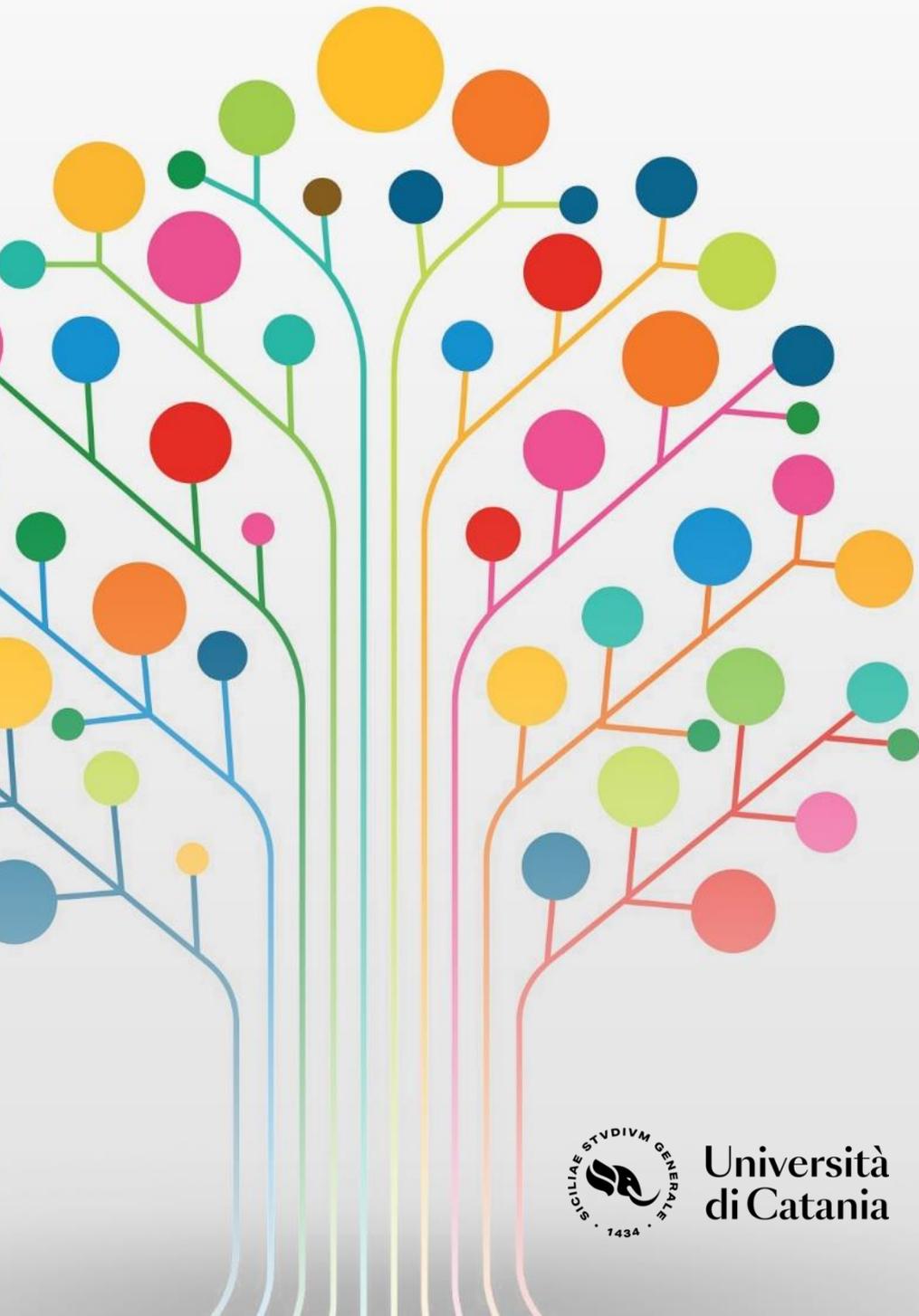


2/2021

20 20 Venti Maggio

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



Università
di Catania



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

Con contributi di

COSTANTINO CORDELLA, Università di Napoli "Federico II"

ALBERTO MATTEI, Università di Verona

CARLO ZOLI, Università di Bologna

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

FRANCO LISO, Sapienza Università di Roma

BRUNO CARUSO, Università di Catania

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania

MARIA VITTORIA BALLESTRERO, Università di Genova

GISELLA DE SIMONE, Università di Genova

SOMMARIO

Il lavoro dei <i>rider</i>: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali Costantino Cordella	1
Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro Alberto Mattei	28
Lavoratori, volontari e amatori tra sport e terzo settore Carlo Zoli - Lorenzo Zoppoli	51
Brevi osservazioni sulla attuale contingenza, dedicate all'amico Umberto, strenuo trentanovista Franco Liso	68
Massimo D'Antona e le nuove prospettive dell'art. 39 Cost. Bruno Caruso	80
Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale Loredana Zappalà	98
Riallacciando il filo del discorso. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo Maria Vittoria Ballestrero – Gisella De Simone	121

Il lavoro dei *rider*: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali*

Costantino Cordella

1. Premesse ricostruttive.	2
2. Il lavoro mediante piattaforme digitali vs il capitalismo delle piattaforme.	4
3. Un cambio di paradigma ...?	7
4. Precisazioni preliminari dal diritto europeo sulla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi.	10
5. La nascita delle relazioni industriali di livello nazionale nel settore del food delivery.	12
6. I “soliti” limiti dell’ordinamento sindacale, la rappresentatività comparata e la capacità del contratto collettivo Assodelivery-Ugl di attuare l’art. 47 quater.	13
7. Segue. ... conseguenze della (eventuale) incapacità dell’accordo Assodelivery-Ugl di attuare l’art. 2 comma 2 d.lgs. 81 del 2015.	16
8. I diritti sindacali per i rider autonomi nel contratto Assodelivery-Ugl.	16
9. Diritti sindacali e collaborazioni di lavoro autonomo.	18
10. Segue. Sviluppi sul caso dei rider.	20
11. Il computo dei rider eterorganizzati ai fini del Titolo III.	22
12. Gli incerti sviluppi sull’inquadramento giuridico dei rapporti di lavoro dei rider e le conseguenze sui diritti sindacali del Titolo III dello Statuto.	24
13. Segue. Diritti sindacali dei rider subordinati e unità produttiva: alla ricerca di un criterio di adattamento.	25

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 441/2021

1. Premesse ricostruttive.

Il lavoro digitale è stato sinora trattato da molteplici angolature: l'ampiezza della sua dimensione ha richiesto di modulare aspetti decisivi del diritto del lavoro, come la qualificazione¹, il salario², la privacy³.

Anche il profilo delle relazioni industriali, però, è stato oggetto di ricerche e approfondimenti, tesi a verificare gli effetti del rapporto lavoro-nuove tecnologie⁴. Pur nella loro pluriennale crisi di consenso e di capacità rappresentativa⁵, i sindacati non sono convitato di pietra rispetto ai più recenti cambiamenti delle organizzazioni produttive, che oggi passano – secondo molti – dal post-fordismo all'era dell'intermediazione digitale⁶.

¹ È il tema sul quale la dottrina giuslavoristica si è maggiormente concentrata in relazione alle prestazioni eseguite tramite piattaforme digitali. In prospettiva comparata, per gli ordinamenti francese, spagnolo e portoghese, v. gli scritti di DOCKÈS, COLÀS-NEILA e LEAL AMADO-MOREIRA, pubblicati in *LLJ*, 2019, n. 1, rispettivamente alle pp. 1 ss., 18 ss. e 47 ss.; per l'ordinamento spagnolo v. anche VILLALON, *L'adattamento o il superamento della subordinazione come elemento di riferimento del diritto del lavoro di fronte alle nuove forme di occupazione. Un dibattito globale dal punto di vista spagnolo* e SIGNES, *Commento alla sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che considera i riders lavoratori subordinati. Tribunal Supremo Sala de lo Social, 25 settembre 2020, n. 805*, in *LLJ*, 2020, rispettivamente alle pp. 1.16 ss. e R.1 ss.; sempre in prospettiva comparata, per l'ordinamento statunitense, cfr. SZYMANSKI, *Gli approcci alla "platform economy" nel diritto del lavoro americano*, in *DLM*, 2019, p. 527 ss. Per il dibattito in Italia, dopo la sentenza della Corte di Cassazione 1663 del 2020, senza pretesa di esaustività, v. ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, pp. 703-748; PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura* e PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, rispettivamente, alle pp. 267-311, pp. 345-380 e pp. 499-511; v. anche il numero straordinario, a carattere monotematico, di MGL, 2020, nel quale, tra gli altri, cfr. gli scritti di ALBI, *Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l'ordine normativo che non c'è*, ALES, *In favore dell'etero-organizzazione come "concetto" autonomo: timeo danos et remedia ferentes*, MARESCA, *Coordinazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative* e ZOPPOLI L., *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, rispettivamente alle pp. 11 ss., 19 ss., 133 ss. e 265 ss.

² Cfr., tra gli altri, BERG, *Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*, Conditions of Work and Employment Series n. 74, Oil; BRONZINI, *Lo ius existientiae tra reddito minimo e reddito di base. Il dibattito su garanzie e innovazione tecnologica*, ALLEGRI, *Il reddito di base dal post-fordismo all'economia digitale. Per un dibattito costituzionalistico e giuslavoristico*, e MARCHI, *Il diritto ad un salario minimo per i lavoratori nella sharing economy*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, rispettivamente alle pp. 775 ss., 793 ss. e 843 ss.; sulle implicazioni riguardanti il compenso dei riders e derivanti dai concetti giuridici di "tempo di lavoro" e/o di "continuità del lavoro", cfr. BAVARO, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)* e FERRARO, *Continuità e lavoro autonomo*, in *Labor*, 2020, rispettivamente alle pp. 671 ss. e 610 ss.

³ V., almeno, BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell'economia digitale*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *op.cit.*, p. 92 ss.; INGRAO, *Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimenti dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *LLJ*, 2019, n. 2, p. 129 ss.; DE MINICIS, DONÀ, LETTIERI, MAROCCO, *Disciplina e tutela del lavoro nelle digital labour*, in *Economia e lavoro*, 2019, 3, p. 95; ZICCARDI, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico giuridiche*, in *LLJ*, 2016, p. 46 ss.

⁴ Senza pretesa di esaustività, sui temi relativi ai diritti sindacali e alla rappresentanza dei lavoratori digitali, v. gli scritti pubblicati in *LLJ*, 2019, n. 2, di MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, p. 1 ss.; BINI, *Il social network: da luogo a soggetto della rappresentanza sindacale digitale?*, p. 9 ss.; CAPONETTI, *Social media e rappresentanza aziendale: quali scenari?*, p. 27 ss.; DI MEO, *I diritti sindacali nell'era del caporalato digitale*, p. 63 ss.; DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, p. 98 ss.; PACELLA, *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, 179 ss.; ROTA, *Tecnologia e lotta sindacale: il netstrike*, p. 196 ss.; inoltre, nel precedente numero di *LLJ*, 2018, n. 1, sul tema della contrattazione collettiva nel lavoro digitale, v. gli scritti di LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, p. 1 ss.; TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, p. 1 ss.; MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, p. 16 ss.; FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, p. 35 ss.

⁵ Su questi temi, per una recente rilettura in chiave sociologica, v. MARINI, *Fuori classe. Dal movimento operaio ai lavoratori imprenditivi della Quarta rivoluzione industriale*, il Mulino, 2018.

⁶ O anche detta della "disintermediazione" sociale, poiché l'uso pervasivo delle nuove tecnologie, nel riorganizzare i mercati su cui operano le imprese, riduce gli spazi di intervento di coloro che – come i sindacati – intervengono in qualità di mediatori o intermediari,

Sono molteplici le cause che hanno portato le organizzazioni sindacali e, in genere, il sistema di rappresentanza in Italia a perdere via via, rispettivamente, consensi e credibilità⁷: tra tali cause la principale resta l'incapacità di reggere le difficoltà di un lavoro che non si svolge più nel contesto chiuso della fabbrica⁸.

Alla frammentazione e alla terzizzazione del mercato del lavoro si è aggiunta da qualche tempo la disgregazione della figura del datore di lavoro, che diviene *app*, e rispetto a tale processo il sindacato ha bisogno di riflettere su come non essere considerato parte di un sistema di relazioni industriali *d'antan*.

Tra le domande a cui rispondere vi sono quelle poste in questo scritto, che esamina le modalità con cui i diritti sindacali sono esercitabili nel mondo delle piattaforme digitali, e in particolare in quello dei *rider*⁹.

In tale prospettiva, il saggio si occupa di analizzare l'incidenza acquisita nel nostro ordinamento dalle piattaforme digitali, mettendo in evidenza la relazione in cui si pone il lavoro svolto mediante *app* rispetto al fenomeno più vasto (§2).

Poiché le prestazioni dei *rider* sono al centro di un più esteso dibattito sull'inquadramento tipologico del lavoro, l'indagine premetterà brevi cenni anche sulla dicotomia lavoro subordinato-lavoro autonomo, tenendo in considerazione ciò che le Sezioni Unite hanno affermato nella sentenza del 24 gennaio 2020 n. 1663 (§3).

Una volta valorizzata la necessità di preservare gli schemi "classici" di classificazione dei rapporti lavoristici saranno esaminati i limiti nel riconoscimento dei diritti sindacali per i *rider* impiegati con rapporti di lavoro autonomo. In tal senso, saranno verificate le criticità – da più parti evidenziate – sulla validità dell'accordo attuativo della l. 2 novembre 2019 n. 128 (§ 5), che Assodelivery ha stipulato con l'Ugl (§ 6-7) e le modalità con cui, in esso, sono regolati i diritti sindacali (§ 8).

Sempre per i diritti sindacali dei *rider* autonomi ci si porrà il problema di tenere conto del lavoro non continuativo. Saranno riprese – anche in chiave storica – le regole collettive con cui tali diritti sono stati in genere riconosciuti solamente ai collaboratori coordinati e continuativi (§ 8-9), ma soprattutto si cercherà di sottolineare che la *continuità* nel lavoro dei *rider* deve essere considerata a prescindere dalla formale tipologia di impiego, verificando in concreto quanto, nella prospettiva del lavoratore, le prestazioni eseguite mediante *app* siano stabili (§ 10).

Nella seconda parte del lavoro, invece, l'oggetto d'indagine è riferito agli aspetti controversi da superare per far sì che i diritti sindacali del titolo III dello Statuto siano riconosciuti ai *rider*

cfr. *amplius*, CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella 'grande trasformazione'. L'innovazione sociale in sei tappe*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 394/2019, p. 3.

⁷ In proposito, si veda l'analisi comparata dei dati sulla sindacalizzazione e l'andamento del potere contrattuale dei sindacati, proposta in BACCARO, HOWELL, *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations since the 1970s*, Cambridge University Press, 2017.

⁸ Cfr. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella 'grande trasformazione?*, cit., p. 2, il quale sottolinea la tendenza a leggere come «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».

⁹ Oltre ai riferimenti bibliografici già citati, v. anche BELLOMO, FERRARO, *Modern Forms of Work. A European Comparative Study*, Sapienza Università Editrice, 2020; EUROFOUND, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018; DAGNINO, NESPOLI, SEGHEZZI (a cura di), *La nuova grande trasformazione del lavoro*, Adapt Labour Studies, 2017, e-Book series n. 62, spec. p. 159 ss.; per una ricostruzione del tema, in termini generali, cfr. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bup, 2019.

impiegati con collaborazioni eterorganizzate. Sono espone le ragioni per le quali, contrariamente a quanto indicato in una recente circolare dell'Ispektorato del lavoro, tali collaborazioni sono da conteggiare ai fini del superamento del numero di dipendenti richiesto all'art. 35 dello Statuto (§ 11). Inoltre sono esaminati i problemi legati all'unità produttiva riflettendo sulla capacità del concetto, tramite un'interpretazione evolutiva, di adattarsi ad un lavoro che non ha un luogo fisico di riferimento e che – tra le altre difficoltà – deve tener conto anche del fenomeno delle esternalizzazioni (§§ 12-13).

2. Il lavoro mediante piattaforme digitali vs il capitalismo delle piattaforme.

Tra le ragioni che hanno contribuito a porre al centro del dibattito giuslavoristico il lavoro mediante piattaforme v'è il fatto che, svolgendosi con caratteristiche profondamente diverse la relazione lavoratore-datore di lavoro – in particolare perché a quest'ultimo pare sostituirsi lo strumento informatico –, è necessario chiedersi qual è la misura del debito a cui il lavoratore si obbliga e, conseguentemente, anche verificare a quali tutele questi abbia diritto.

Molti degli istituti applicati al lavoro tradizionale subiscono delle modificazioni per le peculiarità con cui queste attività sono svolte e ciò ha portato a proposte di radicale cambiamento nella regolazione dei rapporti di lavoro¹⁰.

Prima comunque di soffermarci sugli aspetti giuridici controversi¹¹, questa tipologia di lavoro merita di essere esaminata specificamente dal punto di vista fenomenico, in modo da verificare l'impatto che ha acquisito nella nostra economia.

Premesso che gli aspetti controversi e peculiari del lavoro mediante app non si estendono ai rapporti lavoristici intrattenuti da imprese che utilizzano le piattaforme digitali per ragioni diverse da quella di organizzare i tempi e i luoghi del lavoro – si pensi all'uso delle piattaforme da parte di

¹⁰ Sulla fine del lavoro nell'industria, quale conseguenza dell'innovazione tecnologica, vedi le note teorie/profezie di RIFKIN, *La società a costo marginale zero*, Mondadori, 2015 (trad. it. di Vanni). Sul rapporto tra robotica e lavoro, nel senso di evidenziare come l'impatto della prima «si estende e fa sembrare obsolete le categorie giuridiche del Diritto del lavoro, nella loro disciplina eteronoma ed autonoma» v. GOTTARDI, *Da Frankenstein ad Asimov: letteratura 'predittiva', robotica e lavoro*, in *LLJ*, 2018, n. 2, p. 1.10. Nel trattare i recenti interventi legislativi del d.lgs. 81 del 2015 e della l. 81 del 2017 e le questioni poste dall'economia digitale ha parlato di "cambio di paradigma" PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 341/2017*, p. 2 ss., suggerendo il superamento dell'interesse per la qualificazione dei rapporti di lavoro e la necessità di riconoscere ai lavoratori autonomi un maggiore grado di protezione. Nella stessa prospettiva, hanno indagato sulle potenzialità protettive del diritto antidiscriminatorio di fonte europea, CENTAMORE, RATTI, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *op.cit.*, p. 667 ss. In una prospettiva più moderata, che tiene ferma la necessità che i lavoratori siano qualificati in base alle modalità di esecuzione della prestazione v. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *op.cit.*, p. 693. Sul ruolo dei sindacati nel mercato del lavoro e sulle ricadute dell'utilizzo delle nuove tecnologie, cfr. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella 'grande trasformazione'*, cit., p. 7. Sul ruolo del sindacato nella quarta rivoluzione industriale, dal punto di vista di un sindacalista del settore metalmeccanico, v. BENTIVOGLI, *Abbiamo rovinato l'Italia? Perché non si può fare a meno del sindacato*, Castelvechi, 2016. Sotto il profilo sociologico, si vedano le riflessioni sull'*Hikikomori* lavorativo derivante dalla digitalizzazione del lavoro di DONÀ, MAROCCO, *Diritto di assemblea ex art. 20 St. lav. e nuove tecnologie digitali*, in *LLJ*, 2019, n. 2, p. R.11, e la bibliografia ivi citata. Con riferimento ai cambiamenti riguardanti il lavoro tramite piattaforme digitali v. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *RGL*, 2018, I, p. 36, il quale si domanda se «siamo davvero nell'eclissi del lavoro subordinato (e del suo diritto)» e, nel tentativo di rispondere, accoglie il monito alla prudenza di Lorenzo Zoppoli – su cui vedi più ampiamente quanto si dirà, *infra*, in nota 17.

¹¹ Si è parlato, ad esempio, di "tecnoregolazione" tramite strumenti come la *blockchain*, che potrebbe consentire di bypassare la stipula dei contratti tradizionali, cfr. DE MINICIS, DONÀ, LETTIERI, MAROCCO, *Disciplina e tutela del lavoro nelle digital labour*, in *Economia e lavoro*, 2019, 3, p. 97 ss., su cui v. quanto rilevato alla nota 17.

imprese che vogliono accrescere la loro visibilità o intendono accedere al mercato delle vendite online –, ciò che è opportuno mettere in luce è che il lavoro tramite app ha sinora acquisito un'incidenza economica pressoché marginale rispetto al più esteso impatto avuto dalle piattaforme sul mercato della vendita di beni e di servizi.

Le indagini Istat hanno stimato che nel 2018 un'impresa italiana su dieci ha messo in vendita beni o servizi su di una piattaforma digitale. Il dato è particolarmente significativo se inserito nel contesto dei singoli settori produttivi: la vendita di beni e servizi tramite web è, infatti, una componente *essenziale* delle strategie di commercializzazione solo per alcuni settori.

Nel comparto turistico, ad esempio, l'80% delle imprese è presente su piattaforme digitali (Booking, Expedia, TripAdvisor) e poco meno del 30% del loro fatturato proviene da tale presenza¹²; allo stesso modo, l'utilizzo delle piattaforme digitali, di intermediazione (Volaregratis, Skyscanner), garantisce un tasso di fatturato simile anche alle imprese che operano nel settore del trasporto aereo¹³.

Scorrendo tra i settori economici e focalizzando l'attenzione su quello della ristorazione, in cui operano le piattaforme che garantiscono la consegna dei pasti (Deliveroo, Just Eat, Uber Eats), si nota invece che solo il 12% delle imprese dichiara di utilizzarle; inoltre, la media del fatturato a livello d'impresa derivante dal loro utilizzo si assesta appena sul 13%¹⁴.

È evidente da ciò che l'elevata capacità delle piattaforme di incidere sui processi economici non riguarda principalmente le attività svolte mediante app, ma attiene piuttosto alle imprese che si servono delle piattaforme per rendere disponibili i loro beni o servizi a un numero di consumatori potenzialmente illimitato, ben più vasto di quello che sarebbero in grado di raggiungere con la presenza – per quanto capillare – di strutture di vendita sparse sul territorio.

Allo stesso tempo il “canale” digitale, anche quando non è adatto a consentire la vendita diretta, tramite la rete, di beni o di servizi – a causa delle caratteristiche del prodotto –, è comunque imprescindibile soprattutto alle imprese di grandi dimensioni per affermarsi come competitive e presenti sul mercato¹⁵.

Per quanto detto, allora, quando ci si affaccia sui problemi lavoristici legati all'inserimento delle piattaforme nel tessuto produttivo, non si può prescindere dal tenere distinto il più vasto e preoccupante “capitalismo” delle piattaforme dal lavoro tramite app¹⁶.

¹² ISTAT, *Digitalizzazione e tecnologia nelle imprese italiane*, censimenti permanenti Imprese, 13 agosto 2020, p. 16.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ivi*, p. 18. La stima tiene conto di imprese con tre o più dipendenti: da essa, pertanto, restano fuori le piccolissime attività al di sotto di tale soglia.

¹⁵ Dai dati Istat (2018) emerge che secondo il 41 % delle imprese la loro presenza sul sito web di una piattaforma digitale rafforza la loro posizione competitiva, mentre per le imprese con più di 500 addetti la percentuale sale a oltre il 60%. Sul tema cfr. GUARASCIO, *Mansioni, competenze e rapporti di produzione nell'economia delle piattaforme*, in *Quaderni di RGL*, 2017, n. 2, p. 46.

¹⁶ Dati Inps relativi al 2017 mostrano come il numero di lavoratori impiegati tramite piattaforma risulti stimabile intorno all'1,59 % della popolazione in età attiva 18-64, oscillando tra 589.040 e 753.248 unità, di cui solo 137.284 renderebbero le loro prestazioni lavorative esclusivamente mediante piattaforme. Su tali dati v. *amplius*, FAIOLI, *op.cit.*, p. 15. È condivisibile la distinzione proposta in DE MINICIS, DONÀ, LETTIERI, MAROCCO, *op.cit.*, pp. 90-91, secondo cui le modalità di intervento delle piattaforme digitali sul mercato del lavoro possono suddividersi in due macroaree: la prima riguarda le piattaforme che si occupano dell'intermediazione digitale tra l'offerta e la domanda di lavoro – da cui deriva la creazione, di fatto, di un mercato digitale di servizi (o *market place*) –, la cui attività può esacerbare i noti problemi occupazionali e di sicurezza sociale, di cui sono forieri, più in generale, i processi di esternalizzazione

Non è questa la sede per indagare le molteplici storture sulla società che la digitalizzazione del mercato può creare, specie per le piccole e medie imprese meno propense a adeguarvisi, ma quanto sopra evidenziato, sulla relazione tra il lavoro mediante app e i più estesi effetti economici dell'uso delle piattaforme, deve aiutare a comprendere che l'indagine giuridica solo fino a un certo punto può avere come presupposto, in un'ottica interdisciplinare, gli studi di altre materie.

Il più delle volte l'ambito da cui il fenomeno è esaminato nelle scienze sociali accomuna aspetti sul piano giuridico molto diversi: se, per intenderci, si propone di superare gli schemi contrattuali esistenti perché incapaci di riconoscere tutele adeguate a modelli di lavoro come quello dei rider, questa affermazione – che, se avesse adeguata motivazione, potrebbe di per sé essere condivisa – non può invece trovare supporto – e dirsi quindi giustificata – per l'incidenza sociale ed economica che il fenomeno della digitalizzazione (che è diverso e più ampio) sta avendo sulle imprese di una vasta gamma di settori produttivi¹⁷.

Gli studi di sociologia del lavoro e di economia tengono conto, di frequente, degli effetti della

dei processi produttivi; la seconda, invece, interessa le piattaforme che organizzano anche il lavoro (reale) necessario a produrre un certo bene/servizio, rispetto alle quali si pone il tema del modello più adatto di tutela da riconoscere ai lavoratori così impiegati.

¹⁷ Se in termini numerici il lavoro mediante piattaforme digitali è ancora marginale in larga parte del Paese e di esso occorre ancora comprenderne le molteplici caratteristiche con cui si può svolgere, non si comprende perché – o almeno pare spropositato – prevedere un assetto regolativo tanto distante da quello tradizionale, come quello in cui il contratto di lavoro è sostituito da strumenti, avveniristici e di dubbia praticabilità, qual è il sistema, unico e pubblico, di intermediazione digitale (cd. SIC). Alla luce dei “prodotti” del più recente processo di digitalizzazione, le scienze dell'informatica giuridica hanno, infatti, avanzato l'ipotesi, a dir poco audace, di servirsi della *blockchain* e degli *smart contract*, per sostituire i contratti di lavoro tradizionali e garantire così tutele “certe” ai lavoratori impiegati tramite piattaforme (cfr. DE MINICIS, DONÀ, LETTIERI, MAROCCO, *op.cit.*, pp. 97 ss.). In questa prospettiva, grazie all'azione di tale sistema pubblico di intermediazione digitale si riuscirebbero a perseguire finalità diverse, tra cui: a) l'immediato accertamento delle violazioni; b) la creazione di un registro personale del lavoratore, utile ai fini previdenziali e assistenziali; c) un registro “reputazionale” delle imprese che operano tramite piattaforme digitali (spec. p. 101). Senza entrare nel merito della fattibilità operativa – anche di medio periodo – di un'ipotesi del genere, essa pare confondere ciò che di buono i nuovi strumenti digitali possono dare al mercato del lavoro, in generale – tra cui una gestione più efficace del sistema di incontro tra offerta e domanda di lavoro –, con una “pubblicizzazione” dell'assetto regolativo del lavoro svolto mediante piattaforme digitali, per il quale resta oscuro, almeno al giorno d'oggi, il controllo sulle modalità di esecuzione della prestazione, sotto il profilo fattuale e qualificatorio.

Tuttavia, la reale funzione espletata oggi dallo schema negoziale classico del contratto di lavoro è al centro del dibattito giuslavoristico – come, d'altronde, ci ha ricordato, in maniera icastica, Lorenzo Zoppoli, riprendendo le parole dello scrittore americano Auster, v. ZOPPOLI L., *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in *DLM*, 2017, p. 281. Le incertezze sulla capacità del contratto di lavoro di svolgere le sue funzioni, di giustizia commutativa tra le parti e distributiva nella società, sono esacerbate dalla digitalizzazione. La prassi delle piattaforme digitali è di regolare il rapporto di collaborazione con gli utenti-lavoratori con un capitolato di “condizioni d'uso” dello strumento informatico, che riduce al minimo la sinallagmaticità delle obbligazioni in capo alle piattaforme: queste sono, in tale maniera, esonerate da responsabilità in caso di mancato funzionamento e conseguente mancata erogazione del servizio e, inoltre, il lavoratore accetta clausole che limitano, in maniera significativa, il suo diritto al risarcimento dei danni (v. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, cit., pp. 70-71). Le formule standardizzate, con le quali il lavoro tramite piattaforme è regolato, non riconoscono, d'altronde, la continuità del lavoro: l'impiego dei collaboratori è, infatti, parcellizzato e tende a coincidere con il singolo servizio – sia esso di consegna, di trasporto, o d'altro – richiesto dall'utente finale. Queste, ed altre caratteristiche peculiari di tali lavori – si pensi alla stipula del contratto, a distanza –, fanno sì che sia messa in discussione, non solo la forma del contratto di lavoro, ma anche la funzione di riequilibrio dei poteri, con il quale è stato riconosciuto nel Novecento. Le menzionate modalità di impiego della manodopera hanno suggerito di ricondurre il contratto di lavoro ai contratti “telematici” – ben conosciuti nella letteratura civilistica –, in cui l'accordo non avviene tramite lo scambio di dichiarazioni di volontà, ma partecipando a un meccanismo che si conclude “con la pressione di un testo negoziale virtuale” (v. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme*, cit., p. 63). Inoltre, tali modalità pongono il tema della capacità del contratto di essere strumento non più di giustizia commutativa, ma di *deregolazione* della struttura normativa tipica del lavoro, subordinato e non (si veda ancora, in senso critico, ZOPPOLI L., *Giustizia distributiva, giustizia commutativa*, cit., pp. 289-290). Almeno per ora, il legislatore ha allontanato quest'ultima eventualità: l'introduzione dell'art. 47 *ter* nel d.lgs. 81 del 2015 (ad opera della l. n. 128 del 2019) ha previsto che i contratti di lavoro, stipulati con lavoratori autonomi che svolgono l'attività di consegna di beni per conto altrui, «sono provati per iscritto e [n.d.a.: con essi] i lavoratori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza» (comma 1), prevedendo, in caso di violazione, conseguenze sanzionatorie e di rilievo giudiziario, ai fini degli oneri probatori (art. 47 *ter*, commi 2 e 3).

diffusione delle piattaforme digitali, alla luce del processo di maturazione del fenomeno inteso nel suo complesso.

Sono messi in primo piano problemi legati al “determinismo” della digitalizzazione, inteso come un fenomeno inarrestabile a cui occorre abituarsi¹⁸. Si intravedono i margini per un cambiamento del modello di *business* delle imprese e il contestuale rischio che le piattaforme aggravino le disuguaglianze sociali, essendo mezzi di produzione nelle mani di pochi¹⁹. Ancora, si sottolinea la mancanza di regole a livello internazionale che evitino l’uso dei “paradisi fiscali”²⁰.

Malgrado tali problemi riguardino anche le piattaforme datrici di lavoro tramite app, le proposte giuridiche favorevoli a “riformare” gli attuali modelli regolativi e classificatori del lavoro, al fine di motivare questa esigenza di rinnovamento si basano – non solo sulle storture sociali del lavoro tramite app, ma anche – sulle disuguaglianze sociali ed economiche che l’uso delle piattaforme, quale nuovo modello di *business*, genera fuori dei settori produttivi in cui il lavoro tramite app è diffuso.

Da questo punto di vista, pare, invece, corretto, soprattutto alla luce dei dati statistici citati, che le più ampie trasformazioni sociali ed economiche – e le relative soluzioni da avanzare –, dovute all’incidenza delle piattaforme sui modelli organizzativi delle imprese, siano distinte – senza essere enfatizzate per argomentare proposte di cambiamento – e il discorso giuridico sul lavoro svolto mediante piattaforme parta dal considerare, anzitutto, qual è il suo effettivo impatto sociale.

3. Un cambio di paradigma ...?

L’enfasi con cui sono stati affrontati i problemi legati al lavoro mediante piattaforme digitali ha finanche portato alla proposizione di nuove tesi favorevoli al superamento del binomio lavoro subordinato-lavoro autonomo.

Nel corso degli anni '90, invero, il dibattito sulla classificazione dei nuovi lavori fece ipotizzare modelli regolativi favorevoli a riconoscere le garanzie lavoristiche in maniera trasversale, a prescindere dall’inquadramento contrattuale in cui un certo lavoro può essere riconosciuto²¹.

Piuttosto che seguire l’impostazione tradizionale che traccia una linea di confine ideale tra lavoro autonomo e subordinato, in base alle tesi citate il regime di tutele era inteso come graduabile a seconda della debolezza del lavoratore o, in alternativa, in base al grado di ingerenza datoriale sulle modalità esecutive della prestazione (creando – secondo alcune di queste proposte – un

¹⁸ In senso critico, cfr. SALENTO, *Industria 4.0 ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Quaderni di RGL*, 2017, n. 2, p. 30. Parla di processo incontrovertibile e prossimo CEFIS, *Come incide l’innovazione tecnologica sul futuro del lavoro?*, in DAGNINO, NESPOLI, SEGHEZZI (a cura di), cit., p. 86 ss.

¹⁹ GUARASCIO, *op.cit.*, p. 41; *contra* SEGHEZZI, *Le grandi trasformazioni del lavoro, un tentativo di periodizzazione*, in DAGNINO, NESPOLI, SEGHEZZI (a cura di), *op.cit.*, p. 53, secondo il quale, in larga parte, i mezzi di produzione nell’odierno mercato del lavoro digitale sono nelle mani dei lavoratori.

²⁰ FRANZINI, *Occupazione e disuguaglianza nel capitalismo digitale*, in *Quaderni di RGL*, 2017, n. 2, p. 53.

²¹ Per un’analisi delle differenti proposte avanzate in sede parlamentare e dottrinale, v. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi di lavoro autonomo*, in *RIDL*, 1998, p. 67 ss.

tertium genus)²².

Già quando queste elaborazioni iniziarono a diffondersi, tra le ragioni più rilevanti su cui si basarono vi fu l'intreccio tra tecnica e lavoro²³. Fu evidenziato come la presenza delle nuove tecnologie nel mercato produttivo creasse una maggiore domanda di manodopera specializzata e dotata, conseguentemente, di maggiore autonomia organizzativa²⁴. Al contempo, però, si sottolineò pure che questi nuovi lavoratori, benché dotati di *conoscenze* tecniche, erano comunque bisognosi di protezione, perché non avevano il "dominio dell'*organizzazione* tecnica" necessaria a rendersi autonomi anche sotto il profilo socio-economico²⁵.

Ciò che la dottrina riprese a porre in evidenza è che il lavoro subordinato ha un significato-valore assiologico, basato sulla debolezza socioeconomica con cui il soggetto-lavoratore esprime la sua personalità nella società²⁶, che va oltre le coordinate tecnico-funzionali con cui la prestazione è svolta al servizio del committente-datore di lavoro e riguarda piuttosto il fatto che il lavoratore non ha a disposizione i mezzi di produzione per potersi emancipare dall'*organizzazione* altrui²⁷.

Con l'avvento dei nuovi modelli regolativi (in particolare, le collaborazioni coordinate e continuative dell'art. 409 n. 3 c.p.c.)²⁸ il significato assiologico della subordinazione ha continuato ad espandersi oltre il significato classificatorio/qualificatorio, con la necessità di garantire tutele anche a chi organizza in maniera autonoma il proprio lavoro, nel rispetto del potere di coordinamento del committente.

I cambiamenti nell'*organizzazione* e nelle relazioni di lavoro sono stati, d'altronde, alla base degli interventi con cui, nel tempo, il legislatore ha risposto al bisogno di protezione dei lavoratori autonomi. Ne è un esempio recente il d.lgs. 81 del 2015, che ha esteso ai lavoratori di questa "zona grigia" la disciplina protettiva del lavoro subordinato (art. 2, comma 1) e su tale normativa, poi, sono intervenute le Sezioni Unite spiegando come essa sia applicabile a prescindere

²² Per la proposta sulla creazione di un *tertium genus*, a firma di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani, v. AA.Vv., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Cacucci, 1997, in cui è spiegato che la nuova figura del "lavoro coordinato" sarebbe «comprendiva di una serie di rapporti che implicano una elevata interdipendenza (o integrazione funzionale) tra la prestazione lavorativa e un'attività imprenditoriale ma che non sono sussumibili senza residui nelle categorie dell'autonomia o della subordinazione in senso stretto». In tale area – è precisato – andrebbero a ricomprendersi le posizioni caratterizzate: – dall'essere la prestazione personale e continuativa; – dalla partecipazione del prestatore d'opera all'interesse in vista del quale quest'ultima è realizzata; – dall'autonomia di esecuzione, per quanto attiene ai tempi e ai modi, nei limiti esclusivamente derivanti dal necessario rispetto di un programma predisposto dal committente; – dalla conseguente responsabilità della produzione del risultato, anche per quanto attiene alla determinazione del compenso. Tra le proposte tese a rimodulare l'assetto dei rapporti di lavoro, nel senso di stabilire una serie di garanzie minimali da riconoscere in maniera trasversale a qualsiasi tipo di lavoro, a cui poi sarebbe stato possibile aggiungere, con l'intervento dell'autonomia individuale e/o collettiva, altre tutele, v. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996.

²³ Su cui v. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori*, cit., p. 49 ss., ma anche il noto lavoro di VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in PD, 1986, pp. 75-140, di recente, spesso, richiamato dalla dottrina, v. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale*, cit., p. 51 ss.

²⁴ Tra gli altri, v. ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in LD, 1997, p. 255.

²⁵ Riprendendo il pensiero di Vardaro, v. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale*, cit., pp. 51-52.

²⁶ D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in ADL, 1005, pp. 63-90; per una rilettura, cfr. ROMEI, *Tra politica e diritto: rileggendo «limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro»*, in DLRI, 2009, p. 77 ss.

²⁷ V. *ex plurimis* ROMEI, *op.cit.*, pp. 80-81.

²⁸ *Ivi*, p. 81, in cui sottolinea come si andasse consolidando «una divaricazione tra il modello storico del lavoro "oggettivamente" subordinato e le diverse forme connesse al tramonto del modello di produzione fordista e delle conseguenti forme di effettuazione di una prestazione di lavoro».

dall'inclusione dei relativi rapporti nel tipo lavoro subordinato (o lavoro autonomo)²⁹.

È naturale che la riflessione sull'adeguatezza delle tutele spettanti (anche) a chi fuoriesce dal concetto classico di lavoratore subordinato dell'art. 2094 c.c. sia compito della politica legislativa e sindacale. Al contempo, però, è opportuno sottolineare che tale discorso è distinto da quello – particolarmente studiato in dottrina per i rider –, che ha a oggetto l'inquadramento tipologico di tali attività e che riguarda più le aule di giustizia³⁰.

L'idea di un cambio di paradigma così come teorizzato, oggi, soprattutto da diverse dottrine di *common law*, favorevoli ad estendere l'intero statuto protettivo della subordinazione alle varie attività di lavoro autonomo, pur di superare le incertezze legate all'utilizzo degli indici di qualificazione del lavoro subordinato³¹, con i necessari aggiustamenti, sarebbe condivisibile. Meno lo è la tesi secondo cui, secondo un approccio "rimediale", il giudice possa applicare "pezzi" di tutela, originariamente previsti per il lavoro subordinato, a lavoratori bisognosi di protezione (perché, ad esempio, di bassa professionalità), a prescindere dall'accertamento delle caratteristiche del lavoro subordinato³².

Deve essere chiaro infatti che il significato classificatorio del lavoro subordinato resta, anche oggi, un elemento ineludibile e, a ben vedere, ciò non è messo in discussione neppure dalle Sezioni Unite, quando, nella nota e già richiamata sentenza 1663 del 2020, si disinteressano di inquadrare, in astratto, le collaborazioni eterorganizzate e si "accontentano" del risultato – prescritto dall'art. 2, d.lgs. 81/15 – di applicare le tutele del lavoro subordinato, benché ritenendovi incluse solamente quelle "ontologicamente compatibili" con la natura del rapporto.

Il ragionamento, su base rimediale³³, che spinge a configurare l'art. 2 cit. come una norma di disciplina – piuttosto che introduttiva di una nuova fattispecie³⁴ – è, forse, stato propiziato dalla possibilità che, altrimenti, l'art. 2 sarebbe stato colto da eccesso di delega, giacché la legge 183 del 2014 ha autorizzato il legislatore delegato a "riordinare le tipologie contrattuali esistenti, ma non a crearne di nuove"³⁵.

Restando comunque alla giustificazione "pragmatica" dei giudici di legittimità – secondo cui l'operazione classificatoria finalizzata a riconoscere il caso nell'orbita delle categorie astratte non avrebbe fatto mutare gli effetti in termini di tutele applicabili –, interessa precisare che tale valutazione non apre a ipotesi di lavoro esterne alle categorie classiche (né fuori dal prisma

²⁹ Con il d.lgs. 81 del 2015 è stato precisato all'art. 2 comma 1 – secondo l'interpretazione datane dalle Sezioni Unite – che le tutele del lavoro subordinato riguardano anche i collaboratori che, pur non vincolati nella fase genetica del rapporto a dare la loro disponibilità a lavorare, quando accettano di compiere la prestazione – fase funzionale – vengono assoggettati al potere del committente di organizzare le modalità esecutive della prestazione.

³⁰ Cfr. ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, p. 716.

³¹ V. gli Autori citati in TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 136/2017*, p. 11, note 4 e 24.

³² In particolare, con riferimento alla giurisprudenza statunitense, v., ancora, TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto*, cit., p. 8 ss.

³³ Condiviso già, tra gli altri, da TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della "Gig economy"*, in *LD*, 2017, p. 367 ss.

³⁴ In senso critico, cfr., tra gli altri, ZOPPOLI L., *I riders tra fattispecie e disciplina*, cit., p. 266 ss.

³⁵ Vi sarebbe anche da tener conto di quella che, nel diritto civile, è denominata la "crisi" della fattispecie, quale strumento regolativo dei contratti, cfr. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, p. 365, e la bibliografia ivi citata, ma sul punto in senso critico v. i condivisibili appunti di ZOPPOLI L., *I riders tra fattispecie e disciplina*, cit., p. 267.

dell'autonomia contrattuale)³⁶.

Benché l'art. 2 sia classificato come una norma di disciplina, il ragionamento dei giudici ha come *presupposto* un giudizio di qualificazione basato sulla "classica" contrapposizione lavoro subordinato-lavoro autonomo³⁷. Dopo aver infatti escluso la creazione di un *tertium genus* e precisato che dalla norma può derivare il riconoscimento di tutele "ontologicamente incompatibili" con il tipo lavoro subordinato, la Corte ha anche precisato che, a fronte "di specifica domanda [...] fondata sul parametro normativo dell'art. 2094 c.c., il giudice [n.d.a.: avrebbe potuto accertare] in concreto la sussistenza di una vera e propria subordinazione". Tale ipotesi, che di fatto non è stata avanzata nel giudizio di legittimità, non avrebbe posto – continua la Corte – neppure il problema di una disciplina incompatibile.

Queste ultime affermazioni sulla riconducibilità dei rapporti esaminati allo schema del lavoro subordinato confermano come, anche secondo la Corte, le singole norme positive – e, nella specie, l'art. 2 cit. – continuino ad esistere come elementi appartenenti alle categorie generali, e che le prime, così come introdotte dai legislatori per ragioni legate ai cambiamenti nella società, alla prova del giudice restino pur sempre in un rapporto di continenza rispetto al significato valoriale espresso dalle categorie generali.

La scelta poi di estendere l'area delle tutele del lavoro subordinato alle collaborazioni eterorganizzate entra a far parte, dal punto di vista teorico, delle tecniche legislative con cui il significato assiologico della subordinazione è stato "aggiornato" all'odierno assetto delle relazioni di lavoro. Dal punto di vista classificatorio/qualificatorio, invece, tale operazione non ha spostato il confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo.

Può dirsi, piuttosto, che l'art. 2 cit. ha agito su questo confine allentandone la tensione – fino ad allora impressagli dal fatto che, al di qua di esso, spettavano tutte le tutele e, al di là, nessuna – e ha spostato parte dei problemi definitori esistenti, sul tema, diverso, della disciplina applicabile, che oggi obbliga a riflettere anche sulle tutele "ontologicamente incompatibili" con il lavoro autonomo. È proprio in questa prospettiva che, più avanti (§ 11), si cercherà di comprendere se ai rider "eterorganizzati", ai sensi dell'art. 2, comma 1 cit., siano estensibili le tutele in materia di diritti sindacali del Titolo III dello Statuto dei lavoratori.

4. Precisioni preliminari dal diritto europeo sulla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi.

Se, dal punto di vista qualificatorio, anche il lavoro mediante piattaforme digitali rientra negli schemi classici del diritto del lavoro³⁸, occorre comunque verificare come il legislatore abbia risposto al bisogno di protezione di questi lavoratori.

Lo steccato delle tutele del diritto del lavoro – e, nella prospettiva qui accolta, il valore assiologico della subordinazione – è stato esteso anche ad essi, ma ciò pone nuove questioni sul modo con cui gli schemi garantistici preesistenti si adattino a queste attività: come si avrà modo di verificare, le difficoltà sono molteplici e – come spesso accade – il legislatore rimette all'interprete un

³⁶ L'art. 2 è stato definito "un nuovo canale di accesso alla subordinazione": cfr. Zoppoli A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni*, cit., p. 720.

³⁷ In senso sostanzialmente conforme v. di recente BARBIERI, *Lavoro su piattaforma, coronavirus, conflitto sociale e legislazione: i nodi sono tutti da sciogliere*, in *LLJ*, 2020, p. X.

³⁸ VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 336/2017*, p. 10 ss., in particolare sottolineando la necessità di verificare gli esiti della qualificazione *case by case*.

impegnativo sforzo di sintesi e di rielaborazione.

L'indagine proseguirà, come anticipato, esaminando l'evoluzione recente delle relazioni collettive nel settore del *food delivery*, così da verificare se e quali modelli di protezione sindacale sui luoghi di lavoro siano stati sinora riconosciuti ai rider autonomi; a ciò sono, però, logicamente antecedenti delle annotazioni sull'interpretazione avanzata dalla Corte di Giustizia sul diritto di negoziare contratti collettivi da parte dei lavoratori autonomi.

La sentenza *FNV Kunsten* – come noto – ha stabilito che i lavoratori autonomi sono da ritenere, in linea di principio, operatori economici equiparabili a imprese e, in quanto tali, soggetti alle norme europee sulla concorrenza, che impediscono di godere delle misure di protezione previste dai contratti collettivi³⁹.

Rispetto alle limitazioni evidenziate in tale sentenza occorre sin d'ora rilevare perché non si ritiene che esse siano estensibili al nostro ordinamento.

Il caso esaminato dal giudice europeo riguardava l'ordinamento olandese e aveva ad oggetto contratti collettivi aventi efficacia generale. Sorgeva dunque il problema di valutare la legittimità di regole collettive (in particolare i minimi tariffari) vincolanti per tutti i lavoratori autonomi di una specifica categoria ed eventualmente svantaggiose per coloro i quali (ad esempio, i più giovani) riescono a trovare opportunità di lavoro grazie alla possibilità di concorrere sul prezzo del servizio⁴⁰.

In proposito v'è da precisare anzitutto che gli stessi effetti pregiudizievoli per la concorrenza non pare si producano in ordinamenti come il nostro, in cui l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi è limitata e i lavoratori anche autonomi sono vincolati a specifiche regole a seconda che aderiscano o meno alle associazioni di categoria⁴¹.

A parte questa – importante – precisazione, v'è anche da dire che il concetto di “falso lavoro autonomo”, utilizzato dal giudice europeo per bilanciare le norme sulla concorrenza con quelle sulle politiche sociali, pare comunque compatibile con quanto prima esposto sull'estensione del significato assiologico della subordinazione oltre i confini delle coordinate tecnico-funzionali della nozione.

Il giudice europeo ha utilizzato il concetto di “falso lavoro autonomo” per differenziare, all'interno del lavoro autonomo, i soggetti che, per la loro posizione di debolezza rispetto al committente, sono *paragonabili* a lavoratori subordinati: malgrado i primi godano di una certa autonomia nell'eseguire le attività, è a causa della condizione di sostanziale dipendenza economica dal committente che essi non rientrano nel concetto di “impresa”, cui sono collegati i limiti sulla concorrenza⁴².

A partire da questo modo di intendere la sentenza *FNV Kunsten*, è possibile rilevare che i rider sarebbero certamente da inquadrare fuori da quella parte di “lavoratori autonomi”, a cui il diritto europeo collega le limitazioni per le imprese.

³⁹ C. giust., sentenza 4 dicembre 2014, C- 413/13, *FNV Kunsten*, punto 28.

⁴⁰ V. le conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl presentate l'11 settembre 2014, C- 413/13, *FNV Kunsten*, punto 56.

⁴¹ In senso conforme, v. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, in *VTDL*, 2018, 3, p. 735, nota 73.

⁴² *FNV Kunsten*, cit., punto 31.

Il diritto di negoziare contratti collettivi e, conseguentemente, di godere dei diritti sindacali gli è riconosciuto perché il loro lavoro configura almeno due dei tre elementi che il giudice europeo pone quale presupposto per inquadrare lo status di “lavoratore” ai sensi del diritto dell’Unione⁴³.

Malgrado i rider autonomi non siano soggetti al potere della piattaforma di definire i tempi di lavoro – potere ricondotto, assieme a quello di eterodirezione, al terzo dei tre elementi identificativi dello status di lavoratore (la cui sussistenza congiunta invece non può che configurare un rapporto di subordinazione) –, essi esprimono comunque un bisogno di protezione, giacché: a) la loro azione sul mercato non è “indipendente”: avendo l’esigenza di trarre dal lavoro i mezzi per il proprio sostentamento, non sono in grado di negoziare condizioni lavorative diverse da quelle volute dal committente; b) nell’esecuzione delle attività sono chiamati ad “integrarsi” e, conseguentemente, ad accettare le modalità in cui si realizza il processo produttivo del datore di lavoro.

5. La nascita delle relazioni industriali di livello nazionale nel settore del *food delivery*.

Evidenziati questi aspetti di compatibilità del nostro diritto interno con la giurisprudenza europea, nel merito dei problemi legati ai diritti sindacali per i rider autonomi c’è da segnalare che a questi ultimi si sono interessate le parti sociali più rappresentative del settore logistica e trasporto merci, le quali – su impulso del legislatore –, hanno stipulato un preciso documento, firmato il 2 novembre 2020 e denominato “Protocollo attuativo dell’art. 47 *bis* ss., d.lgs. 81/15”.

Il Protocollo è stato propiziato dall’art. 47 *quater*, d.lgs. 81 del 2015, introdotto dalla l. 128 del 2019, e dalla breve, ma intensa, attività consultiva del Governo – avviata a partire dal 2018⁴⁴ – con le parti sociali del settore.

L’opportunità di annettere tale Protocollo al vigente ccnl logistica è stata resa evidente quando le organizzazioni sindacali stipulanti sono state escluse dall’accordo, presentato come attuativo dell’art. 47 *quater*, comma 1, che Assodelivery ha stipulato con l’Ugl.

È stato a quel punto che Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uiltrasporti sono corse al riparo servendosi del percorso tracciato dal legislatore, che consente di applicare al settore del *food delivery* le regole collettive di un settore affine come quello della logistica.

V’è da dire infatti che l’art. 47 *quater* rimette alle parti sociali qualificate il compito di definire «criteri di determinazione del compenso complessivo», secondo le modalità di esecuzione della prestazione e di organizzazione del committente (comma 1), ma prevede anche un regime collettivo alternativo (comma 2) in caso di mancato accordo nei dodici mesi successivi alla conversione della legge 128. In tale ipotesi è il comma 2 a stabilire il divieto di remunerazione a cottimo e l’applicazione del «compenso minimo orario» previsto dai contratti collettivi nazionali «di settori affini o equivalenti»⁴⁵.

Il *modus operandi* adoperato dal legislatore, che ha dettato una regolazione provvisoria e

⁴³ *FNV Kunsten*, cit., punto 36.

⁴⁴ Per un resoconto v. PACELLA, *Le piattaforme di food delivery in Italia: un’indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLJ*, 2019, n. 2, p. 183 ss.

⁴⁵ Le medesime finalità promozionali possono essere riconosciute al successivo comma 3 dell’art. 47 *quater*, che prevede la determinazione da parte dei contratti collettivi indicati al comma 1 di un’indennità integrativa non inferiore al 10 per cento «per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni meteorologiche sfavorevoli». In difetto di tali accordi è previsto, infatti, che la determinazione di tali indennità compete al Ministro del lavoro e delle politiche sociali, che vi provvede con decreto.

suppletiva, in forma di coercizione indiretta, nei confronti delle parti sociali inadempimenti alla stipula dell'accordo indicato al comma 1, è stato giustificato dal forte scetticismo con cui, sino ad allora, le piattaforme digitali avevano reagito al confronto con le organizzazioni sindacali.

Fino all'intervento legislativo, l'assenza di relazioni sindacali aveva garantito alle piattaforme ampia libertà nella scelta del sistema salariale applicabile. Inoltre, l'inquadramento dei loro rapporti come lavoro autonomo ex art. 2222 c.c. o come collaborazioni ex art. 409 n. 3 cpc, le aveva esentate dagli obblighi del lavoro subordinato – tra cui, riconoscere i diritti sindacali –, e aveva escluso anche la necessità che si unissero in associazioni rappresentative dei loro interessi.

Da questo punto di vista, la nascita, nel 2018, dell'associazione datoriale Assodelivery, alla quale attualmente aderiscono circa il 90% delle piattaforme che si occupano di consegne a domicilio⁴⁶, ha rappresentato un segnale rilevante degli effetti dell'intervento, prima in sede consultiva e poi in quella parlamentare, con cui il Governo ha inteso regolamentare un settore ritenuto a forte rischio di sfruttamento della manodopera⁴⁷.

Sta di fatto però che, nel percorso verso la creazione di un reale sistema di relazioni sindacali, dopo la nascita di questa associazione di rappresentanza datoriale, tutto si è complicato, giacché le maggiori organizzazioni sindacali sono state escluse dalla stipula di quello che ancora oggi è l'unico accordo collettivo nazionale firmato da Assodelivery, quello cioè con l'Ugl del 15 settembre 2020.

6. I “soliti” limiti dell'ordinamento sindacale, la rappresentatività comparata e la capacità del contratto collettivo Assodelivery-Ugl di attuare l'art. 47 *quater*.

Pubblicizzato come il primo contratto collettivo nazionale stipulato in uno Stato europeo per il settore del *food delivery*, l'accordo Assodelivery-Ugl ha acquisito maggior fama per le pronte censure del Ministero del lavoro – e non solo⁴⁸– circa la sua incapacità di attuare il comma 1, dell'art. 47 *quater*, e, conseguentemente, di evitare l'effetto suppletivo del comma 2 della stessa norma.

Le criticità rilevate hanno a che vedere con questioni note agli interpreti – e centrali per il diritto sindacale italiano –, sulle quali, tra l'altro, è ormai condivisa, dai più, la necessità di un intervento legislativo per superare le “solite” incertezze.

Il richiamo nella legge alla “maggiore rappresentatività comparata”, quale requisito per qualificare le organizzazioni sindacali e datoriali legittimate a stipulare accordi relativi al compenso dei rider autonomi, non permette infatti di superare i limiti del nostro sistema sindacale, in cui la misurazione della capacità di rappresentare i lavoratori è rimessa alla libera volontà delle

⁴⁶ https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/002/316/AssoDelivery.pdf

⁴⁷ V. ancora PACELLA, *op.cit.* p. 189.

⁴⁸ V. Nota dell'ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali datata 17 settembre 2020 a firma del dott. Giuseppe Bronzini, cui è seguita più di recente la circolare – del medesimo indirizzo – del 19 novembre 2020. Sulla conformità dell'accordo al disposto legislativo si è espresso in senso critico MARTELLONI, *CCNL Assodelivery – Ugl: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2020; *contra* TIRABOSCHI, *Il CCNL Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, in *Bollettino Adapt*, 28 settembre 2020 n. 35; ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero “pirata”?*, in *lavoce.info*, 21 settembre 2020; CARINCI F., *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, 1.

confederazioni di aderire ad apposite intese per la scelta dei criteri di misurazione – v. il Testo Unico del 2014 e il Patto per la fabbrica del 2018.

L'assenza di un meccanismo *erga omnes* di verifica della rappresentatività comporta che l'accertamento di tale requisito sia rimesso *ex post* al giudizio della giurisprudenza, che se ne occupa tramite una serie di indici la cui selettività non è mai stata definita in maniera puntuale⁴⁹. Tra questi, acquisisce peso – a scapito di altri, come l'equilibrata consistenza associativa su tutto l'arco delle categorie e la diffusione dell'organizzazione sul territorio nazionale –, la capacità del sindacato di farsi attore negoziale nei confronti delle controparti datoriali, secondo il principio del reciproco riconoscimento: principio che, a sua volta, come noto, ha informato il nostro ordinamento intersindacale sin dalle origini e che, grazie all'unità d'azione delle grandi confederazioni sindacali, ha saputo dare, in passato, un'adeguata risposta immunitaria ai molteplici mali derivanti dall'anomia del nostro diritto sindacale⁵⁰.

La moltitudine di organizzazioni e di accordi stipulati, che ha caratterizzato la più recente evoluzione delle relazioni industriali, ha reso però più complesso accertare che la stipula di un contratto collettivo generi un'effettiva tutela degli interessi dei lavoratori. È divenuto attuale il rischio che l'effettività delle tutele, alla base del concetto di rappresentatività del sindacato, sia scambiata con l'interesse del sindacato stesso a stipulare il contratto per acquisire legittimazione⁵¹.

Il fenomeno ha assunto pieghe molto gravi in tempi relativamente recenti per l'estesa proliferazione di contratti avutasi specialmente nel terziario⁵²; nel settore del *food delivery* c'è, però, da rilevare anche che la misurazione della rappresentatività dei soggetti stipulanti deve fare i conti anche con le difficoltà dovute all'assenza di un "perimetro" contrattuale già definito.

La novità del fenomeno comporta che la regolazione collettiva non abbia ancora una dimensione categoriale e, così, in relazione alle prime esperienze contrattuali di livello nazionale sia ancor più difficile effettuare un'equilibrata e veritiera verifica della rappresentatività dei soggetti agenti.

Il contratto destinato a trovare efficacia solamente per una parte dei lavoratori di una categoria

⁴⁹ Sui limiti applicativi del concetto di rappresentatività comparata v. ZOPPOLI A., *Rappresentanze sindacali e rappresentatività, le insidie del tempo*, in *DLM*, 2018, p. 349 ss., spec. 364 ss.; sulle differenze tra il concetto di rappresentatività comparata dell'art. 51 d.lgs. 81 del 2015 e quello del Testo Unico sulla rappresentanza del 2014 cfr. ID., *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia) sindacale*, in AA.Vv., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Napoli 16-17 giugno 2016*, Giuffrè, 2017, p. 354 ss.; di recente, sugli indici di rappresentatività, con riferimento specifico alla costituzione delle rsa, cfr. DELFINO, *L'art. 19 dello Statuto dalla rappresentatività "presunta" a quella "incerta". E la rappresentatività "effettiva"?*, in *Quaderni di DLM*, 2020, n. 8, p. 267 ss.

⁵⁰ Anzitutto, secondo il ben noto insegnamento di Giugni. V., di recente, per tutti, BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2018, p. 74 ss.; ZOPPOLI A., *Il contratto collettivo tra anomia ed effettività*, in ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2020, spec. p. 193 ss.

⁵¹ Su questo problema è stato ampio lo sforzo profuso dalla dottrina; v. almeno BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, 2015, 3, II, p. 500; GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 2016, p. 889; RUSCIANO, *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, p. 593 ss.; TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, p. 370 ss.; MARAZZA, *Perimetri e rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, in *LLI*, 2018, 2, p. III; TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 396/2019*; CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *LD*, 2020, p. 185 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Le criticità della rappresentatività sindacale «misurata»: quale perimetro?*, in *RIDL*, 2020, I, p. 377 ss.; PERUZZI, *Viaggio nella "terra di mezzo", tra contratti leader e pirata*, in *LD*, 2020, p. 211 ss.

⁵² Per il settore terziario, in particolare, v. FAIOLI, *Il potere del sindacato senza potere. Terziario, contrattazione, rappresentatività*, in *DLM*, 2020, p. 291 ss.

contrattuale più ampia – come, ad esempio, sono i rider rispetto ai fattorini, che beneficiano già dei contratti della logistica –, può permettere ai sindacati meno rappresentativi nella categoria di essere considerati più rappresentativi nella sottocategoria. In tali casi si infittiscono i dubbi circa l'effettiva e genuina volontà del sindacato stipulante di fare l'interesse collettivo dei lavoratori rappresentati.

In generale la stipula di contratti collettivi per tipologie di lavori che frammentano categorie più ampie già esistenti deve essere assecondata e ritenuta fisiologica. Il libero esplicarsi delle relazioni industriali preserva infatti il pluralismo dei sindacati e la presenza di più contratti per la medesima o per categorie assimilabili è il frutto – in alcuni casi “amaro” – della libertà delle organizzazioni di scegliersi i lavoratori da rappresentare, secondo uno dei significati di cui è espressione l'art. 39, co. 1, Cost.

Il problema è allora, nel nostro come in altri ordinamenti, che il punto di equilibrio tra la concorrenza fisiologica e quella patologica – la seconda icasticamente rappresentabile con la nota formula dei “contratti pirata” –, ha dei confini mobili e incerti.

