia di azioni positive nel settore pubblico sia nel caso dell'accesso al lavoro e alla progressione di carriera sia nel caso della partecipazione delle donne alle commissioni di concorso. Non va, tuttavia, trascurata l'importanza dell'accoglimento della regola sulla composizione mista degli organismi istituzionali a carattere collegiale, anche sotto il profilo concettuale dell'analisi di "genere", in quanto non riproduce stereotipi negativi ma esprime la differenza di genere che connota uomini

---

[1163] C. Stato sez. VI 3043/2014, punto 2d della parte in diritto; Tar Cagliari sez. II 518/2016.

[1164] In tal senso l'opinione condivisibile di M. D. Ferrara, op.cit. p.175. Va precisato che per agevolare l'effettività della disposizione legge 215/2012 ha previsto un sistema di controllo sulla composizione delle commissioni di concorso mediante l'obbligo di trasmettere l'atto di nomina alla consigliera di parità territoriale che può imporre modifiche ove ravvisi la violazione del criterio di composizione ed è legittimato ad agire in giudizio in caso di inottemperanza.

[1165] Come rileva M. D'Amico, *op.cit*. 2017, p. 48, in riferimento alla composizione delle Giunte. Emblematica TAR Lazio n. 6673 del 2011 che afferma: "*Soltanto l'equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi, specie se di vertice e di spiccata caratterizzazione politica, garantisce l'acquisizione al modus operandi dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere*". Parzialmente diverso, ma con risultato sostanzialmente uguale, è il Parere C. Stato 1801/2014 in merito alle quote nei CdA previste dalla Legge Golfo Mosca n. 120/ 2011 che propone una differente lettura, assumendo che "*la discriminazione verso il genere femminile nella vita civile rappresenta una diseconomia, perché comporta la rinuncia a metà delle risorse disponibili*".

e donne come dato intrinseco alla società e che è auspicabile si rifletta nell'ambito degli organismi istituzionali.

Ad un giudizio complessivo, il panorama degli strumenti esaminati non appare del tutto soddisfacente, nonostante il progressivo affinamento della tecnica normativa, non solo per le difficoltà di far accettare la legittimità degli strumenti più incisivi, quali le quote, ma anche a causa della debolezza sul piano sanzionatorio, e della complessità applicativa che spesso li caratterizza. Il giudizio è confermato dalle analisi statistiche che mostrano come il divario nei settori storicamente a prevalente presenza maschile si sta riducendo ma persiste nei livelli più elevati della carriera, come a titolo esemplificativo avviene nella magistratura[1166], nell'università[1167], nella polizia e nelle Forze Armate[1168]. Il perseguimento di strategie rivolte non solo a combattere le micro-disuguaglianze ma ad indurre un effettivo e ampio processo di trasformazione in senso egualitario è dunque tutt'altro che concluso.

[1166] Rileva I. Formaggia, *Il faticoso cammino della parità nella magistratura ordinaria*, in M. D'Amico, *op.cit.,* p. 31. "Le donne faticano ancora a raggiungere le posizioni apicali, in particolare a ricoprire i ruoli direttivi (solo il 26% sono donne) e semidirettivi della magistratura requirente (solo il 36% sono donne). I dati sono ancora più allarmanti nell'ambito degli incarichi direttivi requirenti, dove le donne si fermano a quota 19%. Oggi, le donne presidenti di Corte d'Appello sono 8, e sono al vertice di grandi uffici giudiziari, tra questi – appunto – Milano, Venezia, Genova, Firenze, Cagliari, Salerno, L'Aquila". La scarsissima presenza di donne nel Consiglio Superiore della Magistratura costituisce un ulteriore discusso profilo della questione a cui si riferisce la proposta di legge volta a promuovere l'equilibrio nella rappresentanza. In tema cfr C. Lendaro, *Introduzione* in M. D'Amico, *op.cit.,* p.59.

[1167] Secondo i dati Miur 2016, sia pure con un trend complessivamente in crescita, a fronte del 58% delle laureate, solo il 22% sono diventate professoresse ordinarie, 37% associate mentre il 57% sono ricercatrici. Cfr documento finale 11 maggio 2018 Gruppo di lavoro "Genere e ricerca" presso il Miur in www.miur.gov.it/-/parità.

[1168] Secondo i dati più aggiornati (dicembre 2016), il personale militare femminile in servizio nelle quattro Forze armate nazionali è così rappresentato: 5.991 (6,30%) nell'Esercito; 1.246 (3,10%) nell'Aeronautica; 2.041 (5,20%) nella Marina (compresa la Guardia costiera); 2.569 (2,47%) nell'Arma dei Carabinieri. Cfr A. Triggiano, *Donne e integrazione nelle forze armate. Un'analisi della situazione italiana,* in www.reportdifesa.it, 12.3 2018, anche per ulteriori approfondimenti. Fa eccezione la Polizia di Stato dove le statistiche mostrano una maggiore presenza di donne nei livelli elevati di carriera (direttori 942 su 1728 uomini, dirigenti 250 donne e 552 uomini, ma 1 solo dirigente generale donna secondo dati Dipartimento Pubblica sicurezza 2016) in quanto ai concorsi le donne hanno mediamente titoli superiori.