Contro le prassi elusive l'antidoto è stato il riconoscimento di vantaggi diretti o indiretti per i datori di lavoro che applicano i contratti stipulati dalle associazioni sindacali dotate del requisito della maggiore rappresentatività o, oramai da tempo, della maggiore rappresentatività comparata⁵³: lo stesso art. 47 *quater*, comma 1, è da includersi tra queste ipotesi, giacché la sua attuazione permetterebbe alle piattaforme del *food delivery* di evitare l'applicazione forzosa, in merito al compenso, del contratto collettivo vigente in un settore affine o equivalente.

Tuttavia, l'assenza di un meccanismo di determinazione dei perimetri contrattuali resta un problema: se la misurazione del carattere comparativamente più rappresentativo dovesse compiersi, davvero, solo rispetto alla categoria dei rider – così come una parte della dottrina auspica⁵⁴ –, bisognerebbe tener conto che Assodelivery rappresenta ben il 90 per cento delle piattaforme e, in più, che l'Ugl può ritenersi priva del requisito solo dopo un giudizio fondato sugli indici di rappresentatività elaborati dalla giurisprudenza.

Le incertezze potrebbero essere superate da un'attenta lettura dell'art. 47 *quater*, comma 1, che fa rinvio ai contratti stipulati “dalle” organizzazioni comparativamente più rappresentative. All'indomani dell'approvazione dell'accordo, infatti, facendo propria una argomentazione più volta avanzata in dottrina in riferimento all'espressione, il Ministero del lavoro ha evidenziato che la preposizione articolata in luogo di quella semplice esclude la possibilità che l'Ugl, quale unico sindacato aderente, sia considerata soggetto qualificato ad attuare il rinvio legislativo⁵⁵.

Tuttavia, anche su questo profilo, v'è da tener conto che il legislatore non ha mai chiarito quale effettivo “peso” dare all'utilizzo dell'espressione.

⁵³ BALLESTRERO, *op.cit.*, pp. 127-128.

⁵⁴ Cfr., ICHINO, *Contratto per i rider*, cit.; TIRABOSCHI, *Il CCNL Assodelivery-Ugl Rider*, cit.; CARINCI F., *op.cit.*, p. 22.

⁵⁵ V. le citate, circolare del 19 novembre 2020 a p. 5 e nota del 17 settembre 2020 a p. 2, entrambe del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; in senso critico, cfr. CARINCI F., *op.cit.*, p. 19 ss.

7. Segue. ... conseguenze della (eventuale) incapacità dell'accordo Assodelivery-Ugl di attuare l'art. 2 comma 2 d.lgs. 81 del 2015.

Sulla eventuale invalidità dell'accordo Assodelivery-Ugl ci sono comunque da vagliare due possibili scenari. Il primo è che potrebbe essere privo dei requisiti per attuare il comma 1 dell'art. 47 *quater*, perché non stipulato *da tutte* le associazioni sindacali dotate del requisito della maggiore rappresentatività comparativa.

In tal caso, pur producendosi – come conseguenza della mancata attuazione del comma 1 – gli effetti in materia salariale del comma 2 dell'art. 47 *quater*, esso resterebbe valido per le altre regole ivi previste, inclusi i diritti sindacali. In particolare potrebbe esplicare i suoi effetti, nell'ambito dei trattamenti economici e normativi, che possono essere stabiliti ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a), d.lgs. 81/15 – a cui, tra l'altro, si rifà espressamente –, la quale norma, come noto, consente di disapplicare il regime del lavoro subordinato del comma 1, tramite accordi collettivi nazionali stipulabili anche *da una sola* associazione sindacale comparativamente più rappresentativa sul piano nazionale.

La formulazione utilizzata in quest'ultima disposizione – «accordi collettivi nazionali stipulati *da associazioni sindacali* comparativamente più rappresentative» (enfasi aggiunta) – certamente non richiede che tali contratti siano sottoscritti *da tutte* le associazioni sindacali più rappresentative – come invece è possibile si debba ritenere per l'art. 47 *quater* –, benché non sia da sottovalutare la tesi “mediana” secondo cui tali accordi sono validi se stipulati *da più di una* associazione⁵⁶.

Passando comunque al secondo – e più grave – scenario, che vede l'Ugl priva della maggiore rappresentatività comparata o il rinvio dell'art. 2, co. 2, lett. a) cit., riferito solo agli accordi firmati da più di una associazione, in tali casi si aprirebbe uno spazio d'azione – da sfruttare anche per regolare i diritti sindacali – a favore del menzionato protocollo stipulato dalle federazioni categoriali di Cgil, Cisl e Uil.

Come vedremo nel prossimo paragrafo, i diritti sindacali sono stati riconosciuti in misura estremamente limitata nel ccnl Assodelivery-Ugl e, ove questo fosse privo dei requisiti per attuare anche l'art. 2, comma 2, cit., è possibile che le piattaforme, per evitare l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato (art. 2, comma 1), ritrovino interesse nel confrontarsi con le federazioni categoriali di Cgil, Cisl e Uil.

Proprio sui diritti sindacali per i rider autonomi, tra l'altro, la partita sarebbe ancora da scrivere, perché il Protocollo del 2 novembre scorso non li regola direttamente, ma stabilisce, all'art. 4, comma 2 – e ciò lascia ben sperare –, che “in relazione al titolo III della l. 300/1970” sarà definito “un regolamento a livello nazionale per promuovere a livello aziendale e territoriale l'esercizio di tali diritti, anche mediante strumenti digitali”.

8. I diritti sindacali per i rider autonomi nel contratto Assodelivery-Ugl.

A parte le incertezze sulla capacità di attuare i richiamati rinvii legali, sull'accordo Assodelivery-Ugl v'è da registrare una regolazione davvero minimale dei diritti sindacali: ad essi è dedicata una

⁵⁶ Quest'ultima interpretazione troverebbe ragione nel fatto che il richiamo alle associazioni sindacali è comunque formulato al plurale e che il legislatore, qualora avesse voluto ammettere la stipula *da parte anche di una sola associazione*, lo avrebbe espressamente detto.

sola disposizione, l'art. 29.

È previsto al comma 1 la nomina da parte dell'Ugl dei 5 componenti della Commissione paritetica⁵⁷, istituita ai sensi dell'art. 25 dello stesso accordo⁵⁸. Il comma 2 dell'art. 29, invece, si occupa dei permessi retribuiti dei rider nominati dirigenti sindacali⁵⁹.

Si tratta di disposizioni con fini evidentemente diversi. La prima riconosce un vantaggio economico all'organizzazione sindacale, nella persona dei suoi dirigenti, per il ruolo "partecipativo" all'interno della Commissione paritetica: è così promossa l'azione di questo organo che, tra gli altri compiti, assicura la continuità delle relazioni tra le due organizzazioni.

La seconda disposizione, invece, dovrebbe favorire una ricomposizione dal basso dell'attività sindacale, ma l'intento non è perseguito in maniera così convincente: i rappresentanti sono infatti nominati dall'Ugl e non eletti direttamente dai rider, ipotesi – quest'ultima – che avrebbe favorito democrazia e partecipazione dei lavoratori all'attività sindacale.

A parte queste previsioni e benché l'ambito di riferimento sia denso di peculiarità, l'accordo non prevede altro in materia di attività sindacale e ciò alimenta altri dubbi sulla sua capacità di soddisfare l'interesse collettivo.

Riferendoci ad esempio al diritto di assemblea, l'esercizio dello stesso non è riconosciuto: non sono affrontati né i problemi legati all'assenza di un luogo fisico comune ai lavoratori, né il tema della sua regolazione tramite l'utilizzo alternativo di strumenti tecnologici (app, social media, ecc.).

D'altra parte, neppure si ricavano i criteri su cui ripartire le indennità forfettarie tra i lavoratori che svolgono attività sindacale per l'Ugl⁶⁰.

La principale caratteristica rilevabile dal contenuto dell'accordo è il forte interesse a identificare i rider come lavoratori autonomi⁶¹, scelta che, al di là della sua discutibilità, l'Ugl ha dichiarato di voler adottare per difendere gli interessi di chi esegue le attività senza vincoli di orario e in modo saltuario.

Il proposito sarebbe stato apprezzabile ove il sindacato avesse però negoziato garanzie adatte alle peculiarità di questo lavoro quando è eseguito in regime di autonomia, magari sfruttando i margini di negoziazione con la controparte datoriale aperti dal fatto che l'accordo deroga, ex art. 2, co. 2, d.lgs. n. 81/15, alla più protettiva disciplina del lavoro subordinato dei collaboratori eterorganizzati.

Specialmente rispetto ai diritti sindacali, quella dei rider poteva (e può) essere una categoria "laboratorio" per sperimentare modalità nuove di rappresentanza dei lavoratori autonomi in

⁵⁷ Ai sensi dello stesso art. 29 comma 1, per la partecipazione alle attività svolte della citata Commissione, ai componenti di nomina sindacale è riconosciuto un corrispettivo giornaliero di 70 euro, oltre al rimborso delle spese in caso di trasferta.

⁵⁸ L'organo ha il compito, tra le altre finalità, di «implementare ogni altra azione o previsione che le Parti dovessero ritenere utili e necessarie al lavoro e alla tutela dei Rider».

⁵⁹ È prevista un'indennità forfettaria di 12 euro, per ogni ora di attività sindacale svolta, nel limite annuo complessivo di 1500 ore.

⁶⁰ Né tantomeno è chiaro se all'indicazione dei lavoratori designati come rappresentanti vada riconosciuto carattere vincolante o se il rappresentante abbia il potere di contrattazione sul luogo di lavoro.

⁶¹ Lo evidenzia anche CARINCI F., *op.cit.*, p. 13 ss.

condizione di debolezza, ma evidentemente l'occasione non è stata colta e anche per tale ragione, più che pacificare, l'accordo ha innescato nuovi meccanismi di lotta sindacale⁶².

9. Diritti sindacali e collaborazioni di lavoro autonomo.

A parte i limiti di tutela dell'accordo Assodelivery-Ugl, il tema dei diritti sindacali dei rider autonomi evoca una serie di questioni legate alle modalità con cui, in generale, le relazioni sindacali si sono evolute nei settori (o per i lavori) in cui sono impiegati lavoratori autonomi. È il caso di riprendere quelle funzionali al discorso che si vuole condurre e, in particolare, concentrarsi sulla tendenza a riconoscere i diritti sindacali solamente per i rapporti di lavoro autonomo a cui è collegato il carattere della continuità.

In tale prospettiva, iniziamo col dire che il legislatore non si è mai realmente cimentato nell'elaborare un percorso strutturato per promuovere la creazione, nei luoghi di lavoro, di rappresentanze a tutela degli interessi di questi lavoratori.

Anche quando, sul finire degli anni '90, si è posto il problema di rappresentare i "nuovi lavori", quelli cioè derivanti dai cambiamenti sociali ed economici del post-fordismo, l'intervento legislativo a carattere promozionale non è andato oltre lo stabilire i diritti sindacali per i lavoratori *non standard* rientranti nell'alveo della subordinazione: si pensi al lavoro interinale e poi a quello somministrato, ma anche a quello a termine⁶³.

Con tali misure è stata favorita l'attività di rappresentanza delle organizzazioni sindacali, le quali, già sul finire degli anni '90, avevano creato strutture che superavano la categoria professionale e che fondavano l'aggregazione dei lavoratori sulla tipologia contrattuale d'impiego (Nidil-Cgil, Alai-Cisl, Cpo-Uil)⁶⁴.

Queste strutture hanno sì incluso nel loro raggio d'azione anche le collaborazioni autonome bisognose di protezione, tuttavia, i risultati per queste categorie sono stati profondamente diversi e ciò anche a causa delle modalità di intervento del legislatore.

Piuttosto che sviluppare un modello di tutela alternativo, le preoccupazioni sull'utilizzo fraudolento del lavoro autonomo hanno spinto nel senso di estendere a tali lavoratori l'impianto del lavoro subordinato⁶⁵. Di fatto i problemi del lavoro autonomo svolto in condizioni di debolezza sono stati assimilati a quelli emergenti quando il lavoratore è inquadrato in maniera fittizia dal datore di lavoro e ciò, dal punto di vista dei diritti sindacali, ha fatto sì che il nostro ordinamento

⁶² Da ultimo lo sciopero del 26 marzo 2021, in cui la rete nazionale RiderXiDiritti ha denunciato come "pirata" l'accordo Assodelivery-Ugl e ha proclamato lo stop delle consegne con il #nodeliveryday, invitando i clienti a fare la loro parte rinunciando per una giornata alle chiamate per farsi arrivare a casa pasti o acquisti.

⁶³ Cfr. *ex plurimis* BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza. Limiti e potenzialità di innovazione della realtà sindacale attuale*, in *DRI*, 2005, p. 70 ss.; VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, 2004; ROMAGNOLI, *Rappresentare la rappresentanza industriale*, in *LD*, 1999, p. 549 ss. Sulle stesse questioni, con riguardo all'ordinamento tedesco, cfr. KEMPEM, KRETZSCHMAR, *I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori "semiautonomi" in Germania*, in *LD*, 1999, p. 593 ss.

⁶⁴ V. VETTOR, *Le ricerche empiriche sul lavoro autonomo coordinato e continuativo e le nuove strutture di rappresentanza sindacale Nidil, Alai e Cpo*, in *LD*, 1999, p. 619 ss. e BELLARDI, *op.cit.*, spec. p. 82 ss.

⁶⁵ Non a caso, in dottrina vi fu chi accusò i sindacati di favorire l'erosione delle tutele forti previste per il lavoro subordinato, giacché gli accordi collettivi stipulati regolavano le collaborazioni in materia analoga al lavoro subordinato, cfr. ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *LD*, 2000, p. 371 ss.; è stato rilevato, ad esempio, che tali accordi erano giunti a riconoscere ai committenti i poteri disciplinari, cfr. LAZZARI, *op.cit.*, p. 176.

scontasse un deficit di elaborazione e ricostruzione della categoria.

La tutela sindacale dei lavoratori autonomi lì dove si è sviluppata è stata per le collaborazioni continuative⁶⁶, le quali più si avvicinano dal punto di vista qualificatorio al lavoro subordinato.

La preoccupante tendenza a utilizzare tali collaborazioni come grimaldello per eludere la disciplina del lavoro subordinato, specialmente nella stagione successiva alla riforma Biagi, ha spinto le organizzazioni sindacali ad estendere le maglie della contrattazione collettiva al lavoro a progetto⁶⁷. Vi sono stati così anche i primi esempi di riconoscimento, per via collettiva, dei diritti sindacali, malgrado le difficoltà a favorire la democraticità nella scelta delle rappresentanze – per lo più nominate dalle associazioni e non elette dai lavoratori – e ad adattare l'esercizio degli altri diritti sindacali al contesto delle collaborazioni autonome – a causa della fluidità con cui gli accordi hanno regolato tali prerogative⁶⁸.

Il medesimo spazio d'intervento è stato poi confermato dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. 81/15⁶⁹. Il legislatore ha previsto che tale norma operi solo *per particolari esigenze produttive ed organizzative*⁷⁰, ma, di fatto, per molti settori produttivi, essa ha rappresentato l'unico strumento per disapplicare il comma 1 – e la relativa disciplina delle collaborazioni eterorganizzate – e, in tal senso, l'interesse a stipulare questa tipologia di contratti collettivi ha continuato a favorire il riconoscimento dei diritti sindacali almeno per i collaboratori coordinati e continuativi⁷¹.

Gli spazi di tutela sindacale sono stati invece esclusi per i lavoratori autonomi impiegati con tipologie contrattuali che non presuppongono la continuità delle prestazioni (partite iva e lavoro occasionale), benché queste ultime categorie di lavoratori risentano di un livello di debolezza contrattuale e sociale, spesso, anche maggiore di quello subito dai collaboratori. Quando il lavoro autonomo non è configurato come continuativo, di fatto è come se non fosse considerato bisognoso di tutele collettive, e ciò anche quando la mancanza di "continuità" dipende da scelte contrattuali effettuate dal committente e non rispecchia in concreto l'effettivo utilizzo dei

⁶⁶ V. lo studio sui contratti collettivi conclusi da Nidil, Alai e Cpo, svolto da LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Giappichelli, 2006, p. 141 ss., dal quale si evince come il riconoscimento dei diritti sindacali per i collaboratori sia stato previsto sulla falsariga di quanto stabilito per i lavoratori subordinato (spec. pp. 154 ss. e 174).

⁶⁷ In questa prima fase, si è trattato principalmente di una contrattazione collettiva di livello aziendale, cfr. LAZZARI, *op.cit.*, p. 291 ss.

⁶⁸ *Ivi*, spec. p. 154 ss. e 166 ss.

⁶⁹ V. SANTORO, *La delega "in bianco" alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni "etero-organizzate" e prime applicazioni concrete*, in *DRI*, 2016, 4, p. 1165 ss.; IMBERTI, *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *DRI*, 2016, p. 394 ss.

⁷⁰ In particolare, il comma 2 lett. a) della disposizione è stato introdotto su sollecitazione delle stesse organizzazioni datoriali, le quali evidenziarono il rischio, altrimenti, di imporre la disciplina del lavoro subordinato a tutta una pleora di aziende che, fino ad allora, erano riuscite a limitare i costi della manodopera grazie all'utilizzo delle collaborazioni a progetto v. IMBERTI, *op.cit.*, p. 397 ss.

⁷¹ Esempi significativi di questa tendenza si sono avuti per gli operatori telefonici dei call center – v. l'Accordo del 14 giugno 2016 stipulato tra A.I.O. e Felsa Cisl Nazionale, Nidil Cgil Nazionale, ove, all'art. 16 è riconosciuto il diritto di assemblea, quello alla costituzione di rappresentanze aziendali (benché non si precisi se di nomina sindacale o elette dai lavoratori) e le prerogative in materia di locali, permessi e deleghe sindacali – per i collaboratori delle scuole non statali – v. l'accordo del 7 luglio 2020, stipulato tra Federterziario Scuola, Federterziario e Ugl Scuola, Ugl Nazionale, ove, all'art. 15.6.12 si riconosce ai collaboratori coordinati e continuativi, ai sensi dell'art. 2, comma 2 cit., il diritto di assemblea, quello alla costituzione di specifiche rappresentanze sindacali (anche in questo caso senza precisare le modalità per la loro costituzione), nonché le prerogative in materia di locali, comunicazioni e deleghe sindacali – e, tra i molti altri settori, quelli delle telecomunicazioni (accordi del 30 luglio e del 22 dicembre 2015 tra Assocontact, Asstel/Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom-Uil), e della formazione (accordo del 7 agosto 2015 tra Forma e Cenfop/Flc-Cgil, Cisl Scuola, Uil Scuola, Snals-Confsal). Per una ricognizione, v. la sezione speciale de *IV Rapporto ADAPT sulla contrattazione collettiva in Italia (2017)*, Adapt University Press, 2018.

lavoratori – come oggi accade anche ai rider.

10. Segue. Sviluppi sul caso dei rider.

La ritrosia legislativa nel riconoscere i diritti sindacali ai lavoratori autonomi non continuativi è confermata dalla l. 128 del 2019, che estende ai rider autonomi le tutele «della libertà e della dignità [...] previste per i lavoratori subordinati», con una formula – ritenuta dal Ministero del lavoro e non solo – “inclusiva” delle sole norme del Titolo I dello Statuto dei lavoratori⁷².

La scarsa attenzione all’attività sindacale sembra però, nel caso dei rider, aggravata dalle caratteristiche dello strumento tecnologico.

C’è da premettere che nell’immaginario comune chi accetta questi lavori lo fa in attesa di un’occupazione più confacente alle proprie aspirazioni: ciò contribuisce a far credere che i rider solo fino a un certo punto siano interessati ad essere rappresentati con strutture stabili “nei luoghi di lavoro”.

Questo modo di pensare non tiene conto dei casi in cui sono impiegati per lunghi periodi soggetti privi di altre occupazioni⁷³, ma, soprattutto, dimentica che l’interesse al miglioramento delle condizioni di lavoro – tramite ad esempio le rappresentanze aziendali e i diritti sindacali – travalica i singoli interessi individuali e si esprime nell’ottica di tutelare i lavoratori come collettivo.

È noto infatti che le tutele sindacali sono destinate a favorire la “sintesi” degli interessi individuali, e non la loro sommatoria; le stesse norme eteronome con cui, in attuazione della libertà dell’art. 39, comma 1, Cost., sono riconosciute specifiche prerogative per favorire l’attività sindacale sui luoghi di lavoro, intendono far sì che le singole istanze di tutela dei lavoratori diventino espressione – e, in questo senso, “sintesi” – di un più radicato e incisivo interesse collettivo.

L’intreccio con le caratteristiche dello strumento tecnologico di questo lavoro finisce, poi, per pregiudicare ulteriormente la creazione delle rappresentanze e l’esercizio dei diritti sindacali, dal momento che l’app rende possibile organizzare l’attività di consegna senza prevedere, in via contrattuale, un obbligo di disponibilità per i lavoratori, permettendo così di eludere la verifica sull’effettiva stabilità dei rapporti.

Il dispositivo tecnologico permette al *rider* di eseguire la prestazione ma, al contempo, serve alla piattaforma per reclutare, con facilità, una massa indistinta di soggetti⁷⁴. Tramite di esso le

⁷² Circolare 19 novembre 2020, n. 17 cit.; in senso conforme, tra gli altri, v. GAROFALO D., *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *LG*, 2020, p. 9; PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona” .IT-410/20*, pp. 68-69; *contra* DI MEÒ, *op.cit.*, p. 75, la quale, facendo leva sull’art. 4 (ove è previsto l’intervento delle rappresentanze sindacali aziendali, in materia di controlli audiovisivi), ha ipotizzato l’estensione ai riders autonomi anche dell’art. 19. Tale tesi non spiega però come questi lavoratori possano essere conteggiati, ai fini della soglia dimensionale di quindici *dependenti*, richiesta dall’art. 35 per riconoscere i diritti sindacali (tra cui il diritto dell’art. 19 a costituire rappresentanze aziendali).

⁷³ Nel caso trattato nella sentenza del Tribunale di Palermo del 24 novembre 2020 n. 3570 (con nota di BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell’esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 2, p. R.61) – salito agli onori delle cronache anche giornalistiche, perché deciso con l’accertamento di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ai sensi dell’art. 2094 c.c. – il lavoratore è stato impiegato dalla piattaforma FoodinHo srl, in maniera continuativa, per oltre un anno e mezzo.

⁷⁴ Si tenga conto che il sistema algoritmico di assegnazione dei turni di lavoro è stato anche ritenuto discriminatorio. Il Tribunale di Bologna, con sentenza del 31 dicembre 2020, ha accolto un ricorso presentato congiuntamente dai sindacati Nidil Cgil, Filcams Cgil e

piattaforme riescono a soddisfare le loro esigenze di manodopera⁷⁵, figurando come datrici di lavoro per un ampio bacino di lavoratori e riuscendo a far apparire la propria organizzazione datoriale priva rapporti stabili anche quando, nei fatti, la continuità di tali rapporti esiste.

È ovvio che questi aspetti si riflettono sulle modalità di costituzione delle rappresentanze e sui diritti sindacali, specialmente se il numero di rappresentanti e le loro prerogative sono riconosciuti – così come è previsto oggi anche dalla contrattazione collettiva dei co.co.co. – solamente sulla base del numero di lavoratori formalmente continuativi. Sotto questo profilo, appare perciò anche evidente la necessità di una riflessione seria – anzitutto delle parti sociali – su come rendere compatibile l'attività dei rider, la cui continuità dei rapporti può essere elusa dal reclutamento tramite app e l'utilizzo di forme contrattuali di lavoro autonomo, con la creazione di adeguate strutture di sostegno sui luoghi di lavoro.

Ciò che pare ineludibile è l'adozione di un criterio che tenga conto – ma in maniera equilibrata – (anche) dei lavoratori autonomi formalmente discontinui (partite iva, lavoro occasionale) per tutte le prerogative sindacali il cui riconoscimento è basato sul numero di soggetti da rappresentare – numero di rappresentanti di ciascuna sigla sindacale, numero di ore di permessi retribuiti e non retribuiti da riconoscere, numero di lavoratori potenzialmente chiamati a esprimere la loro preferenza nelle elezioni, ecc.

Riflettendo su questa *pars construens* relativa alle prerogative sindacali, potrebbe essere adottata una soglia minima di sbarramento avente a oggetto la quota di lavoro effettivamente svolta in un arco temporale predefinito: i rider autonomi con rapporti non continuativi potrebbero, ad esempio, essere conteggiati ogni qualvolta il loro impiego orario (e/o legato al numero di consegne effettuate) per la stessa piattaforma, fosse più alto della soglia.

In tal modo, quando si tratti del numero di rappresentanti sindacali da nominare o da eleggere in seno all'"unità produttiva" – sul cui concetto si rinvia a quanto si dirà in avanti – potrebbero essere computati i lavoratori autonomi che, nell'arco dei sei o più mesi precedenti, abbiano effettivamente lavorato per un certo periodo di tempo e/o numero di consegne.

In alternativa, ci si potrebbe affidare a criteri come il *pro rata temporis*, che richiede di sommare le ore di lavoro effettivamente svolte e di metterle in rapporto con un ipotetico lavoratore che svolge l'attività a tempo pieno, in modo da ricavare il numero di rider su cui calcolare le prerogative sindacali.

Tuttavia, bisogna sottolineare che questo secondo criterio pare meno persuasivo. Esso infatti non è applicabile quando si tratti di diritti riconosciuti direttamente al singolo lavoratore, per i quali comporterebbe il problema di comprendere chi può esercitare il diritto tra coloro che, con il loro lavoro, hanno contribuito a farlo maturare – come nel caso del diritto al voto dei rappresentanti aziendali.

Il criterio del *pro rata temporis* potrebbe essere, invece, utilizzato per il calcolo dei lavoratori impiegati in azienda ai fini delle soglie dimensionali – come, per intenderci, richiede l'art. 35, l.

Filt Cgil, ritenendo l'algoritmo 'Frank', utilizzato da Deliveroo per valutare i rider, "discriminatorio", perché penalizza chi si assenta dal lavoro, senza tener conto delle motivazioni, se per motivi futili o se invece, ad esempio, perché malato o in sciopero.

⁷⁵ Non a caso, il regime di autonomia dei riders è considerato "integro" nella fase genetica del rapporto e la qualificazione come subordinato è rimessa alla valutazione della fase "funzionale", che riguarda direttamente le modalità esecutive della prestazione v. Cass. sez. un. 1663/20, cit., punto 33.

300/70 –; anche in tal caso, però, v'è da considerare che l'esistenza di soglie per l'esercizio delle prerogative sindacali è già oggetto di aspre critiche per il lavoro subordinato (v. *infra*) e, inoltre, che queste non sono state riprodotte neppure dalle parti sociali nei contratti collettivi, ex art. 2 co. 2 d.lgs. 81/15, destinati ai collaboratori coordinati e continuativi.

11. Il computo dei rider eterorganizzati ai fini del Titolo III.

Passando ad esaminare i casi che si svolgono secondo modalità alle quali è collegata l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, una prima importante domanda è se ci sono differenze sul riconoscimento dei diritti sindacali, a seconda che i rapporti si configurino come lavoro eterorganizzato piuttosto che come lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.

Le collaborazioni eterorganizzate sono l'istituto a cui principalmente ha fatto affidamento il legislatore per regolare le attività dei rider quando esprimono caratteristiche comuni con il lavoro subordinato (continuità, personalità, poteri del committente). Con la l. n. 128 del 2019, infatti, l'art. 2, comma 1, d.lgs. 81/15 è stato modificato nel senso di rendere la norma applicabile «anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali». Inoltre, la stessa legge 128, introducendo nel d.lgs. 81/15 l'art. 47 *bis*, ha stabilito che i livelli minimi di tutela dei rider *autonomi* si applichino «fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1», permettendo di ricondurre tali rapporti al lavoro eterorganizzato ove la loro esecuzione sia continuativa⁷⁶.

Nella prospettiva dei diritti sindacali il problema è di verificare se il collaboratore eterorganizzato sia incluso nella nozione di “dipendente”, che l'art. 35, della l. n. 300/70 utilizza al fine di definire la soglia numerica per i diritti del Titolo III. All'art. 2, comma 1 cit., è sì previsto che alle collaborazioni eterorganizzate si applichi la «disciplina del lavoro subordinato», ma tale richiamo potrebbe riguardare – è stato sostenuto – anche solo alcuni istituti, escludendo così i diritti sindacali.

In questo senso l'Ispettorato del lavoro, nella recente circolare 30 ottobre 2020 n. 7, ha stabilito che i criteri di computo seguono regole diverse per i collaboratori eterorganizzati: l'art. 2 cit. introdurrebbe, così, un meccanismo di protezione del *singolo* lavoratore, che non incide «sulla determinazione dell'organico aziendale e di conseguenza sugli istituti normativi e contrattuali connessi alle soglie dimensionali dell'azienda».

Tale posizione, tuttavia, non convince. La circolare assume in maniera apodittica che gli istituti basati su una certa soglia di personale non garantiscano una protezione e non rientrino, perciò, tra quelli a cui si riferisce l'art. 2, comma 1 cit. Le ragioni di tale posizione non sono indicate, ma soprattutto v'è una difettosa lettura della funzione assegnata alle soglie dimensionali, quale condizione applicativa delle regole lavoristiche.

⁷⁶ Cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 411/2020; MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclotattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, 1, p. 5 ss.; ma vedi le puntuali osservazioni di FERRARO F., *Continuità e lavoro autonomo*, in *Labor*, 2020, 5, p. 583 ss. D'altro canto, a prescindere dall'impostazione legislativa, resta la possibilità di qualificare queste attività, (anche) sotto il profilo della fattispecie, come lavoro subordinato, in virtù del noto principio che esclude di disporre del tipo contrattuale: la giurisprudenza di merito – v. la già citata sentenza del Tribunale di Palermo del 24 novembre 2020 n. 3570 –, non a caso, in presenza di prestazioni “continuative”, si è orientata nel senso di applicare l'art. 2094 c.c., argomentando a partire dalla recente sentenza spagnola, emessa in sede nomofilattica, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, del 25 settembre 2020 n. 805.

È noto che il requisito dimensionale, per esigenze variabili, limita il campo applicativo dell'istituto a cui è collegato. Quello ad esempio previsto all'art. 18 dello Statuto consente di escludere la reintegra in caso di licenziamento illegittimo nelle imprese con meno di sedici dipendenti, in cui tale rimedio – tra le altre conseguenze – potrebbe alterare la serenità delle relazioni con il datore di lavoro⁷⁷. Il requisito dimensionale previsto, invece, all'art. 35 della legge 300/70 permette di riconoscere i diritti sindacali del Titolo III solo se il numero di dipendenti dell'impresa è tale da richiedere la nomina formale di un rappresentante sindacale⁷⁸. In entrambi i casi, comunque, si tratta di prerogative che si riflettono, in termini di garanzia, su ogni lavoratore dell'impresa.

La scelta di assoggettare un certo istituto lavoristico ad una soglia dimensionale accorda un vantaggio alle imprese di minori dimensioni, ma la conseguente finalità protettiva non può che essere valutata in rapporto al lavoratore, verificando gli effetti che l'istituto genera sulla sua posizione giuridica. Si vuole dire, in altre parole, che la soglia dimensionale entra a far parte del campo applicativo di un istituto, ma non ne fa mutare le finalità, potendo al più escluderne gli effetti (o se si vuole, l'applicabilità) per il contro-interesse – tutelato dal legislatore – delle piccole imprese. Per i diritti del Titolo III, in particolare, è appena il caso di sottolineare la loro funzione di garanzia: le rappresentanze sindacali a cui sono attribuiti svolgono una funzione che si riflette certamente in un'ottica di protezione sui dipendenti dell'impresa.

Vi sono però almeno altre due ragioni per ritenere, contrariamente a quanto sostenuto dall'Ispettorato, che i collaboratori eterorganizzati siano da intendere come dipendenti dell'impresa ai fini del riconoscimento dei diritti del Titolo III.

Anzitutto c'è da rilevare che il dato letterale dell'art. 2, comma 1 cit., non consente alcun tipo di "selezione", all'interno della disciplina del lavoro subordinato, delle tutele applicabili ai lavoratori eterorganizzati: in assenza di indicazioni limitative nella legge, la soluzione più adeguata sarebbe, dunque, estendere ad essi l'intera disciplina prevista per i lavoratori subordinati⁷⁹.

In secondo luogo, anche se si seguisse il percorso delle Sezioni Unite, secondo cui vi sarebbero garanzie del lavoro subordinato "ontologicamente incompatibili" e, dunque, non estensibili ai collaboratori eterorganizzati⁸⁰, questi ultimi potrebbero comunque essere computati ai fini della soglia dimensionale dell'art. 35 ed essere al contempo destinatari delle prerogative del Titolo III.

Il giudizio ermeneutico sulla rilevata incompatibilità potrebbe infatti acquisire valore logico-giuridico solo se fosse effettuato per prerogative che, in qualche maniera, fanno aumentare il debito contrattuale a cui il prestatore è obbligato per effetto dell'applicazione forzata della disciplina del lavoro subordinato ex art. 2, comma 1 cit. Si tratta cioè di quelle tutele che presuppongono l'esistenza, in capo al creditore della prestazione, di "poteri" più stringenti rispetto a quello di

⁷⁷ In senso conforme, argomentando a partire dalla nota sentenza della Corte costituzionale 55 del 1974 – poi confermata da C. cost. n. 2 del 1986 –, v., di recente, DI NOIA, *Sul campo di applicazione dello Statuto: nello specchio di Dorian Gray*, in LD, 2020, p. 699 ss.; cfr. *etiam* DE MARTINO, *La dimensione dell'impresa nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in RIDL, 2014, I, p. 662 ss.

⁷⁸ In questo senso, riprendendo la dottrina successiva all'entrata in vigore dello Statuto, v. ancora DI NOIA, *op.cit.*, p. 705.

⁷⁹ Questo profilo è ampiamente trattato in ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni*, cit., p. 738 ss., laddove è rilevato anche il rischio di incostituzionalità della stessa disposizione, nella parte in cui permette un'indistinta applicazione della disciplina del lavoro subordinato, tale da comportare l'assoggettamento del lavoratore eterorganizzato ai poteri datoriali tipici della subordinazione, ai sensi dell'art. 2094 c.c., e la conseguente violazione della sua libertà e dignità (spec. p. 745).

⁸⁰ Cass. 1663/2020, cit., p. 41. Tuttavia sono da segnalare le critiche evidenziate in dottrina circa la contraddittorietà della decisione (v. ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni*, cit., p. 738 ss.), nella parte in cui, da un lato, afferma l'insussistenza di un criterio selettivo della disciplina (punto 40) e, successivamente, apre il discorso alla "incompatibilità ontologica" (punto 41).

“eterorganizzare” la prestazione e che, di fatto, sarebbero imposti al lavoratore per effetto dell’applicazione della norma, anche se questi non li ha accettati con la stipula del contratto.

Il tema è comunque molto complesso e malgrado non possa essere qui compiutamente affrontato, il criterio di riconoscimento delle tutele “ontologicamente incompatibili” appena descritto è idoneo a evidenziare, ai nostri fini, la possibile equiparazione dei collaboratori eterorganizzati ai dipendenti. Ai fini del computo dell’art. 35 e del conseguente riconoscimento dei diritti del titolo III, infatti, non v’è alcun rischio di maggiore esposizione dei lavoratori ai poteri del committente – divenuto, frattanto, datore di lavoro vero e proprio –, ma si rende applicabile un criterio di computo da cui conseguono solo effetti di maggior favore.

12. Gli incerti sviluppi sull’inquadramento giuridico dei rapporti di lavoro dei *rider* e le conseguenze sui diritti sindacali del Titolo III dello Statuto.

Sul tema dei diritti sindacali incide, comunque, il fatto che oggi le piattaforme digitali per la consegna di cibi e bevande utilizzano, prevalentemente, forme contrattuali riconducibili al lavoro autonomo e, pertanto, che i *rider* non godano dei diritti dello Statuto. Chi si è interrogato sul tema, non a caso, ha evidenziato l’opportunità di estendere il campo applicativo del Titolo III a tutti i lavoratori che, prescindendo dalla tipologia contrattuale, godono di un certo grado di stabilità⁸¹.

Per ora questa strada, per certi versi “innovativa”, non ha avuto seguito e, nel contesto delle tutele antidiscriminatorie previste dall’art. 47 *quinquies* del d.lgs. 81/15, ai *rider* autonomi il cui rapporto è formalmente discontinuo sono stati riconosciuti i soli diritti di libertà e dignità del Titolo I dello Statuto⁸².

Tale scelta ha contribuito ad acuire la tensione sul carattere “continuativo” del lavoro dei *rider*, divenuto l’elemento distintivo per inquadrare tali lavoratori come collaboratori eterorganizzati e per riconoscere ad essi anche – tra le tutele del lavoro subordinato – i diritti sindacali del Titolo III⁸³.

Per i *rider* discontinui, come si è avuto modo di precisare, il principale e più verosimile strumento che potrebbe prevedere, in futuro, i diritti sindacali è la contrattazione collettiva, la quale *in limine* dovrebbe affrontare anche il delicato problema di chiarire i criteri di computo per l’attribuzione di tali prerogative.

Non è infatti sufficiente – come si è tentato di sottolineare – un generico riferimento ai tipi contrattuali d’impiego, ma occorrerà definire un sistema che, ai fini del “conteggio” di tali rapporti, valorizzi l’effettiva stabilità di impiego dei lavoratori per la stessa piattaforma.

D’altro canto, c’è da considerare che la scelta delle piattaforme di servirsi di tipi contrattuali, che non presuppongono l’obbligo di prestare l’attività in maniera continuativa, potrebbe rivelarsi un

⁸¹ DONINI, *Il luogo per l’esercizio dei diritti sindacali*, cit., p. 112.

⁸² Sul punto, v. la dottrina citata *supra*, par. 10, nota 72.

⁸³ I limiti dell’assetto normativo attuale potrebbero essere superati se le piattaforme avviassero un percorso di riconoscimento per i *rider* delle tutele del lavoro subordinato, così come ha fatto, di recente, una delle maggiori piattaforme (Just Eat) che, a seguito del contrasto sul contratto Assodelivery-Ugl, ha iniziato ad assumere i *rider* con contratti di lavoro subordinato. V. l’annuncio sulla piattaforma web: <https://www.justeat.it/blog/progetti-e-impegno-in-italia/contratto-lavoro-dipendente-per-i-rider-con-il-modello-scoober>

boomerang, perché i rider autonomi, una volta acquisita una certa stabilità di impiego, potrebbero poi richiedere di riqualificare il rapporto ex art. 2, comma 1 cit., come collaborazione eterorganizzata.

In un contesto del genere a rivestire un formidabile potere di intervento sono allora gli stessi sindacati maggiormente rappresentativi⁸⁴: questi potranno infatti far valere l'interesse ai diritti sindacali e alla rappresentanza sui luoghi di lavoro (anche) per i rider formalmente discontinui, in cambio della definizione di trattamenti economici e normativi, ex art. 2, comma 2, lett. a), cit., che permettano alle piattaforme di derogare alla disciplina delle collaborazioni eterorganizzate.

13. Segue. Diritti sindacali dei *rider* subordinati e unità produttiva: alla ricerca di un criterio di adattamento.

L'incertezza sulla qualificazione dei rider rende difficile comprendere anche quale sarà il percorso per rendere effettive le tutele sindacali sui luoghi di lavoro. Se il riconoscimento della "subordinazione" fosse accettato ad ampio raggio dalle piattaforme, il problema di estendere il Titolo III ai rider autonomi si ridimensionerebbe e resterebbe da riflettere sul carattere "smaterializzato" del concetto di "unità produttiva", a cui rinvia lo Statuto in diverse disposizioni riguardanti i diritti sindacali.

In attesa degli sviluppi che caratterizzeranno il settore, la riflessione sul concetto di "unità produttiva" merita già considerazione per i casi – benché minoritari – in cui le piattaforme hanno inquadrato i propri rider come subordinati – ai sensi dell'art. 2094 c.c. ovvero dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. 81/15.

Sul tema v'è da premettere che la "vicenda" dei rider può essere intesa solamente come la punta dell'*iceberg* del più complesso problema di adeguare il concetto di unità produttiva alle dinamiche dell'odierno mercato del lavoro, in cui si sommano fenomeni come: a) la dematerializzazione dell'impresa; b) il "nanismo" delle realtà produttive italiane; c) l'esternalizzazione dei processi produttivi.

La questione di fondo è se, nei contesti produttivi a più alto tasso di dematerializzazione dell'impresa e/o di esternalizzazione della manodopera, l'attuazione del Titolo III dello Statuto possa "passare" con un'interpretazione evolutiva del concetto di unità produttiva o se sia indispensabile un intervento legislativo per "aggiornare" l'ambito applicativo di tali regole⁸⁵.

Si tratta, beninteso, di problemi esacerbati dall'organizzazione del lavoro tramite piattaforme digitali e dagli sviluppi della crisi epidemiologica, alla quale si deve una forte accelerazione nella "dematerializzazione" dei luoghi di lavoro: tuttavia, sono problemi da ricondurre alla più ampia necessità di aggiornare lo Statuto dei lavoratori, su cui da tempo la dottrina si confronta⁸⁶.

⁸⁴ Malgrado la mancanza di un intervento legislativo di supporto potrebbe continuare a favorire la contrattazione con sigle sindacali non confederate – come per l'accordo Assodelivery-Ugl – e lasciare poco o nessuno spazio su questi temi.

⁸⁵ Sulle diverse ipotesi di modifica legislativa avanzate in dottrina al fine di rendere il requisito dimensionale più coerente con le moderne modalità di organizzazione delle imprese, v., di recente, DE MARTINO, *op.cit.*, p. 667 ss.

⁸⁶ Per un'analisi complessiva sull'attualità dello Statuto, si vedano i due Quaderni della rivista "Diritti lavori mercati", dedicati al cinquantenario della legge n. 300, dal titolo "Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica", in *Quaderni di DLM*, 2020, n. 8 prima e seconda parte.

Tentando di contribuire al più esteso dibattito sul tema tramite l'esame delle peculiarità dell'attività dei rider, i problemi esistenti paiono solo parzialmente risolvibili attraverso interpretazioni evolutive. Per come si sta sviluppando questo lavoro oggi, ci sono anzitutto da escludere le soluzioni adottate per settori affini, come ad esempio quello dell'autotrasporto dei passeggeri, per i quali la contrattazione collettiva ha previsto che si costituiscano rappresentanze basate numericamente sulla dimensione dell'impresa e non sul differente concetto di unità produttiva⁸⁷: le modalità organizzative del lavoro svolto tramite *app*, ma soprattutto la maggiore capacità/possibilità delle piattaforme di erogare il servizio su scala nazionale, rendono inadeguato stabilire globalmente, a livello di impresa, il numero di rappresentanti che possono operare materialmente nei contesti urbani.

D'altro canto al lavoro dei rider neppure è applicabile agevolmente il concetto di unità produttiva secondo il criterio della "autonomia funzionale del risultato produttivo", utilizzato in giurisprudenza per circoscrivere il riconoscimento delle garanzie del Titolo III alle sole unità produttive in cui si realizza, in maniera autonoma, appunto, (almeno) una parte del processo di produzione dell'impresa⁸⁸. Per la consegna di cibi e/o bevande tramite *app* il criterio non assumerebbe un adeguato livello di selezione: si potrebbe parcellizzare il risultato produttivo al punto da ritenerlo garantito, in maniera autonoma, da ciascun rider, quando effettua una consegna presso il luogo voluto dal consumatore finale; ovvero si potrebbe misurare l'autonomia del risultato in base alla capacità della piattaforma di garantire il servizio per ciascuna impresa di ristorazione con la quale questa collabora. In entrambi i casi, però, si tratterebbe di un'articolazione del risultato così restrittiva da essere incapace di selezionare un numero congruo di rider cui riconoscere l'interesse collettivo ad ottenere le prerogative del Titolo III. Sotto questo profilo vi è l'esigenza di adottare un criterio capace di bilanciare l'effetto "disaggregante" per i lavoratori di cui è, di per sé, espressione l'attività di consegna a mezzo *app*.

Seppur con una buona dose di ingegneria giuridica, l'unità produttiva foriera di un risultato autonomo potrebbe ritenersi coincidere con l'"hotspot", e cioè con il luogo (spesso, una piazza o strada vicina a numerose attività di ristorazione) in cui i rider sono invitati a recarsi dalla piattaforma all'inizio dell'attività per ottenere gli incarichi di consegna. In tal caso, malgrado gli effetti positivi per la costruzione dell'interesse collettivo dei lavoratori, dal punto di vista teorico sarebbe comunque arduo riuscire a giustificare l'esistenza del requisito dell'autonomia del risultato solamente per il fatto che l'hotspot è la sede fisica ove i rider si aggregano.

Per come si svolge questo tipo di attività e per la richiamata incapacità del criterio dell'autonomia del risultato a tracciare delle coordinate di selezione adeguate, non resterebbe che rifarsi al criterio topografico, indicato al comma 2, dell'art. 35 – che, come noto, valorizza «*nell'ambito dello stesso comune* [n.d.a.: l'impiego di] più di quindici dipendenti» (corsivo mio). Considerato che i rider operano per lo più in medie e grandi città, l'ambito comunale può in effetti essere un utile riferimento per riconoscere l'esistenza di un interesse collettivo alla formazione di

⁸⁷ V., ad esempio, l'accordo tra Federlavoro e Servizi Concooperative; Legacoop Servizi; Agci Servizi; Unica Taxi Filt Cgil; Fit Cisl; Uil-trasporti del 1° marzo 2015, in cui i permessi retribuiti per l'attività sindacale (art. 20) sono riconosciuti alle strutture sindacali in rapporto al numero di dipendenti presenti in azienda.

⁸⁸ Tra gli altri, cfr. PONTE, *Brevi riflessioni intorno alla nozione di unità produttiva, tra la distribuzione delle tutele e il limite all'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2015, 6, p. 1396; DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali*, cit., p. 103 ss.

rappresentanze sindacali – opportunamente denominate in dottrina “di livello urbano”⁸⁹.

Tuttavia, anche sposando questa soluzione un po' forzata, ma essenziale se si vuole avere traccia di un quadro di sistema in cui “incastrare” il dato normativo, le difficoltà interpretative non sono del tutto sopite.

L'utilizzo dell'*app* può essere consentito anche ai lavoratori di imprese intermedie, che stipulano con una piattaforma digitale un contratto commerciale per erogare il servizio di trasporto⁹⁰. In tal caso, non solo i lavoratori sarebbero impiegati dall'impresa meno solvibile, ma sarebbe compromesso anche il riconoscimento dei diritti sindacali a causa del(l'eventuale) mancato raggiungimento della soglia dimensionale dell'art. 35 dello Statuto.

Si è ipotizzato in tal caso di riconoscere forme di rappresentanza sindacale e di tutele che superino i confini dell'impresa (e/o dell'unità produttiva) e che riguardino i lavoratori impiegati da diversi datori di lavoro nel medesimo processo produttivo⁹¹. Si tratta però di modulare assetti per i quali non è sufficiente invocare un'azione della giurisprudenza, il cui intervento si rivelerebbe tanto sofisticato, quanto foriero di inevitabili incertezze: è ancora una volta la contrattazione collettiva a dover dominare questi processi, con un eventuale – ma fortemente caldeggiato – intervento di sostegno del legislatore.

⁸⁹ DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali*, cit., p. 108 ss.

⁹⁰ Agli onori delle cronache, si ricorderà, nel Maggio 2020 è salito il decreto di commissariamento di Uber Italy srl disposto dal Tribunale di Milano nell'ambito dell'attività di accertamento del reato di intermediazione illecita di manodopera (T. Milano, Sez. Misure di Prevenzione, 27 maggio 2020, n. 9). In quella occasione, è emerso come i riders fossero migranti domiciliati presso i centri di accoglienza, che tramite un sistema di pagamento basato sul cottimo puro svolgevano l'attività di consegna a favore di imprese “intermedie” rispetto a Uber Italy, che li impiegavano come lavoratori autonomi occasionali.

⁹¹ DI NOIA, *Sul campo di applicazione dello Statuto*, cit., p. 710; specificamente per i riders v. DONINI, *Il luogo dei diritti sindacali*, cit., p. 109.

Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*

Alberto Mattei

1. Premessa.	29
2. Diritto pandemico e vaccinazione: il ruolo del diritto riflessivo.	30
3. Obbligo vaccinale, dibattito giuslavoristico e prime pronunce giurisprudenziali a cavallo del d.l. 44/2021.	33
4. Obbligo vaccinale alla luce del d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021: le questioni affrontate, quelle parzialmente risolte e quelle aperte.	37
5. Tutela della privacy e gestione dei rapporti di lavoro in azienda: il necessario bilanciamento del potere di controllo datoriale.	42
6. Considerazioni conclusive. Dall'obbligo vaccinale al green pass: andata e ritorno?	46

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 442/2021

1. Premessa.

Il tema dell'obbligo vaccinale anti-Covid-19, dal punto di vista del diritto del lavoro, solleva molteplici questioni, in parte affrontate con la normativa entrata in vigore il primo aprile 2021 (art. 4 d.l. 44/2021, convertito con modificazioni dalla l. 76/2021), in parte ancora rimaste irrisolte.

In queste pagine ci proponiamo di tracciare un quadro ricostruttivo alla luce del “diritto pandemico” (*infra* par. 2). La normativa vigente, riguardante “solo” una categoria di figure professionali operanti in alcune strutture indicate dalla stessa previsione di legge (*infra* par. 4), rappresenta uno spartiacque tra un “prima” e un “dopo”. Infatti, in prossimità dell'approvazione legislativa dell'obbligo vaccinale si è innescato un ricco e articolato dibattito nella dottrina giuslavoristica⁹² e sono state emesse alcune pronunce di merito, che prenderemo in esame nel corso del contributo (*infra* par. 3). Nei confronti di coloro che prestano un'attività lavorativa il tema solleva una serie di questioni: oltre a quelle riguardanti la portata della disciplina che ha stabilito un delimitato obbligo vaccinale (*infra* par. 4), anche quelle concernenti le conseguenze che derivano dalla mancata adesione alla vaccinazione sulla gestione concreta dell'organizzazione aziendale, con riferimento particolare alla tutela della privacy (*infra* par. 5), nonché alcune considerazioni conclusive alla luce dell'introduzione del green pass a confronto con la tematica dell'obbligo vaccinale (*infra* par. 6).

⁹² Senza pretesa di esaustività, considerando anche l'evolversi del quadro regolatorio, e rinviando ad altri interventi che verranno richiamati nel corso del presente contributo, segnaliamo i contributi pubblicati prima e dopo il d.l. 44/2021, P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, V. FERRANTE, F. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI, A. DI ZUMBO, A. DE MATTEIS, V. A. POSO, R. ROMELI, J. C. VILLALON, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor - Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. BASILICO (intervista di), A. MARESCA, R. RIVERSO, P. SORDI, L. ZOPPOLI, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*, in *Giustizia insieme*, 22 gennaio 2021, in www.giustiziainsieme.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021, in www.giustiziainsieme.it (ultima consultazione 03/09/2021); G. BENINCASA, G. PIGLIALARM, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in *WP Salus*, 1, 2021, reperibile su <http://salus.adapt.it/publicazioni/> (ultima consultazione 03/09/2021); M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 5 aprile 2021; E. GRAGNOLI, *L'epidemia, la vaccinazione, il rifiuto e l'ultimo provvedimento normativo*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, 1, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1, 2021, p. 31; V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il Decreto Legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, p. 292 ss.; M. MARINELLI, *Il vaccino anti-Covid e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 4, 2021, p. 329 ss.; L. MENGhini, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, I, 2021, p. 152 ss., in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7/4/2021, p. 3 ss.; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021*, in *Questione Giustizia*, 20 aprile 2021, in www.questionegiustizia.it (ultima consultazione 03/09/2021); R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 3/4/2021; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

2. Diritto pandemico e vaccinazione: il ruolo del diritto riflessivo.

Per focalizzare al meglio la questione dell'obbligo vaccinale dal punto di vista lavoristico, occorre prendere in considerazione la linea di confine tra la situazione antecedente l'introduzione dell'obbligo e ciò che è prescritto dal d.l. 44/2021.

Il "prima" è rappresentato dalla fase che il Paese ha vissuto e tuttora sta vivendo a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza del gennaio 2020⁹³ e, a seguire, con la decretazione di urgenza che ha investito significativamente il sistema normativo sotto il profilo costituzionale⁹⁴, oltre che sulla regolazione individuale e collettiva in materia di lavoro⁹⁵. Ai fini del presente contributo, tra i numerosi provvedimenti di legge, rileva il testo condiviso tra Governo e parti sociali, sottoscritto a marzo del 2020, aggiornato il mese successivo, e nuovamente fatto oggetto di intervento nell'aprile 2021, su «la regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro»⁹⁶. L'intesa ha rappresentato il testo guida per l'approvazione di altre intese nazionali e sub-nazionali, sia a livello trilaterale sia a livello bilaterale⁹⁷. Contestualmente all'ultimo aggiornamento del protocollo, il 6 aprile 2021 è stata sottoscritta un'ulteriore intesa recante «la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro»⁹⁸.

L'importanza di tali protocolli, la cui applicazione ha rappresentato l'adempimento dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ., acquistando al contempo forza normativa⁹⁹, ha permesso di

⁹³ Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020 «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». Per «la cronaca degli eventi», da ultimo F. AMENDOLA, *Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro*, Bari, 2020, p. 29 ss.

⁹⁴ Tra gli altri sul versante costituzionalistico M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, p. 31 ss. Nella lettura del dibattito giuslavoristico dal punto di vista costituzionalistico M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, p. 89 ss.

⁹⁵ In merito rilevano le numerose norme dei noti d.p.c.m. e decreti legge emanati a partire dal marzo 2020. Tra le varie disposizioni, è possibile menzionare solo l'imposizione del lavoro a distanza (cd. *smartworking*), le misure di sostegno al reddito per le situazioni di chiusure delle aziende dovute alle problematiche che la pandemia ha innescato sul tessuto economico-sociale del Paese, fino al cd. blocco dei licenziamenti. Sul punto si rinvia alla trattazione nei volumi curata da D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, F. SEGHEZZI, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, 2020, disponibile su <https://moodle.adaptland.it/> (ultima consultazione 30/07/2021).

⁹⁶ Il primo protocollo risale al 14 marzo 2020, l'ultimo aggiornamento è del 6 aprile 2021. La pagina istituzionale di riferimento è www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Firmato-il-Protocollo-per-le-vaccinazioni-nei-luoghi-di-lavoro-Orlando-Un-passo-in-avanti-nella-direzione-della-ripresa.aspx (ultima consultazione 30/07/2021). Sulla tematica dei protocolli e degli accordi aziendali sottoscritti con riferimento alle questioni di salute e sicurezza si rinvia, sul piano della documentazione, alla banca dati Olympus dell'Università degli Studi di Urbino <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021). Per una riflessione riguardante l'importanza del metodo delle relazioni industriali come «studio sistematico del diritto prodotto dai sistemi di contrattazione collettiva», M. TIRABOSCHI, *Tra razionalità economica e razionalità giuridica: una lezione dalla emergenza sanitaria da Covid-19*, ora in *Per uno studio della contrattazione collettiva*, Adapt University Press, 2021, p. 167 (già in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, F. SEGHEZZI, vol. V, cit.).

⁹⁷ Riguardanti temi come l'informazione (1), le modalità di ingresso in azienda (2), le modalità di accesso dei fornitori esterni (3), la pulizia e sanificazione in azienda (4), le precauzioni igieniche personali (5), i dispositivi di protezione individuale (6), la gestione di spazi comuni (7), l'organizzazione aziendale (8), la gestione di entrata e uscita dei dipendenti (9), gli spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione (10), la gestione di una persona sintomatica in azienda (11); la sorveglianza sanitaria, il medico competente, il responsabile per la sicurezza (12); infine, l'aggiornamento del protocollo di regolamentazione (13).

⁹⁸ Anche questo testo è consultabile alla pagina www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Firmato-il-Protocollo-per-le-vaccinazioni-nei-luoghi-di-lavoro-Orlando-Un-passo-in-avanti-nella-direzione-della-ripresa.aspx (ultima consultazione 30/07/2021).

⁹⁹ Art. 29-bis del d. l. 23/2020, convertito con modificazioni da l. 40/2020 in tema di obbligo dei datori per la tutela contro il rischio di contagio, norma che stabilisce che «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo».

realizzare il bilanciamento, essenziale alla luce della drammatica situazione economico-sociale che ha vissuto il Paese, soprattutto nella prima fase pandemica, tra la prosecuzione delle attività economico-produttive e la salvaguardia della sicurezza delle persone che lavorano, secondo un principio di precauzione¹⁰⁰. In questo senso, la clausola generale dell'art. 2087 cod. civ. ha sprigionato e sprigiona i suoi effetti a livello collettivo e a livello individuale in relazione all'art. 32 Cost., assumendo un rilievo centrale nella tematica della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai fini della tutela di un bene di rango costituzionale quale la salute. Come già posto in luce dalla dottrina lavorista, la norma codicistica si colloca all'interno del rapporto di lavoro e non *a latere*, e segnatamente nell'area del sinallagma negoziale: la prestazione lavorativa deve svolgersi in sicurezza ed incombe sul datore di lavoro l'obbligo «di predisporre un substrato "idoneo" sia dal punto di vista dell'efficienza organizzativa sia sotto il profilo del rispetto del bene fondamentale della salute di tutte le persone che sono tenute a lavorare stabilmente in quell'organizzazione»¹⁰¹.

Proprio il protocollo dell'aprile 2021 sulla vaccinazione ha affrontato un aspetto centrale ai fini della nostra analisi: la scelta di sottoporsi alla vaccinazione da parte di coloro che operano nei contesti economico-produttivi. Posto che la Costituzione, alla luce della tutela individuale e collettiva della salute ex art. 32 Cost., consente al legislatore di prevedere un obbligo vaccinale se ritenuto ragionevole in base alle condizioni epidemiologiche e sulla base dell'evoluzione della scienza medica¹⁰², non è stato previsto, finora, un obbligo di vaccinazione generalizzato, salvo per coloro che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4 d.l. 44/2021 (*infra* par. 4).

Dal protocollo citato emerge la rilevanza della volontarietà alla vaccinazione quale espressione della scelta libera e consapevole di ciascun prestatore di lavoro. In particolare, viene stabilito che «i datori di lavoro, singolarmente o in forma aggregata e indipendentemente dal numero di lavoratrici e lavoratori occupati, con il supporto o il coordinamento delle associazioni di categoria di

Rispetto a tale norma e al rapporto complesso tra protocolli e art. 2087 cod. civ. rinviamo a F. AMENDOLA, *op. cit.*, p. 63 ss., il quale rimarca che con l'introduzione dell'art. 29-bis non solo si ha un passaggio dal piano del rapporto Stato-impresa, a tutela della salute pubblica, al piano del rapporto diretto datore-lavoratore, con l'obiettivo di delimitare il campo delle responsabilità in caso di malattia che può essere contratta nei luoghi di lavoro, ma si ha un cambio di prospettiva anche rispetto all'operatività dell'art. 2087 cod. civ. che da clausola aperta caratterizzata da una *vis expansiva* – per cui nell'esercizio dell'impresa l'imprenditore è tenuto ad adottare quelle misure di tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro «secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica» – viene trasformato in un «contenitore» volto a raccogliere solo ed esclusivamente le misure di prevenzione indicate nei protocolli.

¹⁰⁰ Tra i diversi profili di impatto della pandemia sulle regole lavoristiche, tra gli autori che per primi hanno affrontato il tema dell'efficacia dei protocolli, M. MARAZZA, *L'art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 267 ss. P. PASCUCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazione" e protocolli. Verso una dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, p. 98, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); P. PASCUCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, p. 117, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); A. TURSI, *Rischio Covid-19 e obbligo di sicurezza del datore di lavoro: l'ennesima sfida della pandemia al diritto del lavoro*, in *Variations su Temi di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 849 ss. Da ultimo, S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020. Per il succedersi della prima normativa emergenziale e l'incidenza sul sistema delle fonti sia consentito il rinvio a A. MATTEI, *La salute dei lavoratori nella pandemia e l'impronta dello Statuto*, in *Lavoro e Diritto*, 4, 2020, p. 633 ss.

¹⁰¹ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1976, p. 75-76.

¹⁰² Nelle parole del giudice delle leggi: «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria», così Corte Cost. 5/2018, richiamando le sentenze 258/1994 e 307/1990.

riferimento, possono manifestare la disponibilità ad attuare piani aziendali per la predisposizione di punti straordinari di vaccinazione anti-Covid-19 nei luoghi di lavoro destinati alla somministrazione in favore delle lavoratrici e dei lavoratori che *ne abbiano fatto volontariamente richiesta*» (corsivo nostro)¹⁰³; e, ancora, «le procedure finalizzate alla raccolta delle adesioni dei lavoratori interessati alla somministrazione del vaccino dovranno essere realizzate e gestite nel pieno rispetto della *scelta volontaria rimessa esclusivamente alla singola lavoratrice e al singolo lavoratore*, delle disposizioni in materia di tutela della riservatezza, della sicurezza delle informazioni raccolte ed evitando, altresì, ogni forma di discriminazione delle lavoratrici e dei lavoratori coinvolti» (corsivo nostro)¹⁰⁴. Il protocollo mantiene dunque ferma la concezione secondo la quale la vaccinazione è una scelta volontaria della persona che lavora, pur favorendone la diffusione¹⁰⁵.

Dalle indicazioni contenute nel protocollo, quale strumento di diritto riflessivo in grado di fornire «una cornice legislativa di mezzi e strumenti all'interno della quale si sviluppa l'autoregolazione sociale, a sua volta in vario modo "recepita" nei processi autopoietici di giuridificazione»¹⁰⁶, si ricava l'invito alla realizzazione di piani aziendali per la vaccinazione diretta delle persone che lavorano, a prescindere dalla tipologia contrattuale. Al fine di raggiungere l'obiettivo di «concorrere ad accelerare e implementare a livello territoriale la capacità vaccinale anti SARS-CoV-2/ Covid-19» e, al contempo, consentire di rendere «più sicura la prosecuzione delle attività commerciali e produttive sull'intero territorio nazionale, accrescendo il livello di sicurezza degli ambienti di lavoro», l'attività di sanità pubblica che contraddistingue tali piani si pone coerentemente in linea con la raccomandazione alla vaccinazione¹⁰⁷, in presenza all'epoca di un obbligo vaccinale delimitato (*infra* par. 4).

¹⁰³ Punto 2.

¹⁰⁴ Punto 8.

¹⁰⁵ Il Consiglio di Europa all'inizio del 2021 si è pronunciato in merito, salvaguardando la scelta volontaria e priva di qualsiasi tipo di pressione da parte del cittadino: «ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is under political, social or other pressure to be vaccinated if they do not wish to do so»; e, di conseguenza, in caso di mancata vaccinazione, «ensure that no one is discriminated against for not having been vaccinated, due to possible health risks or not wanting to be vaccinated», Resolution 2361 (2020) «Covid-19 vaccines: ethical, legal e practical considerations», p. 7.3.1 e 7.3.2. Inoltre, senza avere una connessione giuridica diretta con le tematiche dell'obbligo vaccinale anti-Covid 19, ma con una valenza politica significativa *Case of Vavříčka and others v. The Czech Republic*, App. n. 46721/13 e a., 8 aprile 2021, che ha confermato la compatibilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo della legge della Repubblica Ceca sulla tutela della salute pubblica e di due decreti ministeriali attuativi riguardanti l'imposizione di un obbligo generale di vaccinazione dei bambini contro malattie infettive proprie dell'età pediatrica, per un commento M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, p. 445 ss.

¹⁰⁶ Così A. PERULLI, «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 299, nel richiamare la prospettiva di G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 17, 2, 1983, p. 239 ss.; G. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, Blackwell, Oxford, 1993. Di questo processo riflessivo ne costituisce un esempio, all'interno del settore scolastico dove ora incide il d.l. 111/2021 (*infra* par. 6), il recente «Protocollo di intesa per garantire l'avvio dell'anno scolastico nel rispetto delle regole di sicurezza per il contenimento e la diffusione di Covid 19 (anno scolastico 2021/2022)», sottoscritto il 14 agosto 2021 dal Ministro dell'Istruzione e dalle organizzazioni di rappresentanza. In questa intesa sono recepite le indicazioni che provengono dalla scienza medica, prendendo atto che «la vaccinazione costituisce, ad oggi, la misura di prevenzione pubblica fondamentale per contenere la diffusione della SARS-CoV-21, come indicato dal CTS» (par. d).

¹⁰⁷ Nel richiamare Corte Cost. 268/2017 P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2021, p.105, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

3. Obbligo vaccinale, dibattito giuslavoristico e prime pronunce giurisprudenziali a cavallo del d.l. 44/2021.

La volontarietà (o meno) di sottoporsi alla vaccinazione è stata al centro del dibattito giuslavoristico in concomitanza con la somministrazione delle prime vaccinazioni alla fine di dicembre del 2020, in assenza di un obbligo vaccinale previsto dalla legge, entrato in vigore per una delimitata categoria di prestatori di lavoro (*infra* par. 4), solo a decorrere dal aprile 2021. Il dibattito si è incentrato, in particolare, sul tema delle conseguenze dovute al possibile rifiuto alla vaccinazione da parte del prestatore di lavoro, sulla base dell'art. 2087 cod. civ. e in relazione alla tutela della salute ex art. 32 Cost.

In merito, c'è chi ha ritenuto, sottolineando una relazione stretta tra art. 2087 cod. civ. e art. 32 Cost., che il datore di lavoro possa esigere dai dipendenti la vaccinazione contro il Covid-19, nonostante la riserva di legge posta dall'art. 32 Cost., dal momento che il datore stesso è tenuto a considerare che la vaccinazione è utile per prevenire un danno sia ai propri dipendenti sia a terzi¹⁰⁸, in ragione dell'argomento per cui la libertà di non curarsi sancita dall'art. 32 Cost. non può spingersi al punto di ledere la salute altrui. Viene, perciò, attribuito alla norma codicistica un ambito di applicazione esteso, quale disposizione aperta in grado di costituire attuazione della riserva di legge costituzionale. Tale lettura "rigorista" è fondata su alcuni punti, sinteticamente riassumibili: in primo luogo, i diritti assoluti della persona, compresa la libertà di sottoporsi alla vaccinazione anti-Covid-19, sono suscettibili di limitazioni che derivano dagli obblighi propri del contratto di lavoro, a prescindere da una previsione di legge che impone la vaccinazione; in secondo luogo, come elemento di fatto, la scienza medica a livello internazionale è pressoché unanime nel ritenere urgente il contrasto alla pandemia mediante una vaccinazione di massa, considerando il rapporto costi-benefici, in quanto risultano più gravi i rischi derivanti dal perdurare della pandemia rispetto ad effetti avversi che possono sorgere dalla somministrazione del vaccino; alla luce di questi elementi si conclude per la sussistenza un vero e proprio potere-dovere contrattuale in capo al datore di imporre la vaccinazione, se la ritiene una misura utile per ridurre il rischio specifico di trasmissione dell'infezione che può nascere dal contatto tra persone¹⁰⁹. Secondo tale orientamento il lavoratore può rifiutare la vaccinazione solo se ha un valido motivo, in mancanza del quale potrebbe essere adottato un provvedimento di sospensione dal lavoro senza retribuzione, pur senza arrivare a prospettare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per motivo disciplinare¹¹⁰.

¹⁰⁸ Tra gli Autori, a partire dall'intervista a V. PICCOLILLO di P. ICHINO, *Il datore di lavoro può sospendere il contratto di chi rifiuta il vaccino*, in *Il Corriere della Sera*, 29 dicembre 2020. La posizione è stata successivamente articolata dall'Autore, così P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore? Pro*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Ipsoa, 8 gennaio 2021, in www.quotidianogiuridico.it (ultima consultazione 03/09/2021); P. ICHINO, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in *Guida al Lavoro*, 3, 19 gennaio 2021. Tale A. è arrivato a sostenere che un dovere di vaccinarsi può derivare non solo da un contratto di lavoro, ma anche da altri contratti taciti che si instaurano, per esempio, a chi entra in un centro commerciale e tale struttura di vendita.

¹⁰⁹ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, cit.

¹¹⁰ E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit., osservando come il tema si inseriva mentre perdurava il blocco dei licenziamenti (gennaio 2021). Invece, per la percorribilità della via sia del licenziamento per motivo oggettivo sia del licenziamento disciplinare, C. CESTER, *op. cit.*

Diversamente da tale orientamento dottrinale, una lettura più “garantista”¹¹¹ ha affermato che la riserva di legge *ex art. 32 Cost.* può essere assolta solo con una norma speciale, smentendo pertanto che essa sia aggirabile tramite contratto individuale o mediante intesa collettiva; e neppure facendo riferimento all’art. 2087 cod. civ. e alle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai sensi degli artt. 18, co. 1, lett. d) e f), 20, 41, 42 e 279, co. 2, lett. a), d.lgs. 81/2008¹¹². La tesi del superamento della riserva di legge non è ammissibile, per altra via, neppure sulla base dell’interpretazione assunta da parte della Consulta sul necessario, dal punto di vista costituzionale, assoggettamento dei lavoratori agli accertamenti sulla sieropositività da HIV, trattandosi in quest’ultimo caso di accertamenti ematologici in presenza di una legge che li prevede, mentre per il Covid-19, il cui obbligo vaccinale è stato previsto solo per una platea delimitata, si è di fronte ad un trattamento sanitario di prevenzione¹¹³. Pertanto, contrariamente alla prospettiva di chi ha visto nell’obbligo di sicurezza *ex art. 2087 cod. civ.* una norma aperta e sostanzialmente attuativa della riserva di legge dell’art. 32 Cost., secondo questo orientamento la norma codicistica è, invece, da intendersi generale, in quanto non adatta a compensare la specificità richiesta dalla riserva di legge *ex art. 32 Cost.* Tale orientamento, peraltro, non fornisce una risposta univoca nell’ipotesi di rifiuto alla vaccinazione da parte del lavoratore, ma pone in evidenza come le situazioni vadano ponderate caso per caso, a seconda del contesto ambientale in cui opera il lavoratore, distinguendo per esempio ambienti a rischio professionale “presunto” rispetto ad ambienti a rischio generico ritenuto “aggravato”¹¹⁴.

Altra dottrina ancora¹¹⁵ ha dato una lettura più “mediata” a partire dalla valorizzazione delle norme prevenzionistiche. Pur rilevando che dalla normativa proveniente dal Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro non si possa ricavare un obbligo vaccinale in capo al prestatore di lavoro, è stato posto in evidenza come tale sistema delinei un modello regolativo in grado di sostenere la vaccinazione, da cui derivano significative conseguenze nel caso in cui il prestatore non intenda sottoporvisi. Infatti, in capo al lavoratore non sussiste un obbligo vaccinale, ma si configura un onere di sottoposizione alla vaccinazione. Pur rimanendo intatta la libertà di accedervi o meno, l’eventuale rifiuto implica conseguenze che variano dall’adibizione a mansioni diverse fino a giungere al licenziamento per motivo oggettivo. Tuttavia, quest’ultimo è sottoposto alle condizioni e alle garanzie di cui all’art. 41 del d.lgs. 81 del 2008, che richiedono il giudizio del medico competente e l’eventuale ricorso alla commissione provinciale medica.

A prescindere dalla normativa prevenzionistica e da un obbligo *ex lege*, c’è chi poi ha ravvisato proprio nell’onere alla vaccinazione, anziché nell’obbligo, l’inquadramento più corretto sotto il

¹¹¹ Tra gli Autori in particolare O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore? Contro*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Ipsos, 8 gennaio 2021, in www.quotidianogiuridico.it (ultima consultazione 03/09/2021); O. MAZZOTTA, *Non vaccinati licenziabili solo se il proficuo impiego diventa impossibile*, in *Quotidiano del lavoro*, Il Sole 24 Ore, 13 gennaio 2021; O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Oronzo Mazzotta*, cit.

¹¹² Normativa puntualmente richiamata da M. BIASI, *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 2021, p. 812, nel commentare Trib. Belluno, ordinanza del 19 marzo 2021 e ordinanza collegiale 6 maggio 2021.

¹¹³ Nel richiamare la sentenza 218/1994 M. MASSA, *op. cit.*, p. 96-98; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit.

¹¹⁴ G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all’autodeterminazione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2021, p. 138 ss., in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

¹¹⁵ Al riguardo P. PASCUCCI, A. DELOGU, *op. cit.*, p. 81 ss.

profilo del rapporto contrattuale¹¹⁶. In tal senso l'onere di vaccinarsi, inteso come «dovere libero»¹¹⁷, rappresenta lo strumento attraverso cui l'ordinamento giuridico impone al soggetto, in questo caso il prestatore di lavoro, un determinato comportamento che, se non è adempiuto, può dare luogo a conseguenze pregiudizievoli. In altre parole, il prestatore è libero di non vaccinarsi, ma non può pretendere che tale comportamento non vada ad incidere sul rapporto contrattuale di lavoro, in quanto la vaccinazione costituisce un requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione. Questa soluzione è stata espressamente recepita per ciò che riguarda i prestatori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4 del d.l. 44/2021 (*infra* par. 4), ma potrebbe estendersi ad altre prestazioni lavorative compiute all'interno di strutture e ambienti di lavoro dove vi sia il rischio che, secondo una opportuna valutazione medica, il virus possa propagarsi. Da questo punto di vista, la richiesta di vaccinazione, a prescindere da un obbligo vaccinale stabilito per legge, potrebbe essere ritenuta esigibile in termini di adempimento contrattuale, dovendo il giudizio essere «individualizzato» sul piano del singolo rapporto di lavoro. In altre parole, laddove il rischio sia accertato sul piano medico, il comportamento a tutela della salute, entrando nella causa del contratto di lavoro, diviene altresì oggetto della prestazione di lavoro richiesta¹¹⁸. A tal proposito, è stata richiamata l'autorevole dottrina che ha esaminato la responsabilità contrattuale del lavoratore, individuando l'obbligo preparatorio alla prestazione: «l'attività dedotta nell'obbligo viene individuata anche alla stregua della sua *personalità*, vale a dire dell'immanenza che nel suo dispiegamento presenta la persona dell'agente»¹¹⁹. In questa prospettiva, la persona è condizione dell'obbligo di fare lavorativo, andandone a costituire il presupposto: se la persona manca, l'adempimento risulta impossibile, ma, altrettanto, «nella misura in cui il buono o cattivo esito dell'adempimento dipendono per gran parte dal buono o cattivo stato della persona», il prestatore di lavoro da considerare coerente è colui che risulta «tenuto ad evitare tutto ciò che, danneggiando la sua persona, può dar luogo a inadempimento o ad adempimento inesatto»¹²⁰.

Alla luce degli orientamenti della dottrina lavorista sinteticamente richiamati, emersi prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, va valutato il quadro derivante dalla disciplina *ad hoc* ivi prevista, riguardante l'obbligo di vaccinazione nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario operanti in strutture indicate dalla medesima normativa (*infra* par. 4). Anche prima dell'entrata in vigore dell'obbligo *ex lege*, proprio su queste figure ha avuto modo di soffermarsi la prima giurisprudenza di merito. Infatti, alcune pronunce recenti in tema di mancata vaccinazione del personale hanno affrontato quali fossero gli effetti sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto alla vaccinazione. Nel caso giudicato dal Tribunale di Belluno, pronunciatosi con una prima ordinanza del marzo 2021, anteriore quindi all'entrata in vigore del predetto

¹¹⁶ C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1, 2021, p. 149 ss.

¹¹⁷ La dottrina civilistica sul punto, O. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 109 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1979, p. 141 ss., ripresa da C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit.

¹¹⁸ O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo*, cit., p. 49.

¹¹⁹ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 151, richiamato da C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit.

¹²⁰ In questo modo si auto-disciplina il proprio tenore di vita in funzione e con riguardo alla natura della prestazione lavorativa, così G. F. MANCINI, *op. cit.*, p. 152.

obbligo vaccinale, è stata stabilita la legittimità del provvedimento datoriale con cui è stato collocato in ferie il personale rifiutatosi di sottoporsi alla vaccinazione. Secondo il Tribunale, che, nella ordinanza collegiale del maggio 2021, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità sollevata in merito all'obbligo introdotto dal d.l. 44/2021 sulla base di precedenti pronunce della Corte costituzionale richiamate nella medesima ordinanza¹²¹, la vaccinazione rappresenta una misura volta a tutelare l'integrità fisica dei prestatori ai sensi dell'art. 2087 cod. civ.¹²². Con altra pronuncia, innescata dal ricorso di due lavoratrici adibite allo svolgimento di mansioni a carattere sanitario-fisioterapico operanti all'interno di una casa di riposo per anziani e rifiutatesi di sottoporsi al vaccino, il Tribunale di Modena ha ritenuto legittimo il provvedimento datoriale di sospensione nei loro confronti dal servizio e dalla retribuzione. In particolare, per il giudice la protezione e la salvaguardia della salute dell'utenza entrano nell'oggetto della prestazione esigibile e nella struttura stessa del contratto di lavoro¹²³. In termini simili, il Tribunale di Verona, avvalorando il provvedimento datoriale con cui era stata disposta l'aspettativa non retribuita per inidoneità temporanea allo svolgimento delle mansioni di due operatrici socio-sanitarie operanti in un istituto pubblico di assistenza e beneficenza rifiutatesi anch'esse di sottoporsi alla vaccinazione, ha condiviso la posizione dell'ordinanza collegiale di Belluno, richiamandone l'assunto per cui è da «ritenere prevalente, sulla libertà di chi non intenda sottoporsi a vaccinazione contro il Covid-19, il diritto alla salute dei soggetti fragili che entrano in contatto con gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, in quanto bisognosi di cure, e, più in generale, il diritto alla salute della collettività, nell'ambito della perdurante emergenza sanitaria derivante dalla pandemia da Covid-19»¹²⁴.

In sintesi, il rilievo del 2087 cod. civ. in relazione al sinallagma negoziale e la prevalenza della dimensione della tutela collettiva della salute ex art. 32 Cost. rispetto a quella individuale rappresentano il filo rosso che accomuna le prime pronunce di merito. Come si porrà in luce soffermandosi sulla normativa in vigore dal primo aprile 2021, l'obbligo di vaccinazione ex d.l. 44/2021 non è dissimile rispetto a quanto affermato da questa prima giurisprudenza, in particolare per i profili riguardanti le conseguenze dovute al rifiuto alla vaccinazione.

¹²¹ Corte cost. 5/2018 e 258/1994.

¹²² Trib. Belluno, ordinanza del 19 marzo 2021 e ordinanza collegiale 6 maggio 2021. Tra i commenti, M. BIASI, *op. cit.*; C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *Guida al Lavoro*, 9, 16 aprile 2021; L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa – Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

¹²³ Il «contegno omissivo serbato dalle ricorrenti (non rimproverabile a livello soggettivo per inserirsi, nel difetto di espressa previsione legislativa contemplante l'obbligo di vaccinazione, nell'alveo di libertà riconosciuto dall'art. 32 della Carta Fondamentale) ha inciso in maniera oggettiva, sopravvenuta e significativa sul sinallagma, rendendo di fatto impossibile la fruizione della prestazione da parte della convenuta Società cooperativa, datrice di lavoro che ha visto frustrato il proprio interesse individuale (così come obiettivizzato nel contratto di lavoro) e che quindi si è legittimamente risolta nel sospendere temporaneamente (fino a vaccinazione completata [...]) il rapporto lavorativo», così Trib. Modena, ord. 19 maggio 2021, in *Il giuslavorista*, con nota di C. NANNETTI, *Obbligo vaccinale e conseguenze sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto del lavoratore pre e post d.l. 44/2021*; e altresì su *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4, 2021, in corso di pubblicazione. Al momento di chiusura del presente contributo, è apparsa sulla stampa la notizia del rigetto del reclamo da parte del collegio del medesimo Tribunale, così Trib. Modena, ord. 23 luglio 2021, in un articolo di M. MARRAFFINO, *Il lavoratore non vuole vaccinarsi? Sospensione e stop alla retribuzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2021, il cui testo è ora consultabile al sito <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021).

¹²⁴ Trib. Verona ordinanza del 24 maggio 2021, che si può consultare al sito <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021). Per un commento G. GUARINI, *Rifiuto del vaccino anti Covid 19 e conseguenze giuridiche per il personale sanitario nelle recenti sentenze di Verona e Modena*, in *Il Giuslavorista*, 4 agosto 2021.

4. Obbligo vaccinale alla luce del d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021: le questioni affrontate, quelle parzialmente risolte e quelle aperte.

A questo punto, ricostruito il “prima” dell’obbligo vaccinale, veniamo al “dopo”. Con il decreto legge 44/2021¹²⁵, entrato in vigore il primo aprile del 2021, la situazione si ritiene risolta almeno in parte attraverso l’introduzione *ex lege* dell’obbligo di sottoporsi alla vaccinazione per coloro che sono esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario.

Innanzitutto, occorre porre in luce che l’obbligo è circoscritto a categorie specificamente previste dal testo di legge, non esteso perciò in maniera generalizzata. La norma con profili lavoristici di rilievo è l’art. 4, rubricata «disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2, mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario», articolata su 12 commi. Si tratta di una norma che “dice” molto sul piano sostanziale, anche per ciò che non prevede, con implicazioni per il rapporto di lavoro, a partire dagli aspetti procedurali-comunicativi da parte degli ordini professionali territoriali e dei datori di lavoro¹²⁶. Su tale aspetto, la procedura non è esente da rilievi critici per le incongruenze e la farraginosità sul piano della “catena” di comunicazioni¹²⁷. In ogni caso, oltre a fissare un termine massimo temporale (31 dicembre 2021), la norma stabilisce un duplice obiettivo, seppur generico, che va oltre la dimensione propriamente lavoristica, assumendo un connotato di vera e propria norma di sistema: «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»¹²⁸. Occorre approfondire la *ratio* sottesa a tale duplice finalità, da cui discende, lo ripetiamo, un obbligo vaccinale non onnicomprensivo bensì delimitato a chi opera nei settori di cura e assistenza. A nostro avviso, con tale delimitazione il legislatore ha confermato che il Covid-19, per quanto possa essere ubiquitario e trasversale, rappresenta nel settore sanitario un rischio «aggravato fino a diventare specifico»¹²⁹, constatazione suffragata dalle indicazioni statistiche provenienti dall’INAIL¹³⁰.

Sul piano delle implicazioni sul rapporto di lavoro, la disciplina in oggetto prevede che se il prestatore, rientrante nelle categorie professionali operanti in contesti individuati dalla norma¹³¹,

¹²⁵ D.l. 1 aprile 2021, n. 44 «misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici» pubblicato in G.U. Serie Generale n. 79 dell’1 aprile 2021, entrato in vigore lo stesso giorno. Il decreto è stato convertito con modificazioni dalla l. 28 maggio 2021, n. 76, pubblicata in G.U. 31 maggio 2021, n. 128. Inoltre, nel medesimo capo riguardante «misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da Covid-19 e in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2», fra le altre norme, è stata esclusa espressamente la responsabilità penale degli operatori sanitari per eventi avversi nelle ipotesi di uso conforme del vaccino (art. 3).

¹²⁶ Art. 4, co. 3 e 6 d.l. 44/2021.

¹²⁷ F. SCARPELLI, *op. cit.* Altresì, C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., p. 152.

¹²⁸ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

¹²⁹ S. BUOSO, *op. cit.*, p. 142-143, nel richiamare la nota INAIL n. 3675 del 17 marzo 2020 e la circolare n. 13/2020 che ricomprende anche i lavoratori del comparto sanitario. Si tratta in ogni caso di situazioni non esaustive, lo sottolinea F. AMENDOLA, *op. cit.*, p. 48-49; ulteriormente G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *op. cit.*; M. T. CARINCI, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19, in Labor. Il lavoro nel diritto*, 4, 2020, p. 385 ss.

¹³⁰ Si rileva come la categoria degli operatori sanitari è «certamente esposta ad un maggiore rischio di contatto con l’agente virale», così *Monitoraggio sugli operatori sanitari risultati positivi a COVID-19 dall’inizio dell’epidemia fino al 30 aprile 2020: studio retrospettivo in sette regioni italiane*, Marzo 2021, p. 29, consultabile all’indirizzo www.inail.it (ultima consultazione 31/07/2021).

¹³¹ Gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che prestano la loro attività in strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie o parafarmacie e negli studi professionali ai sensi dell’art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

non osserva l'obbligo vaccinale, a meno che non sia giustificato da un pericolo per la salute¹³² ed in mancanza di mansioni alternative disponibili, anche inferiori, in grado di escludere contatti interpersonali o a rischio di diffusione del contagio da Covid-19¹³³, tale inadempimento determina la sospensione dalla prestazione e dalla retribuzione¹³⁴, fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o al compimento del piano vaccinale e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021¹³⁵. Un ulteriore elemento di rilievo che emerge dall'esame della norma è la temporaneità della misura, enunciato già dal primo comma del citato articolo¹³⁶. L'esclusione dall'obbligo opera, tuttavia, per coloro che hanno un accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate attestata dal medico di medicina generale. In questa limitata ipotesi, la vaccinazione non è obbligatoria e può essere omessa o differita¹³⁷.

Pertanto, sul piano delle conseguenze nell'ambito del diritto del lavoro, sussiste una differenza di trattamento in relazione agli effetti tra chi ha l'obbligo, ma è giustificato a non vaccinarsi; e chi, diversamente, non ha giustificazioni e la cui inosservanza all'obbligo vaccinale comporta da parte del datore di lavoro l'applicazione di un provvedimento distinto. Un elemento in comune, del tutto logico e comprensibile, è che in entrambe le ipotesi l'obbligo all'adibizione a mansioni diverse richiede che si provveda ad una adibizione a mansioni tali da non implicare rischi di diffusione del contagio¹³⁸. La distinzione tra le due ipotesi, invece, riguarda gli effetti sul piano giuridico. Il lavoratore che abbia un giustificato motivo di rifiutare il vaccino è adibito a mansioni diverse *senza decurtazione della retribuzione*, fatte salve l'applicazione delle norme temporanee relative ai cd. lavoratori fragili a favore dei quali l'assenza dal lavoro è considerata come ricovero ospedaliero, potendosi accedere alla retribuzione spettante in queste circostanze¹³⁹. Diversamente, chi non abbia un motivo giustificato è suscettibile di essere trasferito a mansioni anche di livello professionale inferiore con il trattamento retributivo corrispondente; per di più, se nei suoi confronti risulta impossibile la ricollocazione a mansioni che non implicano rischi di diffusione del

¹³² Art. 4, co. 2 d.l. 44/2021.

¹³³ Art. 4, co. 6 e 8 d.l. 44/2021.

¹³⁴ Art. 4, co. 6 d.l. 44/2021.

¹³⁵ Art. 4, co. 9 d.l. 44/2021.

¹³⁶ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

¹³⁷ Art. 4, co. 2 d.l. 44/2021.

¹³⁸ Art. 4, co. 6 e 10 d.l. 44/2021.

¹³⁹ Art. 4, co. 10 d.l. 44/2021, che richiama l'art. 26, co. 2 e 2-bis del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, a norma dei quali, nella versione attualmente in vigore: «2. Fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del comma 2-bis, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. A decorrere dal 17 marzo 2020, i periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporto; per i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. È fatto divieto di monetizzare le ferie non fruita a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma. 2-bis. A decorrere dal 16 ottobre 2020 e fino al 30 giugno 2021, i lavoratori fragili di cui al comma 2 svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto».

contagio, si provvede alla sospensione del rapporto *con la decurtazione della retribuzione e di altri compensi laddove fossero previsti*. Tale misura è efficace fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale, o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2021¹⁴⁰. Da questo punto di vista, un ulteriore elemento da evidenziare è la mancata previsione del ricorso al licenziamento, ferma, come estrema possibilità, la sospensione temporanea del rapporto senza retribuzione nei confronti di coloro che non hanno una giustificazione di tipo medico per omettere o differire la vaccinazione.

In quest'ultima circostanza si è osservato, in modo condivisibile, che sul piano giuridico il rifiuto senza giustificato motivo dovuto ad una ragione di salute rappresenta un «ibrido» tra un inadempimento agli obblighi derivanti dal contratto di lavoro e un'impossibilità sopravvenuta e temporanea alla mansione, tale da rendere legittima l'applicazione di misure tipizzate che sono di progressiva gravità e hanno un carattere sanzionatorio¹⁴¹. Invece, altra dottrina ha valutato impropria la definizione legislativa di obbligo alla vaccinazione «senza prevedere alcuna conseguenza sanzionatoria»: la vaccinazione rappresenta un requisito della prestazione di lavoro, andando ad incidere sulla «possibilità/esigibilità» della stessa e ricadendo «in quanto espressione del diritto di autodeterminazione della persona, in un onere per il lavoratore», così da ripercuotersi sulla continuazione o sulla sospensione e interruzione del rapporto di lavoro¹⁴². In altre parole, l'ipotesi ex art. 4, co. 8, configura la tipizzazione di un effetto legale connesso alla valutazione di un requisito essenziale, non assoluto ma relativo alle mansioni di contatto, ai fini dello svolgimento della prestazione¹⁴³.

A nostro avviso, l'ipotesi della sospensione senza retribuzione, laddove non sia possibile l'assegnazione a mansioni diverse anche inferiori, rappresenta una misura con tratti sanzionatori *sui generis*¹⁴⁴, che si distingue da quelle tipicamente comminate al termine di un procedimento disciplinare¹⁴⁵. A conforto di tale prospettazione segnaliamo una recente pronuncia di merito del Tribunale di Verona la quale, in tema di revoca del provvedimento di sospensione del rapporto di lavoro senza retribuzione, ha rigettato il ricorso in via cautelare di una lavoratrice che si era

¹⁴⁰ Art. 4, co. 9 d.l. 44/2021.

¹⁴¹ L. TASCHINI, *op. cit.*, p. 14-15 e 20.

¹⁴² R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 326-327.

¹⁴³ P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 161.

¹⁴⁴ Di tipizzazione di una specifica sanzione per l'inadempimento all'obbligo vaccinale parla C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., p. 159.

¹⁴⁵ La misura non è dissimile da quelle disposte, ad esempio, nel comparto sanità dove tra le sanzioni tipizzate all'interno del contratto collettivo è prevista la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione a seconda della gravità dell'infrazione commessa dal dipendente. In particolare, ai sensi dell'art. 65, co. 1 lett. d), la «sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni» ed e), la «sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di sei mesi», costituiscono sanzioni disciplinari applicate, previo procedimento disciplinare, secondo la gravità dell'infrazione commessa dal lavoratore in violazione degli obblighi a cui il dipendente del comparto è tenuto ai sensi dell'art. 64 del contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto sanità triennio 2016-2018. In una recente pronuncia della giurisprudenza di merito, per un giudizio relativo ad un caso verificatosi prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, nel quale il giudice, nel rigettare il ricorso proposto da una dipendente di una RSA contro il provvedimento datoriale che aveva collocato quest'ultima in aspettativa non retribuita a seguito della sua mancata adesione alla campagna vaccinale anti-Covid 19 implementata nel gennaio-febbraio 2021 dalla Regione Lombardia, ha escluso che tale provvedimento riveste una «connotazione di natura disciplinare o sanzionatoria, avendo bensì una connotazione eminentemente cautelare, trattandosi di misura atta a tutelare l'integrità e le migliori condizioni di salute dei propri collaboratori, degli ospiti e di tutti gli utenti della RSA, potendo avere il rifiuto della vaccinazione, in momento di intensa diffusione del virus SARS-COV-19, potenziali gravi conseguenze sulla salute dei medesimi soggetti, comprese gravi complicanze di salute e decesso», così Trib. Milano, 22 luglio 2021, consultabile sul sito www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

rifiutata di sottoporsi alla vaccinazione. Il giudice si è espresso affermando che «appare difficile sostenere che un rifiuto ingiustificato di sottoporsi alla vaccinazione possa essere, soprattutto in alcune condizioni specifiche, del tutto privo di rilevanza al diverso livello disciplinare, tanto più una volta che il lavoratore si dimostri consapevole delle complicazioni che la propria condotta comporta per l'organizzazione datoriale»¹⁴⁶. La rilevanza di tale condotta non è dunque affatto estranea ad una valutazione disciplinare, e questa prima interpretazione giurisprudenziale potrebbe aprire la strada verso un licenziamento per ragione soggettive anziché, come proposta da una parte della dottrina, per motivo oggettivo (*supra* par. 3).

Le considerazioni sulle possibili conseguenze sul piano del rapporto di lavoro sollecitano una riflessione sulle ricadute sistematiche circa gli effetti che possono derivare per chi non rientra nel campo di applicazione dell'art. 4. Infatti, la valutazione di inidoneità alla mansione del prestatore non vaccinato e non rientrante nel campo di applicazione del decreto rischierebbe di portare ad una conseguenza potenzialmente più grave ai sensi degli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 81/2008, come precedentemente esaminato (*supra* par. 3), rispetto a chi è sottoposto all'obbligo ma si rifiuta senza un valido motivo. A tal proposito, nei primi commenti alla norma è stato osservato come paradossalmente, qualora non fossero disponibili mansioni diverse "non di contatto" anche di livello inferiore con la conservazione però del trattamento retributivo di provenienza¹⁴⁷, il prestatore non obbligato che si rifiuta di vaccinarsi potrebbe subire un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Per tale motivo, nel paventare un rischio di «effetto domino» sui settori non rientranti nell'obbligo vaccinale, si è prospettata un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 alla luce dell'art. 3 Cost., in quanto la sospensione senza retribuzione, come *extrema ratio* per chi è obbligato e non vaccinato ai sensi dell'art. 4 co. 8 del d.l. 44/2021, potrebbe invece rappresentare un rimedio eccessivo per chi, tra i prestatori non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4, non intende sottoporsi alla vaccinazione¹⁴⁸. L'auspicio di tale orientamento, emerso a fronte della constatazione di una non ponderata valutazione da parte del legislatore sulle ricadute sistematiche dell'art. 4, in particolare nell'ambito esterno al settore sanitario, era di poter vedere, in sede di conversione in legge del decreto, una specifica ridefinizione legislativa delle conseguenze a seguito della valutazione di inidoneità (es.: preclusione del licenziamento, sospensione) in tutti quei contesti fuori dal campo di applicazione dell'art. 4. Tuttavia, tale ridefinizione non è avvenuta.

Restano ulteriori dubbi, in parte chiariti in sede di conversione, come quelli attinenti all'ambito soggettivo, riguardanti in particolare l'individuazione dei soggetti tenuti all'obbligo vaccinale: come analizzato in precedenza, si tratta degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. A tal proposito, in sede di conversione del d.l. 44/2021 è stato inserito il rinvio esplicito alla normativa di riferimento per le professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica,

¹⁴⁶ Trib. Verona, ordinanza del 16 giugno 2021, a quanto consta inedita.

¹⁴⁷ A differenza di quanto previsto per il prestatore obbligato e non vaccinato ai sensi dell'art. 4, co. 8 d.l. 44/2021.

¹⁴⁸ P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 162-163. Invece, Trib. Roma, Sez. Lav., n. 18441 del 3 agosto 2021 per un caso, a quanto risulta al di fuori dal settore di cura e assistenza, riguardante un prestatore, rifiutatosi di sottoporsi a vaccinazione e dichiarato inidoneo parzialmente allo svolgimento delle mansioni a seguito della valutazione del medico competente. In particolare, non potendo essere «in contatto con i residenti del villaggio», e nei suoi confronti vi è stata una sospensione dal lavoro e dalla retribuzione ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 81/08, ritenuta legittima dal giudice del lavoro che ha richiamato tra le varie pronunce Trib. Modena, 19 maggio 2021, cit.

riabilitativa, tecnico-sanitaria e della prevenzione¹⁴⁹. In particolare, la disposizione stabilisce la competenza a livello regionale per l'individuazione e la formazione dei profili di operatori di interesse sanitario non riconducibili alle professioni sanitarie. In questo modo, alla legislazione regionale viene consentito di integrare le possibili fattispecie, ma rileviamo criticamente come l'integrazione alla norma possa aumentare la frammentarietà, facendo venire meno l'unitarietà della scelta di politica legislativa, quando invece si sarebbe potuto accogliere il suggerimento proposto dottrinale di rinviare alla nozione di «lavoratore» ai sensi dell'art. 2, co. 1 lett. a) d.lgs. 81/2008¹⁵⁰. Tale rinvio non è stato accolto in sede di conversione del decreto, lasciando irrisolto il dubbio non solo circa una mancata chiarezza di fondo su coloro che rientrano nella categoria delle professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario¹⁵¹, ma anche rispetto alla possibilità di estendere in via analogica la disciplina in esame anche a coloro che, pur prestando un'attività lavorativa in strutture rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4 co. 1, non paiono essere soggetti all'obbligo vaccinale. È il caso, per esempio, degli addetti alle pulizie che operano nelle strutture ospedaliere tramite contratti di appalto; gli addetti alla sicurezza presenti agli ingressi degli *hub* dove vengono compiute le vaccinazioni, o gli addetti alla *reception* all'interno delle strutture sanitarie assistenziali¹⁵²; oppure il caso del personale presente nei laboratori di ricerca dove il Covid-19 viene introdotto appositamente nel ciclo produttivo ai fini di ricerca¹⁵³. Inoltre, sempre sul piano dell'ambito soggettivo di applicazione, considerando che la norma utilizza locuzioni come «datori di lavoro» e «retribuzione», emerge il dubbio se siano ricompresi tutti i lavoratori presenti in tali strutture indipendentemente dall'esistenza di rapporti di lavoro subordinato, come ad esempio coloro che operano in somministrazione di lavoro, oppure chi ha un contratto di collaborazione autonoma ex art. 409, co. 3 c.p.c.; i medici specializzandi che operano tramite un contratto di formazione specialistica che non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro; o, ancora, i liberi professionisti titolari di partita IVA. Proprio rispetto a queste ultime tipologie di rapporto, mentre è escluso che possa applicarsi la misura dell'eventuale demansionamento ex art. 4, co. 8, si potrebbe avanzare l'ipotesi di applicare la sospensione senza compenso. A tal proposito, mettiamo in luce la criticità di non aver previsto espressamente misure appropriate in caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale anche nei confronti di chi lavoratore subordinato non è. Potrebbe venirsi a creare una irragionevole disparità di trattamento tra i lavoratori con contratti di lavoro subordinato tenuti all'obbligo e soggetti alle ipotesi tipizzate ex art. 4, co. 8 rispetto a chi non ha una tipologia di rapporto di questo tipo. Ad esempio, nei confronti di chi è titolare di un contratto di collaborazione potrebbe disporsi da parte del committente in via diretta la sospensione dal contratto senza potersi prevedere – stante il vuoto normativo – un ricollocamento in altra

¹⁴⁹ Art. 1, co. 2 l. 43/2006.

¹⁵⁰ O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, in *Audizione informale del 20 aprile 2021*, reperibile al sito www.senato.it (ultima consultazione 29/07/2021).

¹⁵¹ Si rinvia ai richiami operati da M. VERZARO, *op. cit.*, p. 3-4, in particolare alla l. 251/2000, al d.m. 29 marzo 2001 e all'elenco presente alla pagina delle professioni sanitarie presente sul sito del Ministero della Salute www.salute.gov.it (ultima consultazione 29/07/2021), nonché, a parere di questo A., la necessità di far rientrare anche le arti ausiliarie delle professioni sanitarie e gli appartenenti alle stesse arti che operano sulla base di una licenza prevista dalla legge (es.: ottico). Criticamente sul rinvio alla pagina del sito ministeriale O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, *cit.*, p. 12.

¹⁵² Ultimi due esempi riportati da M. VERZARO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵³ L'ultimo esempio è riportato da G. PELLACANI, *Osservazioni sull'Articolo 4 - Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*, in *Audizione informale del 20 aprile 2021*, reperibile al sito www.senato.it (ultima consultazione 29/07/2021).

posizione lavorativa o, al più, l'utilizzo di altre modalità di lavoro, come il lavoro a distanza.

Irrisolti sono anche alcuni profili legati alla procedura, che toccano aspetti lavoristici e non lavoristici. In sede di conversione del decreto, non è stato dato rilievo alle «possibili elusioni» cui può prestarsi l'accertamento e l'attestazione da parte del medico di medicina generale delle specifiche cliniche in presenza delle quali la vaccinazione non è obbligatoria e può perciò essere omessa o differita¹⁵⁴. Altrettanto importante è la questione del mancato coordinamento temporale, non risolto neanche dalla legge di conversione del decreto, a favore di chi poteva fruire entro il 30 giugno 2021 della tutela per i cd. lavori fragili¹⁵⁵ – e al momento estesa fino al 31 ottobre 2021 la sola possibilità di lavorare a distanza¹⁵⁶ – rispetto al termine del piano vaccinale, 31 dicembre 2021, richiamato in più passaggi dalla stessa norma¹⁵⁷.

In sintesi, e al netto di tali criticità, la disciplina introdotta a nostro avviso risulta opportuna, considerato l'ambito relativo alla cura e assistenza, al quale la norma si applica; è, altresì, graduale nelle misure adottate in caso di inosservanza all'obbligo vaccinale; è, ancora, parzialmente risolutiva di problematiche complesse, emerse nel dibattito dottrinale e dalle prime pronunce di merito emerse in prossimità dell'emanazione del d.l. 44/2021, ancorché non siano secondarie le paradossali ricadute di sistema che tale obbligo di legge può aprire rispetto ai settori non soggetti al campo di applicazione del decreto, che fanno riemergere le questioni affrontate dal dibattito dottrinale sopra sintetizzate (*supra* par. 3).

5. Tutela della privacy e gestione dei rapporti di lavoro in azienda: il necessario bilanciamento del potere di controllo datoriale.

Il risultato a cui è giunta la disciplina sull'obbligo vaccinale secondo l'art. 4 d.l. 44/2021, a nostro avviso, è positivo. Tuttavia, rimangono ulteriori profili di incertezza, ad esempio sul piano della gestione concreta in azienda.

¹⁵⁴ O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, cit., p. 14 che ha rilevato criticamente se «i medici di medicina generale possano avere la necessaria competenza. Si potrebbe pensare ad una certificazione redatta da medici legali, appartenenti ad una struttura sanitaria pubblica»; altresì, G. PELLACANI, *Osservazioni sull'Articolo 4 - Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*, cit., per cui «si può valutare l'opportunità di prevedere per i lavoratori e i medici, in caso di false attestazioni o certificazioni, una disciplina sanzionatoria analoga a quella prevista dall'art. 55 quinquies, commi 1 e 3 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 per i dipendenti pubblici (casomai in forma attenuata in considerazione del meno accentuato disvalore della condotta) e dunque di inserire, dopo il primo, il seguente secondo periodo "In caso di presentazione di una certificazione medica falsa o falsamente attestante specifiche condizioni cliniche l'esercente le professioni sanitarie e l'operatore di interesse sanitario di cui al presente articolo è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600. La medesima pena si applica al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto. La sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui al comma 1 comporta, per il medico, la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo ed altresì, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il servizio sanitario nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione. Le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati».

¹⁵⁵ Art. 4, co. 10 d.l. 44/2021 che richiama l'art. 26, c. 2 e 2 -bis, d.l. n. 18/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

¹⁵⁶ Art. 9, co. 1 e 2 d.l. 105/2021 in cui si prevede la proroga dell'art. 26, c. 2-bis, d.l. n. 18/2020, ma non anche del co. 2 di quest'ultimo articolo per cui, solo fino al 30 giugno 2021, in assenza di possibilità di svolgere la modalità di lavoro agile, il periodo di assenza dal servizio era equiparato al ricovero ospedaliero e tale assenza non era computabile ai fini del computo. Lo rileva E. DE FUSCO, *Persone fragili in smart working oppure salta la tutela della malattia*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2021. Inoltre, per un'interpretazione restrittiva a livello previdenziale da parte dell'INPS i messaggi n. 2584/2020, 4157/2020 e 171/2021 su cui E. DE FUSCO, *Quarantena: per l'Inps la tutela è limitata nel plafond dei 180 giorni*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2021.

¹⁵⁷ Art. 4, co. 1, 9 e 10 d.l. 44/2021.

In particolare, qualche perplessità può sorgere sotto il profilo del rifiuto al vaccino da parte di chi non rientra nelle categorie di soggetti individuati dall'art. 4 d.l. 44/2021. In assenza di una normativa di imposizione *ex lege*, "convivono" il diritto soggettivo del lavoratore a non essere sottoposto a vaccinazione, trattandosi di una libera scelta della persona che lavora come ribadito anche dal Protocollo sulle vaccinazioni del 6 aprile 2021 (*supra* par. 2), e l'esigenza, a fronte della mancata vaccinazione, di tutelare gli altri lavoratori e persone presenti in azienda ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. Per tale motivo, una campagna informativa da parte dell'azienda volta a promuovere l'adesione libera e consapevole alla vaccinazione può consentire, in mancanza di un obbligo generalizzato *ex lege*, di indurre i singoli alla somministrazione del vaccino¹⁵⁸ e ridurre le incertezze originarie dalla possibilità di esigere un certificato vaccinale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, anche in sede di assunzione, pur dovendosi tutelare la privacy.

Da questo punto di vista, una campagna di sensibilizzazione aiuterebbe, ma non sarebbe pienamente risolutiva dei problemi che possono sorgere anche sul piano giuridico¹⁵⁹. Il tema tocca, infatti, una delicata questione relativa alla gestione concreta in azienda, anche ai fini della fase di assunzione. In questa circostanza, occorre distinguere tra le ipotesi in cui si ricade nell'obbligo ex art. 4 del d.l. 44/2021 e gli altri casi. Se si rientra nel campo di applicazione del d.l. 44/2021, la situazione non parrebbe controversa, in quanto la norma stabilisce che la vaccinazione è «requisito essenziale» sia «per l'esercizio della professione» sia «per lo svolgimento delle prestazioni lavorative»¹⁶⁰. Di conseguenza è consentito al datore di lavoro informarsi sullo stato di vaccinazione del prestatore, non opponendosi la previsione dell'art. 8 l. 300/1970. Tale norma, come noto, stabilisce il divieto per il datore di lavoro di effettuare, direttamente o a mezzo di terzi, sia ai fini dell'assunzione sia nel corso di svolgimento del rapporto di lavoro, indagini sulle opinioni e su qualsiasi aspetto non rilevante ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore¹⁶¹. L'obbligo di vaccinazione *ex lege* rende la vaccinazione un requisito essenziale per l'attività lavorativa, e pertanto non sarebbe invocabile il divieto ex art. 8 l. 300 del 1970, mentre qualche dubbio può sussistere in mancanza di tale obbligo *ex lege*, come accade in tutte le realtà non sanitarie¹⁶².

Sul punto occorre osservare come le questioni riguardanti la privacy siano state affrontate già all'inizio della pandemia e risolte, in ambito legislativo, in una previsione normativa dei primi decreti legge del diritto pandemico (cd. Cura Italia), che ha fatto riferimento all'utilizzazione dei dati personali «nei casi in cui risultino indispensabili ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto», nel rispetto delle indicazioni del Regolamento

¹⁵⁸ L. TASCHINI, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁹ Da ultimo, l'avvertimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali alla Regione Sicilia, 22 luglio 2021, consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9683768 (ultima consultazione 31/07/2021).

¹⁶⁰ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

¹⁶¹ Nel richiamare anche la normativa europea e nazionale in materia di privacy R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 335 ss.

¹⁶² In merito, G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista Nuova di Diritto del Lavoro*, 1, 2021, p. 12, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021). Di diverso avviso, C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., p. 155.

europeo 2016/679¹⁶³. Invece, la questione se, oltre al medico aziendale, anche il datore di lavoro possa acquisire informazioni sul personale vaccinato, ha diviso la dottrina tra chi lo ritiene ammissibile, ancorché rappresenti un dato sensibile ma comunque necessario per gestire la prevenzione dal rischio contagio¹⁶⁴; e chi, invece, lo esclude trattandosi di informazioni protette dalla privacy¹⁶⁵. In merito, il 13 maggio 2021 è intervenuta l'Autorità garante per la protezione dei dati personali che, dopo essersi già espressa a metà febbraio 2021 affrontando una serie di questioni in tema di acquisizione dei nominativi del personale vaccinato¹⁶⁶, ha diramato un parere con indicazioni generali ai fini del trattamento dei dati personali sulla vaccinazione nei luoghi di lavoro¹⁶⁷. Non possono sottacersi alcuni dubbi sulla compatibilità tra le indicazioni in materia di tutela della privacy che fornisce l'Autorità garante e la concreta gestione operativa in azienda. Sotto tale profilo, escludendo esplicitamente le ipotesi rientranti nell'art. 4 del d.l. 44/2021, l'Autorità garante afferma, per la verità in maniera generica, che «sulla base dello stato della regolazione attualmente in vigore e stante la libertà di scelta garantita in capo alle persone in ambito vaccinale, non è consentito *far derivare alcuna conseguenza, né positiva né negativa*, in ragione della libera scelta del lavoratore in ordine all'adesione o meno alla campagna vaccinale» (corsivo nostro). In linea con quanto già affermato, l'Autorità precisa che del tema della gestione della vaccinazione in azienda si occupa il medico aziendale, sia nella fase di somministrazione sia nella fase procedurale di raccolta delle adesioni, predisposizione del calendario vaccinale e registrazione. Inoltre, il datore di lavoro non può conoscere l'identità di chi si vaccina e deve anche evitare di raccogliere altri dati personali connessi con la campagna vaccinale. Infine, «tenuto conto dello squilibrio del rapporto tra titolare e interessato nel particolare contesto lavorativo, il consenso dei dipendenti non può costituire un valido presupposto di liceità»¹⁶⁸. A questo proposito, nel tenere ferma la distinzione tra diritto alla riservatezza sulla vaccinazione e scelta di sottoporsi o meno a questa, si è osservato che il datore di lavoro, non legittimato a conoscere se il prestatore risulti o meno vaccinato, può solo venire a conoscenza dei giudizi di idoneità allo svolgimento della mansione da parte del medico competente: non sarebbe possibile aggirare l'assenza di obbligatorietà al vaccino, prevista dalla legge per le sole ipotesi *ex art. 4 del d.l. 44/2021* (*supra* par. 4), in quanto «il datore non ha un potere di controllo sullo stato di salute dei propri

¹⁶³ Art. 17-bis del d.l. n. 18/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2020, su cui P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, op. cit., p. 15; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, p. 345 ss.

¹⁶⁴ A. MARESCA, *op. cit.*

¹⁶⁵ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *op. cit.*, p. 111 ss.; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, op. cit.

¹⁶⁶ FAQ - Trattamento di dati relativi alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo per cui «il medico competente non può comunicare al datore i nominativi dei dipendenti vaccinati. Solo il medico competente può infatti trattare i dati sanitari dei lavoratori e tra questi, se del caso, le informazioni relative alla vaccinazione, nell'ambito della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell'idoneità alla mansione specifica (artt. 25, 39, comma 5, e 41, comma 4, d.lgs. n. 81/2008). Il datore di lavoro può invece acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi riportati (es. art. 18 comma 1, lett. c), g) e bb) d.lgs. n. 81/2008)». Documento consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9543615 (ultima consultazione 29/07/2021).

¹⁶⁷ Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali". Documento consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9585300 (ultima consultazione 29/07/2021).

¹⁶⁸ Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali", op. cit., p. 4.

dipendenti»¹⁶⁹.

In merito si possono muovere due osservazioni. La prima riguarda la questione se lo stato di vaccinato sia indicativo dello stato di salute e, quindi, rientrante nella protezione dei dati personali; oppure, come prospettato a nostro avviso in maniera non convincente, lo stato di vaccinato costituisce solo una condizione personale che deriva dalla vaccinazione, da intendersi quale evento preventivo e non curativo, perciò non indicativo dello stato di salute¹⁷⁰. La seconda, sul piano più strettamente operativo, attiene a come la gestione concreta in azienda potrebbe risentire delle condizioni poste dall'Autorità garante, innanzitutto in vista dell'allontanamento temporaneo del prestatore di lavoro ai fini della vaccinazione che implica un assetto organizzativo non gestibile dal solo medico competente¹⁷¹.

Sul piano dell'inquadramento giuridico, è opportuno tenere distinto il divieto di divulgazione dei dati personali, secondo l'interpretazione datane dall'Autorità garante, dalla possibilità per il datore di lavoro, tramite il medico competente, di venire o meno a conoscenza dei nominativi di chi non si è sottoposto alla somministrazione vaccinale, al fine di apprestare le misure più idonee per la salute di tutti. Da questo punto di vista, è utile il richiamo all'accertamento della sieropositività dei dipendenti. Pur essendo da escludere un parallelismo tra accertamento della sieropositività e obbligo di vaccinazione (*supra* par. 3), un'analogia potrebbe sussistere tra accertamento della sieropositività, quale condizione per svolgere attività che comportano rischi per la salute dei terzi secondo l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale¹⁷², ed accertamento della vaccinazione, come conoscenza dello stato di avvenuta o meno vaccinazione. La conoscenza di detto stato è sostenibile solo nei casi in cui quest'ultimo costituisce un requisito essenziale ai fini dell'attività di lavoro in base alla situazione concreta da valutare da parte del medico competente, in maniera analoga all'obiettivo di prevenzione da rischio di diffusione del contagio da Covid-19 che può comportare, in caso di mancata vaccinazione, la sospensione dal lavoro ai sensi dell'art. 4 del d.l. 44/2021.

In conclusione, non pare controverso che l'accertamento dello stato di vaccinazione avvenga nel

¹⁶⁹ L. D'ARCANGELO, *Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy n. 198 del 2021*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 1, 2021, p. 192, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

¹⁷⁰ Hanno sollevato la questione, ancor prima del parere di maggio 2021 da parte dell'Autorità, R. ZALLONE, A. STANCHI, *Vaccinazione dei dipendenti, il datore tra i due fuochi di legge e garante*, in *Guida al Lavoro*, 17, 16 aprile 2021, p. 15, richiamando però l'Autorità garante inglese, che è dell'avviso per cui lo stato di vaccinato è relativo allo stato di salute, quindi si tratta di un dato di natura particolare.

¹⁷¹ Criticamente al riguardo, A. BOTTINI, *Vaccinazioni in azienda complicate dalla privacy*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2021, anche con riferimento all'equiparazione del tempo necessario per la vaccinazione all'orario di lavoro, senza che venga utilizzato un permesso da parte del lavoratore. L'Autorità garante di fatto riconosce la possibilità di una forma di conoscenza dello stato di vaccinazione, sul punto ha affermato che «quando la vaccinazione viene eseguita durante il servizio, il tempo necessario alla medesima è equiparato a tutti gli effetti all'orario di lavoro (cfr. punto 15 protocollo cit.). In tal caso si potrà quindi procedere alla giustificazione dell'assenza, ove richiesto, con le modalità ordinarie stabilite nei contratti collettivi nazionali applicabili, ovvero mediante rilascio da parte del soggetto che somministra la vaccinazione all'interessato di un'attestazione di prestazione sanitaria indicata in termini generici. Resta salvo che ove dall'attestazione prodotta dal dipendente sia possibile risalire al tipo di prestazione sanitaria da questo ricevuta, il datore di lavoro, salva la conservazione del documento in base agli obblighi di legge, dovrà astenersi dall'utilizzare tali informazioni per altre finalità nel rispetto dei principi di protezione dei dati [...] e non potrà chiedere al dipendente conferma dell'avvenuta vaccinazione o chiedere l'esibizione del certificato vaccinale [...]» (corsivo nostro). Così Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali", cit., p. 6.

¹⁷² R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 335, nel richiamare Corte Cost. 218/1994.

caso in cui si rientri nelle categorie professionali previste dal d.l. 44/2021, ma la conoscenza del personale vaccinato o non vaccinato come strumento di prevenzione potrebbe a nostro avviso essere estesa a tutti gli altri casi dove si manifesti il rischio da contagio scientificamente accertato. Restando, in ogni caso, imprescindibile la verifica dell'idoneità alla mansione specifica redatta dal medico competente, riteniamo possibile l'accertamento dello stato di vaccinazione, da intendersi quale strumento al fine di prevenire il rischio da contagio, nel rispetto dell'art. 2087 cod. civ. Tale accertamento potrebbe essere previsto e disciplinato da un contratto collettivo aziendale o da un protocollo condiviso in azienda finalizzato alla valutazione i rischi per la salute e la sicurezza, come suggerito di recente¹⁷³, ferme le specifiche cautele da approntare caso per caso.

6. Considerazioni conclusive. Dall'obbligo vaccinale al green pass: andata e ritorno?

Non si può che giungere al termine di questo contributo a conclusioni del tutto provvisorie, considerato il continuo evolversi del quadro di norme legislative approvate nell'ultimo periodo e tuttora in corso di individuazione e definizione¹⁷⁴.

Al di là della dimensione regolativa che incide sul rapporto di lavoro, la tematica dei vaccini solleva delicate questioni etiche che intrecciano non solo aree disciplinari distinte, ma anche interrogativi di fondo non necessariamente risolti o risolvibili da una regola imposta. Pensiamo al tema della solidarietà che contraddistingue la tematica della salute, dove l'individuale e il collettivo sono inscindibilmente connessi¹⁷⁵. In tal senso, il diritto del lavoro rappresenta uno dei possibili terreni per verificare le implicazioni giuridiche di tale intreccio, come risulta dalla disciplina legislativa che ha articolato in modo differenziato la posizione di coloro che non sono giustificati a rifiutare il vaccino rispetto a coloro che, invece, sono esentati dall'obbligo vaccinale. La norma analizzata (*supra* par. 4), con lo scopo di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza¹⁷⁶, circoscrive l'efficacia soggettiva dell'obbligo vaccinale e configura in modo opportunamente graduato strumenti (invito all'adempimento dell'obbligo vaccinale, demansionamento e, in ultima ipotesi, sospensione della prestazione lavorativa senza retribuzione) finalizzati a promuovere l'effettività della vaccinazione e la protezione nei confronti di chi – pensiamo, per esempio, a chi è impossibilitato a vaccinarsi per

¹⁷³ Quale base giuridica per acquisire dati sul personale vaccinato in azienda tenuto conto del Considerando 155 del Regolamento europeo 2016/679, suggerito da A. INGRAO, A. MARESCA e R. ROMEI al webinar *Privacy by Emergency. La Commissione di certificazione intervista l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali in tema di trattamento dei dati sanitari e vaccinali dei lavoratori*, con I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, A. MARESCA, F. MODAFERRI, R. ROMEI, promosso dalla Commissione di Certificazione, Dipartimento di Economia e Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma Tre e il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università La Sapienza di Roma, 30 giugno 2021. Tuttavia, sul ruolo comunque necessario del medico competente rispetto alla pretesa informativa da parte del datore di lavoro, da ultimo A. INGRAO, *Pandemia, protezione dei dati personali, accertamenti sanitari, vaccini, green pass e dintorni*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 3, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

¹⁷⁴ Una delle più recenti notizie è la risposta positiva del Presidente del Consiglio Mario Draghi, a cui è seguita quella del Ministro della Salute Roberto Speranza, nella Conferenza Stampa del Governo del 2 settembre 2021, alla domanda riguardante la possibile estensione dell'obbligo vaccinale anti Covid-19, oltre a quanto già previsto ai sensi del d.l. 44/2021, e del green pass «non “se”, ma “a chi” e quanto svelti» (testualmente le parole del Presidente del Consiglio), così 2 settembre 2021, *Conferenza stampa del Presidente Draghi e dei Ministri Speranza, Bianchi, Giovannini e Gelmini*, trascrizione sul sito del Governo italiano, Presidenza del Consiglio dei Ministri, consultabile all'indirizzo <https://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-draghi-e-dei-ministri-speranza-bianchi-giovannini-e> (ultima consultazione 05/09/2021).

¹⁷⁵ C. CASONATO, M. TOMASI, *Valore e ruolo del principio costituzionale della solidarietà nello sviluppo, produzione e distribuzione dei vaccini*, in M. ANNONI (a cura di), *Etica dei vaccini. Tra libertà e responsabilità*, Roma, 2021, p. 103 ss.

¹⁷⁶ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

motivi di salute – può subire il contagio da parte del prestatore che non intende vaccinarsi senza un motivo valido.

Un tema di questo rilievo e con tali implicazioni, dove è la stessa scienza medica talvolta a portare più dubbi che certezze¹⁷⁷, si presta a scenari in cui la contrapposizione “obbligo sì - obbligo no” può generare solo maggiori perplessità, in assenza di un dettato normativo generalizzato. Nell’attuale contesto di assenza di un obbligo vaccinale *ex lege* generalizzato, il legislatore, al di fuori delle ipotesi di cui all’art. 4 d.l. 44/2021, è intervenuto, al momento, con l’introduzione della certificazione verde Covid-19 (cd. green pass), prevedendone l’impiego in alcuni contesti lavorativi¹⁷⁸. Si è operato stabilendo un meccanismo di possesso ed esibizione, finalizzato all’accesso ad alcuni contesti, solo tramite green pass. In questo modo, solo apparentemente viene superato il tema dell’obbligo vaccinale in relazione al rapporto di lavoro, rappresentando il green pass un obbligo indiretto, in forma di incentivo alla vaccinazione.

A questo proposito, appare di interesse un breve raffronto fra l’ambito già esaminato della cura e dell’assistenza in ambito sanitario¹⁷⁹ rispetto al settore dell’istruzione, recentemente fatto oggetto di intervento normativo. In tale ultimo settore è previsto, infatti, non già l’obbligo vaccinale ma l’impiego del green pass per «tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario», con alcuni aspetti meritevoli di evidenza sotto il profilo giuslavoristico¹⁸⁰. Si può

¹⁷⁷ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *op. cit.*, p. 83. Una riprova della delicatezza del tema è ricavabile dal ricorso al TAR di Brescia e Milano da parte di operatori sanitari rientranti nel campo di applicazione del d.l. 44/2021 e contrari all’obbligo di vaccinazione, come riportato sulla stampa L. DE VITO, *La class action di medici e sanitari “Abolite l’obbligo di vaccinarsi”*, in *la Repubblica*, 4 luglio 2021.

¹⁷⁸ Il certificato verde Covid 19 è stato introdotto dall’art. 9 d.l. 52/2021, convertito in l. 87/2021, il cui impiego è stato esteso dai d.l. 105/2021 e 111/2021 a vari ambiti, da ultimo quello scolastico e universitario e nei mezzi di trasporto, a partire dal primo settembre 2021 fino al 31 dicembre 2021. Per una prima analisi, G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, in *WP Salus*, 7, 2021 reperibile su <http://salus.adapt.it/pubblicazioni/> (ultima consultazione 31/08/2021). Per alcuni rilievi critici sulla regolazione nei settori dell’istruzione e del trasporto, V. AZZOLINI, *La scuola riapre ma manca chiarezza su trasporti e test*, in *Domani*, 2 settembre 2021. Al momento di chiusura del presente contributo, si può richiamare il vivace dibattito che ha riguardato sia la vaccinazione sia il green pass da diverse prospettive disciplinari, a partire dall’opinione critica espressa da M. CACCIARI, G. AGAMBEN, *A proposito del decreto sul “green pass”*, in *Istituto Italiano per gli Studi Filosofici*, 26 luglio 2021 in www.iisf.it (ultima consultazione 29/07/2021), a cui sono seguiti i singoli commenti dei due filosofi, M. CACCIARI, *Perché dico no al “green pass”*, in *La Stampa*, 28 luglio 2021; G. AGAMBEN, *Non discutiamo la vaccinazione, ma l’uso politico del green pass*, in *La Stampa*, 30 luglio 2021; e una serie di repliche, tra le quali, F. BARBERA, *Green pass, una «spinta gentile» per gli indecisi*, in *Il Manifesto*, 15 agosto 2021, in www.ilmanifesto.it (ultima consultazione 20/08/2021); M. MAGATTI, *Com’è difficile tenere assieme la libertà e la responsabilità*, in *Il Corriere della Sera*, 7 agosto 2021; e, sul piano della scienza medica, S. GARATTINI (a cura di L. VARLESE), *Le mie risposte a Cacciari sul vaccino, punto per punto*, in *The Huffington Post*, 28 luglio 2021, in www.huffingtonpost.it (ultima consultazione 20/08/2021). Più in generale sui profili giuridici relativi al green pass, tra i primi commenti riportati sulla stampa, M. AINIS, *Tra doveri e libertà*, in *la Repubblica*, 26 luglio 2021; M. BROLLO, *Il green pass in azienda*, in *Messaggero Veneto*, 23 luglio 2021; M. BROLLO, *Il certificato è un atto di responsabilità civile e morale*, in *Messaggero Veneto*, 29 agosto 2021; D. PIRONE, intervista a S. CASSESE, *Sì al Green Pass sul lavoro, prevale il diritto alla salute*, in *Il Messaggero*, 27 luglio 2021; M. DEL CONTE, *La Costituzione non impedisce il Green pass sul lavoro, anzi*, in *Il Foglio*, 23 luglio 2021; M. FAIOLI, *Contro i No vax sul lavoro alle imprese basta già il contratto collettivo*, in *Il Foglio*, 23 luglio 2021; R. GUARINIELLO, *Vaccinazione dei lavoratori: l’azienda può chiedere il green pass?*, in *Ipsosa*, 31 luglio 2021, in www.ipsosa.it (ultima consultazione 31/07/2021). Inoltre, le posizioni espresse da P. ICHINO in merito, consultabili sul sito www.pietroichino.it (ultima consultazione 20/08/2021) e, sul versante costituzionalistico, quelle riportate sul sito laCostituzione.info, a partire dall’intervento di R. BIN, *Greenpass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, <http://lacostituzione.info>, 26 luglio 2021 (ultima consultazione 20/08/2021).

¹⁷⁹ Art. 4 del d.l. 44/2021, *supra* par. 4.

¹⁸⁰ Art. 9-ter d.l. 52/2021 inserito dall’art. 1, co. 9 d.l. 111/2021, riguardante anche gli studenti universitari. Non si prendono in considerazione in queste righe conclusive le pur importanti disposizioni di legge riguardanti l’impiego della certificazione verde per l’accesso ad alcuni servizi ed attività (art. 3 d.l. 105/2021 anche di introduzione dell’art. 9-bis al d.l. 52/2021 convertito in l. 87/2021) e necessaria per i «soggetti» che vogliono accedere ai mezzi di trasporto (art. 2 d.l. 111/2021 che ha inserito l’art. 9-quater d.l. 52/2021 convertito in l. 87/2021). Al momento di chiusura del contributo è in corso l’iter parlamentare di conversione dei d.l. 105/2021 e 111/2021 e il dibattito sull’estensione del green pass a seguito del confronto tra le parti sociali.

rilevare come le finalità di entrambe le normative siano analoghe – la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione di servizi ritenuti essenziali¹⁸¹ – mentre diverse risultano le tecniche regolative adottate. In particolare, per l'ambito dei servizi di cura e assistenza la vaccinazione è in maniera diretta un requisito essenziale per l'esercizio della professione, mentre per l'ambito dell'istruzione è la certificazione verde a comprovare lo stato di avvenuta vaccinazione, o di guarigione dal Covid-19 o l'effettuazione di un tampone con risultato negativo e attestante, per tutte queste ipotesi, che «il soggetto che la esibisce non è affetto dal virus e quindi non è un potenziale vettore di contagio»¹⁸². Pertanto, il green pass costituisce un requisito di accesso, da cui, in caso di mancato possesso ed esibizione, derivano conseguenze sul rapporto di lavoro, solo in parte simili a quanto previsto nel settore della cura e dell'assistenza in ambito sanitario¹⁸³. In altre parole, l'introduzione e l'impiego imposto del green pass nel settore dell'istruzione, come meccanismo di incentivo in termini di obbligo indiretto, riporta al punto di partenza la questione della vaccinazione, quale requisito essenziale ai fini della prestazione lavorativa.

A prescindere da questi settori lavorativi, dove la legislazione è intervenuta seppure con modalità diverse, alcune criticità possono sorgere se non si persegue una gestione equilibrata della somministrazione dei vaccini in azienda, attenta alla verifica dell'idoneità professionale, soprattutto in virtù dell'apporto del medico aziendale competente, anche nell'ottica di operare delle scelte interne di organizzazione del lavoro in azienda (*supra* par. 5). Proprio tale figura, a nostro avviso,

¹⁸¹ Il riferimento al «servizio essenziale» dell'istruzione richiamato nella norma (art. 9-ter, co. 1 d.l. 52/2021) è chiaramente valevole anche per il servizio prestato nel settore della cura e dell'assistenza (art. 4 d.l. 44/2021). A tal proposito, quando la pandemia è cominciata a manifestarsi a livello globale nei primi mesi del 2020, proprio il ragionamento sull'essenzialità dei servizi, a partire dalla sanità, ha rappresentato uno dei punti principali di riflessione per ragionare su «un cambiamento epocale, che investe lo stesso “senso comune”», così in uno degli ultimi contributi L. MARIUCCI, *Cinque cose che la pandemia sta già cambiando*, in *Strisciarossa*, 22 marzo 2020, consultabile alla pagina <https://www.strisciarossa.it/pandemia-e-cambiamento/> (ultima consultazione 31/08/2021).

¹⁸² G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit., p. 18. Dal punto di vista della scienza medica, si discute criticamente della misura del green pass, ad esempio nell'equiparazione del vaccino al tampone, così l'opinione di S. GARATTINI riportata in *Garattini: “Per il green pass è sbagliato equiparare il vaccino al tampone”*, in *The Huffington Post*, in <https://www.huffingtonpost.it/> (ultima consultazione 31/08/2021).

¹⁸³ Non si prevede il licenziamento, analogamente al settore di cura e assistenza di interesse sanitario, bensì il ricorso alla sospensione senza retribuzione dopo cinque giorni di assenza ingiustificata per mancato possesso e mancata esibizione del green pass (art. 9-ter co. 2). Peraltro, il Ministero dell'Istruzione ha precisato che la retribuzione e ogni altro compenso o emolumento comunque denominato, non sono dovute per le assenze ingiustificate comprese anche tra il primo e il quarto giorno, così Parere tecnico – Decreto-legge n. 111/2021 “Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti”, 13 agosto 2021. Si noti che, rispetto alla normativa di cui all'art. 4 d.l. 44/2021 (*supra* par. 4), nell'art. 9-ter introdotto dal d.l. 111/2021 non vi è una previsione specifica circa le mansioni a cui adibire il personale esentato dalla campagna vaccinale per ragioni mediche (co. 3). Da ultimo, la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata con riguardo all'annullamento previa sospensione dell'efficacia di una serie di provvedimenti adottati nel settore dell'istruzione a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 111/2021. In particolare, il giudice amministrativo ha stabilito sia che la presunta violazione del diritto del personale scolastico a non essere vaccinato, riconosciuto alternativamente anche attraverso l'utilizzo del tampone – il cui costo a carico del docente, a detta del medesimo giudice, non appare irrazionale – non è assoluto, ma va bilanciato con altri diritti, come il diritto alla salute pubblica teso a circoscrivere l'estensione della pandemia e il diritto di assicurare il regolare svolgimento della scuola in presenza come «essenziale servizio pubblico»; e, sui profili di ricaduta sul rapporto di lavoro, «l'automatica sospensione dal lavoro e dalla retribuzione [art. 9-ter, co. 2] e la mancata adibizione del personale scolastico ad altre diverse mansioni «è correttamente e razionalmente giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico, specie di quello docente», così TAR Lazio, Sezione Terza Bis, n. 4531 e 4532, 2 settembre 2021. Sul bilanciamento degli interessi contrapposti, in maniera ancora più incisiva, con riferimento al personale sanitario soggetto all'ambito di applicazione dell'art. 4 d.l. 44/2021, altresì si segnala un caso riguardante il rigetto di una istanza cautelare proposta da un medico avverso la delibera dell'Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri della Provincia di Brindisi, che aveva stabilito la sospensione dall'esercizio della professione senza retribuzione per non aver effettuato il vaccino, così TAR Puglia, Lecce – Sezione Seconda, n. 480, 5 agosto 2021.

risulta centrale¹⁸⁴ a partire dal presupposto che il prestatore di lavoro e il datore di lavoro devono cooperare per addivenire ad ogni possibile misura di prevenzione ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., che, come osservato da ultimo nel dibattito lavoristico, ha svolto «una funzione di norma di chiusura del sistema antinfortunistico, consentendo, con la sua struttura aperta, l'adattamento delle misure di sicurezza alle evoluzioni del progresso tecnico e scientifico»¹⁸⁵. In tale visione, la vaccinazione, oggetto di raccomandazione, rientrerebbe nella dimensione di precauzione, con la possibilità di estenderla a tutti i prestatori che operano in maniera ravvicinata fra di loro e/o a contatto con il pubblico. A tale previsione, che una parte della dottrina auspica avvenga tramite legge, farebbe seguito la sospensione dal lavoro solo dopo la verifica della impossibilità di lavoro a distanza, di spostamento a mansioni diverse da quelle di provenienza, nonché di ricorso alle ferie o ai congedi retribuiti¹⁸⁶.

Infatti, è condivisibile l'opinione secondo cui l'obbligo di trattamento sanitario, quale la vaccinazione, può essere imposto solo da una disposizione di legge a seguito di un contemperamento dei valori costituzionali e delimitata da precise condizioni e cautele, come è stato stabilito espressamente nel settore di cura e assistenza di interesse sanitario (*supra* par. 4). La tesi di un obbligo vaccinale imposto dal datore di lavoro, ancorché sulla base del richiamo all'art. 2087 cod. civ., violerebbe infatti la riserva di legge¹⁸⁷. Sotto altro profilo, non va trascurata la possibilità di raccomandare – e, quindi, non imporre – la vaccinazione attraverso l'impulso della contrattazione collettiva e con il supporto del medico competente, nel solco dei protocolli nazionali, attraverso i quali le parti sociali sono state chiamate ad operare per far fronte alla pandemia nei contesti economico-produttivi, considerando la previsione di legge per cui i datori di lavoro adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute negli stessi protocolli¹⁸⁸ (*supra* par. 2).

¹⁸⁴ Lo pongono in luce anche P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, p. 163.

¹⁸⁵ M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, cit., in particolare l'opinione espressa da F. AMENDOLA. In giurisprudenza *ex plurimis* Cass., Sez. Lav., 5 febbraio 2014, n. 2626, in *Diritto e Giustizia*, 6 febbraio 2014.

¹⁸⁶ M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, cit., in particolare l'opinione espressa da R. DE LUCA TAMAJO.

¹⁸⁷ Da ultimo, V. AZZOLINI, *Senza una legge il vaccino non può entrare in azienda*, in *Domani*, 1 agosto 2021. Sul tema della questione delle mense aziendali e dell'accesso tramite green pass è stato riaperto il dibattito, continuamente sollecitato dal susseguirsi degli eventi, V. AZZOLINI, *Green pass, mense e scuole: forzature al posto dell'obbligo vaccinale*, in *Domani*, 25 agosto 2021; G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit., 15; R. GUARINIELLO, *Regole in mensa e lavoratori: tante norme e poche certezze*, in *Il Fatto Quotidiano*, 31 agosto 2021.

¹⁸⁸ Art. 29-bis d.l. 23/2020, convertito in l. 40/2020, cit., da ultimo richiamato da M. MARAZZA, *Gli effetti giuslavoristici della mancata vaccinazione*, Editoriale del 23 luglio 2021, in *GiustiziaCivile.com*, p. 5. In precedenza, per una lettura volta a favorire l'intervento delle parti sociali attraverso l'integrazione dei protocolli, così da dare copertura ad un obbligo di legge per quei settori in cui la contrazione dell'infezione da Covid-19 può rappresentare un rischio specifico, G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, cit., 12-13. Per un primo caso in ambito aziendale al di fuori dell'obbligo vaccinale ex d.l. 44/2021, segnaliamo la seguente informativa di un'azienda del settore alimentare di Castiglione delle Stiviere (Mantova) che ha comunicato che, qualora non venga esibito «il Green Pass per mancata sottoposizione all'iter vaccinale», si avrà una ridefinizione delle mansioni e della retribuzione, salvo che tale ridefinizione risulti impossibile o vi sia un'esposizione al rischio al contagio, per cui vi sarà una sospensione senza retribuzione del prestatore di lavoro «sino alla ripresa dell'attività lavorativa». Il caso è stato riportato da L. LANDONI, *Sterilgarda, linea dura sul green pass: «Senza vaccino, lavoratori a casa senza stipendio»*, in *La Repubblica – Milano*, 28/07/2021, consultabile su <http://milano.repubblica.it> (ultima consultazione 07/08/2021). Il documento non considera che la certificazione verde può esserci anche laddove comprovi lo stato di guarigione dall'infezione da Sars-CoV-2 o anche in presenza di un referto negativo di un test molecolare o antigenico eseguito nelle 48 ore antecedenti, ma, in ogni caso, la stessa informativa apre (positivamente) la strada ad un accordo collettivo: «si ritiene che la modalità operativa prospettata, che sarà oggetto di una regolamentazione condivisa

Nella tematica della vaccinazione un elemento di assoluto rilievo, a monte, è il coinvolgimento di un'opinione pubblica consapevole¹⁸⁹, come sostenuto da un'autorevole dottrina nell'area di studi del biodiritto¹⁹⁰. I contesti economico-produttivi dove le persone lavorano sono naturalmente un ambito di analisi privilegiato per verificare le ricadute di questa tematica sulle regole del lavoro. L'auspicio è riuscire ad identificare le notizie provenienti da un'informazione scientifica seria e accurata e, mediante l'ausilio di quel diritto riflessivo a cui la legislazione pandemica ha dato uno spazio significativo (*supra* par. 2), definire soluzioni condivise idonee a superare, anche sul versante concreto, le contrapposizioni che possono sorgere in tema di obbligo vaccinale, diretto e/o indiretto, in particolare in quel terreno delicato che è il rapporto di lavoro.

con le RSU comunque già informate, sia un ulteriore contributo delle imprese – di cui i lavoratori sono parte integrante e necessaria – alla tutela della salute pubblica, nel segno esemplare sinora tracciato».

¹⁸⁹ In proposito, i commenti recenti di V. LINGIARDI, *Trasfusioni di conoscenza*, in *la Repubblica*, 26 agosto 2021; V. LINGIARDI, *Vincere la paura sapendo ascoltare*, in *la Repubblica*, 1 settembre 2021.

¹⁹⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 144.

Lavoratori, volontari e amatori tra sport e terzo settore*

Carlo Zoli- Lorenzo Zoppoli

1. Premessa.	52
2. La legge n. 91/1981: a) la distinzione tra professionismo e dilettantismo.	52
3. Segue: b) gli interventi del legislatore nell'ambito dello sport dilettantistico.	54
4. Il d. lgs. n. 36/2021 tra conferme e novità.	55
5. Segue: le discipline applicabili ai contratti di lavoro subordinato sportivo.	58
6. Riforma del lavoro sportivo e terzo settore: i principali problemi giuslavoristici.	59
7. Alcune (facili) questioni di costituzionalità.	61
8. Amatorialità sportiva e volontariato nel terzo settore.	62
9. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale.	65
10. Riflessioni conclusive.	66

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 443/2021

1. Premessa.

La recente riforma del lavoro sportivo – finalmente varata con il d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, che, sebbene non tutto di immediata applicazione, dà seguito all'art. 5 della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 (i cui termini originari sono stati prorogati) - presenta molti aspetti di notevole interesse anche giuslavoristico. La maggior parte riguarda ovviamente configurazione e disciplina dei rapporti di lavoro degli sportivi, soprattutto per quanto riguarda le attività dilettantistiche. Poiché molti enti sportivi gravitano nel terzo settore e possono continuare a farlo anche in futuro, non sono da trascurare gli intrecci con la riforma, anch'essa abbastanza recente (2017) e di tormentata attuazione, del terzo settore, sia per quanto riguarda i rapporti di lavoro veri e propri sia per quanto riguarda la delicata e sempre più complessa disciplina del volontariato. Un fenomeno, quest'ultimo, presente in quantità significative anche nel mondo dello sport e che oggi si sovrappone e confonde con la figura dell'attività sportiva amatoriale, prevista appunto dal d.lgs. 36/21, come si dirà più avanti.

In questo contributo ci proponiamo di fornire alcune prime riflessioni sugli intrecci tra queste due riforme, partendo dall'impatto sistematico che il d.lgs. 36/21 ha sulla previgente disciplina del lavoro sportivo e focalizzando poi l'analisi sugli aspetti più problematici della nuova normativa rispetto agli assetti giuslavoristici che vanno profilandosi nel terzo settore.

2. La legge n. 91/1981: a) la distinzione tra professionismo e dilettantismo.

Il tema della natura dell'attività lavorativa prestata nell'ambito della pratica sportiva è da tempo oggetto di approfondimenti. Peraltro, se si esclude lo svolgimento di attività a fini ludici o a titolo di (effettivo) volontariato, non vi è ormai dubbio che siano configurabili veri e propri rapporti di lavoro.

Tuttavia, prima dell'entrata in vigore della l. n. 91 del 1981 la qualificazione di tali rapporti era estremamente controversa (subordinati, autonomi, atipici o di tipo associativo); inoltre si qualificava dilettante chiunque svolgesse attività agonistica senza scopo di lucro e per soli fini ricreativi o di educazione psicofisica.

La l. n. 91/1981 ha, invece, assunto una posizione chiara dividendo lo sport in due mondi, il professionismo ed il dilettantismo, che seguono regole e presentano tutele diverse anche e soprattutto con riguardo ai rapporti di lavoro.

In particolare, come ben noto, da un lato, la distinzione tra i due settori è stata affidata alle singole federazioni sportive nazionali: una soluzione che rimette al mero arbitrio dei soggetti dell'ordinamento sportivo l'accesso alla disciplina speciale stabilita dall'ordinamento statale, facendosi dipendere l'acquisizione di uno *status* (quello di professionista) da un elemento formale (la mera opzione di una singola federazione). Per di più il CONI, al quale era stato devoluto il compito di stabilire, «in armonia con l'ordinamento sportivo internazionale e nell'ambito di ciascuna federazione sportiva nazionale, criteri per la distinzione dell'attività sportiva dilettantistica da quella professionistica» (art. 5, comma 2, lett. *d*), non ha elaborato gli attesi criteri generali, e tanto meno lo hanno fatto le singole federazioni. Col risultato che soltanto alcune di esse, dapprima sei (calcio, basket, pugilato, golf, ciclismo, motociclismo), poi quattro (calcio, basket, golf, ciclismo) e limitatamente all'attività di vertice (ad es., la sola serie A1 per il basket, le serie A e B e la Lega Pro per il calcio), hanno optato per il professionismo, cosicché è rimasta esclusa l'applicazione della l. n. 91/1981 ai c.d. professionisti di fatto, cioè a tutti coloro che ricavano dallo sport la loro unica

fonte di sostentamento¹⁹¹.

D'altro lato, l'art. 2, l. n. 91/1981 ha individuato le figure dei professionisti sportivi negli atleti, allenatori, direttori tecnico-sportivi e preparatori atletici¹⁹².

Inoltre, l'art. 3 ha introdotto una presunzione pressoché assoluta di subordinazione per i soli atleti, la quale tutto sommato non ha creato particolari problemi, mentre per le altre categorie di sportivi trova applicazione l'art. 2094 c.c.

Infine, quanto alla normativa applicabile sono previste numerose deroghe rispetto al diritto comune del lavoro, che hanno indotto autorevole dottrina¹⁹³ a parlare di "disciplina stabilita dall'ordinamento sportivo", meno favorevole di quella propria dell'ordinario diritto del lavoro.

Al contrario il legislatore non si è pronunciato con riguardo alla natura dei rapporti di lavoro ed alle regole agli stessi applicabili nell'ambito dello sport dilettantistico, che è rimasto confinato in una sorta di limbo, stretto tra due esigenze contrapposte, quali le compatibilità economiche del settore e la tutela del lavoro, senza distinzione tra situazioni di professionismo di fatto (ad es., società di pallavolo di serie A o di basket di serie A2, istruttori di grossi circoli sportivi di tennis o di golf) e persone che operano in piccole realtà, al limite del volontariato: di conseguenza sarebbe prospettabile l'applicazione di una disciplina unitaria, che stride con l'esistenza di un universo così ampio e variegato.

Nella prassi diffusa, e fatte salve limitate eccezioni, le associazioni sportive hanno effettuato un larghissimo ricorso ai contratti di collaborazione, escludendo la natura subordinata dei rapporti di lavoro e quindi realizzando "un vero e proprio *vulnus* di tutela"¹⁹⁴. Ciò anche se paradossalmente il lavoro prestato nel mondo del dilettantismo, "in quanto estraneo alla disciplina speciale della legge n. 91, è ritenuto integralmente assoggettato al diritto del lavoro e, se presenta i caratteri della subordinazione, alla integrale disciplina garantistica del lavoro subordinato ordinario"¹⁹⁵.

Ma è questo il punto. Il riconoscimento della subordinazione è stato rimesso alle iniziative isolate

¹⁹¹ La dottrina aveva con decisione criticato tale scelta del legislatore: cfr., fra i tanti, DE CRISTOFARO, *Commento alla legge n. 91/1981*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, 579; DURANTI, *L'attività sportiva come prestazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, 706; VIDIRI, *La disciplina del lavoro sportivo autonomo e subordinato*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 210; BELLAVISTA, *Il lavoro sportivo professionistico e l'attività dilettantistica*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, 522; PESSI, *Decisioni dei giudici sportivi e diritto del lavoro*, in FRANCHINI (a cura di), *Gli effetti delle decisioni dei giudici sportivi*, Torino, Giappichelli, 2004, 36; TOSI, *Sport e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 719 s.; ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo. Prime osservazioni sulla riforma dello sport*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, 409.

¹⁹² Era controversa in dottrina la natura esemplificativa o tassativa di tale elencazione: nel primo senso cfr. DE CRISTOFARO, *Commento alla legge n. 91/1981*, cit., 576; MAZZOTTA, *Il lavoro sportivo*, in *Foro it.*, 1981, V, 302; TOSI, *Sport e diritto del lavoro*, cit., 721; nel secondo senso v. VIDIRI, *Il lavoro sportivo tra codice civile e lavoro speciale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 58. La giurisprudenza ha, invece, optato in modo deciso per la natura tassativa dell'elencazione contenuta nell'art. 2, in ragione della specialità della disciplina contenuta nella legge n. 91/1981: cfr. Cass., 11 aprile 2008, n. 9551, in *Giust. civ.*, 2009, I, 444; Pret. Venezia, 22 luglio 1998, in *Riv. dir. sport*, 1998, 164, con nota di LAMBO.

¹⁹³ Cfr. TOSI, *Sport e diritto del lavoro*, cit., 717. Cfr. analogamente anche ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Milano, Giuffrè, 1992, 99 e BELLAVISTA, *Il lavoro sportivo professionistico e l'attività dilettantistica*, cit., 523, che sottolinea come sia stato creato in tal modo "un nuovo e speciale tipo legale di contratto di lavoro subordinato adeguato alle peculiarità dell'ordinamento sportivo".

¹⁹⁴ Così ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo. Prime osservazioni sulla riforma dello sport*, cit., 410, che peraltro attribuisce tale conseguenza alla bipartizione tra professionismo e dilettantismo operata dalla legge n. 91/1981.

¹⁹⁵ Così TOSI, *Sport e diritto del lavoro*, cit., 717.

dei singoli, che la giurisprudenza ha, comunque, in diverse occasioni ritenuto fondate¹⁹⁶, applicando i principi “cardine” in materia di rapporti di lavoro, a partire da quello di effettività e di indisponibilità del tipo contrattuale¹⁹⁷.

3. Segue: b) gli interventi del legislatore nell’ambito dello sport dilettantistico.

L’indifferenza del legislatore è venuta meno quando ha dovuto fronteggiare l’esigenza di riduzione dei costi delle associazioni e delle società sportive dilettantistiche, riconoscendo che esse operano in un settore ritenuto meritevole di particolare cura e sostegno da parte dell’ordinamento, per il valore e il significato sociale che lo sport assume¹⁹⁸. Al riguardo si è occupato <<in via affatto prevalente dell’inquadramento fiscale dei compensi riconosciuti da queste ultime, stabilendone la riconducibilità nella categoria dei “redditi diversi” di cui all’art. 67, comma 1, TUIR>>¹⁹⁹. A tal fine ha previsto il contratto per prestazioni sportive dilettantistiche, che non costituisce un tipo contrattuale diverso, ma gode di un trattamento speciale sul piano fiscale e, in ricaduta, su quello previdenziale²⁰⁰.

È poi nuovamente intervenuto con la legge n. 205/2017, che ha introdotto agevolazioni fiscali per le società sportive anche lucrative e innalzato da 7.500 a 10.000 € all’anno il limite dei compensi esenti da imposte previsti per le collaborazioni sportive.

Il legislatore ha altresì escluso per i contratti di collaborazione coordinata e continuativa dapprima l’obbligo del progetto, poi l’applicabilità dell’art. 2, comma 2, d. lgs. n. 81/2015, che estende la disciplina posta dalla legge a presidio del lavoro subordinato a quelle collaborazioni, esclusivamente personali, che siano “organizzate dal committente”, senza che ciò giunga a compromettere la natura genuinamente autonoma sulla base dei consolidati principi giurisprudenziali.

L’art. 1, commi 358-360, l. n. 205/2017 ha, a sua volta, precisato, con riguardo alla lettera d),

¹⁹⁶ La giurisprudenza, in più occasioni, ha riconosciuto la natura subordinata dei rapporti instaurati in virtù di contratti di lavoro autonomo, anche di collaborazione, nell’ambito dello sport dilettantistico: cfr., in tal senso, Cass. n. 6439/1995, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1365, con riguardo a un lavoratore che aveva svolto, dapprima, mansioni di istruttore di nuoto e, in seguito, anche di direttore tecnico; Cass. n. 6114/1998, in *Lav. giur.*, 1995, 250 relativamente al direttore sportivo di una società calcistica; cfr. altresì, nella giurisprudenza di merito, Pret. Palermo, 23 maggio 1986, in *Inf. Prev.*, 1987, 940 in ordine all’attività prestata da istruttori di educazione fisica presso un centro di educazione fisica; Trib. Venezia, 14 settembre 1993, in *Giur. merito*, 1984, 876 sempre in merito all’ipotesi di un direttore sportivo di una società calcistica; Pret. Napoli, 14 febbraio 1995, in *Dir. lav.*, 1995, 627; Trib. Ancona, 4 luglio 2001, n. 147, in *Inf. prev.*, 2002, 1081 a proposito del rapporto di lavoro instaurato tra un calciatore e la società di appartenenza.

Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali v. BELLAVISTA, *Il lavoro sportivo professionistico e l’attività dilettantistica*, cit., 525 e, da ultimo, ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo ...*, cit., 412 s., che richiama anche la giurisprudenza comunitaria, la quale si concentra sulla effettiva natura dell’attività esercitata.

¹⁹⁷ Cfr. le due note pronunce della Corte Costituzionale n. 121/1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2432 e n. 115/1994, in *Foro it.*, 1994, I, 2656, alla cui stregua non è consentito al legislatore “negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l’inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall’ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”, come ad esempio l’art. 36 Cost. in tema di equa retribuzione; cfr. altresì la più recente sentenza n. 77/2015. In dottrina, per tutti, v. D’ANTONA, “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 63-90.

¹⁹⁸ Si veda, in particolare, PEDRAZZOLI, *Il mondo variopinto delle collaborazioni coordinate e continuative*, in Id. (coordinato da), “Il nuovo mercato del lavoro: commento al D. Lgs. 276/2003”, Bologna, Zanichelli, 2004, 663; PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: un cielo diviso per due*, ivi, 684 ss.

¹⁹⁹ Così ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo ...*, cit., 410.

²⁰⁰ Sul punto si è addirittura arrivati ad escludere la completa assoggettabilità a contribuzione dei compensi degli sportivi con contratto di collaborazione sportiva dilettantistica in quanto riconducibili alla categoria dei redditi diversi: cfr. ancora ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo ...*, cit., 411.

comma 2, dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, che le prestazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI (come individuati e disciplinati dall'art. 90, l. n. 289/2002)²⁰¹ “costituiscono oggetto di contratti di collaborazione coordinata e continuativa”.

La norma non postula affatto – né potrebbe farlo, neppure attraverso il meccanismo della presunzione legale assoluta – la qualificazione di ogni attività svolta in favore di una società sportiva dilettantistica come di lavoro autonomo, a prescindere dal suo concreto atteggiarsi, in virtù del richiamato principio di indisponibilità del tipo lavoro subordinato²⁰².

L'art. 1, comma 358, l. n. 205/2017 conserva, comunque, un certo rilievo, atteso che puntualizza, con specifico riguardo alla lettera d) dell'art. 2, comma 2, d. lgs. n. 81/2015, il catalogo delle prestazioni di lavoro autonomo coordinato che si sottraggono al regime giuridico istituito dal comma 1 della medesima norma.

Si tratta, del resto, al di fuori della rilevante ipotesi aperta contemplata alla lettera a), delle medesime fattispecie di lavoro autonomo coordinato che già si sottraevano alla disciplina del lavoro a progetto introdotta dagli artt. 61-69, d. lgs. n. 276/2003, novellata dalla l. n. 92/2012 e, oggi, definitivamente superata dal *Jobs Act* (art. 52, d. lgs. n. 81/2015).

Se, per alcune di tali ipotesi, l'eccezione era giustificata dalla presunta forza negoziale o economico-sociale del prestatore di lavoro (così, probabilmente, per i professionisti e gli amministratori e sindaci di società), nel caso delle collaborazioni sportive il regime di favore rinveniva la propria *ratio* nella specifica natura del committente, e cioè nell'esigenza di favorire le associazioni e le società sportive dilettantistiche. Tale favore ordinamentale per la pratica dello sport non professionistico si traduce, oggi, nella scelta di consentire che le collaborazioni coordinate e continuative, ancorché etero-organizzate dagli esercenti società sportive, lucrative o meno che siano, trovino la propria regolazione nelle norme di disciplina del lavoro autonomo previste dal codice civile e da talune specifiche leggi speciali, così da non appesantire i costi economici e normativi che dette società dovrebbero sopportare ove fosse loro imposto di applicare anche a tali collaborazioni la disciplina prevista per i lavoratori dipendenti: ciò – si ribadisce – sempre che nei fatti non venga a configurarsi effettivamente quella situazione di eterodirezione che impone di riqualificare il rapporto in termini di subordinazione.

4. Il d. lgs. n. 36/2021 tra conferme e novità.

Nel contesto appena illustrato si inserisce la recente complessiva riforma dello sport, che ha preso il via con la delega contenuta nell'art. 5, l. n. 86/2019 e che ha trovato attuazione attraverso l'approvazione di cinque decreti legislativi, tra i quali si segnala ai fini del lavoro sportivo il n. 36 del 28 febbraio 2021.

Gli obiettivi della riforma sono decisamente ambiziosi, a partire dalla volontà di “introdurre una disciplina organica del rapporto di lavoro sportivo, a tutela della dignità dei lavoratori e rispettosa

²⁰¹ Va ricordato che il CONI è l'unico certificatore della effettiva attività sportiva svolta dalle società e associazioni dilettantistiche, in base a quanto previsto dall'art. 7, d.l. n. 136/2004, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 186/2004 (art. 1).

²⁰² Cfr. ZOLI, MARTELLONI, *Le collaborazioni sportive nel prisma della Legge di Bilancio 2018*, in *Associazioni e sport*, 2018, n. 6, 2 ss.

della specificità dello sport” (art. 3, comma 2, lett. h).

Le intenzioni sono evidentemente apprezzabili²⁰³, ma la relativa realizzazione si è rivelata sin da subito difficile, come attesta il fatto che l’entrata in vigore è stata posticipata prima al 1° gennaio 2022, poi, limitatamente alle norme dedicate proprio al lavoro sportivo (titolo V), al 31 dicembre 2023.

Le novità sono rilevanti, ma restano alcuni dei punti critici più significativi in precedenza evidenziati, cosicché da più parti sono state immediatamente manifestate insoddisfazione ed anzi delusione.

In particolare, prendendo le mosse dalla distinzione tra professionismo e dilettantismo, non si può fare a meno di rilevare che la riforma non incide sul potere delle federazioni, salvo che l’art. 38, d. lgs. n. 36/2021 prevede che, decorsi 8 mesi dall’entrata in vigore della nuova normativa, “le direttive e i criteri di cui al presente articolo sono adottati, sentito il CONI, dal Presidente del Consiglio dei ministri o dall’Autorità politica da esso delegata in materia di sport”.

Inoltre si prevede la possibilità del passaggio al professionismo dello sport femminile (art. 39), ma la si rimette pur sempre alla scelta delle Federazioni, benché con un meccanismo incentivante di sostegno economico.

Passando più direttamente ai rapporti di lavoro, il legislatore interviene in modo innovativo sulla nozione di lavoratore sportivo e lo fa in due direzioni: da un lato, ne amplia l’elenco ricomprendendovi, oltre agli atleti, agli allenatori, ai direttori tecnico-sportivi ed ai preparatori atletici (art. 2, l. n. 91/1981), anche gli istruttori, i maestri e selezionatori, i direttori di gara (artt. 2, lett. dd) e 25, comma 1, d. lgs. n. 36/2021); dall’altro, estende tale nozione all’ambito dello sport dilettantistico, al quale la applica in modo generalizzato con la sola esclusione delle prestazioni amatoriali di cui all’art. 29 (art. 25, comma 1).

Resta, invece, invariata la distinzione tra lavoro autonomo e subordinato. In particolare, la nozione speciale di subordinazione prevista dall’art. 3, l. n. 91/1981 viene riproposta negli stessi termini dall’art. 27, d. lgs. n. 36/2021 ed ancora una volta limitatamente agli atleti, cosicché per gli altri lavoratori sportivi non possono non trovare applicazione, come in precedenza, gli artt. 2094 e 2222 c.c.

Alcune novità, peraltro, pur non concernendo tale distinzione e quindi le due fattispecie in questione, possono in qualche modo incidere indirettamente sulle stesse ed in particolare sugli effetti, sia pur sempre nel rispetto dei principi di effettività e di indisponibilità del tipo contrattuale.

Innanzitutto si sancisce la possibilità che anche l’attività di lavoro sportivo possa essere oggetto di prestazioni occasionali (art. 25, comma 4).

In secondo luogo, si superano le collaborazioni sportive dilettantistiche, ma si prevedono, per i lavoratori sportivi con contratto di collaborazione continuativa e coordinata, l’iscrizione alla gestione separata Inps con un’aliquota che varia in ragione dell’iscrizione del lavoratore ad un’altra gestione previdenziale (art. 35); per l’“esercizio diretto di attività sportive dilettantistiche”, la qualificazione come “redditi diversi” e l’esenzione fiscale sino a € 10.000 all’anno (art. 36, comma 6);

²⁰³ Cfr. analogamente ROTONDI, *Il nuovo diritto del lavoro sportivo: dal professionismo elitario alla sportivizzazione*, in *Guida lav.*, 2021, n. 32, 54.

per l'attività di tipo amministrativo-gestionale che non superi quella soglia, l'esenzione fiscale e contributiva (art. 37).

Dal punto di vista tipologico restano le collaborazioni continuative e coordinate a carattere prevalentemente personale, ma viene abrogato l'art. 2, comma 2, lett. d), d. lgs. 81/2015 sia per le prestazioni sportive, sia per quelle amministrativo-gestionali²⁰⁴. Si tratta di una novità di grande rilievo, che rende applicabile, anche nell'ambito dello sport dilettantistico, la disciplina del lavoro subordinato a tutti i contratti di collaborazione caratterizzati da etero-organizzazione: una possibilità destinata ad estendere in modo molto ampio la suddetta disciplina di tutela al di là della subordinazione.

In terzo luogo, si prevede, anche se per i soli atleti ed allenatori di società ed associazioni sportive dilettantistiche, oltre che, fra gli altri, di federazioni sportive nazionali, la possibilità di una prestazione di tipo amatoriale (art. 29), che si colloca al di fuori dei rapporti di lavoro tanto subordinato quanto autonomo²⁰⁵.

Infine, si introduce, o, meglio, si rimarca, anche per i contratti di lavoro sportivo la possibilità della certificazione. Al riguardo, nel tentativo di circoscrivere i rischi connessi all'aleatorietà del contenzioso in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro e di accrescere quella certezza che l'istituto *de quo* non riesce a conseguire, il legislatore tenta di attribuire un ruolo rilevante proprio in funzione qualificatoria alla contrattazione collettiva o, in via sussidiaria, al Presidente del Consiglio o all'"Autorità politica da esso delegata in materia di sport" tramite decreto "da adottarsi, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, entro 9 mesi dall'entrata in vigore" del d. lgs. n. 36/2021 (art. 25, comma 3). Non viene in rilievo semplicemente l'adozione di "codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili", secondo quanto previsto per la generalità dei contratti di lavoro dall'art. 78, comma 3, d. lgs. n. 276/2003, ma di quegli "indici" o spie sui quali la giurisprudenza fonda le proprie decisioni in termini di riconoscimento della natura subordinata o autonoma del rapporto. Se, ancora una volta, i principi di effettività e di indisponibilità del tipo contrattuale impediscono di escludere *a priori* la subordinazione e le tutele fondamentali ad essa collegate²⁰⁶, non si può negare che la tipizzazione operata in sede collettiva o amministrativa possa conferire alla certificazione una maggiore attendibilità²⁰⁷, sempre che la scelta delle parti non venga smentita dalle effettive modalità di svolgimento del rapporto di lavoro; ciò a differenza di quanto deve dedursi con riguardo a eventuali previsioni unilaterali delle federazioni, quali le Norme Organizzative Interne della FIGC, il cui art. 94-ter, per i calciatori e le calciatrici tesserati da società e associazioni dilettantistiche, aprioristicamente <<esclude, come

²⁰⁴ Correttamente ANASTASIO, *Le novità sul lavoro sportivo dilettantistico*, in *Associazioni e sport*, 2021, n. 2, 6 ss. rileva che, anche se l'art. 37, relativo alle collaborazioni amministrativo-gestionali, a differenza dell'art. 25, comma 2, concernente i lavoratori sportivi, nulla dice sull'applicabilità della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate, l'art. 52, comma 1 risolve il problema alla radice abrogando espressamente l'art. 2, comma 2, lett. d), d. lgs. n. 81/2015.

²⁰⁵ Sul punto v. *infra*, § 8.

²⁰⁶ Condivisibilmente, comunque, TOSI, *Sport e diritto del lavoro*, cit., 722 rileva che "sono consentite alla valutazione legislativa diverse gradazioni di subordinazione – e conseguentemente di tutela – in relazione alle peculiarità dei diversi settori merceologici e delle diverse attività lavorative".

²⁰⁷ Correttamente ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo ...*, cit., 421 sottolinea che, se è vero che l'elaborazione degli accordi menzionati nel testo esplicano i propri effetti nell'ambito delle procedure di certificazione, "è altrettanto evidente che in caso di contenzioso circa la corretta qualificazione di un contratto non certificato, quegli stessi indici non potrebbero non essere considerati al fine di una corretta identificazione del tipo contrattuale effettivamente realizzato".

per tutti i calciatori/calciatrici “non professionisti”, ogni forma di lavoro autonomo o subordinato²⁰⁸.

5. Segue: le discipline applicabili ai contratti di lavoro subordinato sportivo.

Concentrando l’attenzione sulla disciplina dei contratti di lavoro subordinato si segnala, in primo luogo, la novità metodologica o sistematica dell’adozione da parte del d. lgs. n. 36/2021 di una regolamentazione unitaria per professionisti e dilettanti.

In questa logica il legislatore, da un lato, ha previsto che, nell’ottica della formazione dei giovani atleti e “per garantire loro una crescita non solo sportiva, ma anche culturale ed educativa”, le società o associazioni sportive possano “stipulare contratti di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, per il diploma di istruzione secondaria superiore e per il certificato di specializzazione tecnica superiore ..., e contratti di apprendistato di alta formazione e di ricerca” (art. 30, comma 1), cui si applica una disciplina parzialmente speciale rispetto a quella di cui agli artt. 41 ss., d. lgs. n. 81/2015.

D’altro lato, ha ribadito, estendendola al dilettantismo, la legittimità del ricorso a contratti a termine per i lavoratori sportivi senza la necessità di alcuna causale giustificativa e col solo limite della durata quinquennale, peraltro con illimitata rinnovabilità; ciò con connessa completa inapplicabilità della disciplina generale di cui agli artt. 19-29, d. lgs. n. 81/2015 (art. 26, comma 2, d. lgs. n. 36/2021). Si tratta di una soluzione che, se trova piena giustificazione con riguardo ad atleti ed allenatori, anche alla luce del superamento, esteso al dilettantismo dall’art. 31, d. lgs. n. 36/2021, del vincolo sportivo, appare meno condivisibile con riguardo alle altre categorie di lavoratori sportivi, se non nella logica di attribuire alle società ed alle associazioni sportive una maggiore flessibilità.

La medesima *ratio* è, del resto, alla base della sancita inapplicabilità della disciplina sui licenziamenti (art. 26, comma 1). Residua un caso di recesso *ad nutum*, come era previsto nell’ambito del professionismo dalla l. n. 91/1981²⁰⁹, ancora una volta per tutti i lavoratori sportivi, ma non per il personale dipendente che svolga attività amministrativo-gestionale o che sia addetto alla manutenzione degli impianti.

Passando ad esaminare la fase della stipulazione del contratto di lavoro ed il contenuto di quest’ultimo, si conferma opportunamente tanto la possibilità che nel contratto individuale sia introdotta una clausola compromissoria per il deferimento ad arbitri delle “controversie concernenti l’attuazione del contratto” (art. 26, comma 5), quanto il divieto di clausole o patti di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto (art. 26, comma 6): ancora una volta in entrambi i casi con estensione al settore del dilettantismo.

Decisamente innovativa, nell’ambito questa volta del solo lavoro sportivo professionistico, è, infine, l’introduzione dell’obbligo di deposito in Federazione, unitamente al contratto di lavoro, di tutti gli ulteriori contratti stipulati tra le parti ivi compresi quelli promo-pubblicitari, entro 7 giorni dalla stipulazione (art. 27, comma 5). La previsione è del tutto condivisibile in quanto diretta a

²⁰⁸ Cfr. correttamente ROTONDI, *Il nuovo diritto del lavoro sportivo: dal professionismo elitario alla sportivizzazione*, cit., 55. Sul punto cfr. anche ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo. Prime osservazioni sulla riforma dello sport*, cit., 409, nt. 5.

²⁰⁹ Cfr. SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, 2° ed., Torino, Giappichelli, 2012, 213. *Contra*, dopo la riforma del 2021, ANASTASIO, *Le novità sul lavoro sportivo dilettantistico*, cit., 9, che ritiene applicabili i rimedi previsti dall’art. 8, l. n. 604/1966.

rendere trasparente l'intero assetto delle pattuizioni tra le parti, anche e soprattutto al fine di evitare i rischi di evasione o elusione fiscale per gli sportivi non italiani.

Con riguardo, infine, alla disciplina del rapporto di lavoro in senso stretto, trovano espressa applicazione tutte le norme in materia di sicurezza, in quanto compatibili con le modalità della prestazione sportiva, e della vigente disciplina a tutela di malattia, infortunio, gravidanza, maternità e genitorialità, nonché contro la disoccupazione involontaria (art. 33).

Al contrario le eccezioni più significative concernono, come per il solo sport professionistico sotto il vigore della l. n. 91/1981, l'inapplicabilità, oltre che della menzionata disciplina limitativa dei licenziamenti, delle norme dello statuto dei lavoratori in tema di controllo a distanza, di accertamenti sanitari e di modifica delle mansioni (artt. 4, 5, 13), ritenute incompatibili con il lavoro sportivo e con le relative modalità di svolgimento, oltre che, per quanto concerne l'uso degli impianti audiovisivi, con le esigenze del pubblico e delle televisioni.

Alcuni nodi continuano, peraltro, a non essere risolti. È il caso, in particolare, del diritto al trattamento di fine rapporto. Al riguardo l'art. 26, comma 4, d. lgs. n. 36/2021 ripropone il contenuto dell'art. 4, comma 7, l. n. 91/1981, ancora una volta estendendolo allo sport dilettantistico. La norma, che sancisce la possibilità per le federazioni sportive nazionali di "prevedere la costituzione di un fondo ... per la corresponsione dell'indennità di anzianità (*sic!*) al termine dell'attività sportiva a norma dell'articolo 2123 del codice civile", solleva il dubbio se i fondi di previdenza volontaria sostituiscano il t.f.r. o se quest'ultimo spetti anche agli sportivi. Sul punto la dottrina era divisa sotto il vigore della l. n. 91/1981²¹⁰ ed il legislatore ha perso una buona occasione per pronunciare una parola chiara e definitiva. In effetti l'art. 2123 c.c. non esclude la corresponsione del t.f.r., ma si limita a disporre la deducibilità dallo stesso di quanto venga destinato ai fondi di previdenza, in qualche modo dando per scontata la corresponsione diretta del t.f.r. nel caso di mancata costituzione di un fondo di fine attività. Si tratta di una soluzione dirimpente con riguardo ad atleti e allenatori professionisti che militino a lungo nella stessa società, ma è bene esserne consapevoli nella determinazione iniziale del corrispettivo, di cui una parte andrebbe erogata alla cessazione del rapporto. Del resto per gli altri lavoratori sportivi subordinati, specie nell'ambito del dilettantismo, essa appare del tutto pacifica e coerente con la natura del rapporto, oltre che con il testo della norma.

6. Riforma del lavoro sportivo e terzo settore: i principali problemi giuslavoristici.

Passando ad analizzare gli intrecci della riforma del lavoro sportivo con il terzo settore, conviene tornare anzitutto all'art. 5 della legge delega 8 agosto 2019, n. 86. In questa legge troviamo alcuni criteri/principi ispiratori che hanno diretta ripercussione sulla tematica che ci interessa:

a) riconoscere il carattere sociale e preventivo-sanitario dell'attività sportiva, quale strumento di miglioramento della qualità della vita e della salute, nonché quale mezzo di educazione e di sviluppo sociale, con implicito, ma evidente riferimento anche a norme costituzionali come gli artt. 31 u.c. e 32 (art. 5, comma 1, lett. a);

b) riformare i rapporti di lavoro professionali e no degli sportivi prima contemplati dalla l. 81/91 secondo equilibri e tecniche già in precedenza analizzati, che però non incrociano in alcun modo

²¹⁰ Cfr. SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, cit., 186 s.

il terzo settore (art. 5, comma 1, lett g);

c) disciplinare i rapporti di collaborazione di carattere amministrativo- gestionale di natura non professionale per le prestazioni rese in favore delle società e associazioni sportive dilettantistiche, tenendo conto delle peculiarità di queste ultime e del loro fine non lucrativo (art. 5, comma 1, lett. f).

Il d.lgs. 36/21, attuativo della delega, non dà particolare risalto al principio di cui alla suesposta lettera c), se non configurando in modo specifico l'“assenza di fine di lucro” nelle associazioni sportive dilettantistiche (art. 8). Però tra gli obiettivi generali dello stesso decreto si indica: “sostenere e tutelare il volontariato sportivo” (art. 3, comma 2, lett. l).

In relazione a questo quadro generale e all'obiettivo specifico di cui all'appena citato art. 3, comma 2 lett. l., è da prendere in attenta considerazione, per la materia che qui ci interessa, l'art. 6, comma 2, laddove si prevede che “gli enti sportivi dilettantistici, ricorrendone i presupposti, possono assumere la qualifica di enti del terzo settore, ai sensi dell'art. 5, comma 1 lett. t, del d.lgs. 117/17, e di impresa sociale, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. 112/17. *In tal caso, le norme del presente decreto trovano applicazione solo in quanto compatibili*” (corsivi e neretti sono ovviamente dell'autore).

La formula utilizzata dal legislatore è tra quelle che lasciano presagire un complicato lavoro di raccordo normativo affidato in primo luogo agli interpreti. Con tutto quanto ne consegue in termini di incertezza delle regole e dilatazione dei tempi di assestamento del quadro normativo. Volendo però ridurre il tasso di problematicità della formula “di comodo”, benché ricorrente, usata dal legislatore anche dell'ultima riforma dello sport, pare che la questione della “compatibilità” si ponga essenzialmente per due profili:

a) la disciplina dei rapporti di lavoro delle prestazioni sportive amatoriali (art. 29) rispetto alle attività di volontariato vero e proprio;

b) la disciplina dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale prevista per le associazioni sportive (art. 37) – già in parte analizzata – rispetto alla tipologia di contratti utilizzabili per tali attività negli enti del terzo settore.

Su questi due aspetti torneremo a breve.

Conviene però dire prima che allo sguardo del giuslavorista potrebbero astrattamente presentarsi altre interessanti questioni specie sul piano della legalità costituzionale. Sullo sfondo c'è il tema - già in parte toccato nei paragrafi precedenti e del resto ricorrente nel moderno diritto del lavoro, che ha perso i tratti di un suo originario (e un po' mitizzato) monolitismo²¹¹ - del rapporto tra disciplina generale del contratto di lavoro subordinato – tendenzialmente universalistica – e discipline differenziate per peculiarità riguardanti elementi essenziali del contratto, a cominciare dai contraenti. La questione riguarda già *in apicibus* il lavoro sportivo in tutta la sua morfologia, che conserva come s'è visto marcati tratti di specialità regolativa. L'applicazione al terzo settore della disciplina speciale per il lavoro subordinato prevista per il lavoro sportivo dilettantistico anche dopo il d.lgs. 36/21 può poi entrare doppiamente in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all' art. 3 Cost. Infatti se un ente dilettantistico, in base all'art. 6, comma 2 del d.lgs. 36/21,

²¹¹ V., da ultimo, A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2021.

assumesse la qualifica di ente del terzo settore (in seguito anche ETS) potrebbe cumulare due discipline differenziate proprio riguardo al complessivo apparato delle tutele lavoristiche²¹². Da un lato, le tutele differenziate riguardanti il lavoro sportivo dilettantistico, analizzate nei precedenti paragrafi; dall'altro, le poche ma significative regole speciali che riguardano i rapporti di lavoro per gli enti del terzo settore²¹³. Questo cumulo di regole speciali potrebbe dar luogo a norme differenziate anzitutto tra enti che appartengono tutti al terzo settore; ma anche a segmentazioni regolative tra lavoratori sportivi non giustificate oggettivamente oppure non armonizzabili con principi e norme del "nuovo" diritto del lavoro sportivo.

7. Alcune (facili) questioni di costituzionalità.

Non mi pare in verità che, ad una prima valutazione degli intrecci tra le due riforme, le accennate questioni di costituzionalità possano assumere un ruolo assorbente e preclusivo. Fermo restando che possono sempre accendersi *focus* analitici su aspetti di dettaglio che meritino una trattazione specifica anche in ordine alla conformità con il principio di eguaglianza. In linea generale mi pare che la risposta alla questione di fondo poco sopra sollevata possa essere una volta tanto agevole: non c'è rotta di collisione tra le due discipline speciali in materia di rapporti di lavoro. Almeno su questo punto la riforma del lavoro sportivo e la disciplina del terzo settore non creano problemi né di antinomie di principio né di cumulo di irragionevoli differenziazioni: infatti i rapporti di lavoro sportivo con enti sportivi qualificati come enti del terzo settore possono essere solo di tipo dilettantistico. Quindi, per un verso, l'ETS sportivo o l'impresa sociale sportiva continuano a realizzare tutte le finalità di cui all'art. 5 lett. a) della legge delega 86/19, giustificando pienamente l'applicazione della disciplina del lavoro sportivo anche rispetto agli altri enti del terzo settore che operano in ambiti diversi dallo sport vero e proprio. Si potrebbe dire che qui non sussiste un problema di compatibilità, bensì di prevalenza della finalità sportiva di cui risulta permeato il contratto di lavoro dello sportivo e che si "trascina" la disciplina speciale, allontanando il dubbio di contrasto con l'art. 3 Cost. Se un problema c'è, questo può riguardare confini e modalità per perimetrare in senso rigorosamente congruo con la realtà l'attività sportiva in senso stretto, senza dar adito non tanto ad astratti cortocircuiti logici, ma a palesi divaricazioni tra mondo reale e disciplina legale. Ma qui non è la "specialità lavoristica" a venire in rilievo, bensì il confine legislativo tra cosa è sport e cosa non lo è (rimesso, come prima si è detto, al CONI: v. nota 11).

Per l'altro verso - cioè le ingiustificate differenziazioni tra lavoratori, sportivi e no, ma tutti del terzo settore - le regole speciali del lavoro nel terzo settore sono ispirate essenzialmente o a garantire dei minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori del settore (v. art. 16 d.lgs. 117/17; e, per le imprese sociali, art. 13, comma 1, d.lgs. 112/17) o ad un calmieramento dei compensi verso l'alto (v. art. 16 d.lgs. 117/17: in ciascun ente del Terzo settore la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda)²¹⁴. Queste finalità, anche se per enti ed imprese che

²¹² Sul tema, in generale, v. RANIERI, *La nozione del "Terzo settore" e la sua rilevanza per i rapporti di lavoro*, in *Var. temi dir.lav.*, 2019, p. 1052 ss.; RICCOBONO, *Diritto del lavoro e terzo settore. Occupazione e welfare partenariale dopo il d.lgs. 117/17*, Napoli, ESI, 2020, p.59 ss.; PASSALACQUA, *Riflessioni sulla prestazione di lavoro gratuita alla luce del Codice del Terzo settore*, in *Dir. lav. merc.*, 2021, p. 101 ss.

²¹³ V., da ultimo e per tutti, RICCOBONO, *Diritto del lavoro...*, cit.

²¹⁴ Su queste norme v. anche la nota del Ministero del lavoro del 27 febbraio 2020 n. 2088.

svolgono attività sportiva presentano altri problemi giuridici esistenti per tutto il terzo settore²¹⁵, appaiono del tutto ragionevoli sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché compatibili con i principi del lavoro sportivo dilettantistico.

8. Amatorialità sportiva e volontariato nel terzo settore.

Venendo al primo dei due rilevanti problemi esegetici che solleva la già richiamata clausola di compatibilità di cui all'art. 6, comma 2, del d.lgs. 36/21 – cioè il rapporto tra sportivi amatoriali e volontari del terzo settore – c'è anzitutto da analizzare attentamente l'art. 29 del d.lgs. 36/21, che, come s'è detto, contiene la nuova definizione di "sportivo amatoriale", seppure, significativamente, con riguardo alle "prestazioni amatoriali". Al riguardo i principali dubbi sembrano due: a) gli sportivi amatoriali sono da considerarsi alla stessa stregua dei volontari del terzo settore o tra le due categorie c'è una netta distinzione? b) una volta divenuti ETS o imprese sociali alle associazioni sportive si applicano le c.d. clausole di contingentamento – che impongono un determinato rapporto quantitativo tra volontari, soci e lavoratori veri e propri - previste dai d.lgs. 112/17 e 117/17 per gli enti del terzo settore²¹⁶?

Entrambe le questioni sono complesse e intrecciano due tematiche di grande rilievo: a) l'ambivalenza e stratificazione del c.d. fenomeno del volontariato post-moderno²¹⁷; b) l'espansione dei criteri di applicazione delle tutele del diritto del lavoro oltre le fattispecie classiche²¹⁸.

Si può subito dire che la consapevolezza di tali tematiche generali pare molto relativa nell'art. 29 del d.lgs. 36/21.

L'art. 29, comma 1, fornisce una definizione ampia e generale di prestazioni amatoriali consentendo a tutti gli enti sportivi di avvalersi per le proprie attività istituzionali di "amatori che mettono a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere lo sport, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ma esclusivamente con finalità amatoriali. Le prestazioni amatoriali sono comprensive dello svolgimento diretto dell'attività sportiva, nonché della formazione, della didattica e della preparazione degli atleti". La definizione di sportivo amatoriale dell'art. 29, comma 1, per alcuni versi ricalca dunque quella di volontario²¹⁹

²¹⁵ Per un esempio di particolare rilevanza, la costituzionalità dell'efficacia generalizzata dei contratti collettivi qualificati di cui all'art. 51 del d.lgs. 81/15 prevista dalle norme citate nel testo. Sulla questione v. BOZZAO, *La soggettività giuridica degli Enti del Terzo settore. Profili giuslavoristici*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss.; LUNARDON, *Le novità della riforma del terzo settore nella disciplina giuslavoristica*, in *Dir. ec. impr.*, 2018, p. 667 ss.; D. GAROFALO, *Il lavoro nel terzo settore*, in *Mass. giur.lav.*, 2018, p. 91 ss.; DE MOZZI, *Terzo settore e contrattazione collettiva*, in *Var.temi dir.lav.*, 2019, p. 1015 ss.; RICCOBONO, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 94. Invero il richiamo che al riguardo qualcuno fa per le norme citate alle "clausole sociali" come "contropartita per fruire della disciplina di favore che il nuovo diritto del Terzo settore garantisce..." (RICCOBONO, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 104; anche DE MOZZI, *Terzo settore...*, cit., p. 1033;) potrebbe valere in particolare per gli ETS sportivi (anche se a me quel richiamo non convince del tutto in generale).

²¹⁶ I limiti all'utilizzo di lavoratori a titolo oneroso per le organizzazioni di volontariato e le associazioni (artt. 33, comma 1, e 36, comma 1, del d.lgs. 117/17) sono di due tipi: a) qualitativo, in quanto questi soggetti "possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta"; b) e, più stringente, quantitativo, in quanto al massimo si può arrivare fino al 50% del numero dei volontari o al 5% degli associati nel caso di associazioni di promozione sociale. Nel secondo caso si parla appunto di "clausole di contingentamento": v. RICCOBONO, *Diritto del lavoro...*, cit. p. 182 ss.

²¹⁷ V. ampiamente e riassuntivamente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, RICCOBONO, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 132 ss.

²¹⁸ V. ancora, per tutti, PERULLI, *Oltre la subordinazione...*, cit.

²¹⁹ V. art. 17, comma 2, del d.lgs. 117/17 "il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e

- peraltro con uso esplicito del termine nei successivi commi 3 e 4 - e per altri se ne discosta. In comune ci sono i requisiti della “gratuità”, “spontaneità”, “assenza di fini di lucro anche indiretti”, in presenza dei quali consegue l’effetto giuridico comune dell’“incompatibilità con qualsiasi rapporto di lavoro autonomo o subordinato” dell’attività di volontariato (prevista appunto per gli sportivi amatoriali dall’art. 29, comma 3). A differenziare le due nozioni ci sono la settorialità oggettiva della nozione di prestazione sportiva amatoriale (attività sportiva vera e propria; formazione, didattica e preparazione degli atleti) nonché la finalità determinante individuata, tautologicamente, come “finalità amatoriale”. L’attività del volontario sotto il profilo finalistico è invece caratterizzata dall’essere diretta a “fini di solidarietà” (v. art. 17, comma 2, del d.lgs. 117/17, citato in nota 29). Inoltre gli sportivi amatoriali possono partecipare a competizioni ricevendo premi e, soprattutto, rimborsi spese in misura decisamente superiore ai volontari del terzo settore (art. 29, comma 2, del d.lgs. 36/21)²²⁰.

Pur essendovi elementi comuni, pare che specificità settoriale, assenza di fini solidaristici e possibilità di percepire premi significativi e rimborsi non predeterminati diano allo sportivo amatoriale una configurazione del tutto peculiare non sovrapponibile al volontario caratterizzato e motivato dalla particolare utilità sociale dell’attività svolta, attività cioè che va intesa come propriamente rivolta a fornire utilità ad altri in misura (almeno) maggiore che a se stessi. In sintesi l’attività del volontario “tipico” – intendendo l’aggettivazione in senso classico di “fattispecie tipica” – si connota per l’accentuata finalizzazione “altruistica” che consente, pur con tutte le riserve connesse alla moderna morfologia del fenomeno, addirittura di accostarla alla donazione e che evoca l’elemento costitutivo dell’*animus donandi*²²¹.

Pur con qualche cautela, pare in verità che i tratti differenziali indicati dal legislatore prevalgano su quelli comuni. Al punto che i riflessi dei secondi sui primi – pure la cruciale “gratuità”, ad esempio, si colora diversamente se viene scissa dalla finalità “solidaristica” – danno vita ad una fattispecie legislativa connotata in modo specifico che rende la prestazione amatoriale avulsa dalle logiche precipue del codice del terzo settore. È preferibile dunque optare per una non sovrapponibilità delle due nozioni/figure di “sportivo amatoriale” e “volontario” del terzo settore, che rispondono a funzioni diverse. Sicché, salvo scelte normative esplicitamente differenti e fermo restando che gli enti sportivi che dovessero “accedere” al Terzo settore possono avvalersi di entrambe le fattispecie, gli sportivi amatoriali non sono da considerarsi a nessun fine volontari nell’applicazione della disciplina degli ETS. E appare anche difficile configurare dei volontari che svolgano le attività sportive - e/o qualcuna delle altre indicate dall’art. 29 del d.lgs. 36/21 - e che non siano da ricondurre agli sportivi amatoriali. Negli equilibri della riforma sembrerebbe proprio che il volontariato propriamente sportivo debba assumere la configurazione giuridica dello sportivo amatoriale che assorbe quella del volontario.

Ne risulta aggravato il secondo dei dubbi esegetico-ricostruttivo sollevati a inizio di questo paragrafo: cioè l’applicabilità delle clausole di contingentamento agli ETS sportivi. Infatti per questi enti il volontariato è pensabile solo al di fuori delle attività sportive *ac similia* di cui al più volte

gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà”. Sulla problematicità già solo di questa nozione v. il mio *Volontariato e diritti dei lavoratori tra Jobs Act e codice del terzo settore*, in OLIVIERI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Dono Lavoro Volontariato*, Lecce, Milella, 2018, p. 55 ss.

²²⁰ In base al codice del terzo settore anche i volontari possono avere rimborsi spese, ma entro limiti massimi molto stringenti (10 euro giornalieri e 150 euro mensili: v. art. 17, comma 4, del d.lgs. 117/17).

²²¹ V. Già L. ZOPPOLI, *Volontariato e diritti...*, cit., p. 47 ss.

citato art. 29, ovvero, essenzialmente, per attività gestionali, impiegatizie e/o di tipo manuale (pulizia, custodia, ecc.). Una forte restrizione dell'ambito entro cui va verificato il rispetto delle clausole di contingentamento, almeno per quella prevista dall'art. 33 e da parte dell'art. 36 del d.lgs. 117/17 (50% dei volontari).

Pur consapevole di questa difficoltà, non vedo sinceramente il motivo per escludere l'applicazione delle clausole di contingentamento agli ETS sportivi. Infatti, sebbene il volontariato ormai può essere considerato un fenomeno che va ben oltre il terzo settore e che pone problemi di limiti al suo abuso²²², la qualifica di ente del terzo settore si coniuga inscindibilmente con la promozione del volontariato. Questa è la ragione profonda per cui il legislatore, con le clausole di contingentamento, limita l'utilizzazione di veri e propri contratti di lavoro a titolo oneroso. Se gli enti sportivi intendono avvalersi del codice del Terzo settore non possono certo sottrarsi al fine di promuovere il volontariato genuino. Al di là del fatto che tale volontariato, come s'è detto, non sembra aver riscontro pieno nello sportivo amatoriale, le clausole di contingentamento devono e possono trovare applicazione anche a ETS sportivi non essendo incompatibili con le finalità che esse perseguono. In effetti tali clausole creano solo qualche, pur significativa, difficoltà, non si sa quanto adeguatamente soppesata dalla riforma del 2021. Forse il legislatore potrebbe ancora correggere questi aspetti equiparando, ai fini del contingentamento, gli sportivi amatoriali ai volontari veri e propri quando, ad esempio, la gratuità dovesse coniugarsi con finalizzazioni più solidaristiche (ad esempio: formazione e didattica sportive per disabili/fasce sociali indigenti, ecc.) e/o alla rinuncia a partecipare direttamente a competizioni onerose o con premi di rilevante valore economico.

Va comunque considerato che, pur con le restrizioni connesse alla specificità legislativa dello sportivo amatoriale, le clausole di contingentamento previste dall'art. 36 del d.lgs. 117/17 per le associazioni di promozione sociale (APS) creano minori problemi per gli enti sportivi che acquisiscano la qualifica di APS, essendo in quel caso il ricorso a contratti di lavoro consentito anche nella misura del 5% dei soci (e quindi avendo minore rilevanza il numero di volontari).

Invece coerente con gli assetti complessivi del terzo settore mi pare la ricaduta delle interpretazioni proposte dell'art. 29 del d.lgs. 36/21 sulle imprese sociali, qualifica alla quale pure possono puntare le società sportive²²³. In questo caso le clausole di contingentamento operano in modo diverso, dal momento che la legge consente il ricorso al volontariato in misura pari a quello dei lavoratori dell'impresa (art. 13, comma 2, del d.lgs. 112/17): ciò significa che l'esclusione degli sportivi amatoriali dalla nozione di volontario del codice del Terzo settore consente alle imprese sociali di aggiungere i primi ai secondi. Questo è coerente con uno statuto complessivo del terzo settore che sembra privilegiare le imprese sociali²²⁴. Con riguardo al tema che si sta trattando, probabilmente si dovrà scontare un effetto di maggiore indistinguibilità pratica delle due figure dello "sportivo amatoriale" e del "volontario del terzo settore".

Connessi all'applicazione delle clausole di contingentamento sorgono alcuni problemi applicativi. Anzitutto quello delle eventuali conseguenze giuridiche della violazione delle clausole di

²²² V. RICCOBONO, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 132 ss., nonché L. ZOPPOLI, *Volontariato e diritti...*, cit., p. 47 ss..

²²³ In generale v. D'ISANTO, *La riforma dello sporto: quali scenari?*, in www.rivistaimpresasociale.it, 20 maggio 2021.

²²⁴ Con tutto ciò che ne consegue in merito all' "ibridazione" dei modelli legislativi: v., anche per l'attenzione ai profili giuslavoristici, RICCOBONO, *Diritto del lavoro ...*, cit., p. 315 ss., che riassume il ricco dibattito sul punto.

contingentamento, tutt'altro che ben definite, anche se sullo sfondo si profila la cancellazione dal Registro Unico del Terzo settore (RUNTS)²²⁵. Non è questa la sede per riesaminare la questione; non pare però che la soluzione interpretativa prescelta sia influenzata o influisca sulla “clausola di compatibilità” del codice del terzo settore con la disciplina del lavoro nelle associazioni sportive.

Un ulteriore problema può porsi in ordine alle conseguenze nel caso di variazione del rapporto numerico tra le categorie contemplate nelle clausole di contingentamento. Qui, salvo le soluzioni prospettabili in generale, soccorre una norma dettata dall'art. 35, comma 1-bis, del d.lgs. 117/17 per le APS, che consente di integrare il numero di soci entro un anno prima di incorrere nella cancellazione dal RUNTS.

9. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale.

L'altra norma di cui occorre valutare la compatibilità con il codice del Terzo settore è, come si è detto, l'art. 37 del d.lgs. 36/21, che detta una specifica disciplina per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale. Al riguardo il d.lgs. 36/21 - in applicazione piuttosto minimale del criterio di delega di cui all'art. 5, comma 1, della l. 86/19 - contiene una disciplina innovativa, ma alquanto confusa e ambigua²²⁶.

Già l'*incipit* dell'art. 37, nel consentire il ricorso ai co.co.co. di cui all'art. 409, comma 1 n. 3 del c.p.c. (“ricorrendone i presupposti...”), suscita perplessità. I “presupposti”, se non intaccati da una nuova disposizione di legge, devono ricorrere sempre (salvo a capire tecnicamente cosa sono). Non c'era certo bisogno di una specifica autorizzazione del legislatore per utilizzare una tipologia generale di contratto di lavoro. La novità sta piuttosto, come già rimarcato, nell'abrogazione dell'art. 2, comma 2, lett. d), del d. lgs. n. 81/2015 (v. art. 52, comma 1 lett. d, del d.lgs. 36/21), che riconduce anche le collaborazioni di carattere amministrativo-gestionali degli enti sportivi alla disciplina generale²²⁷. Con tutto quanto ne consegue in ordine al sottile confine tra collaborazioni coordinate e collaborazioni etero-organizzate²²⁸.

Tornando ai “presupposti”, quell'*incipit* non proprio felice può assumere un senso specifico proprio per il terzo settore, potendosi agevolmente leggere in quella espressione una conferma della necessità di rispettare le clausole di contingentamento nel caso in cui l'ente sportivo abbia acquisito la qualifica di ETS.

Invece non mi sembra per nulla sostenibile una lettura della norma secondo cui i contratti ex art. 409, comma 1 n. 3, c.p.c. sarebbero l'unica tipologia utilizzabile nel settore sportivo per svolgere attività di carattere amministrativo-gestionale. Osterebbero a tale lettura sia dati testuali, in quanto l'art. 37, comma 1, del d.lg. 36/21 recita: “può essere oggetto”; sia dati sistematici, in quanto il già richiamato principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale, applicabile anche agli enti sportivi dentro e fuori il terzo settore, rende rilevanti, ai fini della classificazione del contratto

²²⁵ V. ancora RICCOBONO, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 185 ss.

²²⁶ V. già il § 5.

²²⁷ Su cui v., da ultimi, ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, e MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, entrambi in *Dir. rel. Ind.*, 2020, risp. p. 105 ss. e 703 ss.; PERULLI, *Oltre la subordinazione...*, cit.

²²⁸ Oltre alla dottrina appena citata, al riguardo occorre aver presente che è ancora lontano un assestamento della giurisprudenza in ordine al regime giuridico complessivo che differenzi radicalmente co.co.co. e lavoro eterorganizzato: da ultimo v., ad esempio, su importanti profili previdenziali, Cass. 30 aprile 2021, n. 11430.

utilizzato, le concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, come già del resto è nella tradizione antiformalista del moderno diritto del lavoro.

Invece la già ricordata abrogazione della lett. d) dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. 81/15 e il principio di delega inizialmente richiamato fanno propendere per la natura di norma promozionale o di sostegno dell'art. 37, che vuole essenzialmente prefigurare l'utilizzazione dei contratti ex art. 409 n. 3 cpc collegandoli ad un regime fiscale agevolato con compensi tassati come redditi diversi fino a 10.000 euro.

Anche qui c'è però un'ambiguità non da poco sotto il profilo giuslavoristico laddove l'art. 37, comma 4, ultimo alinea, recita: "le prestazioni di carattere amministrativo-gestionale sono considerate di natura professionale per l'intero importo" se superano i suddetti limiti quantitativi. Questa conseguenza di natura fiscale – che mi pare in verità sin troppo sintonica con l'utilizzazione della normativa tributaria in modo elusivo dei vincoli giuslavoristici – non mi pare però aver nulla a che fare con la qualificazione del rapporto di lavoro coerente con la sua effettiva esecuzione. Il contratto andrà comunque qualificato alla luce degli indici della subordinazione o dell'etero-organizzazione previsti dall'odierno diritto del lavoro a prescindere dalla qualificazione legislativa dei redditi a fini tributari.

L'art. 37 del d.lgs. 36/21, pur con tutte le sue oscurità ed ambiguità, appare pienamente compatibile con l'acquisizione della qualifica di ETS o di impresa sociale da parte delle associazioni o società sportive. Per questo è ancora più importante che ne siano chiare tutte le implicazioni, senza alimentare alcuna falsa speranza di permanenza di statuti giuridici speciali per le collaborazioni a carattere gestionale-amministrativo nel settore dell'attività sportiva.

10. Riflessioni conclusive.

In conclusione, non si può negare che la riforma dello sport presenti numerosi aspetti positivi, a partire dal pieno riconoscimento della natura lavorativa dei rapporti tra sportivi e società o associazioni sportive, con l'esclusione delle prestazioni amatoriali. Ne costituisce ovvia conseguenza l'attribuzione di una serie di tutele, ovviamente diversificate tra lavoro subordinato e autonomo, per quest'ultimo con una scelta in termini di progressività per quanto concerne gli obblighi fiscali e contributivi²²⁹, ma con la sottolineata rilevante novità dell'applicazione tendenziale dell'intera disciplina del lavoro subordinato a tutti i contratti di collaborazione etero-organizzati.

Peraltro a questo riguardo viene reiterato il tradizionale, ed in precedenza rimarcato, duplice errore di fondo. Da un lato, si affida alla scelta esclusiva ed insindacabile delle federazioni nazionali la riconduzione al professionismo. Dall'altro, manca una qualunque distinzione nell'ambito del dilettantismo²³⁰: viene, invero, adottato un modello, in larga misura forgiato su quello già esistente nello sport professionistico, unico per l'intero settore, ovvero valido tanto per le società che partecipano, ad esempio, ai campionati di pallavolo di serie A e di pallacanestro di serie A2, per le quali vi è assoluta identità tipologica col professionismo, quanto per la piccole realtà nelle quali gli sportivi si pongono finalità prevalentemente ludiche (quali, ad es., ASD che partecipano

²²⁹ Sul punto v. *retro*, § 3.

²³⁰ Lamentano la mancata considerazione da parte del d. lgs. n. 36/2021 della specificità dei settori dilettantistici, declinati al plurale, AGRIFOGLIO, *Prime osservazioni sulla riforma in materia di lavoro sportivo*, in *rivistadirittosportivo.coni.it*, 2021, 23 e SANDULLI G., *La riforma del lavoro sportivo all'esame del parlamento. Valutazioni e rilievi presentati in audizione al Senato, 5 gennaio 2020*, in *Olimpialexreview*, 2020, 3.

a competizioni delle categorie inferiori o circoli sportivi di ridotte dimensioni). Un modello che rischia di non essere compatibile con la sostenibilità economica del sistema. È, pertanto, assolutamente condivisibile la proposta da tempo avanzata di “introdurre una fascia intermedia” tra professionismo vero e proprio e dilettantismo puro, per la quale sarebbe sufficiente l’applicazione di una normativa minima e speciale (ad es., obblighi delle parti, periodi di riposo, tutela sanitaria, tutela della salute, assicurazione contro gli infortuni e trattamento pensionistico)²³¹.

In questa logica si spiega l’introduzione della figura dello sportivo amatoriale. Come si è visto per anche quest’ultima, timida, innovazione presenta varie ombre allorché associazioni e società sportive si affacciano nel terzo settore. Con riferimento all’ambito sportivo le scelte del legislatore confermano infatti per molti versi l’impostazione generale seguita già qualche anno fa nella riforma del terzo settore quanto ad una netta separazione di regime giuridico tra contratti di lavoro e volontariato. Introducendo gli sportivi amatoriali il legislatore contribuisce poi a rendere tipologia e disciplina del volontariato più articolate, anche se più imprevedibilmente segmentata e confusa, proprio all’interno del terzo settore nel quale è presumibile che approderanno varie associazioni e società sportive dilettantistiche. Neanche in questo settore si affronta però la questione di fondo dell’accertamento della genuinità del volontariato, pur quando riconducibile all’attività sportiva amatoriale: infatti il potenziamento della certificazione – previsto come s’è detto nell’art. 25, comma 3, del d.lgs. 36/21 per i contratti di lavoro sportivo – continua a riguardare solo i contratti di lavoro²³².

Il d.lgs. 36/21, pur confermandone significativi tratti di specialità, avvicina complessivamente la disciplina del lavoro sportivo a quella generale, rendendo il settore più permeabile a quel processo di assottigliamento di confini e differenziazioni tra fattispecie contrattuali, già in atto anche nella giurisprudenza pre-riforma in materia. Questo orientamento pare destinato a influenzare gli enti sportivi che dovessero ambire a restare o entrare nel terzo settore. Non sembrano individuabili infatti specifiche misure giuslavoristiche volte ad incentivare il volontariato negli enti sportivi del terzo settore; e neanche discipline di particolare favore per i contratti di lavoro stipulati con enti sportivi che acquisiscano qualifica di ETS. Invero sembra piuttosto intravedersi un assetto legislativo in cui la giusta rilevanza che nel terzo settore deve avere il volontariato con precipue finalità di solidarietà sociale – presupposto anche quantitativo per assumere lavoratori intorno a cui impennare organizzazioni solide - possa addirittura essere un disincentivo allo sviluppo (o al mantenimento) di enti sportivi nel medesimo terzo settore. Meno colpita, come s’è detto, è forse solo la scelta dell’impresa sociale. Anche questo però conferma come l’incontro tra sport e terzo settore avvenga all’insegna della ibridazione di modelli normativi, probabilmente più rispondente alla proteiforme realtà, ma meno idonea a indirizzare le dinamiche reali verso i migliori assetti pure sotto il profilo giuslavoristico.

²³¹ Cfr. BELLAVISTA, *Il lavoro sportivo professionistico e l’attività dilettantistica*, cit., 523 s. e 526. Da ultimo ROCCHINI, *Dal dilettante al lavoratore sportivo ...*, cit., 413 sottolinea come sia maturata “la convinzione circa la necessità di una linea di intervento mediana, per il tramite dell’emersione, accanto allo sportivo professionista, della figura del “lavoratore sportivo” *tout court*, cui riconoscere l’estensione di alcune tutele minime inderogabili, distinguendo la sua situazione da quella dell’amatore che fa sport per mero diletto e senza ricavarne un compenso”. Tale a., comunque, dà un giudizio complessivamente positivo della riforma, in quanto – e sul punto non ci sono dubbi – “prova a rispondere a una reale e indefettibile esigenza di tutela” (p. 423).

²³² Per una proposta in tal senso riguardante il volontariato in generale v. L. Zoppoli, *Volontariato e diritti dei lavoratori...*, cit., p. 60.

Brevi osservazioni sulla attuale contingenza, dedicate all'amico Umberto, strenuo trentanovista*

Franco Liso

1. È necessario un intervento legislativo promozionale dell'autonomia collettiva. 69
2. La proposta formulata dalla CGIL con la Carta dei diritti dei lavoratori presenta alcune controindicazioni essendo formulata nella prospettiva dell'articolo 39 della Costituzione e non riflette una filosofia genuinamente promozionale. 71
3. Quali altre possibili soluzioni? 74
 - 3.1 Un intervento sul trattamento retributivo minimo per contrastare il *dumping*. 75
 - 3.2 – Prendere sul serio l'esigenza di certificare il peso rappresentativo degli attori sociali e promuovere in termini di sistema la responsabilità preminente delle parti sociali nella regolazione dei rapporti di lavoro. 76

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 444/2021

1. È necessario un intervento legislativo promozionale dell'autonomia collettiva.

L'accentuata dinamica delle trasformazioni organizzative del tessuto economico e il diffondersi di forme di *dumping* rendono sempre più necessaria una risposta regolatoria capace di incidere sui fenomeni disgregativi in atto e di controllarli.

È illusorio pensare che lo strumento legislativo possa dare una risposta efficace a tutti gli effetti di questa turbolenza.

La sua lentezza – nella produzione e nell'applicazione- e la sua rigidità, di fronte alla complessità ed alla mutevolezza dei fenomeni, lo rendono inadatto a questo compito, in particolar modo per quel che riguarda i profili attinenti alla regolazione dei rapporti di lavoro.

Il candidato naturale a svolgere questo compito dovrebbe essere la contrattazione collettiva, perché essa può essere uno strumento flessibile e tempestivo ed è gestita da soggetti che vivono immersi in quella realtà e sono quindi maggiormente in grado di verificare l'efficacia della regolazione da essi prodotta, assumendosi la responsabilità – per quanto rientri nella loro capacità – di tenere insieme le esigenze della competitività delle imprese con quelle della tutela del lavoro²³³.

Purtroppo, le parti sociali non godono di ottima salute. Le profonde trasformazioni del tessuto economico hanno indebolito il sindacato e resa più difficile la sua azione di rappresentanza dei lavoratori.

Lo stesso può dirsi per la rappresentanza dei datori di lavoro, esposta ad accentuate dinamiche di frammentazione. L'impressionante numero dei contratti collettivi depositati presso il Cnel ne offre una corposa testimonianza.

Un sostanzioso contributo all'indebolimento del sistema è fornito dalla permanente anomia del suo assetto istituzionale nell'ambito dell'ordinamento dello Stato. La linea astensionistica in passato è stata una scelta felice del legislatore, perché ha consentito al sistema dei rapporti collettivi di crescere liberamente. Nella realtà attuale essa si rivela controproducente: non favorisce la crescita del sistema bensì la sua consunzione.

In verità, l'anomia ha cominciato a dare problemi già con l'esperienza della contrattazione concessiva e, soprattutto, con la frattura dell'unità sindacale prodottasi in occasione del protocollo di S. Valentino (1984). Tuttavia essi non avevano ancora assunto carattere di gravità. Il sistema era riuscito comunque a trovare i suoi equilibri e il legislatore, dal canto suo, incurante di quei problemi, aveva inaugurato una politica volta a favorire il sistema attraverso una valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva, chiamata a collaborare – in vario modo – alla conformazione del tessuto normativo (si pensi, per fare alcuni esempi classici, alla legge che negli anni '80 chiamò la contrattazione collettiva a flessibilizzare il lavoro a termine, o alla legge che negli anni '90 regolamentò lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, rimettendo agli accordi

²³³ Peralto la contrattazione si fa preferire non solo perché – essendo più vicina alle dinamiche che devono essere governate – potrebbe produrre una regolazione più efficiente di quella del legislatore, ma anche perché è in grado di esprimersi con modalità più ricche rispetto a quella tradizionale di semplice fonte normativa (modalità che condivide con la legge); ad esempio, instaurando modalità procedurali di controllo di quelle dinamiche, le quali, per la loro sempre più accentuata velocità, spesso mal si prestano ad essere efficacemente disciplinate attraverso la semplice posizione di norme. Giustamente insiste su questo punto Treu che in questo modo mi sembra sostanzialmente riattualizzare una visione che era cara a Giugni, quella della amministrazione del contratto collettivo.

collettivi – seppure sotto il controllo della commissione di garanzia – la determinazione delle prestazioni indispensabili).

Il sistema contrattuale continuò ad essere valorizzato dal legislatore nella sua fattualità, in genere servendosi del criterio selettivo della “maggiore rappresentatività”, successivamente perfezionato. Per rispondere alle pericolose crepe prodotte dal fenomeno dei “contratti pirata” si fece ricorso, infatti, al criterio selettivo della “maggiore rappresentatività comparata”.

Ma il contesto, nel frattempo, si faceva più complicato e più turbolento, mettendo a nudo una ridotta capacità di governo del sistema di contrattazione collettiva da parte dei soggetti tradizionalmente più rappresentativi, aggravata inoltre da conflitti endogeni²³⁴, nonché da una decisa svalutazione delle prassi concertative da parte del potere politico.

La confusione ha finito per spiazzare il criterio selettivo della “maggiore rappresentatività comparata”, rendendolo come una lente incapace di mettere a fuoco. Mancano certezze²³⁵. Quel criterio selettivo incontra crescenti difficoltà ad essere applicato, sia a causa della accentuata turbolenza dell’attuale contesto, che rende assai arduo il compito della individuazione dei perimetri della rappresentanza, sia a causa delle gravi difficoltà applicative del sistema che dovrebbe certificare il peso rappresentativo dei soggetti firmatari dei contratti collettivi, peraltro finora definito solo sul versante della rappresentanza dei lavoratori.

È significativo che le stesse parti sociali storicamente più rappresentative – preoccupate dal progressivo logoramento del sistema e dalla conseguente loro delegittimazione – abbiano avvertito l’esigenza di reagire, dandosi importanti regole mirate a mettere ordine al suo interno (mi riferisco al c.d. testo unico prodotto nello scorso decennio) e siano poi pervenute (con il Patto della fabbrica, 2018) a porsi il problema di dare efficacia generalizzata ai contratti per reagire alla allarmante crescita di forme di *dumping*.

Dunque, esse hanno avvertito l’esigenza di ordine nel sistema. Ma è chiaro che quella esigenza corrisponde anche ad uno spiccato interesse pubblico di un ordinamento pluralistico come il nostro, quello di avere un sistema di relazioni collettive capace di regolazioni più efficienti, maggiormente in grado di promuovere, con fini tessiture, quella coesione sociale che la legge, da sola, ha difficoltà ad assicurare.

Occorre quindi che il legislatore intervenga. L’esigenza di una valorizzazione dell’autonomia collettiva richiede un quadro organico e stabile. Esso andrebbe perseguito attraverso la esplicita

²³⁴ Conflitti sia sul versante della rappresentanza dei lavoratori (in particolare, si pensi al fenomeno dei contratti separati), sia sul versante della rappresentanza datoriale, i cui perimetri tendono a farsi incerti (si pensi, ad esempio, al fatto che esiste un’area della piccola impresa in cui il datore di lavoro può scegliere tra contratti collettivi che sono tra loro alternativi, sottoscritti, rispettivamente, dalle associazioni di categoria di CONFINDUSTRIA, CONFAPI, Confederazioni artigiane e financo CONFCOMMERCIO, con le associazioni di CGIL-CISL-UIL).

²³⁵ Ciò è comprovato dai lavori in corso presso il Cnel. Il riflesso di questi lavori lo si può leggere in alcuni saggi di studiosi coinvolti a vario titolo nella esperienza del Cnel: Treu, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2020, 2; Ciucciavino, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lavoro e diritto*, 2020, 2; Faioli, *Il potere del sindacato senza potere. Terziario, contrattazione, rappresentatività*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2020, 2. Il Cnel sta cercando di svolgere il compito ad esso affidato dalle stesse parti sociali con il patto della fabbrica (2018). In questo patto si chiedeva al Cnel di svolgere due compiti: a) “effettuare una precisa ricognizione dei perimetri della contrattazione collettiva nazionale di categoria”; b) “effettuare un’attenta ricognizione dei soggetti che, nell’ambito dei perimetri contrattuali, risultino essere firmatari di contratti collettivi nazionali ... affinché diventi possibile, sulla base di dato oggettivi, accertarne l’effettiva rappresentatività”.

ripresa di una linea di politica legislativa di sostegno.

Questa volta il sostegno dovrebbe essere dato, non al sindacato dei lavoratori (come fu al tempo dello Statuto dei lavoratori), bensì al sistema delle relazioni collettive nel suo complesso.

Con il patto della fabbrica – pur molto importante – le parti sociali (Confindustria, Cgil, Cisl e Uil) sembrano aver preso una strada troppo lunga. In esso si prevede come necessario pervenire ad una intesa tra tutte le associazioni datoriali “per arrivare ad un modello di certificazione della rappresentanza datoriale capace di garantire una contrattazione collettiva con efficacia ed esigibilità generalizzata” e l’impegno, dei sottoscrittori di quel patto, a “proporre”- sulla base del lavoro istruttorio del Cnel – “laddove se ne ravvisi la necessità, l’adozione da parte di tutti i soggetti coinvolti, di regole che assicurino il rispetto dei perimetri della contrattazione collettiva”; prevedendosi che tutto questo possa fornire il “presupposto per l’eventuale definizione di un quadro normativo in materia”. Come si vede, la strada è lunga e non è sicuro che ci sia una tappa di arrivo.

In breve: da un lato, è altamente improbabile che si riesca a trovare il consenso di tutti (in particolare, come si è detto prima, sul versante datoriale vi sono fenomeni di sovrapposizione non piccoli: ad esempio tra mondo della cooperazione e quello della piccola industria, tra Confindustria e Confcommercio nel mondo del terziario; fenomeni il cui riassorbimento è contrastato anche dai corposi interessi delle istituzioni della bilateralità che si sono andate radicando); dall’altro lato, non si tiene conto che gli obiettivi che si vogliono perseguire (efficacia generalizzata del contratto collettivo e delimitazione dei perimetri della rappresentanza) non sono a portata dell’autonomia privata, potendo essere raggiunti solo da una legge che, stante l’esistenza dell’articolo 39 della Costituzione, segua le linee da esso dettate.

2. La proposta formulata dalla CGIL con la Carta dei diritti dei lavoratori presenta alcune controindicazioni essendo formulata nella prospettiva dell’articolo 39 della Costituzione e non riflette una filosofia genuinamente promozionale.

La richiesta di un intervento legislativo è stata avanzata senza indugi dalla Cgil (è contenuta nella Carta dei diritti universali del lavoro da essa approvata e fatta poi oggetto di una proposta di legge di iniziativa popolare). La proposta è animata dalla buona intenzione di dare gambe agli accordi interconfederali confluiti nel testo unico. Tuttavia, non si può dire che essa risponda alla filosofia promozionale alla quale facevo prima riferimento.

Questa, infatti, richiede che l’intenzione del legislatore sia quella di muoversi a sostegno e in sintonia con le dinamiche positive del corpo sociale. Nella proposta della CGIL, invece, pur se si rispettano le linee del testo unico, la sostanza che prevale è quella dell’imbrigliamento di quelle dinamiche. A ben vedere, più che dare gambe a quelle intese, le si è prese come occasione favorevole per un intervento di eteroconformazione del sistema. Non poteva essere altrimenti, dato che quella proposta si muove nella prospettiva della seconda parte dell’articolo 39 e quindi in coerenza con quell’impianto programmatico.

Sappiamo che l’inattuazione di quell’ impianto è stata figlia proprio del rifiuto dell’imbrigliamento e dei pericoli che esso comporta per la libertà sindacale. Ricordiamo tutti le pagine classiche

dedicate al tema da Mancini. E ricordiamo anche come lo stesso Giugni²³⁶, muovendosi nella prospettiva della valorizzazione della politica promozionale, propose che si ponesse mano ad una modifica dell'articolo 39 (lo fece come parlamentare membro della Commissione Bozzi per le riforme istituzionali). Ciò che nell'impianto dell'articolo 39 si è ritenuto costituire una minaccia per la libertà sindacale è, in particolare, l'inevitabile rimessione ad una autorità esterna del compito di delimitazione dei perimetri di applicazione dei contratti collettivi ad efficacia generale e quindi dei soggetti legittimati a negoziarli; l'esercizio di questa autorità inevitabilmente presenta pericoli per la libertà sindacale la quale, in linea di principio, implica la completa autonomia dei soggetti nella delimitazione della sfera della propria organizzazione e della propria azione negoziale.

In verità, la proposta della CGIL crede di poter sventare ogni pericolo su questo versante riproducendo la soluzione che fu trovata nella legge sul pubblico impiego: rimettere alla stessa

²³⁶ A proposito di Giugni vorrei invitare Umberto a considerare che non va sopravvalutata la connessione che si è voluta vedere tra la teoria dell'ordinamento intersindacale e l'inattuazione della seconda parte dell'articolo 39, cosicché essa - nell'attuale contesto, caratterizzato da una avvertita esigenza di interventi regolativi - debba sollecitare distinguo o prese di distanza. Quella teoria ha solo fornito a suo tempo una copertura teorica all'inattuazione dell'articolo 39, ma nel limitato senso che prospettava come l'indagine sul diritto sindacale potesse ben essere sviluppata del tutto prescindendo dalla legge sindacale prefigurata in quell'articolo (il vero attacco a quest'ultimo fu invece portato da Mancini, nella famosa prolusione del 1963). Dal punto di vista della politica del diritto l'essenza della teoria dell'ordinamento intersindacale era e rimane - come lo stesso Umberto riconosce - quella della prospettiva della valorizzazione della capacità delle parti sociali a governare i rapporti nel mondo del lavoro. Rimane da vedere se la seconda parte dell'articolo 39 possa essere in grado di sostenere questa prospettiva. Giugni - che fu tra i primi ad avvertire, con largo anticipo, l'esigenza di interventi mirati a rafforzare la rappresentatività delle organizzazioni sindacali - riteneva che quell'articolo costituisse un impaccio, tanto è vero che, come si è detto nel testo, perorò una sua modifica nella Commissione Bozzi. Quest'ultima, a maggioranza si orientò a proporre una modifica orientata da due principi, quello democratico e quello della libertà del legislatore di stabilire i modi e le condizioni della rappresentatività. Può essere utile un richiamo alla relazione conclusiva di quei lavori.

Al punto 12.4 della relazione si riconosceva che non sussistevano condizioni politiche e sociali che potessero consentire una applicazione nell'articolo 39, ritenendo che comunque si dovesse tener conto del fatto che «tutta la materia delle relazioni sindacali è in piena evoluzione» e che quell'articolo, oltre al principio di libertà sindacale, l'unico attuato, «contiene principi vitali, pieni di forza espansiva, ai quali ci si può ispirare per una risistemazione della norma meglio adeguata alle mutazioni intervenute nel sindacato in relazione alle mutazioni della società. Il principio, per esempio, della democraticità, che va esteso dall'organizzazione interna all'azione esterna del sindacato; e così il principio di rappresentatività, che serve a connettere potere e responsabilità, specie in relazione al nuovo rapporto che si va instaurando nel nostro ordinamento fra il potere normativo del legislatore statale e quello che è ormai un vero e proprio potere normativo dei sindacati. La Commissione ha preso atto della posizione assunta al riguardo da alcune organizzazioni sindacali, e in particolare dalla CGIL, che in un suo documento si è dichiarata contraria a qualsiasi modifica all'articolo 39 nell'attuale fase delle relazioni sindacali; ma ha anche preso atto che altre organizzazioni, come la Cisl e la Uil, si sono espresse in senso diverso. La commissione si è conseguentemente in prevalenza orientata verso una nuova redazione dell'articolo 39 basata su tre punti essenziali: a) libertà dell'organizzazione sindacale; b) metodo democratico dell'organizzazione e dell'azione sindacale; c) libertà del legislatore di stabilire i modi e le condizioni di rappresentatività - da accertare, per esempio, mediante referendum, o con altri strumenti - per la stipulazione di contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria generale e per altre eventuali funzioni attribuite ai sindacati dalla legge (a cominciare dalle nomine di loro rappresentanti in organi collegiali direttivi di enti e amministrazioni pubbliche). Il testo dell'articolo 39 potrebbe essere, a questa stregua, così riformulato:

“L'organizzazione sindacale è libera.

L'ordinamento interno e l'attività dell'organizzazione sindacale devono ispirarsi al metodo democratico.

La legge, ai fini del conferimento di efficacia obbligatoria generale ai contratti collettivi di lavoro e ai fini della produzione di altri effetti giuridici, determina i criteri per l'accertamento della rappresentatività dei sindacati”».

In una nota si aggiungeva che il commissario Andreatta aveva proposto di aggiungere che «i bilanci dei sindacati debbono essere pubblici»; che il commissario Giugni aveva proposto la seguente riformulazione del terzo comma «La legge, nel rispetto del principio di cui ai commi precedenti, determina i criteri per l'individuazione di sindacati maggiormente rappresentativi, cui conferire particolari facoltà anche ai fini della stipulazione di contratti collettivi con efficacia generale» e che il gruppo del PCI aveva formulato una riserva sul terzo comma per il quale riteneva necessario un maggiore approfondimento.

autonomia collettiva il compito di tracciare i perimetri²³⁷.

Tuttavia, quella proposta non tiene conto del fatto che quella decisione fu praticabile solo perché, nel pubblico impiego, tutto il mondo datoriale aveva un unico rappresentante, l'Aran.

Non è certo questa la situazione nell'area più ampia che si vorrebbe disciplinare e non è credibile che si possa pervenire veramente ad un accordo al quale possano aderire tutte le confederazioni datoriali.

Se pure un tale accordo si riuscisse a farlo, ci si dovrebbe chiedere pur sempre se siano veramente evitati, in questo modo, i rischi della manipolazione della libertà sindacale. I soggetti sindacali "danneggiati" dalla perimetrazione – potendo quest'ultima essere operata in modo da condannarli ad una situazione di minorità – considererebbero comunque mortificata la propria libertà. Il problema sarebbe risolvibile solo ipotizzando un sistema che assicuri a ciascun soggetto sindacale di verificare il proprio peso rappresentativo nell'ambito da esso stesso predefinito.

Fatta questa considerazione di ordine generale, vediamo ora le cose un po' più da vicino.

Con il T.U. le parti hanno creato un proprio sistema. È certamente un sistema che tutti dovremmo avere interesse a vedere effettivamente operare nella realtà.

Dobbiamo chiederci, tuttavia, se sia proprio necessario trasporlo in legge. Ne dubito. Si può ragionevolmente sostenere che la proposta della CGIL, più che dare gambe agli accordi, e quindi rispondere ad una filosofia genuinamente promozionale²³⁸, finisce, invece, per nutrirsi, divorandoli e quindi sostanzialmente azzerandoli.

Facciamo qualche esempio prendendo in considerazione alcuni profili.

Con il T.U. CGIL, CISL e UIL hanno disciplinato, insieme alla Confindustria, il sistema dei rapporti collettivi, segnando – almeno nello scritto – un passo in avanti nella sua maturazione. Esse hanno aperto alla partecipazione di soggetti esterni rispetto al loro sistema; ma hanno posto alcune condizioni, molto importanti per la coerenza di quel sistema e la preservazione del grado di maturità da esso raggiunto.

In particolare, i sindacati della triplice hanno subordinato la partecipazione di altre associazioni alla condizione che queste accettino di condividere le regole e i valori formalizzati negli accordi. Tra le regole convenute non va dimenticato l'obbligo di pace sindacale (previsione indigesta, come è noto, ad alcune associazioni sindacali), nonché quella che – per garantire l'attendibilità del dato associativo (rilevante ai fini del calcolo del peso rappresentativo delle differenti associazioni) – stabilisce che la contribuzione associativa debba essere non inferiore ad una determinata soglia.

Orbene, questo i soggetti sottoscrittori del T.U. hanno potuto farlo perché hanno giocato in casa propria. L'articolo 39 non lo consente. Infatti la CGIL ha dovuto elidere, nella sua proposta, questi importanti aspetti, che avevano la funzione di assicurare compattezza al sistema messo su con il T.U. Dunque appare evidente che, se il legislatore volesse intervenire in attuazione di quella

²³⁷ "Con contratto collettivo ad efficacia generale di livello confederale si procede a disciplinare gli altri livelli ed ambiti di contrattazione ad efficacia generale" (comma 3 dell'art. 33 della Carta dei diritti).

²³⁸ Alcuni spezzoni della proposta potrebbero rispondere a questa filosofia. Ad esempio: l'obbligo, in capo alle imprese, di comunicare ad una particolare commissione i risultati delle consultazioni elettorali che si svolgono per le elezioni della rsu (art. 32); l'obbligo di contrattazione imposto alle imprese e alle associazioni datoriali (art. 36).

disposizione della Costituzione, non potrebbe muoversi veramente in sintonia con quanto previsto dalle parti sociali, anche se, come è intenzione della CGIL, è proprio al T.U. che si vogliono dare le gambe. Ci si consenta il gioco di parole: si può sostenere che la logica del 39 Cost. può mettere in fuori gioco il gioco che è stato fatto dal T.U.

Peraltro, non è neppure scontato che la trasposizione in legge degli altri contenuti del T.U. sia in *toto* compatibile con la logica dell'articolo 39 della Costituzione. C'è da chiedersi, ad esempio, se sia coerente con quell'articolo 39 la scelta di rimettere alla stessa autonomia collettiva, seppure maggioritaria, le regole per la partecipazione al processo di negoziazione.

La costituzione fissa ragionevolmente il principio maggioritario, ma vuole assicurare a tutti i soggetti registrati la possibilità di prendere parte alla contrattazione attraverso la partecipazione alla rappresentanza unitaria, perché essi possano comunque far sentire la propria voce, anche se minoritaria. La rimessione alla stessa autonomia collettiva maggioritaria della disciplina di questo profilo sembra non offrire quelle garanzie di imparzialità che sarebbe necessario assicurare²³⁹ su questo delicato versante.

Consideriamo anche un altro aspetto della proposta della CGIL. La Carta dei diritti contempla la legificazione delle RSU, ma radicare la RSU nella legge ne altera la natura. Nel sistema attuale, la RSU- benché aperta alla partecipazione di tutti- può essere considerata come la forma unitaria, autonomamente scelta, delle rappresentanze aziendali di CGIL, CISL e UIL. Come tale queste confederazioni l'hanno creata e disciplinata, tanto da poter prevedere di condizionare – come si è visto- la partecipazione di altre associazioni. In altri termini, nella situazione attuale le carte sono nelle mani degli attori principali del sistema; sono essi a condurre il gioco e a dettare le regole perché altri vi partecipino. Invece, radicando la RSU nella legge, è quest' ultima a fare il gioco. Le conseguenze sono, da un lato, che si è previsto – discostandosi dal T.U., in coerenza con la logica del 39 cost. – che l' elezione della Rsu possa comunque essere richiesta da tutte le associazioni sindacali (con una certa rappresentatività) nonché dal 20% dei lavoratori occupati nell'impresa (art. 31); dall'altro che la RSU inevitabilmente finisce per presentarsi non più come espressione unitaria delle organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo, bensì come forma di rappresentanza diretta di tutti i lavoratori e come forma di rappresentanza che esclusivamente da essi riceve la propria legittimazione. Così operando si farebbe un passo in avanti oppure un passo indietro? Comunque, a dispetto dell'apparenza, si tratterebbe di un passo non coincidente con quello del T.U.

3. Quali altre possibili soluzioni?

Abbiamo esaminato le perplessità che suscita il progetto della CGIL. Dobbiamo ora chiederci: ma vi sono altre strade per dare gambe alle intenzioni degli attori sociali?

La risposta deve essere positiva. A mio avviso le si può cercare continuando a rimanere – ma con contenuti ammodernati- nella logica tradizionale della legislazione di sostegno al sistema di fatto; sostegno che appare oggi giorno a maggior ragione opportuno nel momento in cui quel sistema sembra essersi evoluto nella stessa direzione del contenuto più qualificante della seconda parte dell'articolo 39 Cost., quello che fissa il principio maggioritario. Su questo versante il legislatore

²³⁹ Ci si potrebbe inoltre chiedere se la previsione della soglia di rappresentatività minima del 5%, ripresa dal T.U. sia compatibile con la disposizione costituzionale.

può muoversi con maggiore libertà.

Quale intervento si può allora ipotizzare al fine di contrastare, come è doveroso, le sempre più frequenti pratiche di *dumping* e per promuovere il ruolo regolatorio delle parti sociali?

3.1 Un intervento sul trattamento retributivo minimo per contrastare il *dumping*.

Per quel che riguarda il primo aspetto sappiamo che le parti sociali, con il patto per la fabbrica (2018), si sono poste l'obiettivo di contrastare il *dumping* attraverso il conferimento di efficacia *erga omnes* al contratto collettivo²⁴⁰. Bisogna riconoscere che, per l'immediato, quell'obiettivo ben potrebbe essere perseguito efficacemente attraverso una legge sul trattamento retributivo.

L'articolo 36 Cost. fissa il diritto del lavoratore ad una retribuzione adeguata. All'epoca in cui fu formulato si pensava che alla sua specificazione avrebbe provveduto il sistema dei contratti efficaci *erga omnes*. Sappiamo che l'inattuazione di questo sistema è stata compensata dalla giurisprudenza che ritiene comunque doveroso il ricorso al parametro fissato dalla contrattazione collettiva. Il legislatore potrebbe dunque legificare questa giurisprudenza. Si tratterebbe, in fin dei conti, di fare il passo ulteriore rispetto a quello già compiuto nel 1989²⁴¹, quando si decise di imporre ai datori di lavoro l'obbligo del pagamento dei contributi sul lavoro in misura non inferiore a quella che si dovrebbe corrispondere ove si facesse applicazione del contratto stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative²⁴².

Nessuna organizzazione potrebbe contestare la legittimità dell'intervento. Ci troveremmo di fronte alla determinazione per legge del trattamento retributivo minimo da corrispondere ai lavoratori, trattamento nel fissare il quale il legislatore può godere di ampia discrezionalità, essendo solo tenuto a rispettare, in linea di principio, da un lato il limite della sufficienza e, dall'altro, quello della parità di trattamento tra i datori di lavoro che si trovino nelle medesime condizioni. Peraltro sappiamo che un passo di questo tipo è stato già compiuto dal legislatore nel settore della cooperazione a favore del socio lavoratore²⁴³ e la Corte costituzionale lo ha ritenuto

²⁴⁰ Poiché su questa strada c'è l'ostacolo dell'articolo 39 cost. (sicuramente per quel che riguarda i contratti sovraaziendali), si potrebbe riproporre l'opportunità di una sua modifica secondo la linea indicata dalla Commissione Bozzi (una proposta analoga la avanzano Ichino e Valente in un recente intervento su *La Voce*). Questa sarebbe la via maestra. L'attuale contesto politico dovrebbe offrire qualche probabilità di successo. La contrarietà allora manifestata dalla CGIL era giustificata dalla lacerante esperienza del protocollo di S. Valentino; oggi, se sono veri i passi avanti compiuti con il T.U. e il Patto per la fabbrica, questa contrarietà difficilmente sarebbe riproponibile. Si tratterebbe comunque di una strada che richiede del tempo, mentre un intervento appare urgente.

²⁴¹ Art. 1 d.l. 338/1989 conv. in l. 389/1989, come interpretato da art. 2, co. 25, l. 549/1995.

²⁴² Meritevolmente si muovono in questa direzione il ddl Catalfo (A.S. 658) ed i ddl Nannicini (A.S. 1132). Ma il primo contiene un'imprudente rigidità: la fissazione di un livello salariale minimo come limite per la stessa autonomia collettiva; è significativo che in un successivo ddl (A.S. 2182), sul medesimo tema, la stessa proponente ha avvertito la necessità di sottrarre a quel vincolo il lavoro domestico, così introducendo nel tessuto della proposta una non piccola contraddizione: se la sufficienza del trattamento retributivo ha la funzione di assicurare «un' esistenza libera e dignitosa» come si può giustificare la coesistenza di due livelli di sufficienza del trattamento? Il secondo disegno di legge presenta profili di problematicità nel punto in cui affida ad un decreto del Ministro del lavoro - da emanare in base alle indicazioni di una commissione paritetica - la disciplina di materie (fissazione 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») sulle quali sarebbe difficilmente giustificabile la totale latitanza della legge.

²⁴³ L'art. 7, co. 4, del d.l. 248/2007, convertito in l. 31/2008 dispone che "[...] le società cooperative [...] applicano ai propri soci lavoratori [...] i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria".

pienamente legittimo (sentenza n. 51/2015)²⁴⁴. Esso avrebbe anche una evidente finalità di tutela della concorrenza.

3.2 – Prendere sul serio l'esigenza di certificare il peso rappresentativo degli attori sociali e promuovere in termini di sistema la responsabilità preminente delle parti sociali nella regolazione dei rapporti di lavoro.

Per quel che riguarda il secondo aspetto – quello che attiene alla valorizzazione del ruolo regolativo delle parti sociali – bisogna tenere presente che il legislatore già da tempo, persegue una politica di sostegno a questo ruolo. Essa - oltre che nella forma indiretta della politica promozionale espressa dallo statuto dei lavoratori, volta ad assicurare la presenza delle organizzazioni sindacali nei luoghi di lavoro- si articola essenzialmente in due modalità.

La prima – più risalente nel tempo- è quella della incentivazione dell'applicazione dei contratti collettivi realizzata attraverso la previsione del rispetto dei livelli di trattamento da essi previsti come condizione posta al datore di lavoro per godere di particolari benefici. Si persegue in questo modo una finalità di tutela della concorrenza servendosi di uno strumento alternativo a quello previsto dalla seconda parte dell'articolo 39 Cost. (l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo).

La seconda modalità – inizialmente utilizzata con prevalente finalità di flessibilizzazione delle rigidità del quadro normativo- è quella del rinvio che di frequente il legislatore fa ai contratti collettivi attribuendo ad essi la facoltà di modificare o integrare la disciplina legislativa.

Questa politica presenta alcuni punti deboli che vanno corretti.

3.2.a Il primo è quello della crescente inadeguatezza della formula normalmente utilizzata dal legislatore per selezionare gli accordi collettivi ai quali vuole riferirsi (“contratti collettivi di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative”). Come si è già detto, questa formula non offre certezze. Essa non modifica sostanzialmente la genericità che connotava la formula usata in precedenza, quella del sindacato maggiormente rappresentativo, che era stata mutuata dall'articolo 19 dello statuto dei lavoratori. Molti elementi di conoscenza utilizzati sul piano amministrativo, per appurare il grado di rappresentatività degli attori, non si basano su dati oggettivi, ma su dichiarazioni rese da essi stessi (ad esempio, numero degli associati, numero delle vertenze composte). Quindi, occorre innanzitutto un sistema che sia in grado di fornire dati incontestabili circa il peso rappresentativo degli agenti contrattuali, sia sul versante dei lavoratori che su quello dei datori di lavoro²⁴⁵.

²⁴⁴ Al limite si potrebbe anche pensare ad una riproposizione dello schema della legge Vigorelli limitatamente all'area del trattamento retributivo. A questo proposito si deve rilevare che, se è vero che la sentenza della Corte costituzionale ha giustificato la legittimità della disposizione (richiamata poco fa) argomentando proprio con riferimento al fatto che essa non comportava il riconoscimento di efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, bensì solo l'uso di quest'ultimo quale parametro esterno di commisurazione del trattamento retributivo, è altrettanto vero, a mio avviso, che lo ha fatto solo per un motivo attinente all'economia della decisione. In altri termini si arrivava più direttamente alla soluzione giusta ritenendo che il giudice remittente avesse sollevato il problema sull'erroneo presupposto che la legge aveva conferito efficacia *erga omnes* al contratto collettivo. Tuttavia, bisogna riconoscere che, da un punto di vista sostanziale, non corre molta differenza tra una formula di estensione dell'efficacia del contratto collettivo (come quella utilizzata nella legge Vigorelli, ma limitatamente al trattamento retributivo) e la formula riportata nella nota precedente. In altri termini, c'è da presumere che, ove il legislatore riutilizzasse lo schema della legge Vigorelli e venisse riproposta la questione di costituzionalità, la Corte questa volta utilizzerebbe il ben più saldo argomento offerto dallo scudo dell'articolo 36 della Costituzione.

²⁴⁵ Anche in questa direzione si muovono alcuni disegni di legge. Oltre a quelli citati prima (nota 10) v. le proposte di legge Polverini (A.C. 707) e Gribaudo (A.C. 788).

Assicurare questa certezza non corrisponde solo all'interesse solennemente manifestato dalle stesse parti sociali (nel T.U. e nel Patto per la fabbrica)²⁴⁶, bensì corrisponde anche all'interesse pubblico all'esistenza di un ordinamento intersindacale più robusto e quindi dotato di quella maggiore effettività e legittimazione che costituiscono condizione di una seria politica promozionale, la quale presuppone il coinvolgimento, da parte dell'ordinamento statale, di interlocutori qualificati sul versante delle parti sociali. Si giustifica ampiamente, quindi, un intervento del legislatore.

Per quel che riguarda il versante dei lavoratori una disciplina è stata già elaborata dal T.U. È sotto gli occhi di tutti che il sistema stenta a decollare. Occorre quindi, a mio avviso, un sostegno pubblico che ne assicuri il funzionamento (in forme più impegnative di quelle attuali, che passano attraverso l'attività dell'Inps e del Cnel).

Per quel che riguarda, invece, il versante dei datori di lavoro, una disciplina va elaborata *ex novo*.

La certificazione del peso rappresentativo degli attori implica che a monte vi sia una perimetrazione dell'area all'interno della quale quel peso va calcolato. Il legislatore la potrà determinare liberamente, senza il timore di invadere sfere riguardanti la libertà sindacale degli attori. Guidato dal criterio della ragionevolezza la determinerà di volta in volta, in funzione degli obiettivi della propria politica promozionale, seguendo i perimetri registrabili nella realtà effettuale delle relazioni collettive e, laddove si dovessero registrare sovrapposizioni, assumendosi la responsabilità di risolverle attraverso una definizione di aree merceologiche nelle quali inquadrare le diverse aziende, ovviamente – e qui ci sarebbe una differenza strutturale con la prospettiva dell'art. 39 Cost. - ai fini della applicazione della sua politica promozionale.

Detto questo, va anche rilevato che la conoscenza del peso rappresentativo degli attori, di per sé, non è ancora sufficiente. Vanno chiariti altri elementi, la cui mancanza finisce per configurare la formula del sindacato comparativamente più rappresentativo- seppur irrobustita dall' elemento della pesatura – come una mera variante terminologica del concetto di sindacato maggiormente rappresentativo.

Quella formula, infatti, trova una proiezione applicativa solo in casi analoghi a quelli con riferimento ai quali è stata introdotta (come norma interpretativa); cioè l'esistenza di due o più contratti – stipulati da soggetti maggiormente rappresentativi- tra i quali va individuato – appunto attraverso un procedimento di comparazione- il contratto al quale il legislatore ha voluto fare riferimento.

Al fuori di questi casi il “comparativamente” sembrerebbe appeso al vuoto. Potrebbe avere una sua utilità solo se la formula fosse chiamata a svolgere, a monte, una funzione abilitativa, cioè la funzione di consentire in via anticipata l'indicazione dei soggetti sindacali abilitati alla stipula dei contratti ai quali il legislatore intende fare rinvio. Ma per questo occorrerebbe una apposita

²⁴⁶ Interesse che esse hanno coltivato nella prospettiva dell'efficacia generalizzata del contratto collettivo. Tuttavia, a ben vedere, il T.U. riguarda solo le aziende associate alla Confindustria; quindi si parla di efficacia generale del contratto collettivo sottoscritto a maggioranza solo nella prospettiva della soluzione del problema degli accordi separati. Tutti i soggetti collettivi che aderiscono al sistema riconoscono come proprio il contratto collettivo maggioritario. È invece nel Patto per la fabbrica che viene posto il problema del vero *erga omnes*.

disciplina che al momento manca²⁴⁷.

3.2.b Il secondo elemento di debolezza riguarda, a mio avviso, la politica di esplicito coinvolgimento delle parti sociali nella tessitura del quadro normativo posto dal legislatore.

L'affidamento di questa responsabilità, pur rappresentando un grosso salto qualitativo nella politica promozionale, non è stato accompagnato – come forse sarebbe stato opportuno – dalla consapevolezza che si rendevano necessari mutamenti di paradigma sul piano tecnico. Si è infatti continuato a ritenere che, per poter fruire di questa “tessitura”, il datore di lavoro debba comunque applicare il contratto collettivo nel quale essa è contenuta. Quindi, l'affidamento di questa responsabilità regolativa è stata concepita, nella sostanza, come un ulteriore incentivo, anomalo, all'applicazione del contratto di riferimento.

È difficile negare che così si siano venute a creare alcune assurde incongruenze di non poco momento. Ad esempio, prendiamo il contratto di apprendistato: la sua disciplina è in gran parte rimessa ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 42, co. 5, del d. lgsl. 81/2015). Dobbiamo chiederci: quindi il datore di lavoro che non applica quel contratto collettivo è addirittura escluso dalla possibilità di usare quel tipo di contratto? Si potrebbero fare anche molti altri esempi di questo tipo.

A mio avviso non ci si è resi conto del fatto che il legislatore, in questi casi, ha cominciato ad associare le parti sociali (dotate di peso rappresentativo) allo svolgimento del proprio ruolo, conferendo ad esse un potere normativo. Quindi, sarebbe stato più ragionevole ritenere che questo coinvolgimento delle parti sociali dovesse comportare l'applicazione generalizzata di quanto da esse disposto per effetto della chiamata in causa da parte del legislatore. Invece, questa prospettiva non è stata presa in considerazione e si è dato per scontato che, essendo contenute in un contratto collettivo, le disposizioni redatte in esercizio di quel potere normativo debbano avere la stessa efficacia soggettiva del contratto.

Non è da escludere che in questa direzione abbia giocato un argomento ricavabile dalla seconda parte dell'art. 39 Cost.: la sua inattuazione impedirebbe che un contratto collettivo possa contenere norme dotate di efficacia *erga omnes*. Così argomentando, tuttavia, non si terrebbe conto del fatto che il fenomeno del quale stiamo parlando è nuovo ed è fuori dalla portata di quella disposizione. L'articolo 39 è funzionale alla produzione di un effetto di generalizzazione dell'efficacia soggettiva di un atto di autoregolamentazione, cioè di un atto frutto dell'esercizio della autonomia privata (il potere che i privati hanno di disporre liberamente dei propri interessi nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento). Nel nostro caso la sostanza è diversa: i soggetti collettivi selezionati esercitano un potere che è esplicitamente delegato dalla legge in funzione dell'obbiettivo di assicurare al tessuto normativo di quest'ultima una maggiore vicinanza alle situazioni oggetto di disciplina.

Non ci si è resi conto del fatto che si era venuta a creare una situazione che non era più giustificabile alla luce del principio di tutela della concorrenza che animava l'iniziale finalità incentivante della politica promozionale. Infatti qui ci troveremmo di fronte ad un incentivo che

²⁴⁷ Tra quali termini andrebbe operata la comparazione? Potrebbe essere valido (ai fini della politica promozionale) un contratto che non sia sottoscritto dal soggetto in assoluto più rappresentativo? Si deve operare una comparazione tra il peso dei sottoscrittori del contratto e quello di tutti i non firmatari?

non è esterno al contratto collettivo, bensì presente al suo interno e che lo stesso contratto è stato abilitato a creare. Il risultato è quello di una penalizzazione secca del datore di lavoro che non applichi il contratto di riferimento; egli sarebbe, infatti, escluso dalla possibilità di fruire delle regolazioni prodotte dal contratto sulla base del rinvio della legge. Ci sarebbe allora da chiedersi se per caso un “incentivo” così potente all’applicazione del contratto collettivo non rischi di entrare in rotta di collisione con il principio di eguaglianza e con lo stesso articolo 39 Cost.²⁴⁸

Se si condividono queste considerazioni, sarebbe forse opportuno proporre di strutturare in termini più congruenti la valorizzazione del ruolo regolativo delle parti sociali nella prospettiva di quanto affermato nel § 1.

Da un altro lato, bisognerebbe riconoscere apertamente che non si sta facendo opera di incentivazione della applicazione del contratto collettivo, bensì di conferimento di un potere normativo destinato a produrre regole che contribuiscono alla conformazione del tessuto normativo governato dallo stesso legislatore e che pertanto devono essere fruite/rispettate da tutti.

Da un altro lato, si dovrebbe operare per evitare un inconveniente al quale si è più volte assistito in passato, allorché la collaborazione a questa funzione normativa è apparsa costituire per gli attori una occasione per farne una indebita posta da scambiare nel gioco negoziale che si svolge nei rinnovi contrattuali. In questa prospettiva potrebbe essere utile la previsione di una fase specializzata della produzione normativa negoziale, con la presenza attiva di una Pubblica Amministrazione autorevole. A questo proposito suggerimenti utili potrebbero venire dal modello degli articoli dello statuto dei lavoratori riguardanti la disciplina dei controlli a distanza e quella delle visite personali di controllo e dalla sua esperienza applicativa.

In buona sostanza, occorrerebbe riflettere sulla necessità di perseguire una politica promozionale più lucida e coraggiosa, orientata dall’idea che- nella misura massima possibile- la regolazione dei problemi del mercato del lavoro debba essere rimessa alla responsabilità delle parti sociali²⁴⁹ (pienamente legittimate sulla base del principio democratico) e alla duttilità della fonte collettiva.

Sempre a proposito di politica promozionale chiudo queste brevi considerazioni con due semplici accenni ad ulteriori interventi che sarebbe opportuni per irrobustirla.

Il primo: occorrerebbe restituire all’articolo 19 dello Statuto, con gli opportuni perfezionamenti, la funzione per la quale esso era stato concepito e che ha perso nel 1995 a causa di un improvido referendum. La funzione di legittimare incondizionatamente in azienda la presenza delle organizzazioni sindacali più rappresentative.

Il secondo: è tempo di riconoscere – e qui la proposta della CGIL è pienamente condivisibile- il diritto alla contrattazione collettiva.

²⁴⁸ Sia con il primo comma, in quanto il datore di lavoro che applichi un contratto stipulato dalla propria associazione sarebbe praticamente costretto ad applicare il contratto stipulato da altre associazioni se non vuole subire penalizzazioni; sia con la seconda parte, perché è così ricco e diffuso l’intreccio tra legge e contratti collettivi di riferimento da potersi sostenere che ormai ci si trova di fronte ad un sistema surrettizio di generalizzazione dell’efficacia del contratto collettivo.

²⁴⁹ A ben vedere, fatte le dovute differenze, in questa direzione si muoveva, nella sostanza, il Patto di Natale (1998) quando prevedeva che le parti sociali avessero la possibilità di influire sul potere di iniziativa legislativa del Governo attraverso avvisi comuni, nelle “materie che incidono direttamente sui rapporti tra imprese, loro dipendenti e le rispettive organizzazioni di rappresentanza”.

Massimo D'Antona e le nuove prospettive dell'art. 39 Cost.*

Bruno Caruso

1. D'Antona e l'art. 39 della Costituzione: un rapporto costante.	81
2. Il pensiero di D'Antona sull'art. 39: il contesto e uno sguardo di insieme.	82
3. Il primo articolo del 1985, opportunità di una riforma costituzionale.	89
4. Il secondo articolo del 1989: "Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto".	90
5. Il terzo articolo del 1990: "Diritti sindacali e diritti del sindacato. Il titolo III dello Statuto rivisitato".	91
6. Quarto articolo, 1992, "Chi rappresenta chi e i debiti della decima legislatura".	92
7. Quinto articolo, l'ultimo, 1998. "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi".	93
8. Cosa rimane della lezione D'Antoniana sull'art. 39 della Costituzione.	94
9. Problemi vecchi rivisitati: la legge sulla rappresentatività sindacale.	95
10. Serve ancora una legge e di che tipo?	96
11. La nuova rappresentanza del lavoro.	96

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 445/2021

1. D'Antona e l'art. 39 della Costituzione: un rapporto costante.

Il tema dell'art. 39 della Costituzione, malgrado il trascorrere del tempo, rimane sempreverde. Attraversa cicli storici e in alcune fasi sembra quasi infrattarsi, ma il suo interesse continua a scorrere anche se sottotraccia. Ci sono almeno due ragioni per spiegare questa persistente attualità.

La prima è che l'art. 39 è ancora la norma *pivot* dell'ordinamento sindacale italiano. E lo è in misura maggiore dell'art. 40 sullo sciopero, disposizione più storicamente legata al fordismo e alla dicotomica contrapposizione degli interessi di classe, tipica di quella fase. Lo sciopero come forma di conflitto, se non appare in declino, certamente subisce il forte cambiamento della morfologia sociale del post-fordismo e della rivoluzione digitale e per questo, rispetto al passato, la sua rilevanza, e anche la sua attualità, si riduce e/o si trasforma.

Ma l'art. 39 è norma ancor più *pivot* dell'art. 46 sulla cogestione che è invece, storicamente, considerata una sorta di cenerentola del tritico delle norme che i padri costituenti dedicarono al diritto sindacale. Vero è invece che la norma sulla partecipazione nell'impresa, secondo molti, tra cui chi scrive, è probabilmente destinata a una rivalutazione per ragioni che non è possibile approfondire in questa sede.

L'art. 39 è, per altro, la disposizione forse più ossimorica della nostra Costituzione: l'aveva già intuito negli anni '60 del secolo scorso Giuseppe Pera²⁵⁰. Lo è nel senso che, per anni, si sono studiati gli effetti giuridici della sua perdurante inattuazione; il paradosso, noto, di una norma che produce effetti proprio in quanto rimasta inattuata, almeno nella seconda parte (*infra*). Dunque, i temi del governo del pluralismo sindacale e della prassi, che vi si specchia, dell'unità sindacale; della misurazione della rappresentatività effettiva e/o formale dei sindacati che pretendono anche di esercitare poteri pubblici; della democrazia di associazione e di organizzazione e della tutela dei diritti di partecipazione dei singoli e delle minoranze nelle grandi coalizioni; del potere istituzionale delegato dallo Stato alle grandi organizzazioni di interessi, onde la possibilità di emanare atti formalmente negoziali ma di regolazione degli interessi equiparati alla legge e tanti altri, sono tutti temi sussunti nelle 78 parole di cui si compone la disposizione e che ne segnano ancora la centralità nel diritto sindacale.

La seconda ragione per cui riflettere sull'art. 39 rimane importante è che tale norma costituisce uno dei viatici più importanti per accostarsi alla riflessione "ordinamentale" di Massimo D'Antona che, com'è noto, sul tema si è speso molto. Lo studioso, prematuramente scomparso²⁵¹, vi ha dedicato molteplici studi, sino all'ultimo della sua vita, forse il più importante, dato alle stampe quando era ancora in vita, ma pubblicato postumo: *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi*²⁵².

Per la rilettura del suo pensiero sul tema, la cui attualità non è stata per nulla scalfita dal passare del tempo (*infra*) si sono utilizzati i cinque saggi che si ritengono più importanti, pubblicati in riviste prestigiose; per altro, la produzione di diritto sindacale di D'Antona è imponente, il volume

²⁵⁰ Lo scritto celeberrimo di Pera sul 39 *Il trentanovismo è nelle cose*, PD, 1985, 3, 503. L'opera di maggiore respiro sul tema resta la sua monografia del 1960, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli.

²⁵¹ Per una breve biografia di D'Antona si rinvia a Caruso *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da Barocchi, Cortese, Mattoni, Miletti, vol. I A-Les, il Mulino, 2013. Il modo migliore per accostarsi al pensiero dell'autore rimane certamente la lettura diretta delle sue *Opere*, a cura di Caruso-Sciarra, Giuffrè, 2000.

²⁵² D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in Caruso, Sciarra (a cura di), *Opere*, Giuffrè, 2000, p. 399 ss.

degli scritti che li raccoglie consta di 500 pagine circa.

Fig.1

Scritti di D'Antona sull'art. 39, considerati

1. *L'opportunità di una riforma costituzionale*, PD, 1985, p. 495 ss.
2. *Sindacati e stato a vent'anni dallo statuo dei lavoratori*, Rgi, 1989, I, p. 407
3. *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto rivisitato*, LD, 1990, p. 247
4. *«Chi rappresenta chi»: i debiti della decima legislatura*, LD, 1992, 531
5. *Il quarto comma dell'art. 39, oggi*, GDLRI, 1998, p. 665

Stack of books on the right: POLITICA DEL DIRITTO, RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI, LAVORO E DIRITTO, DIRITTO DEL LAVORO E RELAZIONI INDUSTRIALI.

Small book cover on the left: OPUSCOLO

I saggi sono stati pubblicati in un arco di quasi 15 anni, dal 1985 al 1999; si citeranno man mano che ci si confronterà con il loro specifico contenuto.

2. Il pensiero di D'Antona sull'art. 39: il contesto e uno sguardo di insieme.

Pare opportuno, introduttivamente, fornire un breve quadro di insieme della riflessione di D'Antona, collocata nel momento storico in cui scrive. Il filo rosso del suo pensiero, nei diversi scritti sull'argomento, è la lettura unitaria della prima e della seconda parte dell'art. 39.

Fig.2

Art. 39 costituzione: la lettura unitaria

1. L'organizzazione sindacale è libera
2. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.
3. E' condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.
4. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce

D'Antona si muove, quasi sempre, sul filo della progettazione di una legge sindacale ordinaria su rappresentanza, rappresentatività e efficacia del contratto – come scrive in maniera esplicita nell'ultimo saggio del 1998 – tuttavia a Costituzione invariata.

In particolare, D'Antona si interroga – è questa la sostanziale novità rispetto al dibattito post-costituzionale – non sulla necessità di attuazione della II parte dell'art. 39; ovvero, in senso opposto, sulla opportunità della sua abrogazione per eliminare l'effetto di ostacolo alla possibilità di emanare una legge di segno diverso.

Occorre, infatti, ricordare che la tesi "testualistica" - cioè della necessità dell'attuazione costituzionale rispettosa dei dettagli tecnici della II parte dell'art. 39: registrazione, personalità giuridica, statuto associativo democratico, delegazione unitaria in proporzione degli iscritti, per qualunque ipotesi di *erga omnes* del contratto collettivo di categoria - era propria della dottrina c.d. trentanovista²⁵³.

Fig. 3

LETTURA TESTUALISTICA del 39, la dottrina «trentanovista»: Giuseppe Pera

- ▶ L'organizzazione sindacale è libera.
- ▶ Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro **registrazione** presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.
È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un **ordinamento interno a base democratica**. I sindacati registrati hanno **personalità giuridica**. Possono, **rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti**, stipulare **contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria** per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.

▶ LEGGE di attuazione **pedissequa**

.....
.....
.....
.....



Nella metà degli anni '80 del secolo scorso - in cui D'Antona incomincia ad occuparsi dell'art. 39 - si era giunti alla conclusione che entrambe le strategie istituzionali, quella dell'attuazione filologica della II parte²⁵⁴, o, al contrario, quella della sua abrogazione/modifica, si consideravano, probabilmente a ragione, storicamente responsabili del blocco riformatore.

²⁵³ *Supra* nt. 1

²⁵⁴ Il comma 1 dell'art. 39, sulla libertà sindacale, era indiscutibilmente applicato e venne, anzi, "esaltato" nella stagione del c.d. autunno caldo (1968-1972) e dell'attivismo delle coalizioni spontanee e informali.

I fautori dell'attuazione "testualistica" dell'art. 39 producevano un blocco per disaccordo anche politico sulle modalità tecniche dell'attuazione; i fautori della abrogazione o della modifica della II parte dell'art. 39 si arenavano dinnanzi alle difficoltà e alle lunghezze del procedimento di revisione della Costituzione²⁵⁵.

Fig. 4



La tesi che era finita per prevalere, negli anni '60 e '70, era quella teorizzata da Federico Mancini e ripresa da Gino Giugni nel suo manuale (all'epoca, una sorta di manifesto del diritto sindacale italiano)²⁵⁶, cioè della irrilevanza della II parte dell'art. 39: la II parte rimane, ma non si applica ("c'è ma non si vede"), salvo impedire applicazioni alternative in via di legislazione ordinaria (l'effetto ossimorico, di cui si è detto, dell'inattuazione produttiva di effetti giuridici).

²⁵⁵ Cfr. Commissione bicamerale Bozzi (dal nome del suo presidente), 1983-1985.

²⁵⁶ Mancini, *Il problema dell'art. 39. Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, in *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, 1963 ora 1976. Giugni, *Diritto sindacale*, VIII ed., Cacucci, 1986.

Fig. 5

La tesi della sufficienza del comma 1 e della irrilevanza della seconda parte (Mancini/Giugni): **la II parte c'è ma non si vede o quasi**

L'organizzazione sindacale è libera

Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.
 È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.
 I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.




Tale tesi portava alle estreme conseguenze la teoria giugniana dell'auto-sufficienza dell'ordinamento intersindacale²⁵⁷; e cioè che il sistema sindacale, specie dopo lo Statuto dei lavoratori del 1970 e la legislazione di sostegno, non avesse bisogno di intervento dello Stato perché sarebbe stata sufficiente l'autoregolazione delle parti sia per le dinamiche interne, sia nel reciproco riconoscimento tra organizzazioni sindacali e datoriali²⁵⁸.

L'ordinamento sindacale di fatto avrebbe, dunque, risolto le questioni poste dall'art. 39, Il parte: vale a dire la democrazia, la rappresentatività sindacale e l'efficacia generale del contratto. Va anzi ricordato che, negli anni '80 del secolo scorso, la tesi dell'ordinamento sindacale di fatto viene portata sino a esiti che possono definirsi estremi, con il senno di poi; sino al punto cioè di teorizzarne un complessivo esito istituzionale in senso neocorporativo, in linea con l'evoluzione della Costituzione materiale del tempo²⁵⁹.

Il riferimento è alla dottrina sul sindacato maggiormente rappresentativo, come sistema sindacale di fatto, che è il portato teoricamente più potente della prassi politica della concertazione istituzionale praticata a quel tempo: i sindacati, soggetti privati, che si fanno Stato e che addirittura dettano l'agenda legislativa con le leggi negoziate e imposte al Parlamento²⁶⁰.

²⁵⁷ Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, ristampa 1960, ora 1977.

²⁵⁸ L'analisi più significativa del periodo, anche se concentrata sul sistema di contrattazione collettiva, è di Mariucci, *La contrattazione collettiva*, il Mulino, 1985, si v. pure di Giugni il *Commento all'art. 39 della Cost.* 1979, ora in, *Idee per il lavoro*, Laterza, 2020, a cura di Sciarra, 75 ss., ed. digitale.

²⁵⁹ Una simile evoluzione nel pensiero di Giugni, si veda il saggio *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, 1985 ora in *Idee per il lavoro*, 2020, 123 ss. e l'introduzione di Sciarra, 29 ss.

²⁶⁰ Lo studio più significativo in tal senso è di Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981. Vanno ricordati pure gli studi di Vardaro su corporativismo e neocorporativismo contenuti nel volume *Itinerari*, Angeli, 1989, a cura di Gaeta, Marchitello e Pascucci; anche la sua introduzione al volume, *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Angeli,

La nozione di sindacato maggiormente rappresentativo, estrapolata dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, viene generalizzata, anche perché legittimata da ripetuti interventi della Corte costituzionale a salvaguardia della tenuta della norma statutaria sulle rappresentanze aziendali.

Va a tal proposito ricordato che la nozione di maggiore rappresentatività contenuta nell'art. 19 viene, all'epoca, più volte contestata con ricorsi alla Corte costituzionale fino alla sua parziale abrogazione manipolativa, con il referendum di metà degli anni '90²⁶¹. Va, altresì, ricordato che la nozione di maggiore rappresentatività viene funzionalmente estesa, già dalla fine degli anni 70 (con la c.d. legislazione di emergenza ma non solo)²⁶², oltre lo Statuto. Proprio a partire dall'inizio degli anni '80, il legislatore ordinario incomincia a utilizzarla in maniera massiccia per devolvere, ai sindacati maggiori, veri e propri poteri normativi con riguardo alla legislazione di crisi, alla regolazione del mercato del lavoro, ai rapporti flessibili, ecc.²⁶³; si tratta di processo per altro ancor oggi perdurante con il *Jobs act* renziano, e oltre, anche se con la modifica riferita ai sindacati comparativamente più rappresentativi²⁶⁴.

D'Antona, sin dai suoi primi scritti, contrasta invece la tesi che si potesse dar luogo, in via di fatto, a un sistema sindacale alternativo a quello previsto dall'art. 39, in via di mera evoluzione della Costituzione materiale, magari ricorrendo alla ambigua categoria della effettività²⁶⁵: considera tutto ciò metodologicamente scorretto.

Scriva, a tal proposito, un importante saggio di metodo nel 1990, ancora punto di riferimento degli studi teorici sul diritto sindacale, considerando la tesi dell'ordinamento sindacale di fatto e del sindacato maggiormente rappresentativo frutto di opportunismo metodologico. E lo fa, utilizzando la lezione di un grande studioso certamente di formazione positivista, ma la cui elaborazione è notoriamente agganciata ai valori e ai principi, come Luigi Mengoni.

1988, a cura di Vardaro. Molto significativa fu l'iniziativa di D'Antona di raccogliere i contributi di "giovani" studiosi del periodo sui grandi temi del diritto sindacale italiano, *Letture di diritto sindacale*, Jovene, 1990.

²⁶¹ Nel corso degli anni, i giudici costituzionali sono stati chiamati in diverse occasioni a pronunciarsi sulla legittimità della norma statutaria: Corte cost. 6 marzo 1974, n. 54; Corte cost. 24 marzo 1988, n. 334; Corte cost. 26 gennaio 1990, n. 30. In argomento, v. Ricci, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci 1999, 99.

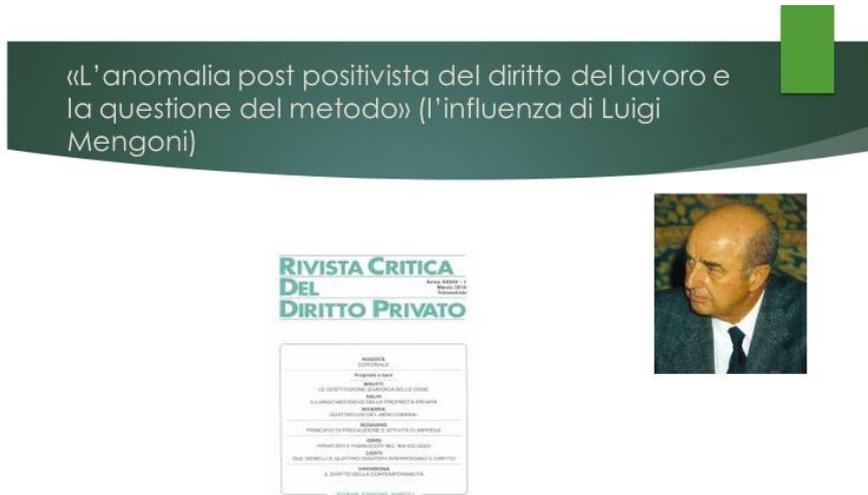
²⁶² De Luca Tamajo e Ventura (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, 1979.

²⁶³ Uno dei contributi sistematici più rilevanti sul tema rimane la relazione di Liso al congresso dell'Aidlass del 1997, *Autonomia collettiva e occupazione*, pubblicata in *GDLRI*, 1998, 2, 191. Per una ricostruzione dei percorsi dottrinali negli '70 e '80 del secolo scorso, anche con riguardo al diritto sindacale, De Luca Tamajo, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, e Ferraro, *Gli anni '80. La dottrina lavorista. Dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, entrambi in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Ichino, Giuffrè, 2008.

²⁶⁴ La norma ormai considerata di rinvio sistemico è l'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 che così recita "Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria". Si rinvia a Saverio, *Brevi riflessioni sulla rappresentatività sindacale: tra la nozione di sindacato comparativamente rappresentativo e le rappresentanze sindacali unitarie*, *RIDL*, 2018, 3, 733 e a Tomassetti, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, *DRI*, 2016, 2, 367.

²⁶⁵ Su questo insiste invece la scuola milanese, in particolare gli allievi di Spagnuolo Vigorita, Liebman, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, 1986; Scarpelli, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993.

Fig. 6



D'Antona si dichiara assertore di un positivismo giuridico critico ed evoluto²⁶⁶ ove l'idea di fondo – in termini molto semplificati e ridotti all'osso – è che ogni attore del sistema sindacale avrebbe dovuto svolgere un ruolo regolatorio precipuo, ma delimitato. Certamente i sindacati e le grandi associazioni datoriali, a cui l'Autore attribuisce un ruolo confinato all'autoproduzione di regole di organizzazione dell'azione negoziale, democrazia e criteri di misurazione della rappresentatività; regole che invece apparivano in grave ritardo all'epoca in cui scriveva; ma soprattutto il legislatore, che avrebbe dovuto assumersi la responsabilità di intervenire prendendo di petto i problemi, non aggirandoli e sovraccaricando di responsabilità regolative la magistratura del lavoro, ma semmai tenendo conto dei vincoli politici e costituzionali.

Nella sua visione di fondo, proprio in assenza di una iniziativa seria del sindacato - D'Antona ritenne insufficiente il Protocollo sindacale del 1993 proprio con riguardo alle regole sulla democrazia nell'organizzazione²⁶⁷ -, deve essere lo Stato legislatore a stimolare, con un intervento che lui definisce neo istituzionale e riflessivo - anche in tal caso si ispira a Mengoni - il processo di autoproduzione intersindacale di regole su democrazia interna, rappresentanza, rappresentatività e procedimento negoziale, facendosi invece direttamente carico dell'estensione della efficacia dei contratti collettivi.

²⁶⁶ Non è un caso che questo saggio venga rivalutato *ex post* da uno strenuo assertore del positivismo legislativo quale metodo da privilegiare anche nel diritto del lavoro: Persiani, *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, 3, 917. Si veda l'arguta e piacevolissima intervista, anche con eleganti argomenti *d'antan*, rilasciata a Barbera <https://www.labourlawcommunity.org/news-eventi/lc-interviews-series-il-mestiere-del-giurista-marzia-barbera-intervista-mattia-persiani/>.

²⁶⁷ La disposizione più rilevante del Protocollo del 1993 sulle regole sindacali fu quella del terzo garantito nelle Rappresentanze aziendali "Al fine di assicurare il necessario raccordo tra le organizzazioni stipulanti i contratti nazionali e le rappresentanze aziendali titolari delle deleghe assegnate dai contratti medesimi, la composizione delle rappresentanze deriva per 2/3 da elezione da parte di tutti i lavoratori e per 1/3 da designazione o elezione da parte delle organizzazioni stipulanti il CCNL, che hanno presentato liste, in proporzione ai voti ottenuti"; su tale norma si appuntarono le critiche di gran parte della dottrina giuslavorista: già in anticipo Mariucci, *La rappresentanza sindacale: dai progetti di legge all'ipotesi di accordo sui Cars, LD*, 1990, 1, 129.

Il filo rosso del pensiero di D'Antona, nei saggi sul sistema sindacale italiano, era, quindi, che non solo una legge sindacale fosse possibile *a prescindere* dell'art. 39; ma che anzi fosse necessaria; e ciò proprio per fronteggiare, *sul piano teorico*, l'anomalia post-positivistica di un sistema che si autorealizzava normativamente sino al punto che i sindacati potessero contribuire direttamente al processo legislativo, non solo negoziando le leggi ma addirittura imponendole al Parlamento; ma anche per fronteggiare *sul piano politico*, attraverso l'autoregolazione della democrazia interna e della rappresentatività, la crisi storica del sindacalismo italiano emergente già alla fine degli anni '80, che lo allarmava particolarmente.

La sua grande preoccupazione era che, a fronte di una crisi verticale di rappresentanza effettiva e di consenso²⁶⁸ del sindacalismo ufficiale, la risposta istituzionale fosse debole. Il sindacato all'epoca era, infatti, alle prese con le contestazioni del sindacalismo autonomo e di base; ma doveva pure affrontare l'iniziale manifestarsi del pluralismo concorrenziale distruttivo tra le grandi confederazioni che poi si sarebbe acuito all'inizio del nuovo secolo con le politiche dei governi di centro destra, sino alla fase della disunità strutturale alla fine del primo decennio del nuovo secolo, a ridosso della vicenda Fiat e del contrasto tra la Fiom di Landini e la Fiat dell'AD Marchionne.

Certamente, la soluzione della crisi non poteva essere affidata alla teorica del sindacato maggiormente rappresentativo i cui presupposti di fatto, in primo luogo l'unità sindacale, ma anche la presunzione di consenso maggioritario, si erano irrimediabilmente sbriciolati davanti ai Suoi occhi. La strategia progettuale e discorsiva di D'Antona era, dunque, tesa a rimuovere l'effetto impeditivo dell'art. 39 Il parte, per arrivare a una riforma che puntellasse il sistema sindacale; ma senza necessità di abrogare la norma costituzionale o di attuarla pedissequamente.

Il problema, su cui lo studioso si spende molto sul piano teorico, era, dunque, del modello della legge sindacale, supportato da un apparato teorico concettuale elaborato dalla dottrina (la dottrina che si fa essa stessa diritto, per parafrasare Tarello), in grado di superare pure il controllo della Corte costituzionale, che già nel 1962 aveva bloccato il tentativo della legge Vigorelli di aggirare l'ostacolo dell'art. 39 Il parte²⁶⁹.

Fig. 7

La sintesi del pensiero di D'Antona
sull'art. 39

► Una legge ordinaria
costituzionalmente sostenibile
da elaborare e attuare a
costituzione invariata.

²⁶⁸ Sulle varianti sociologiche e giuridiche del concetto di rappresentatività si consenta il rinvio a Caruso, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in *Lecture di diritto sindacale*, cit. e *Rappresentanza sindacale e consenso*, Angeli, 1992.

²⁶⁹ Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106.

Nell'ultimo saggio del 1998, sul 4 comma dell'art. 39 della Costituzione, lavorando alacremente al disegno di legge Gasperoni, (*infra*), arriva infatti esplicitamente a sostenere che una legge sindacale poteva del tutto prescindere dai dettagli tecnici della II parte dell'art. 39, limitandosi a rispettare i principi di fondo estrapolati dal testo (gli enunciati normativi oltre le norme, come direbbe Guastini).

Questo il percorso complessivo del pensiero di D'Antona sull'art. 39; di seguito in dettaglio alcuni snodi significativi di questo percorso.

3. Il primo articolo del 1985, opportunità di una riforma costituzionale.

Per correttezza filologica, nella ricostruzione del pensiero di D'Antona sull'art. 39, occorre ricordare che l'unico scritto in cui si sostiene l'opportunità dell'abrogazione della II parte è proprio quello del 1985 (*supra* fig.1). Per una riforma organica del sistema sindacale, D'Antona ritiene opportuno fare i conti con la riforma della Costituzione. È probabile che questa posizione sia stata determinata da una contingenza storico-fattuale, ma anche culturale: il clima politico istituzionale era quello della commissione bicamerale Bozzi insediatasi nell'ottobre del 1983, il tentativo più organico, dopo il progetto Rubinacci di attuazione degli anni '50, di riforma della parte economica della Costituzione, con l'idea di trasferire nel testo costituzionale il modello neocorporativo che si andava affermando nella prassi. Si dichiara comunque contrario, in questo articolo, a una legge generale sulla rappresentatività, la democrazia sindacale e l'efficacia generale dei contratti, in assenza di una modifica costituzionale. E invece più favorevole a interventi, limitati e circoscritti, che per essere messi al sicuro da pronunce di incostituzionalità, avrebbero avuto bisogno di una copertura più adeguata, di un rinnovato ombrello costituzionale.

D'Antona, pur dopo il fallimento della commissione bicamerale, a due anni dall'insediamento, considera praticabile una riforma limitata: insieme a chi scrive lavorò a una proposta di legge presentata in Parlamento da Giugni, nel 1986²⁷⁰. Una legge mirata a prevedere momenti e procedure di democrazia diretta formalizzata (più il referendum che l'assemblea), ispirate al principio maggioritario²⁷¹, per rafforzare l'effetto *erga omnes* ma solo dei contratti gestionali a cui le leggi rinviavano.

Il tema su cui si interrogava D'Antona, non era tanto il problema dell'efficacia dei contratti collettivi gestionali in sé considerato, alla cui soluzione si poteva accedere senza necessariamente ricorrere a una legge sindacale *ad hoc*: per esempio con l'argomento che il fatto stesso del rinvio della legge al contratto collettivo gestionale finisse per produrre, indirettamente o implicitamente, l'effetto di generalizzazione; ovvero, l'argomento della proceduralizzazione dei poteri datoriali già in sé in grado di produrre uniformità applicativa, o, infine, la teoria, che più di tutte avversava, della natura rappresentativa, per irradiazione, del soggetto di rappresentanza aziendale a cui agganciare l'effetto *erga omnes* del contratto da tale agente posto in essere²⁷².

²⁷⁰ Si v. Caruso, *Note sul d.d.l. n.1299 del 1985 in materia di «procedure democratiche di approvazione di accordi aziendali»*, LD, 1987, 185; Mariucci, *Una proposta per superare la crisi di rappresentatività del sindacato*, LI, 1988, n.10, 791. Id, *Le regole sindacali: riflessioni e proposte*, LD, 1987, 429.

²⁷¹ L'idea in tal senso scaturisce anche da una rudimentale intuizione contenuta in una nota a sentenza, Caruso, *Accordi aziendali e lavoratori dissenzienti: il sindacato tra crisi aziendali e crisi della rappresentatività*, RGL, 1980, I, 158 ss.

²⁷² In tal senso è sufficiente citare le contemporanee riflessioni di Sciarra, *Pars pro toto, totum pro parte: diritti individuali e interesse collettivo*, LD, 1987, 465; id. *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Angeli, 1985; Liso, op. cit.

Il timore di D'Antona era, infatti, che all'effetto *erga omnes* di tali specifici contratti, si arrivasse attraverso una strada "normativistica", cioè come effetto intrinseco dell'atto: la norma del contratto collettivo da estendere, con vari *escamotage*, a tutti i rappresentati; e non attraverso la qualità effettivamente - e non solo nominalisticamente o istituzionalmente - rappresentativa del soggetto (l'organizzazione sindacale). La sua preoccupazione era che all'effetto di generalizzazione del contratto (il potere di vincolo) si arrivasse soprattutto in virtù del consenso reale dei rappresentati, rilevato attraverso procedure democratiche aperte a tutti i lavoratori e non solo agli iscritti ai sindacati (la democrazia di organizzazione e non solo di associazione), inclusive cioè della intera comunità dei lavoratori. Il principio di maggioranza come viatico giuridico dell'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale. Una legge particolare, dunque, non generale, che facesse perno sul principio di maggioranza²⁷³.

D'Antona, è bene rimarcarlo, già nel 1985 considera erroneo l'approccio normativistico al tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo; in ciò recuperando la struttura basica e olistica della II parte dell'art. 39: non si dà soluzione dell'efficacia del contratto, senza affrontare contemporaneamente, e risolvere preliminarmente, il problema della rappresentatività e delle forme della democrazia dell'azione sindacale: il tema, cioè, del soggetto sindacale.

Secondo d'Antona sarebbe stato proprio questo il monito della Corte costituzionale del 1962: il legislatore non può predisporre meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi senza che la stessa legge si faccia carico, anche indirettamente rinviando alla capacità autoregolativa dei sindacati, del problema del consenso dei soggetti rappresentati su cui si esercita il potere di vincolo che concede lo Stato, attraverso l'*erga omnes*.

Il potere normativo può essere delegato dallo Stato a sindacati rappresentativi, ma questi ultimi devono essere tali non istituzionalmente, o per autodichiarazione, ovvero reciproco riconoscimento; possono ritenersi effettivamente rappresentativi soltanto se la loro rappresentatività è misurata e certificata, non necessariamente secondo i dettagli tecnici della II parte dell'art. 39, ma in modo che se ne rispettino *ratio* e principi.

4. Il secondo articolo del 1989: "Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto".

Già nel 1985 sono, dunque, presenti, *in nuce*, tutti gli elementi della Sua futura elaborazione. D'Antona torna sul tema quattro anni dopo, nel 1989, nel saggio *Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto dei lavoratori*, sulla *Rivista giuridica del lavoro*, la rivista della CGIL.

Il clima politico, che fa da sfondo al saggio, è diverso rispetto a quello del 1985: non è più l'ipotesi neocorporativa organica che fa da contesto, ma è proprio l'eclissi di fatto di quel modello a fronte dei fenomeni di frammentazione degli interessi, di pluralismo non governato, di particolarismo sindacale e di micro-conflitti corporativi: è il clima, per intenderci, che porterà alla legge di regolamentazione dello sciopero nel 1990. È la situazione, come Egli stesso la definisce, e come si è già ricordato, di crisi politica del sistema sindacale, intesa come crisi di organizzazione del pluralismo, che si traduce in crisi del modello legislativo delle relazioni sindacali imperniato sulla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo, per come scolpita nello Statuto dei lavoratori.

Con l'analisi lucida, ma anche cruda, analizza i limiti intrinseci di quel modello: il suo carattere

²⁷³ Si consenta il rinvio a *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit., frutto di un percorso parallelo a quello di D'Antona.

presuntivo, virtuale, riferito a una qualità generica, che si ha o non si ha; ma soprattutto un modello che presuppone il pluralismo dei sindacati rappresentativi ma, come Egli scrive, “non l’organizza”.

In questo articolo c’è un cambio di passo fondamentale nella elaborazione di D’Antona: la legge sindacale *ferenda* si deve misurare con un elemento che ha determinato lo stesso fallimento dell’attuazione costituzionale e che, al tempo in cui Egli scrive, determina pure il fallimento dell’ordinamento di fatto presupposto dal modello dello Statuto dei lavoratori: il modello della maggiore rappresentatività trasformato indebitamente, come scrive, in un valore meta-positivo.

I due modelli sindacali, quello costituzionale e quello statutario, sono accomunati nel loro storico fallimento; cioè dal fatto che entrambi non si confrontano con la divisione e il pluralismo sindacale disorganizzato. Entrambi presuppongono infatti l’“isola che non c’è”, o che non c’è più: l’unità, quanto meno, di azione dei sindacati o la capacità di governo, nei fatti, del pluralismo; proprio quello che le grandi confederazioni, alla fine degli anni ‘80, non erano più in grado di garantire di fronte all’insorgere del sindacalismo autonomo e di base e alla frammentazione degli interessi; si registra, sul piano di fatto e concettuale, anche la crisi della stessa fondamentale nozione di interesse collettivo, presupposto di ogni sistema sindacale funzionale.

Onde il corollario argomentativo: la crisi politica dei sindacati confederali produce una crisi tecnica del modello del sindacato maggiormente rappresentativo, costruito su misura del sindacalismo confederale; da tale crisi si può uscire con una soluzione legislativa che, a Costituzione invariata, preservi e rilanci le funzioni del sindacalismo confederale ma senza ricorrere a forme di riduzione autoritaria del pluralismo. In questo passaggio si intravede una sensibilità di D’Antona alle ragioni del primo comma dell’art. 39 che scorrerà come un fiume carsico lungo tutta la sua elaborazione per riemergere alla luce nell’ultimo articolo (*infra*).

In questo saggio, D’Antona mantiene un approccio metodico sul tema, per così dire strutturalista. Rispetto al saggio del 1985, pensa questa volta a una legge generale di riforma, non funzionale solo alla contrattazione aziendale, e si concentra sulla nozione strutturale di maggiore rappresentatività; scrive che in uno scenario di turbolenza socio-economica bisogna passare da un regime di “rappresentatività presunta a un regime di rappresentatività misurata, in base a procedure che possono dare degli elementi di valutazione oggettivi e comparabili”. Propone, coerentemente e in anticipo sui tempi, la soluzione del *mix* iscritti/risultati elettorali che sarà poi recepita nella legge di riforma del pubblico impiego di poco successiva.

5. Il terzo articolo del 1990: “Diritti sindacali e diritti del sindacato. Il titolo III dello Statuto rivisitato”.

Il terzo articolo *Diritti sindacali e diritti del sindacato*, viene pubblicato a distanza di appena un anno dal precedente, sulla rivista *Lavoro e diritto*, diretta al tempo da Giorgio Ghezzi e Umberto Romagnoli: è forse l’articolo di D’Antona più citato sul tema, certamente da Umberto Romagnoli; è il famoso articolo sul “*non detto dello Statuto*”²⁷⁴.

Lo Statuto, dice D’Antona, si occupa solo dei rapporti di potere tra sindacati e datori di lavoro, garantisce la “libertà da” del singolo lavoratore, intesa come “non dominio”; ma non si occupa della sua “libertà di”, della sua libertà in positivo. Se lo si rilegge con attenzione, in effetti l’articolo

²⁷⁴ Romagnoli, *Il non-detto dello statuto nel pensiero di Massimo D’Antona*, in *Giuristi del lavoro nel novecento italiano*, Ediesse, 2018.

contiene passaggi di grande attualità.

L'elemento di novità del saggio, rispetto a quello di appena un anno prima, è che il confronto con la crisi del sindacato (tema dominante del precedente), è soltanto l'occasione per un confronto più ampio con la crisi delle identità collettive nel post-fordismo e con i valori fondanti del diritto del lavoro.

D'Antona, occupandosi del "non detto dello Statuto", coglie l'occasione per rimettere al centro della riflessione teorica, anche con riguardo al tema dell'organizzazione sindacale e dell'interesse collettivo, la persona, il lavoratore in carne e ossa, le sue aspirazioni individuali, il suo progetto di vita, le sue "capacitazioni", come si direbbe oggi. Questo saggio si collega idealmente ai numerosi altri in cui recupera il tema delle esigenze del lavoratore come soggetto contro i rischi di colonizzazione del diritto del lavoro, e quindi il tema dell'autonomia individuale rivisitata; è evidente il rapporto con lo scritto coevo, sull'*Autonomia individuale e le fonti*, relazione del convegno dell'Aidlass di Udine, in cui fu relatore insieme a Oronzo Mazzotta. E si ricollega, su un altro versante, al saggio sulle trasformazioni del diritto del lavoro di fine secolo e della crisi di identità della disciplina, che scriverà più avanti tra il 1997 e il 1998²⁷⁵.

Quello sul non detto dello Statuto è il saggio più valoriale e assiologico, e meno strutturalista, sull'art. 39 che abbia scritto; in qualche modo proiettato sulla dimensione finalistica della disciplina²⁷⁶.

Ma lasciamo parlare direttamente l'Autore che molto meglio di quanto si possa scrivere, spiega cosa s'intende. D'Antona parla della crescente rilevanza della condizione del lavoratore come *rappresentato* rispetto a quello di associato e dell'avvicinamento tra la democrazia sindacale e la democrazia politica. Una delle dimensioni di tale avvicinamento

«sta nel tramonto delle grandi identità collettive e, con esse, della visione del sindacato come unico, o comunque prioritario, canale di comunicazione *tra lavoratori e impresa* (c.vo nel testo). Per effetto di mutamenti sociali di portata storica, la cultura anglosassone del "noi e loro" o quella continentale del sindacato "soggetto di classe" sono alle nostre spalle. I nuovi lavoratori non si sentono imprigionati in ruoli ascrivibili, sono in grado di costruire la propria identità, sia nel microcosmo dell'azienda che nel macrocosmo della società; anche senza il sindacato»

E conclude con grande preveggenza, da vero visionario (si ricorda che D'Antona scrive nel 1991):

«Sarà effetto dell'onda lunga dell'individualizzazione delle relazioni di lavoro, o del bisogno più generale di ridisegnare nel sistema giuridico *l'immagine dell'individuo*, con le sue istanze di autodeterminazione di fronte ad ogni potere, anche se protettivo e benefico: sta di fatto che il *modo di essere rappresentati* (c.vi dell'Autore), da chi e come, con quale distribuzione del potere e delle responsabilità, si propone come uno dei temi fondamentali del diritto sindacale del nuovo decennio».

6. Quarto articolo, 1992, "Chi rappresenta chi e i debiti della decima legislatura".

²⁷⁵ Si v. il saggio *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, in Caruso, Sciarra, Opere, e le riflessioni di De Luca Tamajo, Massimo D'Antona, esperto "strutturalista": *l'erosione dei pilastri storici del diritto del lavoro*, GDLRI, 2009, I, 185

²⁷⁶ Per una ripresa della riflessione sui valori della disciplina si v. al volume a cura di Del Punta, *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, di prossima pubblicazione.

Due anni dopo, nel 1992, D'Antona ritorna sul tema della legge sindacale e sulla sua impellenza: *Chi rappresenta chi e i debiti della decima legislatura*, sempre sulla rivista *Lavoro e diritto*. L'occasione è nuovamente politico-contingente e il saggio ne risente: è il cambio della legislatura dalla X alla XI.

D'Antona con questo articolo fa le pulci al legislatore, parla di "*Occasioni perdute*" della decima legislatura, che ha visto il fallimento di una serie di progetti di "grandi" leggi sindacali organiche sulla rappresentatività sindacale misurata (il ddl Giugni e poi anche il ddl Ghezzi). Il legislatore è rimasto non operativo: al punto che Egli stesso si chiede – di fronte alla perdurante crisi del sistema sindacale - se valga la pena insistere su una legge sindacale "*che definisca organicamente criteri della efficacia dei contratti collettivi secondo lo schema classico dell'art. 39*".

È come se D'Antona avesse gettato la spugna e, a fronte dell'insipienza della X legislatura, si chiede, in termini di *policy*, se, invece che su una "*legge sul sistema sindacale*", non sia meglio ragionare su una "*legislazione sindacale diffusa*". Egli pensa a un complesso di provvedimenti legislativi su tre temi trasversali e problematici che andrebbero affrontati e che comunque dovrebbero fungere da stelle polari degli interventi della XI legislatura: una nuova concezione della confederalità sindacale, la titolarità individuale o collettiva dello sciopero, e il tema della contrattazione contrapposta alla partecipazione. D'Antona, quindi, allargando l'orizzonte cognitivo e concettuale, sembra, in qualche modo, abbandonare il tema della legge sindacale. È come se dicesse: è inutile insistere sulla legge sindacale; la mancanza di procedure di democrazia sindacale non spiega per intero la crisi della forma confederale del sindacato italiano. Occorre guardare oltre, pur non abbandonando il tema.

Il tema comunque viene abbandonato e scompare dalla attualità del dibattito giuridico dall'agenda legislativa per almeno 5 lunghi anni. Tutto il tempo in cui d'Antona si impegna nella riforma del lavoro pubblico anche con riguardo al sistema sindacale di quel settore.

7. Quinto articolo, l'ultimo, 1998. "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi".

Eppure la questione della legge sindacale e dell'art. 39 nel settore privato scorre carsicamente e riemerge prepotentemente e quasi improvvisamente nella elaborazione di D'Antona, con l'ultimo scritto del '98, da cui si è preso le mosse per questa riflessione. Anche in tal caso l'occasione è politico-contingente: la discussione, come si accennava, sul ddl Gasperoni su cui sembrava si fosse coagulato un certo consenso tra le forze politiche in parlamento e fuori dal parlamento (si è nella fase di declino dell'esperienza dei governi ulivisti di centro sinistra, dopo la caduta del governo Prodi); ma non il consenso dei sindacati e delle associazioni imprenditoriali.

D'Antona si confronta con la riforma direttamente e parallelamente, come studioso, ma anche come legislatore, nella veste di consulente del ministro del lavoro Bassolino; la possibilità che si arrivasse alla legge, in quello snodo storico, era a tal punto reale che lo stesso comunicato delle BR giustifica l'omicidio, anche per le idee espresse in questo saggio e per il ruolo di consulente che D'Antona aveva assunto²⁷⁷.

²⁷⁷ Si rinvia alla commemorazione, *Per Massimo in memoria*, DML, 1999, 227; chi volesse attingere ad altri interventi, tra il ricordo personale e l'analisi del pensiero, v. pure, *Massimo D'Antona 10 anni dopo*, LD, 2009, 323; *Presentazione* al volume, *La quarta riforma*

Si è avuto modo di analizzare, quasi filologicamente, quel saggio in una rilettura pubblicata nel fascicolo del *Giornale di Diritto del lavoro e Relazioni Industriali* interamente dedicato a D'Antona in occasione del decennale della sua morte del 2009, a cui si rinvia²⁷⁸.

Secondo la sua tesi, ridotta davvero in pillole - si tratta di un saggio complesso e ad alta salienza teorico concettuale - la legge sindacale *ferenda* avrebbe dovuto applicare i principi dell'intero art. 39 estratti, ripuliti e messi a lucido rispetto alla contingenza storica in cui la norma costituzionale era stata concepita, e all'inattualità dei suoi dispositivi tecnici. Tutto ciò attraverso un'opportuna operazione di interpretazione costituzionale adattata all'evoluzione storica. Dice D'Antona, con una frase riferita alla struttura "porosa" della Costituzione che si reputa felice: *"La costituzione apprende dai processi storici soprattutto se, come nel caso dell'art. 39, essa contiene non solo norme di dettaglio, ma principi aperti alle dinamiche di inveroamento dei valori"*.

D'Antona, cioè, suggeriva di "neutralizzare" la II parte dell'art. 39 dalle obsolete tecnicità, riscoprendone gli imperituri principi, da attuare con una legge tecnicamente ispirata alla libertà, al pluralismo, alla democrazia di organizzazione e non solo di associazione, alla rappresentatività misurata; principi da rispettare soprattutto allorquando, con la contrattazione *erga omnes*, i sindacati assumono il ruolo di pubblici poteri.

Occorre, altresì, considerare che la progettazione normativa, alla fine del secolo scorso, non si svolgeva più in un vuoto normativo; bensì all'ombra della riforma del sistema sindacale e di contrattazione collettiva già attuata nel settore del pubblico impiego che, a quei principi e a quel metodo si era ispirata, superando il vaglio della Corte costituzionale²⁷⁹.

Il nodo tecnico di fondo nel settore privato – risolto nel settore pubblico con l'Aran - che si tentò di risolvere senza successo nella fase di discussione sul ddl Gasperoni, era della misurazione della rappresentatività delle associazioni datoriali, che poi ritornerà – reso, com'è noto, oggi ancor più complesso dalla accentuazione della frammentazione della rappresentanza datoriale.

8. Cosa rimane della lezione D'Antoniana sull'art. 39 della Costituzione.

L'altra grande direttiva di indagine del saggio analizzato è quella a cui si è accennato all'inizio: il rapporto tra primo comma del 39 a tutela del pluralismo sindacale e la II parte in cui si affermano i principi di rappresentatività e democrazia sindacale; tali ultimi principi, in un modo o in un altro, cercando di organizzare il pluralismo, finiscono inevitabilmente per interferire sul primo comma, cioè sul principio di libertà. Questo snodo conduce direttamente all'attualità del dibattito sulla legge sindacale.

Secondo D'Antona tra prima e seconda parte dell'art. 39 c'è una relazione, come scrive, a un tempo, di equi-ordinazione e di reciproca interferenza: equi-ordinazione, nel senso che i principi di libertà e pluralismo sindacale e i principi di democrazia nell'organizzazione sindacale e rappresentatività misurata, non sono *"né gerarchizzabili, né graduabili a priori"*: questo passaggio è importantissimo per la riflessione attuale, per come si dirà.

del lavoro pubblico e oltre, Editoriale scientifica, 2019; De Luca Tamajo, *Massimo D'Antona a cinque anni dalla scomparsa*, RIDL, 2004; i saggi raccolti nel fascicolo del GDLRI, *Rileggendo Massimo D'Antona*, 2009, I.

²⁷⁸ Caruso, *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi» (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in *Rileggendo Massimo D'Antona*, GDLRI, cit.

²⁷⁹ Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309.

Tra questi principi, dice D'Antona, esiste però pure un nesso di interferenza nel senso che gli sviluppi dell'una (la rappresentatività misurata) condizionano l'altra (la libertà di concorrenza tra i sindacati), ma senza poterla escludere né assorbirla interamente. Per cui l'intervento del legislatore deve essere, questo sì, molto sofisticato sul piano tecnico, proprio per garantire l'equilibrio, nella reciproca interferenza, tra principio di libertà e di rappresentatività.

9. Problemi vecchi rivisitati: la legge sulla rappresentatività sindacale.

Cosa trarre dalla lezione di D'Antona. Col senno di oggi, si può affermare che tutte le condizioni poste dallo studioso per una legge sindacale, a costituzione invariata, si sono realizzate²⁸⁰. Si aggiunga che la frammentazione dei contratti collettivi di diritto comune, imputabile oggi più alla rottura del fronte datoriale, piuttosto che alla disunità sindacale, rende ancor più urgente una legge di governo del pluralismo, che metta al contempo ordine e dia maggiore coesione alla sfarinatura del sistema contrattuale che emerge nella prassi. C'è, oggi, finalmente un apparato di regole intersindacali maturo anche perché frutto di una crisi catartica dell'unità sindacale - (il TU del 2014) - certamente di qualità maggiore rispetto alle regole prodotte al tempo in cui scriveva D'Antona: un apparato di regole che, anche per la sua inclusività, può essere certamente recepito da un legislatore rispettoso dell'autonomia produzione delle parti sociali, come Egli stesso teorizzava. C'è unità di intenti nei confronti dell'opportunità di una legge tra tutti gli attori del sistema: le principali associazioni datoriali, gran parte del mondo politico, e gli stessi settori del sindacato, come la Cisl, da sempre restii alla legge. C'è persino la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 51 del 2015, ha lasciato intendere che i tempi sono maturi per superare la propria giurisprudenza del 1962, qualora la legge risponda ai canoni e rispetti i principi suggeriti da D'Antona.

Rimane un solo dubbio tecnico - ma anche giuridico-costituzionale (ove si misura plasticamente la famosa interferenza D'Antoniana) - da sempre presente nel dibattito: il problema della determinazione della unità negoziale allo scopo di misurazione della rappresentatività sindacale. Quelli che, nel linguaggio dei protocolli sindacali, si definiscono i "perimetri negoziali": detto altrimenti, a chi e come affidare l'abbrivio costituente per disegnare le unità negoziali su cui innescare le procedure di misurazione della rappresentatività, allo scopo della efficacia generalizzata dei contratti collettivi ad efficacia normativa o gestionale.

Qualcuno è portato a pensare che tale nodo sia effettivamente inestricabile e qualunque soluzione finirebbe per incappare, come ha spiegato in modo un po' disarmante Lello De Luca Tamajo²⁸¹, nell'ostacolo del principio di pluralismo e libertà sindacale, vale a dire nel comma 1 dell'art. 39: qualunque soluzione che presupponga un processo di autolegittimazione originario rischierebbe l'incostituzionalità.

²⁸⁰ Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 206/2014.

²⁸¹ De Luca Tamajo, *Le criticità della rappresentatività sindacale «misurata»: quale perimetro?*, RIDL, 2020, 3, 377. Ferraro, *Sul rinnovato "sistema" di relazioni industriali*, ADL, 2014, 3, 550 ss.

10. Serve ancora una legge e di che tipo?

Per sciogliere questo nodo sovengono, oggi ancora fresche, le risorse teoriche messe a disposizione da D'Antona, all'interprete oltre che al legislatore di oggi. Si fa riferimento all'apparentemente complicato assunto dell'*equiordinazione interferente*: come organizzare il nesso tra le due garanzie costituzionali di libertà e di rappresentatività misurata, allo scopo di attribuire poteri pubblici ai sindacati, senza sacrificare la prima e rendendo funzionale, efficiente e legittima la seconda, soprattutto nella fase genetica.

Ad avviso di chi scrive, i due principi, di libertà e di rappresentatività misurata, possono trovare una mediazione equilibrata, in un processo costituente innescato dalla legge e corroborato da un accordo inclusivo tra i maggiori sindacati già legittimati dalla partecipazione al CNEL secondo criteri politici. Un processo costituente che dia luogo a una sede permanente e inclusiva in cui vengano scritte e continuamente aggiornate le regole procedurali del patto fondativo: lo ha fatto già il legislatore tedesco con l'avallo della Corte costituzionale e si potrebbe fare pure in Italia, come ci ha spiegato Tiziano Treu²⁸², e come certamente ci direbbe anche D'Antona se potesse farlo.

11. La nuova rappresentanza del lavoro.

Quello che la legge non potrebbe certamente fare mai è risolvere la crisi di legittimazione sostanziale e di effettiva rappresentatività che i sindacati tradizionali attraversano di fronte alla trasformazione dell'economia, della società, dell'impresa e del lavoro²⁸³. E anche su questo D'Antona sarebbe, si è certi, d'accordo.

Il mondo è cambiato quattro volte da quando D'Antona ci ha lasciati: con l'11 settembre, con la rivoluzione digitale, con la crisi finanziaria del 2008 e ora con la crisi pandemica. Il tema della frammentazione del lavoro nell'economia digitale (i micro-lavori) ha ormai raggiunto livelli parossistici, se confrontati con quelli con cui si misurava D'Antona tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso²⁸⁴. Il cambiamento della morfologia e della geografia del lavoro, l'apparire di nuove istanze di rappresentanza e tutela collettiva del lavoro autonomo economicamente dipendente, del lavoro autonomo professionale impoverito dalla crisi, del nuovo precariato urbano andato sulle prime pagine attraverso la vicenda dei *riders* e degli schiavi del clic; e poi, apparentemente diverso ma connesso, il tema della rappresentanza e della partecipazione dei lavoratori cognitivi e il ruolo del sindacato nell'industria 4.0 e nell'impresa integrale, che ripropone su scala allargata, e questa volta in termini realistici, l'utopia olivettiana; e ancora il tema della rivalutazione del valore del lavoro degli umili e degli invisibili, riscoperto nella pandemia. Sono scenari diversi che mettono in crisi la stessa possibilità di pensare al diritto del lavoro secondo un paradigma unitario e uniforme²⁸⁵.

²⁸² Treu, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 396/2019.

²⁸³ Si rinvia Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf; Caruso, *Il sindacato tra funzioni e valori nella «grande trasformazione»*, in *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Caruso, Del Punta, Treu, il Mulino, 2020.

²⁸⁴ La letteratura sul lavoro digitale è ormai esorbitante: si rinvia a due volumi Daugherty – Wilson, *Human + Machine*, Guerini, 2019, ed. digitale; Casilli, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?*, Feltrinelli, 2020, ed. digitale.

²⁸⁵ Già previsto da D'Antona nel saggio, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit.; si rinvia a Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto*, cit.; sugli scenari di cambiamento di contesto e della disciplina, Caruso-Zappalà, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 439/2021.

Ebbene, sono tutti problemi che sfuggono, andando oltre il perimetro dell'art. 39 e che attraversano, invece, l'intera Costituzione del lavoro, impattando sul paradigma della disciplina. Anche su tutto questo D'Antona, pur nella assenza, continua a darci chiavi di lettura e di interpretazione imperiture.

**Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro:
algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore
nell'era dell'intelligenza artificiale***

Loredana Zappalà

1. Rivoluzione digitale e diritto del lavoro al tempo dell'algocrazia.	99
2. Management aumentato e management algoritmico: quale ruolo e quali responsabilità del dirigente?	103
3. Management algoritmico e diritto alla supervisione umana.	106
4. Il lavoro nelle piattaforme e la responsabilità oltre il contratto: sistemi di rating e disconnessioni sanzionatorie.	112
5. Responsabilità del prestatore e relazione collaborativa machine-to-human.	115

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 446/2021

1. Rivoluzione digitale e diritto del lavoro al tempo dell'algocrazia.

Il diritto del lavoro del nuovo secolo è oggetto di una profonda trasformazione morfologica sotto la spinta di una inedita complessità tecnologica, organizzativa, relazionale e culturale dei luoghi di lavoro²⁸⁶. Il tratto comune del cambiamento e il fattore di accelerazione della complessità è senza dubbio la quarta rivoluzione industriale caratterizzata dallo sviluppo digitale, che ha permesso una interconnessione continua e globale tra sistemi produttivi, immense quantità di dati, macchine sempre più intelligenti e persone, così trasformando il lavoro²⁸⁷ e il diritto che lo regola.

Il tratto comune della rivoluzione in atto è dato dall'ascesa dell'automazione, ma anche e soprattutto di quella che è stata già da tempo definita l'*algocrazia*²⁸⁸. Un algoritmo è una sequenza di istruzioni che dice a un computer cosa fare. L'algoritmo più semplice da pensare è quello che riesce a far scattare un interruttore; incredibilmente più avanzato è quello che riesce a computare milioni e milioni di dati; quello dalle potenzialità ancora inesplorate è l'algoritmo di apprendimento; quello, infine, cui aspirano gli studi sulle nuove tecnologie, è l'algoritmo "definitivo"²⁸⁹, cioè quello in grado di dedurre dai dati, tutto il sapere di questo mondo, passato presente e futuro. Gli algoritmi sono tra noi e nell'infosfera²⁹⁰, creando una realtà "informazionale" che sempre di più si fonde e si sovrappone alla realtà materiale. Gli algoritmi pongono in essere un costante processo di decodificazione del reale in termini logico-matematici²⁹¹: registrano, trasmettono, computano, processano, estrapolano, ma anche manipolano, dati e informazioni con un ritmo incessante, quasi incomprensibile dalla mente umana, tale da aprire problemi etici ed epistemologici, prima ancora che giuridici. Non si tratta, come si suole dire oggi, di un futuro distopico, bensì di una realtà che caratterizza prepotentemente i contesti produttivi e del lavoro.

Se nel decennio scorso si temeva che l'automazione avrebbe decretato la fine del lavoro, il nuovo secolo sembra smentire radicalmente questa profezia, piuttosto confermando come il lavoro non sia scomparso, ma si sia solo trasformato. Il lavoro, o comunque buona parte di esso, è stato oggetto di un processo di digitalizzazione, e in molti casi – soprattutto in alcuni settori come la logistica o le piattaforme – di forme evolute di parcellizzazione, di datizzazione delle attività umane e di esternalizzazione delle stesse²⁹². L'uso di algoritmi nel trattamento dei dati dei lavoratori e nella gestione dei rapporti di lavoro è, ormai, un fenomeno diffusissimo che è entrato a

²⁸⁶ E. Brynjolfsson, A. McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine*, Feltrinelli, Milano, 2015. Degli stessi autori, *Machine Platform Crowd*, Northon & Company, New York, 2017.

²⁸⁷ A. Cipriani, A. Gremolati, G. Mari (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, FUP, Firenze, 2018; E. Mingione (a cura di), *Lavoro: la Grande trasformazione*, Feltrinelli, Milano, 2020; E. Mingione, E. Pugliese, *Il lavoro*, Carocci, Roma, 2020; D. De Masi, *Lavoro 2025*, Marsilio, Venezia, 2017; F. Rullani, E. Rullani, *Dentro la rivoluzione digitale*, Giappichelli, Torino, 2018; C. Dnegryse, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, ETUI, 2016; G. Valenduc, P. Vendramin, *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, ETUI, 2016; K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

²⁸⁸ A. Aneesh, *Global Labor, Algocratic Modes of Organization*, in *Sociological Theory*, 2009, vol. 27, n. 4, p. 347 ss.; J. Danaher, *The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation*, in *Philosophy and Technology*, 2016, vol. 29, n. 3, p. 245 ss.

²⁸⁹ P. Domingos, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.

²⁹⁰ L. Floridi, *La quarta rivoluzione industriale. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2017.

²⁹¹ R. Pardolesi, A. Davola, *Algorithmic legal decision making: la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie?* in *QG*, 2020, n. 1.

²⁹² A. Casilli, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo*, Feltrinelli, Milano 2020.

far parte della quotidianità aziendale²⁹³: gli algoritmi sono entrati nei processi decisionali del *management* trasformando radicalmente l'impresa e il lavoro. Programmi di *workforce analytics*²⁹⁴ o vere e proprie forme di *algorithmic management*²⁹⁵ delle piattaforme, ma anche delle imprese tecnologicamente avanzate di Industria 4.0²⁹⁶, trattano, computano, profilano, organizzano dati personali, compresi i dati comportamentali, dei lavoratori, dando luogo a processi decisionali automatizzati o semi-automatizzati; tali dati sono raccolti, analizzati ed elaborati attraverso processi computazionali molto complessi, di fatto in grado di incidere sulla gestione *just-in-time* della risorsa umana. Si tratta di processi, come si è detto automatizzati o semiautomatici, con un coinvolgimento umano minimo o addirittura inesistente: meccanismi in grado di decidere le sorti di un rapporto di lavoro (l'assunzione, un trasferimento, una promozione), ma anche di controllare analiticamente la prestazione di lavoro resa. Spesso, poi, tali meccanismi si traducono in sistemi di classificazione (di *rating*) dei singoli lavoratori in grado di incrociare il comportamento dell'operatore (la sua disponibilità gestionale e la sua *performance*) valutazioni dell'algoritmo (se non anche alle recensioni che ricevono dai clienti attraverso le applicazioni digitali di alcune piattaforme) e conseguenti ricadute gestionali in termini, appunto, di trasferimenti, promozioni, azioni disciplinari, licenziamenti, ecc.

Le trasformazioni del lavoro derivanti dal processo di digitalizzazione hanno, ovviamente, effetti ambivalenti e profondamente diversificati a seconda degli scenari in cui si collocano²⁹⁷. Un conto è, infatti, considerare l'impatto delle nuove tecnologie e dell'uso degli algoritmi nella fabbrica intelligente e "integrata" cui, per esempio, fanno riferimento gli studi organizzativi di Federico Butera²⁹⁸; si tratta di una ipotesi di fabbrica che presuppone modelli organizzativi e gestionali reingegnerizzati a misura della persona e dello sviluppo della sua intelligenza e creatività in cui si realizza una virtuosa interazione e una dinamica di accompagnamento reciproco, tra persona, lavoro e tecnologia, ed in cui anche l'utilizzo degli algoritmi può essere orientato a favorire una

²⁹³ A. Aloisi, V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, Bari-Roma, 2020; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, Bergamo, 2019; K.C. Kellogg, M. Valentine, A. Christin, *Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control*, in *Academy of Management Annals*, 2020, vol. 14, n. 1, p. 366 ss.

²⁹⁴ E. Dagnino, *Big data e lavoro: le sfide della workforce analytics*, in *Bollettino ADAPT*, 20 ottobre 2016; M.A. Huselid, *The science and practice of workforce analytics: Introduction to the HRM special issue*, in *Hum Resour Manage*, 2018, n. 57, p. 679 ss.; J. Hota, D. Ghosh, *Workforce Analytics Approach: An Emerging Trend of Workforce Management*, in *AIMS International Journal of Management*, 2013, vol. 7, n. 3, p. 167 ss.; A. Koul, A. Sain, P. Coelho, *Workforce analytics: Using HRM practices, methods and analytics to realise business goals*, in *Psychology and Education*, 2020, vol. 57, n. 9, p. 4420 ss.

²⁹⁵ M.K. Lee, D. Kusbit, E. Metsky, A. Dubbush, *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, Proceedings of CHI, 2015; A. Mateescu, A. Nguyen, *Algorithmic Management in the Workplace*, in *Data & Society*, 2019, n. 1, p. 1 ss.; G. Gaudio, *Algorithmic Bosses Can't Lie! How To Foster Transparency And Limit Abuses Of The New Algorithmic Managers*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2021; A. Topo, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, 2018, n. 3, p. 453 ss.

²⁹⁶ Camera dei Deputati, X Commissione Permanente, Indagine conoscitiva su "Industria 4.0": quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali italiane, 30 giugno 2016 e il commento di F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), *Industria 4.0, un quadro di riferimento per capire (e attuare) il piano Calenda*, Boll. Spec. ADAPT n. 10/2016. V. pure A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari (cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit., p. 3 ss.; A. Arrighetti, F. Traù, *Nuove strategie delle imprese italiane*, Donzelli, Roma, 2013, p. 1 ss.; L. Pero, *Organizzazione, lavoro e tecnologie 4.0*, in *Professionalità Studi*, 2017, p. 4 ss.

²⁹⁷ B. Caruso, L. Zappalà, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in R. Del Punta (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, nonché WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 439/2021.

²⁹⁸ F. Butera, *Organizzazione e società*, Marsilio, Venezia, 2020.

rete di comunità professionali e di *team*, comprensivi di *manager* dalle capacità “aumentate”, in relazione cooperativa e non oppositiva anche con riguardo agli interessi. Cosa ben diversa, è l'utilizzo degli algoritmi per la gestione del lavoro nei servizi di E-Commerce e di logistica organizzati e gestiti dall'algoritmo, rappresentati emblematicamente da Amazon e i suoi enormi siti o, soprattutto, dal lavoro della *gig economy*, vale a dire in quei contesti nei quali la tecnologia non rappresenta una opportunità di crescita e di sviluppo per tutti gli attori coinvolti, bensì un determinante fattore di debolezza e di vulnerabilità del lavoratore che, di fatto, sembra tramutarsi in un nuovo aspetto di “subordinazione tecnologica/informativa”²⁹⁹: tale inedito profilo della subordinazione è l'effetto, e il contraltare, dell'*algorithmic management* che opacizza la gestione del rapporto di lavoro e le condizioni contrattuali, incrementa a dismisura le possibilità di controllo della prestazione, disumanizza le decisioni prese dall'algoritmo, le rende non discutibili, limita le possibilità dei lavoratori (anche di quelli potenzialmente autonomi) di spendere altrove il proprio *rating*, e – in ultima analisi – la propria identità professionale.

A fronte di una tale complessità, la sfida del governo dei processi algoritmici presuppone la necessità di affrontare l'opacità, la complessità, la faziosità, un certo grado di imprevedibilità e un comportamento parzialmente autonomo di taluni algoritmi, onde garantirne la compatibilità con i diritti fondamentali e agevolare l'applicazione di regole di diritto chiare e prevedibili, in grado soprattutto di garantire una tutela effettiva a coloro che potrebbero subire un pregiudizio dalla gestione e/o dal trattamento posto in essere dalla *black box*³⁰⁰, direttamente o anche solo in virtù dei dati elaborati da *software* e macchine intelligenti.

Si tratta di un processo volto a un bilanciamento difficilissimo: la tecnologia è troppo avanti per essere fermata, l'economia è troppo veloce e troppo globale per subire restrizioni, ma allo stesso tempo i rischi per la salute e la sicurezza e per i diritti fondamentali delle persone e dei lavoratori, in particolare, sono sempre più evidenti e richiedono la necessità di un intervento regolativo multilivello in grado di edificare, o quanto meno rinsaldare e integrare con principi nuovi, le future basi dell'edificio giuridico. Il diritto del lavoro “tradizionale”, a fronte di questi cambiamenti epocali, si trova spesso in affanno. Lo Statuto dei lavoratori e la legislazione speciale successiva (fino al *Jobs Act* e oltre) faticano a decifrare l'opacità degli algoritmi, a contenere la pervasività delle forme di controllo, a procedimentalizzare i nuovi poteri datoriali “aumentati” dalla tecnologia, a combattere e a prevenire le nuove forme di discriminazione algoritmica, o a evitare il protrarsi di comportamenti antisindacali. Da qui la sensazione di trovarsi di fronte a un *puzzle* in cui ancora mancano dei pezzi regolativi in grado di colmare i vuoti della complessità derivanti dalla nuova realtà informazionale in cui le asimmetrie conoscitive diventano sempre più profonde.

Poiché la tutela del lavoro passa, in primo luogo, dalla conoscibilità e comprensibilità dei dati computati dagli algoritmi, fondamentale è il riferimento alle disposizioni del Regolamento UE 2016/79, d'ora in poi GDPR (*General data protection regulation*), di cui i giuslavoristi, loro

²⁹⁹ L. Zappalà, *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?* in *Professionalità studi*, 2021, vol. IV, n. 1, p. 4 ss.

³⁰⁰ F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2015.

malgrado, stanno via via diventando esperti³⁰¹. Tale regolamento rappresenta una indispensabile base normativa da cui partire per contenere, assieme a una rilettura dei “tradizionali” istituti lavoristici, gli effetti pervasivi delle nuove pratiche di gestione algoritmica del lavoro; con l’effetto di “introiettare” nella materia del controllo datoriale principi generali nuovi, di “trasparenza”, “limitazione della finalità”, “minimizzazione” e “responsabilizzazione” (art. 5 GDPR), quali regole di disciplina delle operazioni di raccolta e utilizzo dei dati che il datore di lavoro necessariamente compie sui dati personali dei lavoratori. Effetti positivi in termini di trasparenza potrebbero derivare anche dall’applicazione degli artt. 13, par. 2, e 14, par. 2, in materia di diritti di informazione, dell’art. 15, par. 1, lett. h) relativo al diritto di accesso, e – soprattutto – dall’art. 22, par. 1, che prevede il divieto di assoggettamento a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato o, nel caso in cui sia ritenuta legittima una decisione automatizzata, che sia garantito il diritto di ottenere l’intervento umano da parte del titolare del trattamento, nonché il diritto del soggetto “trattato” di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

Il tema, come era inevitabile, ha suscitato anche l’interesse delle istituzioni comunitarie che hanno evidenziato i rischi del diffondersi di tecnologie che combinano “dati, algoritmi e calcoli”; interesse che ha portato alla pubblicazione del Libro Bianco del febbraio del 2020 sull’intelligenza artificiale³⁰², ma anche – più di recente – alla nuova proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale presentata dalla Commissione europea³⁰³. Tale approccio sovranazionale espressamente evidenzia i rischi esistenti nei contesti anche lavorativi che utilizzano tali tecnologie – ai fini dell’assunzione, della valutazione e della promozione delle persone o del proseguimento dei rapporti contrattuali di lavoro – derivanti da sistemi di intelligenza artificiale; si tratta di rischi che possono perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale. Si evidenzia inoltre come tali sistemi utilizzati per monitorare le prestazioni e il comportamento dei lavoratori possano incidere sui loro diritti in materia di protezione dei dati e vita privata. L’utilizzo degli algoritmi nell’ambito del rapporto di lavoro è considerato, pertanto, «ad alto rischio» per le persone monitorate, per le prestazioni computate, per i dati trattati, potendo incidere tali sistemi sul futuro delle persone coinvolte, sul

³⁰¹ A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018; nonché Id., *Il potere di controllo a distanza sull’attività lavorativa e la nuova disciplina della privacy nella sfida delle nuove tecnologie*, in G. Ludovico, F. Fita Ortega, T. Nahas (a cura di), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro*, Milano University Press, Milano, 2021, p. 111 ss.; A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI*, 2018, n. 1, p. 222 ss.; S. Aloisi, E. Gramano, *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, in *CLL&PJ*, 2019, vol. 41, n. 1, p. 95 ss.

³⁰² COM (2020) 65 final, *Libro Bianco sull’intelligenza artificiale. Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, del 19.2.2020; il Libro Bianco si inserisce nella strategia europea *L’intelligenza artificiale per l’Europa*, COM (2018) 237 final, del 25.4.2018. Su tali profili, v. pure il lavoro prodotto dall’*Independent high-level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, dell’8.4.2019. Il principio guida dovrebbe puntare sullo sviluppo dell’«IA responsabile» incentrata sugli esseri umani, come pure previsto dal progetto di ricerca *Responsible Research and Innovation* della Commissione: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/responsible-research-innovation>.

³⁰³ COM (2021) 206 final, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council “Laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial intelligence Act) and amending certain Union legislative Acts*. Si tratta di una proposta molto dettagliata e che enfatizza il principio trasversale citato (v. part. 48, ove si afferma «*High-risk AI systems should be designed and developed in such a way that natural persons can oversee their functioning. For this purpose, appropriate human oversight measures should be identified by the provider of the system before its placing on the market or putting into service. In particular, where appropriate, such measures should guarantee that the system is subject to in-built operational constraints that cannot be overridden by the system itself and is responsive to the human operator, and that the natural persons to whom human oversight has been assigned have the necessary competence, training and authority to carry out that role*»; v., inoltre, in dettaglio, l’art. 14 sul ruolo e le procedure del *Human oversight*).

loro reclutamento, sulle loro prospettive di carriera e di sostentamento. In tali documenti si evidenzia la necessità di puntare sugli investimenti nelle tecnologie basate sull'elaborazione automatica di dati tramite algoritmi e intelligenza artificiale in quanto funzionali a perseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile e di sostegno al processo democratico e ai diritti sociali; ma allo stesso tempo si evidenzia come l'impatto di tali tecnologie sui lavoratori e sui datori di lavoro possa essere rilevante e tale da richiedere il coinvolgimento delle parti sociali quale fattore cruciale per garantire un «ecosistema di fiducia» e, con esso, salvaguardare i diritti fondamentali dei lavoratori che potrebbero subire indebite compressioni dalla diffusione di tali tecnologie. Di fronte ad una sfida completamente nuova, la proposta dell'Unione europea in materia sembra delineare una serie di principi innovativi che potrebbero governare l'utilizzo degli algoritmi, soprattutto negli ambiti a rischio per i diritti fondamentali, quali potrebbero essere i luoghi di lavoro. Una tecnologia che utilizza algoritmi è «affidabile» se è trasparente, conoscibile, pertinente, controllata, sorvegliata dall'uomo, responsabile. Gli utenti dovrebbero poter interpretare gli *output* del sistema; il sistema che utilizza gli algoritmi dovrebbe essere corredato di documentazione e istruzioni per l'uso pertinenti, nonché di informazioni concise e chiare, anche in relazione, se del caso, ai possibili rischi in termini di diritti fondamentali e discriminazione. Ma soprattutto, come si è accennato, nell'utilizzo di sistemi di gestione algoritmici dovrebbe essere assicurata la sorveglianza umana, finalizzata a monitorare il funzionamento, a evitare effetti «distorsivi dell'automazione», a interpretare correttamente e con criteri e valori umani gli *output*, preservando la possibilità per l'uomo addetto alla sorveglianza di decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare l'*output* medesimo, di ignorarlo, annullarlo o ribaltarlo.

2. Management aumentato e management algoritmico: quale ruolo e quali responsabilità del dirigente?

La profezia della «meccanizzazione del mondo», nelle sue manifestazioni più varie e in «tutte le province dell'attività umana», ivi incluso il «punto di vista emotivo», preconizzava – già all'inizio del secolo scorso – un cambiamento «più netto delle forme di altri secoli»; un cambiamento caratterizzato dalla specializzazione e dall'astrazione, «di costrizione voluta, di pensiero rivolto allo scopo e conforme alle regole senza sorprese e senza estro, di uniformità complicata»³⁰⁴. Per tutto il secolo scorso, la suddetta profezia si è parzialmente avverata tramite l'esaltazione di un concetto di imprenditorialità come «dominio della tecnica»³⁰⁵, quale capacità di esaltare la libertà e l'immaginazione umana con la «freddezza»³⁰⁶ della tecnica medesima, in grado di conferire razionalità al processo produttivo. La seconda rivoluzione industriale e la diffusione dell'organizzazione taylorista del lavoro hanno – come è noto – contribuito a differenziare e a stabilizzare il fattore lavoro, tuttavia preservando il ruolo dell'imprenditore quale «organizzatore e innovatore», che si riteneva dovesse detenere «consistenti margini di libertà decisionale, nell'individuazione delle prestazioni lavorative che il lavoratore deve porre in essere»³⁰⁷; allo stesso tempo preservando anche il ruolo dei lavoratori collocati nelle fasce medio alte del processo produttivo, quali soggetti aventi il *dominio mediato* della tecnica, nel tempo divenuto sempre più virtuale e focalizzato al controllo delle informazioni relative al funzionamento delle macchine, ma

³⁰⁴ W. Rathenau, *La meccanizzazione del mondo*, 1912, trad. it. in T. Maldonato (a cura di), *Tecnica e cultura. Il dibattito tedesco tra Bismark e Weimar*, Feltrinelli, Milano, 1987, p. 171 ss.

³⁰⁵ G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in PD, 1986, p. 75 ss.

³⁰⁶ A. Bloch, *La freddezza tecnica*, 1918-1932, trad. it. in T. Maldonato (a cura di), *Tecnica e cultura*, cit., p. 236 ss.

³⁰⁷ G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia*, cit., p. 99.

comunque funzionale a “programmare” il lavoro altrui.

Se il ventesimo secolo è stato così caratterizzato, dapprima, dal *mechanical taylorism*, nel quale la prestazione veniva dall'imprenditore e dal *management* catturata, codificata e riprogrammata in forma di catena di montaggio, e, successivamente, dalla transizione alla cosiddetta fabbrica integrata del postfordismo, nel quale comunque il *manager* aveva un ruolo organizzativo determinante, il ventunesimo secolo è stato definito l'era del *digital taylorism*³⁰⁸. Il concetto, da una parte, richiama l'analitica capacità di controllo e di programmazione delle prestazioni lavorative³⁰⁹ nella realtà aumentata per il tramite delle nuove tecnologie: si fa, infatti, riferimento al *neotaylorismo* digitale nell'analizzare i fenomeni di *crowdworking*³¹⁰, in cui il lavoro umano reso dal cyberproletariato viene nuovamente ridotto a movimenti semplici, standardizzati e programmati; dall'altra, sottintende un profondo mutamento degli assetti apicali nelle imprese altamente tecnologizzate.

L'era del *digital taylorism* è, vale a dire, l'era nella quale la linea di confine tra coloro che decidono “come si deve fare” e quelli che “lo fanno” si assottiglia, al punto tale che – come già ipotizzato dalla letteratura organizzativa del secolo scorso³¹¹ – «*the men who once applied Taylor to the proletariat would themselves by Taylorized*».

Secondo i postulati del *digital taylorism*, i compiti creativi, intellettuali e organizzativi della forza lavoro, e quindi anche le capacità umane, decisionali e di giudizio del *management*, fino a poco tempo fa considerate non codificabili in alcuna astratta “catena di montaggio”, possono essere sostituite da programmi automatici o semi automatici con protocolli di decisionali informatizzati. Si è assistito così alla diffusione di processi di innovazione organizzativa nel modo in cui le aziende assumono, organizzano il lavoro e gli orari, ordinano, commercializzano, vendono, consegnano, distribuiscono, fatturano, contabilizzano, ecc. Intere fette di compiti decisionali sono divenute digitalizzabili, riproducibili, asetticamente programmabili secondo protocolli standardizzati in grado di gestire e di intrecciare, con capacità non umane, una quantità inimmaginabile di informazioni in uno spazio fisico e temporale senza limiti e senza confini. I processi decisionali digitali divengono facili da globalizzare, modificare o sostituire su larga scala bypassando intere catene di *middle management*, il quale – oltre ad assottigliarsi in termini di necessità numerica – diviene sempre più mero esecutore e controllore di un sistema gestionale digitalizzato, di per sé, assolutamente autosufficiente e con una capacità computazionale non paragonabile a quella umana.

³⁰⁸ P. Brown, H. Lauder, D. Ashton, *Education, Globalisation and the Future of the Knowledge Economy*, in *European Educational Research Journal*, 2008, vol. 7, n. 2, p. 131 ss. 2008; J.L. Vázquez, G.M. Purificación, *From taylorism to neo-taylorism: a 100 year journey in human resource management*, in *Menedzsment innovációk az üzleti és a nonbusiness szférákban*, 2017, p. 496 ss.; J. Moorkens, “A tiny cog in a large machine”: *Digital Taylorism in the Translation Industry*, in *Translation Spaces*, 2020, vol. 9, n. 1, p. 12 ss.

³⁰⁹ P. Loi, *Il Lavoro nella gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, 2017, n. 2, p. 259 ss.; 2017; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo*, cit., p. 9 ss.

³¹⁰ La letteratura in materia è ormai vastissima, per alcuni riferimenti essenziali cfr. W. Däubler, T. Klebe, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?* in *DLRI*, 2016, n. 3, p. 471 ss.; V. De Stefano, *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, 2017, n. 2, p. 241 ss.; A. Perulli, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?* in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova, 2018, p. 115 ss.; J. Prassl, M. Risak, *Uber, Taskrabbit, and co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, in *CLL&PJ*, 2016, vol. 37, n. 3, p. 619 ss.; P. Tullini, *Quali regole per il lavoratore-utente del web? Scambio economico e tutele*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 141 ss.; R. Voza, *Nuove sfide per il welfare: la tutela del lavoro nella gig economy*, in *RDSS*, 2018, n. 4, p. 657 ss.

³¹¹ H. Wilensky, *Work, Careers, and Social Integration*, in *International Social Science Journal*, 1960, n. 12, p. 543 ss.

Tale assetto presenta per il datore di lavoro indubbi vantaggi³¹²: consente la gestione contestuale di innumerevoli posizioni di lavoro; nei processi di selezione, porta all'individuazione delle candidature più adatte alle prestazioni da svolgere, in tempi relativamente inferiori rispetto alla selezione effettuata da un individuo; "depura" la gestione dai condizionamenti irrazionali propri dell'essere umano, come tali, dunque, non universalmente validi.

Le tecnologie digitali, in particolare, possono interagire con i processi decisionali manageriali attraverso due distinte modalità. Come si è sopra accennato, le aziende possono servirsi di strumenti di *workforce analytics*, vale a dire di un set avanzato di strumenti e metriche di analisi dei dati che ha come scopo la misurazione e il miglioramento delle prestazioni della forza lavoro, utilizzabile dalla dirigenza apicale³¹³ per gestire l'azienda e le risorse umane; oppure i citati strumenti di analisi della forza lavoro possono essere integrati direttamente con sistemi decisionali che, di fatto, sostituiscono il *management* in carne ed ossa, dando luogo a vere e proprie forme di *digital* o *algorithmic management*. Nel primo caso, la tecnologia può creare una sorta di *manager* umano "aumentato", vale a dire un dirigente con capacità computazionali, di analisi e decisionali sovraumane. Nel secondo caso, il vero e proprio *manager* è il *software* che, con un rilevante grado di autonomia, gestisce le risorse umane.

Se tali sistemi gestionali rappresentano un indubitabile vantaggio in termini di aumento delle *performance* aziendali e delle capacità di gestione delle risorse umane, ma in generale della capacità di gestione dell'azienda *tout court*, è però evidente pure come tale potenziamento cognitivo dia luogo, soprattutto nel caso del *manager* umano "aumentato", a una serie di dilemmi suscettibili di incidere, in una certa misura, sulla dinamica del rapporto dirigenziale, tradizionalmente considerato di natura strettamente fiduciaria. La letteratura sul tema, da sempre, evidenzia che il dirigente è l'alter ego dell'imprenditore, che – nell'ambito di una più o meno articolata distinzione tra *middle* e *low management* – agisce ed esercita i poteri datoriali con autonomia e sul presupposto della natura fiduciaria della relazione con l'imprenditore. In questa dinamica, l'avvento e l'utilizzo delle prassi di *workforce analytics* (più di quanto accadeva con le statistiche di una volta) pone il problema della configurazione o meno di un obbligo del *management* di attenersi ai dati e alle previsioni del *software* oppure della preservazione della possibilità stessa in capo alla dirigenza dalle capacità cognitive aumentate di decidere autonomamente a prescindere dai dati, sulla base dell'intuito o comunque sulla base delle proprie capacità umane "tradizionali" (l'esperienza, la prudenza, ecc.). Il dilemma citato appare foriero di significative ricadute sulla nozione di inadempimento e/o di rottura del rapporto fiduciario che, come è noto, incide sulla disciplina del licenziamento del dirigente, sull'ampiezza della nozione di libera recedibilità, sulla natura disciplinare o meno del recesso, e così via. Solo per fare un esempio, laddove l'analisi dei dati ipotizzi una crescita delle vendite e il programma di *workforce analytics* delinea la necessità di un aumento della forza lavoro, il *manager* che proceda a nuove assunzioni (e quindi ad un aumento di costi per l'azienda) se e in che misura potrà essere ritenuto responsabile di una eventuale cattiva gestione delle risorse umane se, per qualunque motivo, il rapporto costi benefici calcolato del programma di *workforce analytics* si riveli anche solo in parte fallace o comunque poco o per nulla adeguato a sostenere i costi del nuovo personale assunto? In altre parole, appare evidente che, a seconda di come venga impostato (contrattualmente o di fatto) il rapporto e il vincolo tra

³¹² A. Topo, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, cit., p. 453 ss.

³¹³ V. pure V. Maio, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica* in *ADL*, 2018, p. 1414 ss.

workforce analytics, poteri decisionali del *management* e gestione concreta dell'azienda e delle risorse umane, diventi possibile aumentare o diminuire i profili di subordinazione della dirigenza stessa, ridefinire l'oggetto del contratto, i margini della nozione di adempimento e di inadempimento, e lo stesso concetto di fiduciarità del rapporto di lavoro dirigenziale, con tutte le ricadute del caso su un possibile ripensamento della natura disciplinare del recesso (nel solco di una giurisprudenza costituzionale inaugurata nel secolo scorso a proposito dell'applicazione dell'art. 7 dello statuto), della disciplina applicabile al recesso medesimo e alle conseguenze dello stesso.

3. Management algoritmico e diritto alla supervisione umana.

L'impatto delle tecnologie, che si è visto dirompente nei modelli di gestione della forza lavoro, diventa ancora più significativo se si guarda ad esso nella prospettiva dei prestatori di lavoro assoggettati ai comandi sempre più pervasivi delle macchine intelligenti. Il diritto del lavoro, da questo punto di vista, rappresenta un terreno fertile per riflettere sul problema della tutela della persona nell'ambito del più generale obiettivo di «salvare l'umanità dalla schiavitù dell'intelligenza artificiale»³¹⁴, soprattutto laddove – come nel caso dei prestatori di lavoro – si accentui la vulnerabilità della persona di fronte al potere digitale³¹⁵. Come ha evidenziato qualche anno fa Stefano Rodotà, infatti, «le trasformazioni tecnologiche dell'organizzazione sociale, non producono soltanto asimmetrie nella distribuzione e nell'esercizio del potere ma determinano una frattura sociale tra individui sempre più trasparenti e poteri sempre più opachi e incontrollabili»³¹⁶.

Agli occhi del *management algoritmico*, i lavoratori sono riducibili a dati operazionali, a *input* processabili dalla macchina, a valutazioni frutto di una computazione di dati non controllabili dal lavoratore, magari acquisiti tramite prassi di *gamification* in cui il lavoratore viene inserito nel contesto aziendale. Proprio tramite la *gamification*, per esempio, il datore di lavoro con l'ausilio delle nuove tecnologie digitali introduce nella gestione del rapporto di lavoro elementi di giochi, come regole, sistemi di *feedback*, punteggi, graduatorie, ricompense e interfacce utente simili a videogiochi, con la finalità, da una parte, di rendere l'attività lavorativa più motivante, più divertente e, per questo, auspicabilmente più produttiva; dall'altra, di consentire un monitoraggio dell'attività svolta dai propri dipendenti costante, puntuale e immediato³¹⁷. Dietro i programmi di

³¹⁴ F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, cit., p. 1 ss..

³¹⁵ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 335.

³¹⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 337 ss.

³¹⁷ Il primo, più noto, esempio di utilizzo di meccanismi di *gamification* negli ambienti di lavoro risale all'esperienza del 2008 di alcuni Disneyland Resort Hotel in California: la Disney ha, a suo tempo, introdotto un sistema di monitoraggio della produttività dei lavoratori delle lavanderie degli hotel, che prevedeva l'installazione nel luogo di lavoro di un tabellone segnapunti, nel quale apparivano i nomi dei lavoratori che cambiavano colore (verde, arancione o rosso) a seconda che la prestazione in quel momento resa da ognuno dei lavoratori (lavaggio, asciugatura, stiratura, ecc.) fosse in linea con gli obiettivi del *management*, fosse leggermente inferiore a tali obiettivi (o anche solo momentaneamente rallentata), o fosse notevolmente inferiore. Sebbene tale sistema, soprannominato dai lavoratori monitorati la "*electronic whip*" (cfr. S. Lopez, *Disneyland workers answer to 'electronic whip'*, *Los Angeles Times*, 19 October 2011), sia ricordato come un esempio negativo di *gamification*, foriero di un maggior numero di incidenti sul lavoro, di stress e, alla fine, di dissenso interno, gli stessi lavoratori a suo tempo intervistati hanno testimoniato come il tabellone elettronico stimolasse inevitabilmente la concorrenza e la competitività tra i lavoratori, spingendoli – nonostante lo stress – a "giocare". Una forma evoluta di *gamification*, che però ha sempre meno i caratteri del gioco e più quelli del controllo *tout court*, è il sistema di monitoraggio adottato da Amazon in alcuni dei suoi stabilimenti, che proietta i lavoratori del magazzino in alcuni tabelloni segnapunti, in grado anche di mostrare le sagome dei lavoratori sorpresi a rubare. La loro produttività è monitorata da dispositivi palmari, da *badge* sociometrici o da altre *wearable technologies*, che tracciano i movimenti, scansionano e individuano i prodotti. Se la loro produttività diminuisce, i lavoratori vengono puniti con punti su una *scorecard*: più punti implicano una segnalazione negativa; ove si accumulino un certo

gamification possono celarsi non solo forme di controllo anche molto capillari della prestazione, ma anche trattamenti automatizzati dei dati, possibili indagini sulle opinioni del lavoratore, meccanismi di collegamento tra la produttività monitorata tramite il gioco e trattamenti retributivi incentivanti o promozioni e/o la richiesta, se non la pretesa, di particolari *performance* attese senza alcuna ulteriore forma di remunerazione aggiuntiva; la *gamification* può inoltre essere il terreno di osservazione di comportamenti negligenti o anche solo oggettivamente improduttivi che aprono le porte a procedimenti disciplinari ed espulsivi, o a riorganizzazioni interne volte a eliminare o a marginalizzare i dipendenti meno produttivi.

L'esempio citato è solo uno dei possibili effetti pervasivi del *management algoritmico*, cui si affianca – come citato in premessa – tutto il problema, eticamente e socialmente, oltre che giuridicamente, ancora più dirompente, del lavoro tramite le piattaforme, di cui i *riders* che sfrecciano per le città rappresentano solo la punta, più nota, dell'*iceberg* del lavoro parcellizzato e disintermediato.

Le IA che gestiscono il lavoro umano hanno la capacità, anche grazie all'utilizzo dei *big data*, di generare nuove informazioni personali a partire da dati che non sono personali, restituendo una proiezione digitale del lavoratore in carne ed ossa, rispetto alla quale questo può non avere alcuna consapevolezza: quando la IA è utilizzata, come nel caso degli ambienti di lavoro, per profilare e prendere decisioni sulle persone, si avvale sia di dati personali, sia di *big data* per generare nuovi dati informativi sulle persone soggette al processo decisionale. Sono – questi – gli *output* “costruiti” dalla cosiddetta *big data analytics*, detti anche *algo-created data*³¹⁸, che possono influire sulla valutazione della *performance* del lavoratore e sulla eventuale imputazione di responsabilità disciplinari a carico del dipendente stesso, o anche solo sulla adozione nei suoi confronti di trattamenti peggiorativi, discriminatori o ritorsivi connessi alla cattiva immagine che di quel lavoratore si è fatta il *manager algoritmico*.

A fronte della potenziale pervasività dei poteri datoriali esercitati dal *management algoritmico*, sotto la spinta della regolazione europea, destinato a produrre significative aree di intervento protettivo nei confronti del lato oscuro della tecnologia, si staglia il principio della “umanizzazione” e della trasparenza dei trattamenti automatizzati produttivi di effetti giuridici che incidono sulla persona. Si tratta, come sopra accennato, di un principio di matrice non strettamente lavoristica contenuto nell'art. 22 del GDPR³¹⁹, che però potrebbe trovare rilevanti spazi di applicazione

numero di punti, si è a rischio di licenziamento, secondo il sistema noto come “*rank and yank*” dei dipendenti. I *software* gestionali di *gamification* ormai pullulano in rete, passando da quelli finalizzati più semplicemente a creare un *network* competitivo aziendale come Yammer e Badgeville; a quelli utilizzati, con finalità formativa, dalla catena di hotel Hilton Garden In per addestrare i propri dipendenti e prepararli al meglio nella ricezione e soddisfazione di richieste del cliente; a quelli con finalità di *recruiting*, come My Marriott Hotel (E. Barraco, S. Iacubucci, *Gamification: il gioco che seleziona*, in *DPL*, 2018, n. 36, p. 2101 ss.), che porta ad indossare i panni di un *manager* di hotel con tutte le implicazioni che questo comporta (dalla gestione dei fornitori, al servire correttamente ai tavoli, al coordinare lo staff e molto altro). Il fenomeno ha cominciato a essere oggetto di studi sociologici e organizzativi, anche molto critici (T. Wan Kim, *Gamification of Labor and the Charge of Exploitation*, in *Journal of Business Ethics*, 2018, vol. 152, p. 27 ss.), alcuni dei quali hanno evidenziato il possibile collegamento tra la diffusione di forme di lavoro flessibile/precario e la necessità di nuove strategie di coinvolgimento dei lavoratori non standard, ma pure le connessioni tra prassi di *gamification* e modelli gestionali caratterizzati da una accentuazione dei profili di autonomia nell'organizzazione del lavoro, anche di quello tradizionalmente subordinato (J. Schobin, A.C. Tomazic, *The digital gamification of labour: a new form of labour process regulation?* in *IJWI*, 2020, vol. 2, n. 4, p. 308 ss.).

³¹⁸ R. Messinetti, *La Privacy e il controllo dell'identità algoritmica*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, n. 1, p. 121 ss.

³¹⁹ Tale articolo prevede un generale divieto di sottoporre un individuo a processi decisionali automatizzati compresa la profilazione. L'articolo 22 del GDPR, paragrafo 1, chiarisce tuttavia l'ambito di applicazione delle norme in materia, che è limitato alle sole ipotesi

e di declinazione nel diritto del lavoro dell'economia digitalizzata. La norma regolamentare – finalizzata a tutelare la dignità della persona ogniqualvolta i suoi dati siano coinvolti in processi di elaborazione e utilizzazione meccanica automatizzata – non inibisce, dunque, l'impiego di sistemi di decisionali algoritmici, ma obbliga, inderogabilmente il soggetto che tratta i dati a prevedere taluni meccanismi tecnici che assicurino al prestatore l'umanizzazione del giudizio finale, così riequilibrando la sproporzione di potere contrattuale nei confronti dei prestatori esposti a decisioni algoritmiche automatizzate. Naturalmente, affinché il prestatore possa avvalersi utilmente del «diritto di richiedere l'intervento umano» e del diritto di «contestazione», dovrà essere consapevole del funzionamento della macchina. Dovrà pertanto essere informato, dal titolare del trattamento, delle finalità, dei metodi impiegati per la raccolta e l'analisi dei dati nonché dei possibili utilizzi che di essi l'intelligenza artificiale può fare.

Nel solco di tale regolamentazione di matrice eurounitaria, occorre pertanto riflettere a fondo sui possibili meccanismi di una applicazione diretta dell'art. 22 citato, o mediata dalle clausole generali di buona fede e correttezza. Attraverso tali meccanismi sembra possibile attribuire ai lavoratori a contatto con, o più propriamente gestiti da, soggetti giuridici digitali, algoritmi o veri e propri attanti³²⁰, una serie di diritti di quarta generazione volti a correggere le «opacità» e i rischi di «*zero knowledge proofs*»³²¹ insiti nell'utilizzo di tali strumenti: per esempio il diritto di pretendere la sorveglianza umana sull'algoritmo e sulle macchine intelligenti³²²; la trasparenza³²³ (e come è ovvio non discriminatorietà) dei processi computazionali (anche al fine di temperare le asimmetrie conoscitive, aprendo spazi alla valutazione, perché no, anche etica, degli standard e dei valori sui quali sono tarati); la rendicontabilità del funzionamento e il diritto alla revisione del trattamento o del dato automatizzato.

L'approccio descritto, d'altra parte, sembra convergere con la strategia europea proposta dalla Commissione sulla necessità di una IA antropocentrica³²⁴, vale a dire su una intelligenza artificiale che, grazie alla supervisione umana, sia affidabile, ma soprattutto rispettosa della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, ecc. Sorveglianza che, secondo la proposta citata della Commissione europea, potrebbe essere effettuata mediante meccanismi di *governance* che garantiscano, con approcci anche diversificati, l'adozione di meccanismi di intervento umano *tout court* (*human-in-the-loop*), con supervisione umana (*human-on-the-loop*) o con un vero e proprio controllo umano (*human-in-command*), capace di sostituire, di correggere o di annullare, all'occorrenza, la decisione dell'IA con una decisione umana; ciò, soprattutto, laddove il set di dati

in cui il processo decisionale automatizzato produce effetti giuridici, oppure incide in modo significativo sulla persona dell'utente e la decisione sia basata interamente sul trattamento automatizzato dei dati. Ovviamente esistono delle eccezioni al divieto, per cui un interessato può essere sottoposto a un processo decisionale automatizzato, compreso la profilazione, quando il trattamento è necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare, quando il trattamento sia autorizzato da una legge o regolamento, che prevede altresì misure idonee a tutelare i diritti dei soggetti interessati, oppure quando vi sia un esplicito consenso al trattamento. Nel primo e nel terzo caso, il titolare del trattamento deve attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato.

³²⁰ G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, ESI, Napoli, 2019, p. 19 ss.

³²¹ V. il rapporto *Algorithms and Human Right, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Council of Europe, March 2018.

³²² V. M. Faioli, *Mansioni e macchine intelligenti*, Giappichelli, Torino, 2018.

³²³ V. l'art. 13 della proposta di regolamento di cui al COM (2021) 206 final, cit., che prevede un obbligo di trasparenza e di informazione tale da consentire agli utenti di interpretare i risultati del sistema e utilizzarli in modo appropriato.

³²⁴ COM (2019) 168 final del 8.4.2019, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*.

utilizzati dalla IA potrebbe condurre a errori, decisioni discriminatorie o, comunque, involontariamente produttive di disuguaglianze eticamente non tollerabili.

Il tema del controllo e dell'interazione umana sui processi decisionali governati da algoritmi offre affascinanti spunti di riflessione nella prospettiva civilistica della teoria dei contratti e della responsabilità, e quindi anche del contratto di lavoro. È noto come la questione della necessità di garantire il controllo e la supervisione umana sui processi decisionali che coinvolgono i rapporti di lavoro, abbia al momento suscitato una rilevante attenzione, nonché una prima applicazione giurisprudenziale, soprattutto nel campo del pubblico impiego, a seguito della riforma della "buona scuola", che ha affidato la procedura di mobilità dei docenti a un sistema algoritmico³²⁵. Al di là dei ragionamenti che sono stati fatti dalla giurisprudenza amministrativa nella logica di gestione "pubblicistica" delle risorse umane (i docenti trasferiti dal Miur di cui si è detto), ancora tutta da esplorare è invece l'applicazione del principio nella dinamica contrattuale "pura" del rapporto di lavoro: si pensi, solo per fare un esempio, ai problemi di adattamento delle clausole generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, laddove la decisione sia presa solo dall'algoritmo, o dall'algoritmo supervisionato dall'umano, e alla funzione di garanzia della buona fede *in executivis* nell'assicurare il giusto temperamento di interessi. Particolarmente affascinante e ricco di spunti di riflessione è, infatti, il tema – ancora non indagato dalla dottrina lavoristica che si è occupata degli effetti delle nuove tecnologie algoritmiche sulla gestione dei rapporti di lavoro – della operatività delle clausole generali, e in particolare proprio della buona fede, sia in funzione integrativa dell'obbligazione di lavoro al fine di soddisfare l'interesse organizzativo datoriale, sia soprattutto in funzione di controllo dei poteri dei poteri datoriali e, quindi, di governo della discrezionalità, secondo canoni di ragionevolezza e congruità dei mezzi adottati rispetto agli interessi perseguiti. Il tema, come è noto, tocca un nervo scoperto del dibattito

³²⁵ Con la legge n. 107 del 2015, il Miur ha infatti avviato un Piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato e di mobilità su scala nazionale, riguardante la scuola primaria e secondaria, nell'ambito di un progetto complessivo di riforma della scuola. Le assunzioni sono avvenute anche attraverso un piano di trasferimenti interprovinciali del personale docente (mobilità della "buona scuola"), la cui gestione è stata attuata attraverso il ricorso a un algoritmo, elaborato da una società privata, su incarico del Miur, al fine di consentire all'amministrazione di svolgere più agevolmente la complessa procedura di mobilità dei docenti. In più casi l'algoritmo ha generato malcontento o, addirittura, ha commesso veri e propri errori, tali che dalla vicenda è scaturito un vasto contenzioso innanzi ai tribunali amministrativi e del lavoro (a seconda che la vicenda riguardasse le graduatorie o l'assunzione o la mera mobilità). In una delle vicende più note riguardante l'impugnazione di una graduatoria di mobilità, i ricorrenti hanno contestato il trasferimento in province più lontane da quella della propria residenza o da quella indicata come scelta prioritaria, sottolineando soprattutto il fatto che nelle predette province fossero presenti posti disponibili; in particolare, i lavoratori hanno lamentato l'assenza di ogni attività amministrativa, essendo la procedura di mobilità stata integralmente affidata alla procedura informatica governata da un algoritmo non trasparente, ma soprattutto non controllato da alcun umano. La vicenda ha aperto la strada ad una giurisprudenza del Consiglio di Stato che – come è stato di recente evidenziato (B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2021, n. 2) – sembra aver fissato la garanzia dello *human-in-the-loop* quale presupposto fondamentale per assicurare la legittimità dell'operato della p.a., chiamata in causa in quel caso come datore di lavoro. Fondamentale, in tale prospettiva, è il richiamo alla sentenza n. 881 del 4 febbraio 2020 (che ha consolidando le precedenti decisioni n. 2270/2019 e n. 8472/2019), con la quale il Consiglio di Stato ha puntualizzato come il diritto della persona a non essere sottoposta ad una decisione interamente automatizzata senza il coinvolgimento umano, presuppone che debba assicurata l'imputabilità della decisione in capo ad un umano (profilo della responsabilità), ma anche che l'umano debba essere in grado di verificare la logicità e la legittimità della decisione algoritmica. Questa condizione – in-tesa come espressione del principio di non esclusività della decisione algoritmica (punto 11.2) – comporta, secondo il Consiglio di Stato, che, nel processo decisionale, debba comunque esserci una persona che possa "controllare, validare o smentire (discostarsi) dalla decisione automatica", ossia che possa revocare la delega alla macchina e riappropriarsi della decisione (M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019). In sintesi, la mobilità dei docenti non poteva essere affidata, senza il controllo umano, a un algoritmo onnipotente e tuttofare.

lavoristico³²⁶, diviso fra quanti hanno criticato l'utilizzo giudiziale delle clausole generali a causa della mancata individuazione e rilevazione di *standard* di comportamento social-tipici cui la collettività attribuisca il valore di norme sociali, e quanti invece hanno valorizzato la buona fede in funzione di riequilibrio della dimensione mercantile del rapporto obbligatorio a favore di quella sociale. Nel rapporto di lavoro, l'uso della buona fede in funzione di «governo della discrezionalità» ha consentito di tenere conto del valore della persona e della sua implicazione nella sfera di dominio della controparte. Questa esigenza è stata declinata attorno a due esplicazioni del principio di buona fede, concretizzatesi in due concetti ritenuti fondamentali: quello di proporzionalità³²⁷ (storicamente acquisito nell'elaborazione delle sanzioni disciplinari contenute nei contratti collettivi corporativi e poi codificato nell'art. 2016 c.c.); e quello, più recente, di giustificazione nell'uso del potere³²⁸. Entrambi i concetti, in fasi storiche diverse (prima quello di proporzionalità cui si è ritenuto assoggettato l'esercizio del potere disciplinare, poi – soprattutto nel periodo post costituzionale – quello di giustificazione dell'esercizio del potere), sono stati utilizzati quali parametri di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti contrattuali. Il tutto nella evidente funzione esplicativa del principio di solidarietà sociale, ma anche della tutela della dignità della persona che ha ispirato il legislatore costituzionale³²⁹. La buona fede, insieme alla strategia di controllo degli atti datoriali tramite la cd. “proceduralizzazione” di alcuni poteri (primo fra tutti il potere disciplinare) hanno consentito, storicamente, di piegare il diritto del lavoro all'obiettivo di consolidare le garanzie nei confronti dei soggetti che, per la loro collocazione all'interno del processo produttivo, siano più esposti al pericolo di violazione di beni personalistici, quali appunto la sicurezza e la dignità³³⁰.

Nel solco di questa evoluzione, che ha rappresentato il sostrato culturale e valoriale sul quale è stato edificato il paradigma della materia, occorre oggi riflettere sul come gli “attrezzi”

³²⁶ La letteratura sul tema è molto vasta, v. P. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990, p. 114 ss.; A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *RGL*, 2002, p. 3 ss.; L. Montuschi, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *LD*, 1996, p. 139 ss.; nonché L. Montuschi, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *ADL*, 1999, p. 723 ss.; O. Mazzotta, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, p. 583 ss.; L. Castelvetti, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *DRI*, 2001, p. 237 ss.; G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 5 ss.; M. V. Ballestrero, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, 2014, p. 389 ss.; P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 203 ss.; P. Loi, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 143 ss.; V. Nuzzo, *La norma oltre la legge*, Satura Editrice, Napoli 2012, p. 43 ss. Critico nei confronti del ruolo del giudice nell'operazione di riempimento di significato delle clausole generali è M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, p. 1 ss., il quale evidenzia come l'investitura del giudice comporta il rischio che il delegato si senta autorizzato ad andare «a caccia in diverse direzioni, e riportare trofei e appenderli nella stanza di soggiorno».

³²⁷ A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 1 ss.; P. Loi, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, cit., 2016, p. 191 ss.; L. Tebano, *Ragionevolezza e potere di controllo del datore di lavoro*, in *DLM*, 2011, p. 433 ss.

³²⁸ A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, cit., p. 18. Già sul tema, ampiamente, C. Zoli, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 131 ss.

³²⁹ U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in A. Cicu, G. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, II, 1984, p. 37 ss.; nonché L. Montuschi, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, cit., p. 141, il quale evidenzia come, nel corso del tempo, «il concorso fra diverse posizioni soggettive e la connessa «guerra fra poveri» hanno accresciuto la domanda di giustizia e si sono così moltiplicati gli interventi volti a sindacare gli atti imprenditoriali ritenuti arbitrari e ingiustificati, ovvero non coerenti con i fini che gli stessi si proponevano di realizzare».

³³⁰ P. Grossi, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *DS*, 2008, p. 33 ss.; C. Smuraglia, *Il lavoro nella Costituzione*, in *RGL*, 2007, p. 431 ss.; B. Veneziani, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *DLRI*, 2010, p. 257 ss.; G. De Simone, *La dignità del lavoro e della persona che lavora*, in *DLRI*, 2019, p. 633 ss.

dell'elaborazione giuslavoristica possano tornare utili per decifrare, interpretare, indirizzare, proceduralizzare, ma anche limitare, le infinite possibilità computazionali e decisionali del nuovo *management algoritmico*. Nello sviluppare e declinare in chiave "lavoristica" un principio come quello contenuto nell'art. 22 GDPR, volto ad assicurare la supervisione umana sulle decisioni algoritmiche, è bene iniziare a riflettere su come e in che misura tale obbligo possa essere "procedimentalizzato" nell'ambito dei rapporti di lavoro, anche alla luce del principio di buona fede *in executivis*. L'art. 22 GDPR pone, innanzi tutto, il problema della "trasparenza" della decisione algoritmica, prospettando, in particolare, che per conoscere le ragioni della decisione (considerando n. 71³³¹) e poterla contestare (art.22, par. 3) occorre riconoscere e comprendere le inferenze³³² che la giustificano, vale a dire le connessioni e i criteri con i quali sono stati creati, attraverso la *big data analytics* e la capacità di apprendimento automatico (*machine learning*), gli *algo-created data*, vale a dire dati combinati tra loro che stabiliscono correlazioni e restituiscono previsioni, di fatto, esprimendo valutazioni soggettive sulla persona non verificabili dall'interessato. Per fare un esempio, per sapere come è stata calcolata la produttività di un lavoratore (ed eventualmente poi accertare una sua eventuale responsabilità o il diritto a una sua eventuale promozione) occorrerebbe capire come siano stati incrociati i dati relativi alla velocità delle mansioni svolte, con gli orari di lavoro in cui è stata svolta la prestazione, con il sesso del lavoratore, con il carico di famiglia, con i dati sulla vita sociale postata sui *social*, ecc. Il *management algoritmico*, infatti, tanto più è sofisticato, quanto più si rivela capace di un «ragionamento inferenziale: la costruzione di "nuovi" dati che parlano della persona in virtù di valutazioni della sua personalità e previsioni dei suoi comportamenti»³³³.

Il problema è ovviamente complesso e delicato, per cui, nella prospettiva lavoristica si pone la questione di capire in quale modo e attraverso quali strumenti possa e debba essere garantita la trasparenza e la conoscibilità dei meccanismi algoritmici e l'esattezza dei dati utilizzati per la gestione dei rapporti di lavoro; quali strumenti possono essere utilizzati dai lavoratori per rendere effettivo il diritto alla trasparenza e alla sorveglianza umana sul trattamento automatizzato; come può il lavoratore avere cognizione degli infiniti e indefiniti trattamenti dei dati personali che lo riguardano, nonché dei velocissimi processi inferenziali di ricostruzione della sua identità lavorativa; se e come si esercita il diritto a ottenere una spiegazione del ragionamento inferenziale su cui si basa la decisione algoritmica; quali sono – nel rispetto del principio di buona fede e correttezza – i parametri del controllo umano; come può il lavoratore contestare la decisione algoritmica; come calibrare la buona fede oggettiva su modelli sociali di veri comportamenti "umani" e come pretendere che la decisione non sia presa su dati che dovrebbero essere irrilevanti ai fini del rapporto di lavoro, se non addirittura discriminatori. Insomma se e come le clausole di

³³¹ Cfr. il *considerando* n. 71 del GDPR: «L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la "profilazione", che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

³³² S. Watcher, B. Mittelstadt, *A Right to Reasonable Inferences*, in *Columbia Business Law Review*, 2019, n. 2, p. 1 ss.; R. Messinetti, *La Privacy e il controllo dell'identità algoritmica*, cit., p. 135 ss.

³³³ R. Messinetti, *La Privacy e il controllo dell'identità algoritmica*, cit., p. 141 ss.

correttezza e buona fede possano e debbano “umanizzare” il *management algoritmico* e il suo codice informatico-statistico-predittivo, con l’obiettivo di circoscrivere il rischio di arbitrio dell’apparato tecnologico-digitale, e, ancora una volta, di concretizzare la «strategia costituzionale della dignità»³³⁴: ciò sul presupposto attualissimo che lavoro, dignità, solidarietà, eguaglianza, «nei loro nessi inscindibili, denotano il carattere trasformativo che la Costituzione fornisce ai valori, non in una dimensione relativistica-individuale, ma personalistica-sociale, che mette in evidenza la vita individuale e la sua immersione nelle relazioni sociali»³³⁵.

In questa prospettiva, il diritto del lavoro costituisce un eccezionale terreno di indagine per attribuire rilevanza giuridica all’interesse della persona a controllare la costruzione degli *output* dei sistemi automatizzati; per monitorare la possibilità di rendere effettivo, anche tramite una adeguata “procedimentalizzazione”³³⁶ (paragonabile a quella cui si è ispirato l’art. 7 dello statuto dei lavoratori), il potere individuale di controllare che il processo decisionale algoritmico sia fondato su dati esatti, non discriminatori e “ragionevoli” o prodotti sulla base di «inferenze ragionevoli»³³⁷, verificabili dentro il rapporto contrattuale alla luce delle clausole di buona fede e correttezza; sia sorvegliato da soggetti umani nel rispetto del parametro di buona fede oggettiva “umanizzata”; sia, in ultima analisi, modellato nel prisma del rispetto dei diritti e libertà fondamentali della persona, alla stregua delle regole giuridiche, etiche e scientifiche che sono richiamate dal GDPR, ma soprattutto nei valori costituzionali sui quali è stato costruito il paradigma lavoristico.

Si tratta, ovviamente, di problemi del tutto nuovi, sui quali occorre iniziare a ragionare e sui quali il diritto del lavoro non potrà fare a meno di confrontarsi nei prossimi anni, utilizzando tutti gli “strumenti” concettuali, regolativi e di tutela, vecchi e nuovi, in grado di limitare il potere datoriale, oggi divenuto sovraumano e, come tale, capace in pochi istanti di computare, elaborare dati e decidere le sorti, la carriera, la responsabilità dei prestatori di lavoro, sempre più vulnerabili, sulla base di meccanismi decisionali opachi, che nel loro linguaggio di programmazione potrebbero non conoscere affatto la parola e il concetto di dignità.

4. Il lavoro nelle piattaforme e la responsabilità oltre il contratto: sistemi di rating e disconnessioni sanzionatorie.

I processi decisionali aumentati dalla *workforce analytics* o direttamente affidati al *management algoritmico* sempre più spesso di incrociano e si intersecano con sistemi reputazionali dei lavoratori, che da alcuni anni si sono diffusi nei mercati digitali, caratterizzati soprattutto da operatori

³³⁴ B. Veneziani, *Il lavoro tra l’ethos del diritto ed il pathos della dignità*, cit., p. 274.

³³⁵ A. Perulli, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in *RGL*, 2018, p. 687; S. Rodota, *La rivoluzione della dignità*, in S. Rodotà (a cura di), *Vivere la democrazia*, Laterza, Bari, 2018, p. 45.

³³⁶ Cfr. V. Maio, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., p. 1442 ss. che, per es. ipotizza, la necessità di «individuare un obbligo di informazione delle organizzazioni sindacali in merito alle forme e ai modi di coinvolgimento dell’intelligenza artificiale nei processi decisionali aziendali, garantendo alle medesime organizzazioni sindacali un efficace potere di interdizione. Su questi primari presidi il legislatore dovrebbero poi innestare anche forme di rivalutazione ultima in sede di riesame delle decisioni robotiche da parte di organi paritetici di garanzia, a composizione rigorosamente umana, abilitati a valutare e correggere, non solo i sempre possibili errori, ma anche eventuali eccessi della valutazione robotica, quando capaci di recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana».

³³⁷ R. Messinetti, *La Privacy e il controllo dell’identità algoritmica*, cit., p. 157 ss.

quali le piattaforme³³⁸.

Non solo il datore di lavoro, attraverso gli algoritmi di cui si è detto, computa, elabora, crea nuovi dati identitari del lavoratore, ma addirittura inserisce in tale elaborazione i possibili giudizi sul lavoratore dati da terzi, gli utenti che si interfacciano o interagiscono con il lavoratore, e che – grazie a sofisticati *software* attivabili con un clic – esprimono sul lavoratore stesso giudizi, punteggi, commenti di gradimento o meno della prestazione resa che, in qualche modo, li ha coinvolti in qualità di utenti finali del servizio. Il sistema di valutazione delle prestazioni tramite servizi di *customer satisfaction* non è nuovo, ma certamente nuova è la velocità del sistema di valutazione, tramite un clic proposta da alcune *app* ormai di uso comune, come Glovo, Just Eat o Uber. Una cosa era, infatti, la valutazione sull'operatore telefonico che ci avvertiva che la chiamata sarebbe stata registrata e che ci invitava a rispondere al breve questionario telefonico sulla qualità del servizio; altra cosa è la notifica sullo *smartphone* di Glovo, che in un clic ci invita a mettere un certo numero di stelle al *rider* che pochi secondi prima ci ha consegnato il cibo, e che può averci fatto simpatia o antipatia per la maglietta che indossava, per la sua faccia più o meno stanca dalla fatica del turno, o per il suo colore delle pelle.

È ovvio che il successo della piattaforma e l'abilità del *management algoritmico* è «tanto maggiore quanto più significativa è la sua capacità di selezionare rapidamente lavoratori performanti, e di effettuare l'incontro ottimale fra domanda e offerta di lavoro in tempo reale. La reputazione del lavoratore concorre, inoltre, a costruire la reputazione della piattaforma digitale che predispone gli elementi tecnici fondamentali di supporto per l'incontro fra le parti»³³⁹ e che, pertanto, le tecniche di *rating* sono da considerare degli strumenti, anche commerciali, indispensabili per la collocazione della piattaforma stessa, considerata affidabile dai consumatori, in una fascia alta e richiesta del mercato. Così come è ovvio che tali prassi abbiano stimolato tutto un dibattito sulla sussistenza di un vero e proprio diritto del lavoratore alla trasferibilità del proprio *rating* positivo su altre piattaforme.

Dal punto di vista lavoristico, tuttavia, il lato oscuro di tali meccanismi apparentemente estremamente vantaggiosi per i consumatori, che partecipano a valutare l'affidabilità della piattaforma in un mercato altamente competitivo, è il rischio di arbitrarietà delle ricadute della valutazione negativa, e quindi del cattivo *rating*, del lavoratore, elaborata, processata e computata su dati e su criteri sui quali il lavoratore stesso non ha né alcuna cognizione, né alcuna capacità di controllo, né alcun potere di contestazione o di giustificazione. Le indagini sul campo, poi, hanno segnalato come nel *rating* alcune piattaforme, sulla base di parametri algoritmici opachi e non comprensibili dal lavoratore, attribuiscono e aggiornano il punteggio di eccellenza sulla base sia di parametri interni alla valutazione della prestazione (numero di prestazioni, efficienza, ovvero tutte i comportamenti indicativi dell'affidabilità del lavoratore, quali la puntualità, le revoche dei turni, il completamento degli ordini, la permanenza all'interno della mappa durante le ore di disponibilità,

³³⁸ A. Topo, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, cit., p. 453 ss.; G. Birgillito, M. Birgillito, *Algorithms and ratings: tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers*, in LLI, 2018, vol. 4, n. 2; A. Donini, *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della Privacy*, in LLI, 2017, vol. 3, n. 1, p. 36 ss.; V. Nuzzo, *Customer satisfaction e contratto di lavoro subordinato*, in DLRI, 2020, n. 1, 27 ss. V. pure le riflessioni più generali sul tema di G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, n. 1, p. 199 ss.

³³⁹ A. Topo, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, cit., p. 457 ss.

le riassegnazioni di ordini, ecc., e l'esperienza, che consiste nel numero complessivo di ordini effettuati per la piattaforma), sia appunto di parametri esterni collegati ai *feedback* degli utenti³⁴⁰.

I sistemi di *rating* hanno, infatti, un elevato impatto sul rapporto di lavoro (subordinato o autonomo che sia), sia quale parametro per l'erogazione di forme di retribuzione incentivante, sia ai fini della "prenotazione" e attribuzione di *slot* e fasce orarie di lavoro più remunerative³⁴¹, sia in quanto sulla scorta di essi le piattaforme – soprattutto quelle che utilizzano lavoratori riconducibili alla categoria degli autonomi – pongono in essere pratiche di disconnessione automatica dell'*account* del lavoratore il cui *rating* scenda oltre certe soglie, oppure, nel caso il rapporto sia qualificato come subordinato, attivano forme di responsabilità di natura disciplinare dei dipendenti stessi, fino ad arrivare all'ipotesi del licenziamento per scarso rendimento del lavoratore stesso (qualificabile in termini di licenziamento sia per giustificato motivo soggettivo, sia per giustificato motivo oggettivo).

A fronte di tali meccanismi di *rating*, puramente basati sulla *customer* o ibridi, laddove le piattaforme incastrano propri dati interni con le valutazioni degli utenti, si ripropongono i dubbi e le problematiche evidenziate nelle pagine che precedono sui nuovi profili di vulnerabilità del prestatore gestito dal *management algoritmico*, questa volta aumentato dall'intervento umano di quanti, gli utenti, valutano con un clic. È evidente che, anche in questo caso, la valutazione della prestazione resa travalica i confini oggettivi per estendersi, potenzialmente, a una valutazione su doti e qualità personali che nulla hanno a che fare con il normale giudizio sulla diligenza media nell'espletamento dei compiti cui il lavoratore è contrattualmente obbligato. Sul punto, si ripropongono quindi le nuove questioni cui è sottoposto il diritto del lavoro alla prova degli algoritmi: la necessità di "procedimentalizzare"³⁴², rendere trasparenti, comprensibili e contestabili le prassi di misurazione della reputazione dei lavoratori, pretendendo, anche qui, la sorveglianza umana effettuata nel rispetto dei principi di ragionevolezza, correttezza e buona fede; dall'altra, però, l'assoggettamento a sistemi di *rating*, potenzialmente aperti ad accogliere valutazioni che nulla hanno a che fare con la prestazione oggettivamente intesa, richiede l'adozione di procedure "aggravate" di espressione del consenso del lavoratore: consenso che dovrebbe essere – come chiarito recentemente dalla Cassazione civile a proposito del *rating* reputazionale in alcune prassi commerciali³⁴³ – «chiaramente individuato», tale da presupporre che il soggetto valutato sia stato «preventivamente informato in relazione a un trattamento ben definito nei suoi elementi essenziali, per modo da potersi dire che sia stato espresso, in quella prospettiva, liberamente e specificamente». Laddove, tuttavia, l'algoritmo impiegato per il calcolo del *rating* sia scarsamente trasparente e dunque non conoscibile, deve ritenersi – secondo la Cassazione citata – che l'accettazione di un sistema automatizzato di *rating* non sia conforme alla regolamentazione in materia di *privacy*.

Nel riportare le considerazioni generali fatte al rapporto di lavoro, è evidente come il problema del *rating* reputazionale, del valore del consenso prestato, dell'allargamento dell'oggetto del contratto che pone a carico del lavoratore il rischio di valutazioni arbitrarie degli utenti, a prescindere

³⁴⁰ L. Di Cataldo, *Il mercato del food delivery nella città di Catania. Un caso di studio interdisciplinare: dalla composizione della categoria al rapporto di lavoro*, in *Professionalità studi*, 2021, n. 1, p. 36 ss.

³⁴¹ L. Di Cataldo, *Il mercato del food delivery nella città di Catania*, cit., p. 36 ss.

³⁴² A. Topo, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, cit., p. 467 ss.

³⁴³ Cass., Sez. I, Civ., sentenza 14381 del 25 maggio 2021.

dal grado di diligenza della prestazione resa, ponga una serie di delicatissimi interrogativi sul se e sul come tutto ciò possa poi riverberarsi in eventuali responsabilità a carico del lavoratore stesso. Se, da questo punto di vista, per il lavoratore subordinato, la tenuta del sistema è garantita comunque dall'eventuale procedimento disciplinare che dovrebbe essere avviato nei confronti del lavoratore improduttivo che si vorrebbe colpire, più difficile è l'individuazione dei limiti all'utilizzo del *rating* nei casi in cui la valutazione sia utilizzata ai fini dell'erogazione di trattamenti retributivi incentivanti o, nel caso dei lavoratori autonomi delle piattaforme, ai fini della valutazione della legittimità o meno delle prassi di disattivazione automatica dell'*account* del *rider*, per es. di Glovo, o del *driver* di Uber.

Di fatto si aprono spazi per una responsabilità oltre il contratto, di fronte alla “folla” degli utenti, sulla quale è bene che il diritto, soprattutto quello del lavoro, inizi a riflettere meglio, magari valorizzando la portata applicativa di principi “trasversali” a tutela della persona, come quello della «giustificatezza»³⁴⁴ (che velatamente sembra leggersi nella formulazione di cui all'art. 47-quinques del d.lgs. 81 del 2015³⁴⁵); ciò, in modo da rendere conoscibili, controllabili e contestabili, le prassi di esclusione automatica dalla piattaforma e di riduzioni delle occasioni quale effetto di sistemi di *rating* reputazionale opachi, arbitrari, se non addirittura discriminatori, in quanto potenzialmente basati su caratteristiche personali e sociali del lavoratore che nulla potrebbero avere a che fare con il livello di diligenza della prestazione resa.

5. Responsabilità del prestatore e relazione collaborativa machine-to-human.

La digitalizzazione dei processi decisionali impatta sul diritto del lavoro anche da un diverso punto di vista. Sempre più diffuse sono, infatti, le tecnologie intelligenti e interconnesse che consentono la comunicazione costante e interattiva *machine-to-human*, basate su dispositivi di visualizzazione, su sensori connessi in rete e *alert*, funzionali a realizzare un processo collaborativo/correttivo, appunto uomo-macchina, in grado di assicurare l'ottimale funzionamento di un sistema di produzione³⁴⁶. Così come sono sempre più diffuse le tecnologie che creano veri e propri lavoratori aumentati nelle proprie capacità fisiche e cognitive³⁴⁷. Con i sensori *IoT* (*Internet of Things*) integrati in un dispositivo connesso in rete, che si tratti di un macchinario, di un nastro, di un elevatore o di un'intera fabbrica, i dati della macchina possono essere trasmessi direttamente dal campo all'uomo e viceversa, nel caso, per es. di *wearable devices* indossati dai lavoratori che invece trasmettono i dati a una IA. Le soluzioni basate sulla comunicazione *machine-to-human* sono in grado di rilevare i primi segni di stress, gli errori o le semplici imperfezioni e prevedere il momento del guasto del dispositivo o dell'apparecchiatura. Il sistema può quindi allertare i responsabili del mantenimento in funzione dei dispositivi o delle apparecchiature o direttamente il lavoratore,

³⁴⁴ B. Caruso, L. Zappalà, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”*: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro, cit.

³⁴⁵ Art. 47-quinques, intitolato “Divieto di discriminazione”, secondo il quale ai 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 di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali, si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma. L'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate.

³⁴⁶ P.R. Daugherty, H. Wilson, *Human+Machine. Ripensare il Lavoro nell'età dell'intelligenza artificiale*, GueriniNext, Milano, 2018.

³⁴⁷ V. Maio, *Diritto del lavoro e potenziamento umano. I dilemmi del lavoratore aumentato*, in *DLRI*, 2020, n. 3, p. 513 ss.; nonché Id., *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica* cit., p. 1414 ss.

può consultare immediatamente i manuali per suggerire l'aggiustamento da fare, avviare una consultazione rapida con altri specialisti o colleghi, oppure può inviare in loco un essere umano in grado di risolvere il problema. L'interazione uomo-macchina pone, come è intuibile, delicati problemi per la salute e sicurezza dei lavoratori, soprattutto di quelli che operano nelle cosiddette «zone di sicurezza dinamiche», in cui gli umani interagiscono con i robot, e per le quali è necessario assicurare che la interazione fisica uomo-macchina avvenga nella massima sicurezza tecnologicamente possibile³⁴⁸.

A prescindere dalla collaborazione fisica uomo-macchina, che – come detto pone tutta una serie di problematiche attinenti alla sicurezza, che esulano dall'approfondimento oggetto del presente lavoro – i vantaggi della collaborazione anche solo cognitiva *machine-to-human* sono presentati come molteplici: utilizzando la tecnologia *IoT* con l'intelligenza artificiale, i sistemi possono aiutare a prevedere i punti di errore prima che si verifichino, indirizzando *just-in-time* i lavoratori; la collaborazione umana informata dai dati macchina può consentire una risoluzione dei problemi più efficiente; la raccolta continua di dati può migliorare il potere predittivo di problemi e soluzioni; l'abilità di processare e analizzare in tempo reale dati ed eventi può aumentare le capacità umane, ecc. Il caso "scuola" potrebbe essere, per esempio, quello del *software* Predix della General Electric, che segnala al manutentore il guasto in una turbina, mostra il punto esatto in cui si è verificato il danneggiamento, propone – dopo aver computato tutte le possibili azioni da fare – la soluzione più facile (e se è ben programmato, anche quella meno costosa) per la riparazione. Insomma, comunica al manutentore umano tutta una serie di informazioni che, se non vi fosse stata la macchina, avrebbero rallentato il suo lavoro e, potenzialmente, l'intera produzione per un tempo molto più lungo e con costi più elevati.

Le applicazioni della comunicazione *machine-to-human* travalicano, comunque, i confini della produzione industriale strettamente intesa (la ricerca e la correzione dell'errore nella catena di montaggio digitalizzata), per approdare ai più diversi ambiti produttivi: emblematico di questo modello di interazione è, per esempio, l'app utilizzata dalla Coca-Cola, attraverso il sistema di IA Einstein³⁴⁹, che consente ai dipendenti addetti a rifornire i frigoriferi di bibite del noto marchio di fotografare con il proprio *smartphone* il frigo da rifornire, di modo che Einstein – attraverso la foto – conti le bottiglie rimaste, suggerisca il rifornimento, computi le fluttuazioni stagionali, insomma preveda quanta coca-cola berranno i clienti di quello *store* nella settimana successiva; Einstein, dunque, affianca il dipendente addetto al rifornimento e lo coadiuva nel suo lavoro, impedendogli di sbagliare l'ordinazione.

Tale comunicazione/interazione/cooperazione macchina-uomo sembra ispirata a una logica *win win*, nella quale – vale a dire – tutti gli operatori beneficiano delle potenzialità della tecnologia: le macchine potenziano le capacità umane, aumentandone la comprensione, gli uomini addestrano

³⁴⁸ Si pensi, per es. alla soluzione adottata dal Gruppo Volkswagen, dove un progetto sperimentale prevede che un essere umano possa lavorare nel medesimo ambiente di lavoro a stretto contatto con un robot industriale in movimento senza esserne separato da barriere di sicurezza fisse. Il robot è dotato di uno scanner laser di sicurezza, che identifica i movimenti del lavoratore, mentre un sofisticato programma di controllo dotato di intelligenza artificiale coordina i movimenti del robot nella zona di sicurezza, rallentandolo o fermandolo non appena viene accertato un qualche rischio di collisione, sulla quale si rinvia a V. Maio, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., p. 1428.

³⁴⁹ P. Wainwright, *Salesforce captures the limits of AI in a Coca-Cola cooler*, 7.3.2017, in <https://diginomica.com/salesforce-captures-the-limits-of-ai-in-a-coca-cola-cooler>.

le macchine, le aziende velocizzano la produzione. L'efficacia dei sistemi di *machine-to-human* presuppone, tuttavia, una corretta e adeguata formazione dei lavoratori, prima di tutto finalizzata a stimolare nei lavoratori (soprattutto in quelli che svolgono ruoli più "tradizionali") fiducia nell'appropriatezza e verificabilità della comunicazione con la macchina, ma anche la valorizzazione della complementarità umana che potrebbe e dovrebbe affiancare la macchina nelle decisioni, correggendo la freddezza dei dati e delle previsioni con la saggezza dell'esperienza. Un caso presentato dalla letteratura organizzativa sul tema³⁵⁰ è per es. quello dell'esperienza di un *software* per la gestione efficiente dei posti letto in un ospedale, "boicottato" dal personale medico e infermieristico che diffidava, sulla base dell'esperienza, dell'algoritmo, e che ha condotto il *management* a rivedere l'automaticità dell'assegnazione dei posti letto, reinserendo spazi di discrezionalità in capo agli operatori nel valutare quanto riempire le corsie.

In generale, la collaborazione e la comunicazione *machine-to-human* e la natura "bidirezionale" della comunicazione stessa³⁵¹ hanno messo in evidenza come la «connettività tecnologica» uomo-macchina ponga la necessità di un cambiamento nei sistemi di classificazione del personale da parte della contrattazione collettiva, in grado di tenere conto, in maniera dinamica, della fluidità del rapporto uomo-macchina e della necessità di realizzare un sistema "pro-attivo" (e non solo "reattivo") in cui, appunto, il prestatore sia capace di comprendere la macchina, di eseguire con velocità mansioni diverse, ma anche di riprogrammare velocemente il tempo di lavoro (reimpiegando il tempo di lavoro liberatosi grazie all'ausilio della macchina). L'impatto di tale processo sulla disciplina del rapporto di lavoro è, ovviamente, rilevante: la cooperazione *machine-to-human* crea una ibridazione lavoratore-macchina intelligente³⁵², in cui il lavoratore si interfaccia con la macchina, riceve l'*input* o la sollecita, la macchina esercita alcuni poteri (che tipicamente sono propri del datore di lavoro), può anche modificare in parte le mansioni del lavoratore, il lavoratore è tenuto a conformarsi, ma anche a mantenere una propria capacità proattiva, ispirandosi a quelle che sono state definite le 5C della dimensione relazionale del lavoro digitalizzato: condivisione, coinvolgimento, controllo, collaborazione e competizione³⁵³.

Tutto questo, com'è intuibile, ha forti ricadute sulla determinazione dell'oggetto del contratto, sulla disciplina delle mansioni (art. 2103 c.c.) e sugli inquadramenti contrattuali, sull'assetto dei poteri datoriali, ma anche sul regime della responsabilità. La complementarità *machine-to-human* pone, infatti, nella prospettiva lavoristica, anche una serie di interrogativi delicati riguardanti l'oggetto del contratto, il corretto adempimento della prestazione lavorativa e l'eventuale imputazione di responsabilità per il mancato o inesatto adempimento.

Il diritto del lavoro, come è noto, nella fase della rivoluzione industriale, fondato sul pilastro della «grande fabbrica»³⁵⁴, ha provato a fare riferimento a un modello *standard* e oggettivo di diligenza e, in generale, di comportamento dovuto, anche se è stato già evidenziato come tale lettura si sia

³⁵⁰ P.R. Daugherty, H. Wilson, *Human+Machine*, cit., p. 111 ss.

³⁵¹ M. Faioli, *Mansioni e macchine intelligenti*, cit., p. 1 ss.

³⁵² K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, cit., p. 1 ss.; F. Rullani, E. Rullani, *Dentro la rivoluzione digitale*, cit., p. 57 ss.

³⁵³ A. Andreotti, I. Pais, *Automazione e digitalizzazione del lavoro: le 5C della dimensione relazionale*, in Mingione E. (a cura di), *Lavoro: la grande trasformazione*, cit., p. 115 ss.

³⁵⁴ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?* in RGL, 1998, p. 311 ss., qui citato in *Opere*, vol. I, B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000, p. 221 ss.

rivelata insoddisfacente e non generalizzabile al riflettere su come, sotto l'influsso della storica concezione "fiduciaria" sulla quale si è pure ritenuta fondata la relazione lavorativa da Barassi fino ai giorni nostri (e come elaborata dalla giurisprudenza nella nozione di giusta causa di recesso), la prestazione dovuta, solo in astratto possa essere parametrata ad un lavoratore "medio" adibito a mansioni simili in un contesto organizzativo ipoteticamente analogo a quello concreto³⁵⁵. Tale tentativo di oggettivazione della prestazione appare definitivamente messo in crisi dall'inarrestabile processo di soggettivazione dell'obbligazione di lavoro nell'epoca del post fordismo e di industria 4.0³⁵⁶, soprattutto laddove – come nel caso sopra delineato – le nuove tecnologie delinano un nuovo e proficuo rapporto di collaborazione uomo-macchina.

Se, infatti, nell'era del fordismo la standardizzazione della prestazione consentiva, in buona parte, la possibilità di sussumere il comportamento debitorio del lavoratore entro uno *standard* di diligenza media, di collaborazione a priori definibile, di obbedienza e di fedeltà astrattamente intesa, già dalla fine del secolo scorso la letteratura economico-organizzativa ha teorizzato un modello di *flexible firm*, nel quale la diffusione di strategie di flessibilità funzionale sempre più spesso accompagnata da modalità di coinvolgimento dal basso dei lavoratori e di lavoro in *team*, con elevato coinvolgimento degli stessi nella *performance* aziendale. Alla fine del secolo scorso, il dibattito si è concentrato sui sistemi organizzativi orientati alla Qualità Totale (QT)³⁵⁷ e alla produzione *just in time*, che presuppongono prestazioni lavorative non remunerate esplicitamente, ma date in base alla disponibilità, organizzativamente necessitata, a fornire prestazioni "critiche" altamente collaborative, cioè flessibili, variabili, indeterminate, potenzialmente in grado di allargare lo spettro della mansioni e dei comportamenti esigibili, ma che – al tempo stesso – prova a inserire nell'organizzazione aziendale una logica di internalizzazione, gestione e prevenzione degli errori, così alleggerendo la posizione debitoria e di responsabilità dei prestatori della cosiddetta "fabbrica integrata"³⁵⁸.

Nel contesto delle nuove tecnologie di cui si è detto, la dottrina che si è occupata dell'argomento ha messo in evidenza come, in tali casi, la cooperazione macchina-uomo possa incidere significativamente sulla dimensione quali/quantitativa della prestazione e sul comportamento solutorio

³⁵⁵ V. sul punto le osservazioni di M. Magnani, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, p. 165 ss.; si rinvia pure a L. Zappalà, *La colpa del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2020.

³⁵⁶ Cfr. F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), *Industria 4.0, un quadro di riferimento per capire (e attuare) il piano Calenda*, cit.; A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari (cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit., p. 3 ss.; L. Corazza, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *DRL*, 2018, p. 1066 ss.

³⁵⁷ Sul punto v. la riflessione di M. Rusciano, *La diligenza del prestatore di lavoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 661 ss. V. pure A. Viscomi, *Quell'agile ritmo che l'azienda si aspetta. Qualità Totale e diligenza del lavoratore*, in *DRI*, 1994, p. 23 ss.

³⁵⁸ La dottrina giuslavoristica, in questa sede non richiamabile, ha molto criticato tale modello organizzativo, paventando l'eccessivo allargamento del debito contrattuale; tale critica, tuttavia, ha probabilmente trascurato il profilo autocorrettivo cui si ispirava la teoria della fabbrica integrata citata nella logica di garantire una «visibilità sistemica» dell'intero processo produttivo, in grado di governare tempestivamente le *défaillance*. La dimensione della fabbrica integrata, probabilmente è stata osservata dai lavoratori attraverso le sole lenti del contenuto dell'obbligazione, trascurando invece il profilo autocorrettivo che pure era insito al modello stesso. Nella costruzione del modello proposta dai teorici della "fabbrica integrata" (cfr. G. Cerruti, *La fabbrica integrata*, in *Meridiana, Riv. stor. sc. soc.*, 1994, p. 103 ss.), l'errore, del processo o del singolo, era, infatti, preso in considerazione non in chiave punitiva, bensì in una logica prevenzionale: attraverso la «tecnica di drammatizzazione» dei problemi si teorizzava una voluta pressione organizzativa sul personale di fabbrica affinché i problemi venissero prevenuti o tempestivamente risolti, qualora insorti, attraverso una «mobilitazione generale». Il modello puntava sulla formazione e sulla responsabilizzazione dei singoli, più che sulla logica punitiva; per questo, probabilmente, la riflessione sui profili subiettivi dell'adempimento avrebbe dovuto essere ripensata in questa nuova logica collaborativa che puntava più sulla responsabilità collettiva, in chiave autocorrettiva, che su quella individuale, in una prospettiva punitiva; su tali profili si rinvia a L. Zappalà, *La colpa del lavoratore*, cit., p. 293 ss.

atteso: quando la funzione di coordinamento e di controllo della qualità è affidata o affiancata *just-in-time* da una macchina intelligente, si modifica lo spazio della volontà individuale e si pone in tensione il criterio della diligenza *ex art.* 2014 c.c., richiesta al lavoratore subordinato nell'adempimento³⁵⁹. In particolare, una volta instaurata una logica cooperativa macchina-uomo, appare necessario non solo un ripensamento delle declaratorie contrattuali e della definizione delle mansioni, ma anche e soprattutto un ripensamento dell'approccio tradizionale al potere disciplinare: nella logica collaborativa di cui si è detto, il nuovo modello di produzione intelligente *machine-to-human* dovrebbe internalizzare i rischi degli inadempimenti dovuti a fattori meramente oggettivi; vale a dire a inadempimenti che, nella prospettiva cooperativa di cui si è detto dovrebbero essere verificati, analizzati e corretti dal sistema, senza che ciò influisca sulla valutazione dell'adempimento o dell'esatto adempimento del prestatore che si "affida" alla intelligenza della macchina con cui comunica.

Nella logica cooperativa *machine-to-human* i rischi di un inadempimento subiettivamente non imputabile, dovrebbero pertanto essere internalizzati, assumendosi sempre di più le fabbriche intelligenti del futuro il compito, attraverso le macchine, di prevenirli, ridurli, aiutando il prestatore a prevedere l'errore e a non sbagliare, o comunque a correggere il sistema. La logica cooperativa *machine-to-human*, in altre parole, nel modificare l'oggetto del contratto, dovrebbe in qualche modo modificare anche i contenuti dell'obbligazione che presuppone la collaborazione con la macchina, la nozione di adempimento e di inadempimento, il potere disciplinare. Poiché il sistema di produzione intelligente dovrebbe prevenire l'errore (e, con esso, l'inadempimento), l'esercizio del potere disciplinare non dovrebbe ritenersi giustificato per gli inadempimenti meramente oggettivi, non imputabili subiettivamente al lavoratore e che avrebbe potuto e dovuto essere corretti tempestivamente dalla macchina; eventuali inadempimenti oggettivi dovrebbero essere imputabili all'organizzazione complessivamente intesa (alla fabbrica intelligente) che non ha previsto, monitorato e prevenuto la possibilità di quell'errore, anche adottando una modifica organizzativa *ad hoc*. Un tale accertamento congiunto dell'"errore", nella logica cooperativa *machine-to-human*, dovrebbe essere svolto nel prisma del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, e dovrebbe sostituire o largamente affievolire l'utilizzo del potere disciplinare tradizionalmente inteso. La capacità tecnico organizzativa della fabbrica intelligente, in cui vi è la collaborazione uomo-macchina, dovrebbe essere in grado di prevenire l'errore/inadempimento, di ridurre l'incidenza, di neutralizzare i rischi³⁶⁰ di inadempimento, di rendere verificabile l'attività

³⁵⁹ P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico dell'impresa*, cit., p. 3 ss.

³⁶⁰ In questa prospettiva si colloca tutto il dibattito sulle nuove strategie di *Risk Management*, la cui formalizzazione è contenuta in numerose *guidelines* emanate da Associazioni private che elaborano *standard* internazionali. Solo a titolo esemplificativo v. lo *standard ISO 31000* è stato redatto nel 2009 dal Comitato Tecnico ISO/TMB "Risk Management", poi successivamente aggiornato negli anni successivi, il quale prevede un modello che: a) crea e protegge il valore; b) è parte integrante di tutti i processi dell'organizzazione; c) è parte del processo decisionale; d) tratta esplicitamente l'incertezza; e) è sistematica, strutturata e tempestiva; f) si basa sulle migliori informazioni disponibili; g) è "su misura"; h) tiene conto dei fattori umani e culturali; i) è trasparente e inclusiva; j) è dinamica, iterativa e reattiva al cambiamento; k) favorisce il miglioramento continuo dell'organizzazione. Si afferma, inoltre, che la gestione del rischio, effettuata con un approccio sistematico, tempestivo e strutturato: contribuisce in maniera dimostrabile al raggiungimento degli obiettivi e al miglioramento della prestazione; non è un'attività indipendente, separata dalle attività e dai processi principali dell'organizzazione; aiuta a effettuare scelte consapevoli, determinare la scala di priorità delle azioni e distinguere tra linee di azione alternative; contribuisce all'efficienza ed a risultati coerenti, confrontabili ed affidabili; favorisce il coinvolgimento appropriato e tempestivo dei portatori d'interesse e, in particolare, dei responsabili delle decisioni, a tutti i livelli dell'organizzazione. Nella versione modificata nel 2018, al concetto del rischio si affianca quello di opportunità, per cui gli *standard* citati, sono integrati da concetti quali "encourage innovation", o "vulnerabilities and capabilities".

e i termini della dimensione collaborativa, alleggerendo la posizione debitoria del prestatore è, dunque, la nuova scommessa del sistema del sistema di industria 4.0, che appunto punta sulla collaborazione *machine-to-human*³⁶¹. Da questo punto di vista, l'accentuazione della logica cooperativa uomo-macchina, potrebbe aprire spazi per una rivisitazione del potere disciplinare in chiave non più solo punitiva, e nemmeno solo prevenzionale, nella prospettiva di scoraggiare fenomeni di *moral hazard*, bensì in una dinamica di gestione dei rischi di inadempimenti non imputabili al lavoratore che potrebbero essere preventivamente evitati, prevenuti e corretti.

Ciò potrebbe avvenire, come insegnano le scienze aziendalistiche, tramite percorsi proceduralizzati di gestione dei rischi aziendali (non solo quelli attinenti alla salute e sicurezza, cui si pensa in prima battuta) volti a correggere i *deficit* organizzativi che possono riverberarsi in inadempimenti/*deficit* di prestazione dei singoli lavoratori.

Tale prospettiva rappresenta la ricaduta, anche sul tema della responsabilità, dell'«idea di soggettivazione neomoderna, che si fonda su una base assiologica forte, e in particolare sull'idea di dignità dell'individuo e sull'universalismo dei diritti fondamentali». Una ricaduta che, in deroga agli schemi dell'«autonomia negoziale individuale “classica”», impone che posizioni giuridiche soggettive non vengono riconosciute/imposte una volta per tutte attraverso norme generali e astratte, ma si realizzano attraverso patti autorizzati dalla legge in una prospettiva neo-hobbesiana che recupera al contratto di lavoro una dimensione tipicamente relazionale, basata sulla collaborazione e sulla fiducia»³⁶². Si tratta di una prospettiva tanto più necessaria quanto più la prestazione di lavoro sia inserita, coordinata e diretta da macchine intelligenti e dalle capacità sovraumane, che evidentemente possono ritenersi funzionali anche ad alleggerire la posizione debitoria dei prestatori “umani” che interagiscono con le macchine stesse.

³⁶¹ Emblematica è l'esperienza diffusasi soprattutto in ambito sanitario, quale precisa *policy* aziendale (attuata anche tramite l'istituzionalizzazione di una vera e propria figura di *risk manager*), che identifica i pericoli potenziali e le minacce a cui è sottoposta l'organizzazione aziendale, definisce e quantifica gli ipotetici scenari di rischio e formula le contromisure più idonee, perseguendo obiettivi aziendali strategici ben delineati. Nell'ambito dell'attività di *risk management*, si prevede l'obbligo di segnalazione anonima del “quasi errore” (il cosiddetto *near miss*), cui segue un *incident reporting* che dovrebbe attivare processi di autocorrezione dei futuri identici errori. Si prevede, pertanto, un'attività di segnalazione e di accertamento del “quasi errore” che, anche nell'ipotesi di eventuale responsabilità disciplinare, dovrebbe rimanere confinato nell'ambito di un accertamento interno finalizzato a prevenire i futuri errori. Un sistema in cui, pertanto, il dipendente segnalante l'errore o il quasi errore non può essere punito per i comportamenti posti in essere, anche laddove gli stessi abbiano rilievo disciplinare.

³⁶² A. Perulli, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, WP CSDL E “Massimo D'Antona”.IT – 365/2018, p. 8.

Riallacciando il filo del discorso. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo*

Maria Vittoria Ballestrero – Gisella De Simone

1. Riallacciando il filo del discorso.	122
2. Il salario minimo legale: le ragioni e le condizioni secondo Massimo Roccella.	122
2.1. (segue) La ricostruzione storica: dal salario corporativo alle scelte del costituente.	123
2.2. (segue) La giurisprudenza sull'art. 36 Cost. Perché non basta (o non serve).	125
2.3. (segue) Il salario minimo legale: perché e come.	125
3. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo. Continuità e discontinuità.	126
3.1. I limiti intrinseci della via giudiziale al salario minimo.	127
3.2. Il salario minimo tra legge e contrattazione. I termini della discussione.	129
3.3. La sinergia tra legge e contrattazione. Ma come?	130
4. Una "via UE" al salario minimo legale?	132
4.1. Diritto dei mercati e salari minimi adeguati.	137
5. Qualche punto fermo e molti nodi da sciogliere.	141

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 447/2021

1. Riallacciando il filo del discorso.

Dieci anni fa, l'improvvisa e troppo prematura scomparsa di Massimo Roccella privava il diritto del lavoro della voce forte e limpida di uno studioso che aveva saputo dare un notevole contributo al confronto delle idee nella nostra disciplina. Per molti Massimo (d'ora in avanti MR) era anche un amico, e lo era in particolare per noi, che avevamo condiviso con lui obiettivi ed esperienze: nell'ambito della direzione di *Lavoro e diritto*, ma non solo; i nostri studenti hanno studiato per anni sul suo manuale di diritto del lavoro e i suoi studenti hanno studiato il diritto sindacale sul nostro manuale.

Per ricordare degnamente l'amico scomparso siamo tornate a riflettere sulle sue opere, provando a riaprire, per questa via, il dialogo che la morte ha interrotto. Sono molti gli argomenti di cui MR si è occupato nella sua intensa attività di studioso e la scelta non era facile; alla fine abbiamo deciso per il tema del salario, oggetto della sua importante opera monografica pubblicata nel 1986³⁶³. Riallaceremo il filo del discorso sul salario minimo legale sviluppato da MR nel primo capitolo e ripreso nelle conclusioni del libro, e proveremo a giustapporre a quel discorso lontano nel tempo i discorsi che si vanno facendo in questi ultimi tempi, nei quali il tema, trascurato per decenni dalle dottrine giuslavoristiche, è tornato alla ribalta. O meglio: è tornato alla ribalta sino a quando gli sconvolgimenti portati dalla pandemia non hanno determinato un nuovo drastico calo dell'attenzione sul tema, di pari passo con l'inabissamento dei disegni di legge sul salario minimo nei casseti delle Commissioni parlamentari. Una concreta prospettiva di riemersione sembra attualmente legata al progresso della proposta della Commissione europea³⁶⁴: ma di questo parleremo oltre.

2. Il salario minimo legale: le ragioni e le condizioni secondo Massimo Roccella.

In apertura del lungo capitolo dedicato al salario minimo legale, MR scrive (o meglio scriveva allora): «A riproporre la questione del salario in termini di dimensione minima si sarebbe corso il rischio, almeno sino a tempi assai recenti, di suscitare moti di insofferenza o, fra i più benevoli, sorrisi di compatimento» (p. 19). Erano tempi, quelli, in cui al salario si guardava dal punto di vista della sua dinamica di crescita, e il dibattito sulle politiche salariali era tutto incentrato, anche tra giuristi, sui problemi del costo del lavoro. E invece, sottolinea MR, occorre concentrare l'attenzione su un diverso profilo della dimensione salariale: la remunerazione del lavoro non adeguata come una delle cause della povertà; e aggiunge: «le normative sui minimi non sono affatto un vecchio arnese, ormai in disuso, buono al più per i paesi in via di sviluppo. Esse sono conosciute e praticate, in forme diverse, in quasi tutti i paesi industrializzati» (p. 21).

Impostare la questione del salario minimo in questi termini, nel contesto italiano degli anni '80 del secolo scorso era una scelta originale e coraggiosa che precorreva i tempi³⁶⁵: intendiamoci,

³⁶³ M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna, 1986.

³⁶⁴ Di questo risveglio danno conto le audizioni parlamentari svoltesi nei mesi scorsi che hanno avuto appunto ad oggetto la proposta di direttiva della Commissione europea; i testi sono disponibili nel sito del Senato.

³⁶⁵ Come è noto, il fenomeno del lavoro povero non è certo nuovo e non dipende unicamente dalla crisi degli ultimi anni, essendo legato ad una pluralità di fattori (di mercato e istituzionali). Nel nostro paese, tuttavia, l'attenzione al problema del lavoro povero e la considerazione del salario minimo come strumento di contrasto alla povertà da lavoro si è manifestata specialmente a partire dalla grande crisi del 2008, a fronte di un aumento significativo della povertà anche tra i lavoratori, a causa della crescente precarietà e della ridotta intensità del lavoro. Cfr. M. TUFO, *I working poor in Italia*, in *Riv.dir.sic.soc.*, 2020, p. 185; sulla definizione di lavoro povero

collegare un intervento legislativo sul salario minimo al problema della povertà causata da retribuzioni inadeguate e insufficienti (o secondo un'espressione felice, alla "povertà nonostante il lavoro")³⁶⁶ non era in sé un'idea originale; singolare era se mai occuparsi del lavoro povero in un periodo in cui dominava la preoccupazione per il contenimento del costo del lavoro.

2.1. (segue) La ricostruzione storica: dal salario corporativo alle scelte del costituente.

La riflessione di MR parte non a caso, e certo non per mero sfoggio di erudizione, dalla ricostruzione storica del collegamento tra questa misura e la povertà da sotto-salario. Sono belle pagine, nelle quali l'uso dei riferimenti storici diviene elemento costruttivo della tesi di politica del diritto esposta con vigore nella parte conclusiva del capitolo: un metodo che merita di essere segnalato in tempi caratterizzati da un eccesso di lettura orizzontale e sincronica del farraginoso diritto che regola la nostra materia.

Nella ricostruzione, che parte dai precedenti più remoti (dalla dottrina sociale della Chiesa, alle proposte avanzate dai coniugi Webb, fino al *Trade Board Act* inglese del 1909)³⁶⁷, MR dedica particolare attenzione al periodo fascista. La riflessione prende l'avvio dalla Convenzione OIL n. 26/1928 (affiancata dalla Raccomandazione n. 30)³⁶⁸, ratificata con legge n. 877/1930, per ragioni essenzialmente propagandistiche, benché secondo i «giuristi e politici di regime» (p. 45) una specifica legislazione sui minimi fosse inutile, perché l'Italia già conosceva una sorta di salario minimo legale, nella forma del "salario corporativo". Ad esso faceva infatti (indiretto) riferimento la Dichiarazione XII della Carta del lavoro, che riservava ai contratti collettivi corporativi la determinazione del salario proporzionale alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro³⁶⁹.

Le ricostruzioni apologetiche delle virtù del salario corporativo³⁷⁰ si scontravano con la realtà di una contrattazione collettiva utilizzata come strumento di riduzione salariale generalizzata; «il fascismo» – conclude MR – pretendeva di aver superato l'esigenza del salario minimo in virtù del sistema di contrattazione collettiva ad efficacia generale: in realtà aveva mistificato i termini del

e sulla distinzione tra *working poor* (povertà riferita all'individuo) e *in-work poverty* (riferita al nucleo familiare) cfr. V. FERRARIS, *Una lettura economica del lavoro povero*, in *Lav.dir.*, 2019, p. 51.

³⁶⁶ È questo il titolo del fascicolo n.1/2019 di *Lav.dir.* dedicato al tema del lavoro povero.

³⁶⁷ M. ROCCELLA, *op.cit.*, pp. 22 ss.; v. anche le ricostruzioni proposte da M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2010, I, p. 769; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino, 2017.

³⁶⁸ La Convenzione imponeva agli Stati ratificanti di «istituire o mantenere metodi che consentano di fissare i saggi minimi di salario per i lavoratori impiegati in certi settori produttivi (in particolare nel lavoro a domicilio) e nei quali difettino norme efficaci per la fissazione dei salari o mediante contratto collettivo o altrimenti e i salari siano eccezionalmente bassi». Il richiamo al lavoro a domicilio non era casuale, essendo questa forma di sfruttamento dei lavoratori una parte importante del *sweating system* di quei tempi. Lo Stato ratificante era libero di scegliere in quale forma determinare il salario minimo, ma doveva rispettare alcune regole: la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, l'inderogabilità *in pejus* del minimo salariale e la vigilanza sulla sua corretta applicazione. La Convenzione n. 26 è stata integrata dall'art. 10 della Convenzione n. 117/1962, ratificata dall'Italia con legge n. 657/1962; la successiva Convenzione n. 131/1970 non è stata ratificata dall'Italia.

³⁶⁹ Il testo della Dichiarazione XII era il seguente: «l'opera collettiva degli organi corporativi e la sentenza della magistratura del lavoro garantiscono la corrispondenza del salario alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro. La determinazione del salario è sottratta a qualsiasi norma generale ed affidata all'accordo delle parti nei contratti collettivi».

³⁷⁰ Secondo L. RIVA SANSEVERINO, *Salario minimo e salario corporativo*, Roma, 1931, p. 41, la Dichiarazione XII dava «forma legislativa (*sic*) a due precetti economici di importanza fondamentale, che compendiano il pensiero fascista in materia di politica salariale»: la riserva assoluta a favore della contrattazione collettiva (di diritto pubblico ed efficace *erga omnes*) della definizione della misura dei salari (il che implicava la non uniformità delle retribuzioni, differenziate per categorie); la subordinazione del salario individuale a tre fattori: esigenze normali di vita, possibilità della produzione, rendimento del lavoro.

problema» (p. 61). Il salario minimo corporativo costituiva un tetto sempre derogabile *in pejus* dai successivi contratti collettivi (come effettivamente avvenne) e dalle sentenze della Magistratura del lavoro, e nella pratica era largamente violato dai datori di lavoro.

Nell'affrontare la ricostruzione delle vicende successive, l'attenzione dedicata al salario corporativo consente a MR di mettere in luce, pur nella evidente discontinuità, un elemento di continuità, che ravvisa nella scelta di riservare alla contrattazione collettiva la determinazione del salario minimo.

La proposta di inserire una esplicita previsione del salario minimo affiora nella Costituente – ricorda MR – ma viene respinta per opportunità politica più che per ragioni di principio³⁷¹; viene preferita una «formula vaga, come quella che troverà infine posto nel testo dell'art. 36» (p. 63), che non impone il salario minimo (che infatti non è menzionato: e men che meno ne riserva la definizione al legislatore). L'art. 36 impone solo che la retribuzione sia, oltre che proporzionale alla qualità e quantità del lavoro prestato, «in ogni caso» sufficiente ad assicurare una «esistenza libera e dignitosa», senza stabilire quale sia la soglia della sufficienza, e senza affidarne la valutazione al legislatore. Era infatti convinzione dei costituenti che i salari dovessero restare materia di competenza della contrattazione collettiva; alla legge i costituenti affidavano il compito, strumentale ma decisivo, di realizzare un sistema di contrattazione nazionale di categoria efficace *erga omnes* (art. 39, commi 2-4), che avrebbe dovuto garantire ai lavoratori salari minimi uniformi (nell'ambito della categoria definita dal contratto collettivo).

Nota MR: si tratta di una soluzione in linea di continuità con l'esperienza sindacale fascista, ma assai discutibile «se si pensa che, una volta privato del suo carattere autoritario, il modello corporativo perdeva anche il pregio della compattezza giuridico-formale» (p. 64). Venendo meno i capisaldi dell'ordinamento corporativo, niente può impedire che settori marginali della forza-lavoro restino privi di una disciplina collettiva del salario, per l'assenza o la debolezza dell'organizzazione sindacale.

Questo anche se l'art. 39 Cost. fosse stato attuato: ma la mancata attuazione ripropone il problema dell'applicazione dei contratti collettivi in generale e non solo per le categorie prive di tutela contrattuale. Privato di efficacia *erga omnes*, il contratto collettivo non può che avere, infatti, un'applicazione limitata. Tanto limitata, che per tutti gli anni '50 del secolo scorso «al problema di offrire una tutela minima ai lavoratori non coperti dal contratto collettivo seguirà a guardarsi nell'ottica dell'*erga omnes*» (p. 76). Il dibattito troverà uno sbocco nell'approvazione della legge Vigorelli (l. n. 741/1959); ma si tratterà di una soluzione anch'essa limitata. Per tre ragioni: in primo luogo, perché temporanea (la Corte costituzionale ha annullato infatti la legge di proroga dei termini per il deposito e l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi); in secondo luogo, perché ad essere estesi erano solo i contratti collettivi già stipulati (dunque per le categorie non tutelate dal contratto collettivo tutto restava com'era); in terzo luogo, perché i minimi salariali previsti dai contratti estesi erano destinati a rapida obsolescenza, alla quale saranno i giudici ordinari a trovare rimedio, facendo ricorso all'art. 36 Cost. per adeguare quei minimi (ora contenuti

³⁷¹ M. ROCCELLA, *op.cit.*, pp. 62 ss. Per la ricostruzione della discussione in Assemblea costituente cfr. C. FALERI, *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Roma, 2014, p. 166.

nel d.p.r.) ai criteri di sufficienza e proporzionalità³⁷².

2.2. (segue) La giurisprudenza sull'art. 36 Cost. Perché non basta (o non serve).

La riflessione di MR sul salario minimo incontra, inevitabilmente, la giurisprudenza, a partire dalla considerazione della immediata precettività dell'art. 36, comma 1, Cost., sostenuta da un autorevole settore della dottrina (Natoli, Pugliatti, Scognamiglio) e affermata dalla Cassazione fino dall'inizio degli anni '50 del secolo scorso³⁷³. L'applicabilità immediata dell'art. 36 nei contratti individuali di lavoro apre infatti la strada alla giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente «che più che essere “allineata con le direttive costituzionali”³⁷⁴ che non prevedevano affatto l'affidamento al giudice della realizzazione del principio del salario minimo, pare avere contribuito, oggettivamente, ad allentare tensioni sociali, inserendosi funzionalmente nell'ordinamento sindacale di fatto dell'immediato dopoguerra» (p. 67).

È un giudizio politico e si può ovviamente non condividerlo, ma coglie un tratto rilevante della politica del diritto praticata dagli interpreti (giudici inclusi) nei due decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione³⁷⁵. L'analisi tecnica coglie invece i limiti di un'operazione che sarà considerata da molti, e per decenni, la via italiana al salario minimo, ma che MR, d'accordo con Treu, considera un'anomalia. Scrive (pp. 68-71): l'orientamento prevalente della giurisprudenza, che «assume le tariffe collettive come parametri non vincolanti di determinazione della retribuzione», di fatto usa il solo criterio della proporzionalità; se fa riferimento al criterio della sufficienza, lo fa per discostarsi (di poco o di tanto) dai «valori sindacali, accentuando il carattere soggettivo della decisione caso per caso». Peraltro, se da un lato «la norma collettiva, essendo la risultante di un rapporto di forza, non garantisce di per sé di rispondere, sempre e comunque, alle esigenze fondamentali dell'esistenza», d'altro lato, in assenza «di una legislazione sui minimi, come pure di un obbligo, legislativamente sancito, di applicazione delle tariffe collettive, la decisione del giudice risulta[va], normativamente (quasi) priva di vincoli» (p. 69).

Se dunque sotto il profilo tecnico l'operato dei giudici non è censurabile, averne sottolineato i limiti intrinseci serve a MR per convalidare la valutazione critica della soluzione giurisprudenziale al problema posto dall'art. 36: soluzione (inadeguata) di supplenza circoscritta al caso concreto, che offre «un rimedio di carattere individuale a fronte di un problema che, in qualsiasi ordinamento, è sempre stato pensato nella sua dimensione collettiva» (p. 71).

2.3. (segue) Il salario minimo legale: perché e come.

Nelle pagine conclusive del capitolo MR costruisce la proposta del salario minimo legale (d'ora in avanti sml): un salario minimo determinato a livello nazionale, intercategoriale, dotato del maggior grado di uniformità possibile per l'insieme della forza lavoro, senza tener conto del profilo

³⁷² M. ROCCELLA, *op.cit.*, p.77 ss., ritiene che i giudici operassero *contra legem*; l'operato dei giudici fu però legittimato *a posteriori* dalla Corte cost. (n. 156/1971), che stabilì che spettava al giudice ordinario risolvere l'eventuale conflitto tra una clausola del contratto collettivo e una disposizione della Costituzione (nella specie l'art. 36); la Corte si liberava così di un pesante fardello, restituendolo ai giudici.

³⁷³ La precettività dell'art. 36, comma 1, Cost. è stata riconosciuta dalla Corte cost. con la sentenza n. 30/1960, che ha qualificato il diritto alla “giusta retribuzione” come “diritto soggettivo perfetto”.

³⁷⁴ Qui MR cita T. TREU, *Sub art. 36, Comm. Cost.*, BRANCA, *Rapporti economici*, Tomo I, Artt. 35-40, Bologna-Roma, 1979, pp. 72 ss.

³⁷⁵ Per la comprensione dell'opera dei giuristi resta fondamentale la lettura di G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, di Milano, 1967; 2ª ed. 1972; una riflessione in M.V. BALLESTRERO, *Il tarelismo e l'innocenza perduta*, 9 marzo 2021, pubblicato nel sito web della rivista *Labor*.

familiare della retribuzione, cui si deve provvedere con strumenti più appropriati, e considerando invece il nesso salario-orario di lavoro, anche determinando una misura oraria del salario minimo (per evitare di entrare in rotta di collisione con la diffusione, sempre maggiore, di lavori a tempo parziale).

Alla costruzione della sua proposta, alla cui base sta la considerazione dell'intervento legislativo sul salario minimo come misura di equità sociale, MR premette la puntigliosa contestazione degli argomenti più diffusamente utilizzati da coloro che si opponevano allora all'adozione di una tale misura: tra questi argomenti, specialmente, l'impatto negativo sui livelli di occupazione, e gli effetti negativi sulla tenuta della contrattazione collettiva. Sono argomenti che tornano nel dibattito attuale, e vale la pena di affrontarli oltre, facendo riferimento ad un contesto certamente diverso da quello cui si riferiva MR nel 1986, quando l'inflazione correva a due cifre e la rottura di S. Valentino (febbraio 1984) fra le Confederazioni sindacali si era consumata da poco.

Confutati gli argomenti degli oppositori, MR pone alla base della proposta del salario minimo legale la considerazione di due argomenti, l'uno in fatto, tecnico-giuridico l'altro, che mantengono tutt'ora, *mutatis mutandis*, la loro forza persuasiva.

Il primo argomento è la dimensione del fenomeno del sotto-salario, che interessa milioni di lavoratori e trova causa nel decentramento produttivo (nelle forme regolari e in quelle sommerse), nella segmentazione del mercato del lavoro, nell'ineffettività della contrattazione collettiva a fronte del mutamento della composizione della forza-lavoro e dell'accresciuto peso quantitativo dei settori nei quali l'organizzazione sindacale è debole.

Il secondo argomento ci porta dal fatto al diritto: è dubbio che riproporre l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi – osserva MR – possa portare a qualche risultato. Primo, perché non risolve il problema dei settori privi di tutela sindacale nei quali la contrattazione, se c'è, non garantisce livelli salariali accettabili; secondo, perché «la necessità, propria di qualsiasi sistema di contrattazione collettiva ad efficacia generale, di introdurre meccanismi di determinazione del soggetto sindacale, titolare del potere negoziale per ogni singola unità contrattuale, appare tutt'ora contraddittoria col caratteristico assetto sindacale italiano» (p. 82). All'unità sindacale, che non c'era allora (ma neppure oggi), si sostituisce la “regola regina” dei rapporti tra le centrali sindacali, che è quella della “pari dignità” nell'azione contrattuale: l'intervento legislativo «non potrebbe non essere visto come un'indebita interferenza in una sfera di rapporti che storicamente si è assestata, e ha mostrato di voler funzionare, al di fuori di costrizioni normative». Una legislazione sui minimi salariali – conclude – non contiene controindicazioni e presenta il vantaggio di non dipendere, per la sua funzionalità, da mutamenti nell'assetto dell'ordinamento sindacale «offrendosi come uno strumento realizzabile in tempi “politici”» (p. 84).

Appunto: proprio dei tempi politici parleremo, riallacciando al dibattito attuale la lunga riflessione di MR sul sml, di cui abbiamo cercato di riassumere qui i punti salienti.

3. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo. Continuità e discontinuità.

Per riallacciare il filo del discorso, che abbiamo lasciato alle pagine scritte da MR nel lontano 1986, riprendiamo tre questioni che, in quelle pagine, hanno un peso centrale. L'inadeguatezza della soluzione giurisprudenziale: una soluzione caso per caso, discrezionale e soprattutto necessariamente individuale; la necessità dell'intervento legislativo, a fronte dell'acuirsi del fenomeno della

povertà “nonostante il lavoro”, per garantire ad una massa crescente di lavoratori non protetti un salario “sufficiente”, alla stregua del dettato dell’art. 36 Cost.; l’impraticabilità tecnica e politica dell’estensione *erga omnes* dei contratti collettivi e comunque l’insufficienza di una siffatta misura.

3.1. I limiti intrinseci della via giudiziale al salario minimo.

Ripartiamo dalla giurisprudenza, alla quale per decenni è stato affidato il compito di dare attuazione all’art. 36 Cost. facendone applicazione immediata e diretta nei rapporti di lavoro (subordinato), e diventando così la “via italiana” al salario minimo. Come è largamente noto, secondo questa giurisprudenza consolidata da oltre 60 anni, ai fini della determinazione della “giusta (o adeguata) retribuzione” (insieme proporzionale e sufficiente) di cui all’art. 36 Cost., costituisce un “parametro di riferimento” (non vincolante per il giudice) il contratto collettivo di categoria (CCNL)³⁷⁶ non applicabile (o non applicato)³⁷⁷ nella specie.

Benché la giurisprudenza sull’art. 36 sia stata e sia tutt’ora oggetto di molte critiche³⁷⁸, la dottrina sottolinea come l’orientamento della giurisprudenza consenta di valorizzare lo stretto collegamento tra gli artt. 36 e 39 Cost., affidando appunto all’autonomia collettiva la funzione di determinare i livelli salariali minimi. Tuttavia, come MR aveva ben visto, la via giudiziale al salario minimo non è, e non può essere, una risposta adeguata. Non tanto per la ragione che i giudici si esprimerebbero solo sulla proporzionalità della retribuzione: in realtà i giudici formulano per lo più una regola unitaria di “adeguatezza” della retribuzione, mettendo appunto insieme proporzionalità e sufficienza³⁷⁹; anche se poi, nell’uso del parametro contrattuale di riferimento, la valutazione in termini di sufficienza finisce spesso per prevalere sulla valutazione della proporzionalità. Altre sono le ragioni.

La prima, e più ovvia, ragione è che l’applicazione della retribuzione minima contrattuale non è automatica, perché deve essere richiesta al giudice dal lavoratore: un ricorso che i lavoratori in situazione di maggiore debolezza economica e contrattuale non sono in grado di affrontare³⁸⁰.

La seconda ragione, non ovvia questa volta, ma frutto di una scelta interpretativa, è che i giudici prendono in considerazione non le singole voci retributive ma il trattamento economico complessivo solo di paga base, indennità di contingenza e tredicesima mensilità (esclusi talora anche

³⁷⁶ I giudici considerano sia l’attività merceologica dell’impresa, sia le mansioni svolte dal lavoratore. Il riferimento alla “categoria” merita di essere precisato, trattandosi piuttosto degli ambiti di applicazione dei contratti collettivi come definiti dai contratti stessi.

³⁷⁷ Per l’applicazione del CCNL di altra categoria in senso merceologico (diversa da quella del contratto applicato), v. ad es. il caso deciso da Trib. Milano, 24 febbraio 2021: nell’ambito di un appalto per servizio di trasporto merci e logistica, il datore di lavoro applica il CCNL della categoria Legno-Artigiani, con inquadramento di un autista (con servizio carico-scarico merci) in un livello in cui i profili contemplati non hanno nulla a che fare con le mansioni effettivamente svolte dall’autista. Il giudice, a fini di valutazione della proporzionalità e sufficienza della retribuzione, ritiene congruo il riferimento al CCNL trasporto merci e logistica con inquadramento nel livello nel quale rientrano le mansioni di autista.

³⁷⁸ V. specialmente M. PERSIANI, *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale*, in *Quad. Arg.dir. lav.*, 1998, n. 2, p. 31, ora in M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Padova, 2004, p. 653.

³⁷⁹ T. TREU, *Le forme retributive incentivanti*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2010, I, p. 666.

³⁸⁰ Il lavoratore debole resta perciò soggetto al potere discrezionale del datore di lavoro; non è un’ipotesi marginale, perché si calcola che una percentuale variabile a seconda dei settori tra il 10 e il 30% dei lavoratori a tempo pieno sia pagato meno dei minimi tabellari: Cfr. A. GARNERO, C. LUCIFORA, *L’erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2020, p. 295; C. LUCIFORA, *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale?*, in C. DELL’ARINGA, C. LUCIFORA e T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, diseguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Bologna, 2017, p. 401, qui p. 416.

gli scatti di anzianità), con ciò in sostanza riducendo l'adeguatezza della retribuzione al c.d. "minimo costituzionale", che non risponde necessariamente né al criterio della sufficienza e neppure a quello della proporzionalità.

La terza, e forse più importante ragione, è che l'applicazione delle retribuzioni tabellari previste dal contratto collettivo "di riferimento" in linea di principio non è garantita, perché i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva costituiscono un parametro "non vincolante", dal quale il giudice può discostarsi. Ma non è garantita neppure nei fatti: non mancano infatti decisioni della Cassazione che autorizzano il giudice di merito a rivedere (al ribasso) il minimo tabellare, valutando discrezionalmente, nel caso concreto, proporzionalità e sufficienza della retribuzione in relazione ad una serie di fattori, specialmente la dimensione e la situazione economica dell'impresa, ma anche il mercato territoriale del lavoro, il costo della vita e altro ancora³⁸¹.

Queste ragioni erano già presenti ai tempi in cui scriveva MR e gli erano ben chiare. Costituisce invece una ragione nuova, capace di mettere seriamente in crisi le basi su cui tradizionalmente è stata costruita la via giudiziale al salario minimo, il mutamento intervenuto nella contrattazione collettiva, che registra la presenza di una nuova contrattazione nazionale di categoria (stimata intorno ai 2/3 degli oltre 850 contratti depositati nell'Archivio del CNEL). Si tratta spesso di contratti "pirata", stipulati tra organizzazioni datoriali e sindacali poco rappresentative (specialmente nel settore dei servizi), al ribasso e concorrenti rispetto ai contratti di categoria stipulati da parti rappresentative (su entrambi i fronti). In tali casi si rivela certamente utile a risolvere il problema la tendenza, che si registra nella giurisprudenza (in sintonia con gli orientamenti espressi dal legislatore), ad individuare nella disciplina salariale dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative il parametro adeguato ai sensi dell'art. 36 Cost.³⁸². Tuttavia l'attuale giungla contrattuale non è fatta solo di contratti "pirata": questa, se si vuole, è la patologia, ma vi è anche una fisiologica proliferazione dei contratti nazionali, che deriva dalla frammentazione delle categorie tradizionali, dalla moltiplicazione degli ambiti di applicazione dei contratti e dalla nascita di nuove organizzazioni di rappresentanza dalla parte sia dei lavoratori, sia dei datori di lavoro³⁸³. In presenza del *dumping* salariale, frutto della proliferazione di contratti collettivi "al ribasso" in non pochi casi sottoscritti da organizzazioni sindacali rappresentative, e i cui campi di applicazione disegnano perimetri non esattamente coincidenti, il compito del giudice chiamato a valutare la conformità della retribuzione ai canoni di proporzionalità e sufficienza fissati dall'art. 36 Cost. si fa certamente più arduo di quanto non lo fosse in

³⁸¹ Per un'analisi attenta della giurisprudenza cfr. C. PONTARIO, *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, in *Quest. giust.*, 4/2019, p. 19.

³⁸² C. PONTARIO, *op.cit.*, secondo cui, pur con tutte le sue incertezze e incongruenze, «la giurisprudenza ha comunque creato il concetto di retribuzione "costituzionalmente adeguata" e ha individuato nella disciplina salariale dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative il parametro adeguato a riempire di contenuto la formula dell'art. 36 Cost.», in sintonia con la legislazione che assegna ai contratti collettivi aventi le suddette caratteristiche funzioni di integrazione e deroga alla legge, e anche, ad esempio, di individuazione del cd. "minimale contributivo" (art. 1 dl n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989).

³⁸³ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav.dir.*, 2020, p. 185, con interessanti considerazioni sui risultati della collaborazione tra CNEL e INPS per la classificazione dei CCNL e "perimetrazione" degli ambiti di applicazione (con il supporto dei codici Ateco); T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-386/2019 (qui specialmente la parte II del saggio).

passato³⁸⁴. L'individuazione di un contratto *leader* di riferimento deve fare i conti con il rispetto del principio sancito dall'art. 39, comma 1, Cost., che secondo l'opinione largamente prevalente, non consente la predefinizione della categoria rispetto alla sua definizione contrattuale (e dunque sindacale), ed è di ostacolo all'applicazione dell'art. 2070 c.c.³⁸⁵.

3.2. Il salario minimo tra legge e contrattazione. I termini della discussione.

L'inadeguatezza della via giudiziale al salario minimo; i dati sulla povertà assoluta e relativa, che segnalano la preoccupante dimensione del fenomeno dei *working poors*, che non riguarda solo le aree marginali ma investe pesantemente anche i lavoratori occupati nei settori più deboli del mercato del lavoro (piccole imprese, giovani, donne, lavoratori con bassa istruzione, immigrati); la difficoltà di garantire retribuzioni sufficienti alla generalità dei lavoratori a fronte della situazione in cui versa la contrattazione collettiva³⁸⁶: questo insieme di fattori ha contribuito a rilanciare in tempi recenti la riflessione sulla adozione del sml, misura già presente, sia pure in forme diverse tra loro, nella stragrande maggioranza dei paesi dell'UE³⁸⁷.

Come è noto, sino ad ora l'ostacolo politico maggiore all'adozione del salario minimo legale è stata l'opposizione delle Confederazioni sindacali e delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro. Il problema dell'eventuale impatto negativo sulla "tenuta" della contrattazione collettiva e sulla funzione della contrattazione nazionale come fonte privilegiata della definizione del trattamento economico, nel quale vanno ricompresi altri elementi oltre al minimo tabellare, è alla base della tradizionale opposizione dei sindacati all'introduzione del sml³⁸⁸. Queste preoccupazioni non sono infondate e sono certamente legittime, ma l'analisi delle esperienze di altri paesi (la Germania, soprattutto) fornisce buoni argomenti per ridimensionarne la portata. Merita peraltro sottolineare come, recentemente, la posizione delle tre maggiori Confederazioni sindacali (CGIL, CISL e UIL) si sia modificata, passando da una preclusione assoluta all'apertura verso l'ipotesi di rendere generalmente applicabili i livelli salariali di base previsti dai contratti di categoria, prendendoli a riferimento come garanzia salariale minima per le varie categorie e qualifiche di lavoratori³⁸⁹.

³⁸⁴ Cfr. ancora C. PONTERIO, *op. cit.*. L'A. segnala i casi nei quali, per una stessa mansione, il lavoratore si vede applicati dai diversi datori di lavoro succedutesi in un appalto contratti collettivi diversi, tutti stipulati da sindacati rappresentativi, con progressiva riduzione del trattamento economico: cosicché, osserva, «i contratti nazionali sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, un tempo parametro della retribuzione proporzionata e sufficiente sono ora dichiarati nulli, quanto alle tariffe salariali, per contrarietà a quella stessa norma costituzionale di cui si presumeva fossero naturale attuazione».

³⁸⁵ *Infra*, § 5. Sulla questione (che implica la distinzione tra categoria merceologica, sindacale e contrattuale) cfr. le osservazioni di S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*; per una riflessione critica sui margini di residua applicabilità dell'art. 2070 c.c., cfr. G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna, 2020, pp. 168 ss.

³⁸⁶ T. TREU, *loc. ult. cit.*

³⁸⁷ Tra i paesi dell'UE ad alta copertura da parte della contrattazione collettiva, Austria, Danimarca, Finlandia, Svezia e Italia non hanno il sml, mentre questo è previsto in Francia, Spagna, Belgio e Olanda. Tra i paesi in cui la copertura è media (Germania, Grecia, Croazia, Lussemburgo, Malta, Romania, Portogallo, Cipro) solo Cipro non ha il sml. In tutti gli altri paesi dell'Ue (inclusa la GB), nei quali la copertura è molto bassa o assente, è previsto il sml. Un panorama dei modelli già sperimentati in Europa in E. MENEGATTI, *cit.*; M. MAROCCO, *Il salario minimo legale nel prisma europeo: prospettive per l'Italia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 337; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione e concorrenza*, Napoli, 2019, pp. 177 ss. e ivi riferimenti. Sulla disciplina del sml introdotta in Germania nel 2015 cfr. l'analisi di T. TREU, *loc. ult. cit.*

³⁸⁸ Le associazioni dei datori di lavoro temono un sml troppo alto non sostenibile dalle imprese minori; anche loro, come i sindacati, temono comunque l'aggravarsi della perdita di ruolo e di iscritti già in atto.

³⁸⁹ T. TREU, *op. ult. cit.*; tale operazione, secondo Treu, potrebbe giustificarsi come attuazione del principio di retribuzione proporzionale e sufficiente sancito dall'art. 36 Cost. e così potrebbe evitare obiezioni ex art. 39 Cost.

Tra i giuristi le opinioni sull'opportunità di un intervento legislativo divergono e gode ancora di seguito l'opinione contraria alla fissazione per legge di una retribuzione minima garantita³⁹⁰, fissa ed eguale su tutto il territorio nazionale³⁹¹: vale a dire quel salario minimo determinato a livello nazionale, intercategoriale, dotato del maggior grado di uniformità possibile per l'insieme della forza lavoro, a cui pensava MR. Su un punto almeno vi è però accordo: un intervento del legislatore che introducesse anche in Italia, come già avviene in altri paesi, il sml sarebbe non solo legittimo, ma conforme alla regola della sufficienza della retribuzione dettata dall'art. 36 Cost. La nostra Costituzione non contempla una riserva esclusiva di competenza in materia salariale a favore della contrattazione collettiva: lo ha detto con chiarezza la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 106/1962 sulla proroga della legge Vigorelli e in altre varie occasioni, legittimando l'intervento dello Stato quando siano in gioco interessi generali che trascendono gli interessi, pur sempre "particolari", perseguiti dalla contrattazione collettiva³⁹². La riserva non è esclusiva, ma le ragioni dell'intervento statale devono essere bilanciate con la tutela della libertà sindacale: così ha detto ancora la Corte, nella sentenza n. 178/2015, ravvisando nella determinazione delle retribuzioni uno "spazio costituzionalmente tutelato" per la contrattazione collettiva³⁹³.

La ricerca del giusto equilibrio tra legge e contrattazione collettiva non è certo facile: perché se è innegabile che la consacrazione costituzionale del contratto collettivo *erga omnes* fa di questo «il naturale strumento per la fissazione dei minimi di trattamento retributivo di applicazione generale e adeguati alla realtà produttiva dei diversi settori»³⁹⁴, il nostro sistema è cresciuto proprio all'ombra della mancata attuazione dell'art. 39, commi 2-4, Cost. Come vedremo subito, per trovare l'equilibrio devono essere sciolti alcuni intricati nodi. Ma è bene precisare che ciò di cui attualmente si discute non è tanto l'*an*, ma il *quomodo* dell'intervento della legge per garantire alla contrattazione collettiva di svolgere, nel contesto attuale, il ruolo di "autorità salariale" che i costituenti le avevano affidato. Sembrano tramontati i tempi delle drastiche alternative tra l'intervento della legge e la consegna dell'intera materia nelle mani della contrattazione collettiva. L'ipotesi della sinergia legge-contrattazione si è fatta indubbiamente strada.

3.3. La sinergia tra legge e contrattazione. Ma come?

La strada è stata tracciata solo in tempi recenti: siamo partite dalle pagine scritte da MR nel 1986, e possiamo dire che, salvo qualche rara eccezione, l'attenzione dei giuslavoristi al tema del salario minimo era stata per lungo tempo a dir poco scarsa. A riaccendere l'attenzione era stata la legge-delega n. 183/2014 (c.d. *Jobs Act*), che prevedeva (art. 1, comma 7, lett. g) l'introduzione del salario minimo legale (nella forma del compenso orario minimo) ma limitata ai soli settori "non

³⁹⁰ Benché favorevole ad una riforma per legge del sistema retributivo, parlando dell'eventualità di una disciplina legale del salario minimo ricorre spesso al verbo «scongiurare» M. MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Roma, 2019.

³⁹¹ Di avviso recisamente contrario P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Riv.it.dir.Lav.*, 2010, I, p. 719. L'ipotesi di un ritorno alle zone salariali è condivisa da alcuni economisti; ma v. le equilibrate osservazioni in contrario di A. GARNERO, C. LUCIFORA, *op.cit.*, p. 309. Un intervento sul salario minimo differenziato per aree territoriali si scontrerebbe, a nostro avviso, con principi e regole costituzionali di portata generale (artt. 3 e 36 Cost.); *contra* E. MENEGATTI, *op.cit.*, pp. 168 ss.

³⁹² Sulla giurisprudenza della Corte cost. cfr. l'attenta ricostruzione di L. ZOPPOLI, *La retribuzione*, in P. CURZIO, L. DI PAOLA e R. ROMEI (a cura di), *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Milano, 2018, p. 327, qui pp. 387 ss.

³⁹³ Cfr. L. ZOPPOLI, *op.cit.*, pp. 390 ss., e ivi il lungo commento alla sentenza. Secondo M. DELFINO, *op. cit.*, pp. 48 ss., la Corte ha nettamente privilegiato la contrattazione collettiva, in sostanza assegnando al legislatore un ruolo al massimo di sostegno.

³⁹⁴ T. TREU, *op.ult.cit.*

regolati” dai contratti collettivi. La previsione aveva suscitato molti interrogativi, rimasti tuttavia privi di risposta, perché la delega non è stata esercitata. La discussione, che aveva perciò segnato il passo, ha ripreso fiato con l’avvio della attuale legislatura, a seguito della presentazione di diverse proposte di legge, alle quali si affiancano le proposte avanzate dagli esperti. Tra queste merita di essere segnalata (perché ha avuto almeno in parte seguito) quella di un intervento legislativo “leggero”, che preveda «che il parametro della retribuzione non possa essere inferiore al trattamento minimo stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»³⁹⁵. Un intervento di questo tipo sarebbe rispettoso dell’autonomia collettiva e della competenza delle parti sociali in materia salariale e avrebbe il vantaggio di dare flessibilità al sml mediante il rinvio mobile alla contrattazione di categoria; eviterebbe la creazione di un sistema duale (salario minimo legale e salario minimo contrattuale), assegnando alla legge il “solo” ruolo (ma non si tratta di cosa da poco) di assumere la parte relativa al trattamento economico dei contratti collettivi (qualificati dalla maggiore rappresentatività comparativa nella categoria alla quale il contratto si riferisce) come parametro “obbligato” di riferimento per la determinazione della retribuzione proporzionale e sufficiente. Semplice? Assolutamente no, come vedremo meglio oltre (*infra*, § 5).

Nella prospettiva di una relazione sinergica tra legge e contrattazione collettiva si colloca il d.d.l. (AS n. 658) presentato dalla Sen. Nunzia Catalfo del M5S, poi Ministra del lavoro nel Governo Conte 2, adottato come testo base dalla Commissione Lavoro del Senato³⁹⁶. Nel d.d.l. la sinergia carica sulla legge un peso assai maggiore di quello prospettato nella proposta citata sopra, assegnandole il compito della definizione generale e imperativa della soglia del minimo retributivo. Secondo questa proposta (che estende la sua area di applicazione oltre il lavoro subordinato, menzionando espressamente le collaborazioni etero-organizzate di cui all’art. 2, d.lgs. n. 81/2015), la legge fissa una soglia minima di sufficienza della retribuzione (che non può essere inferiore a 9 euro all’ora, al lordo degli oneri contributivi e previdenziali, e soggetto ad indicizzazione annuale), ma rinvia alla contrattazione collettiva la determinazione dei trattamenti economici proporzionali (al di sopra del livello di sufficienza), variabili per categoria produttiva e per attività svolte dai lavoratori. Il rinvio apre la porta al problema della individuazione di quale sia il contratto nazionale di riferimento, che il d.d.l. risolve facendo ricorso al criterio della maggiore rappresentatività comparativa delle organizzazioni sindacali e datoriali stipulanti, diversamente regolato a seconda che vi sia un solo contratto il cui ambito di applicazione sia coerente con l’attività svolta dai lavoratori, una pluralità di contratti applicabili (come attualmente sempre più spesso avviene), o la carenza di un contratto collettivo applicabile³⁹⁷.

Una strada diversa, ancora ispirata all’idea che la legge possa porsi in sinergia con la contrattazione collettiva, ma con accentuata funzione residuale del sml, è quella seguita dal d.d.l. del PD

³⁹⁵ P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo?*, Milano, 2018, p. 105. Secondo l’A. un intervento di questo tipo terrebbe insieme sufficienza e proporzionalità della retribuzione: ciò che rappresenterebbe un indubbio vantaggio rispetto ad un salario minimo legale eguale per tutti e indifferenziato, che dovrebbe comunque rinviare alla contrattazione collettiva la definizione del trattamento economico proporzionale oltre la soglia minima della sufficienza. Contrario alla differenziazione del sml per categoria E. MENEGATTI, *op.cit.*, pp. 156 ss. Peraltro, nei paesi in cui il sistema di contrattazione è sviluppato, il sml è in genere intercategoriale: ed è questo il modello cui MR faceva riferimento.

³⁹⁶ AS 658 del 12.7.2018. Per la documentazione e i commenti v. *LavoroWelfare*, giugno 2019, n. 35. Ivi anche le memorie per l’audizione presso la Commissione Lavoro del Senato delle maggiori organizzazioni sindacali e di Confindustria.

³⁹⁷ Non entriamo nel merito della disciplina di queste diverse ipotesi. Per un’analisi dettagliata cfr. B. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella “grande trasformazione”*, in B. CARUSO, R. DEL PUNTA e T. TREU (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, Bologna, 2019, pp. 161 ss.

(primo firmatario il Sen. Nannicini) (AS 1132), che prevede di estendere a tutti i lavoratori subordinati del settore del trattamento minimo tabellare stabilito dal contratto collettivo nazionale stipulato dalle associazioni di rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, individuate come tali da una Commissione paritetica, istituita presso il CNEL, alla quale compete anche la definizione degli ambiti di applicazione e della efficacia dei contratti collettivi. Il d.d.l. prevede altresì che, nelle aree di attività non coperte dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni di rappresentanza comparativamente più rappresentative, il datore di lavoro sia tenuto a corrispondere al lavoratore (subordinato), un “salario minimo di garanzia”, secondo gli importi e le modalità determinati dalla Commissione paritetica. In questa proposta, il ruolo del sml (la cui entità non è determinata direttamente dalla legge) è espressamente limitato alla garanzia della retribuzione minima sufficiente per i lavoratori non coperti dalla contrattazione collettiva: anche se, inevitabilmente, il salario minimo assume il ruolo di limite inderogabile (*in pejus*) dalla contrattazione collettiva³⁹⁸. Minimi tabellari al di sotto del sml sarebbero del resto nulli per violazione dell’art. 36 Cost.

Queste, riducendo al minimo, le principali proposte in discussione fino all’esplosione della pandemia; attualmente la discussione è tornata in fase di stallo. Nel presentare il programma del suo ministero, il Ministro del lavoro Orlando, succeduto a Catalfo, non ha fatto alcun riferimento al salario minimo (e neppure alla legge sulla rappresentatività sindacale). Evidentemente la pandemia ha imposto altre priorità. Il salario minimo è uscito dall’agenda del Governo Draghi, e dal PNRR presentato a Bruxelles a fine aprile 2021 sono sparite le poche righe che gli erano dedicate nel piano elaborato dal governo precedente. Da quanto si apprende, il Governo si riserverebbe di riprendere l’argomento in sede di trasposizione della Direttiva europea prossima ventura. È dunque di questa che conviene occuparsi: come si sarebbe detto qualche anno fa, “ce lo chiede l’Europa”.

4. Una “via UE” al salario minimo legale?

Scriveva MR: «chi pensasse [...] all’inopportunità e/o all’inutilità di ragionare in termini di salario minimo nel contesto di una società industriale avanzata rischierebbe di incorrere in una facile petizione di principio» (p. 19). I protagonisti del diritto UE non sono caduti in quell’errore, e con coraggio hanno superato anche l’argomento – un classico, per così dire – della «impossibilità» di affrontare la questione «nell’attuale congiuntura economica». Al contrario, nella Relazione di accompagnamento della Proposta di Direttiva sui salari minimi³⁹⁹ si legge che «il ruolo dei salari minimi acquisisce un’importanza ancora maggiore nei periodi di recessione economica»; e non manca un richiamo, quasi scontato, all’impatto della «crisi Covid che ha colpito in maniera particolare i settori caratterizzati da un’elevata percentuale di lavoratori a basso salario, come il commercio al dettaglio e il turismo, e ha avuto un impatto maggiore sui gruppi più svantaggiati della popolazione»⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Sul d.d.l. Nannicini, anche per un puntuale confronto con il d.d.l. Catalfo cfr. B. CARUSO, *op.cit.*

³⁹⁹ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai salari minimi adeguati nell’Unione europea, COM (2020) 682 final- 2020/0310 (COM).

⁴⁰⁰ Così anche S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un’agenda progressista*, in *Quest.giust.*, n. 2/2020.

La proposta, pur ormai nota e commentata⁴⁰¹, merita di essere considerata per diverse ragioni, tutte rilevanti e connesse alle questioni finora qui considerate. Ma c'è una ragione in più per tenerne conto in questa sede, ed è rinvenibile nei tanti contributi di MR in materia di diritto sociale europeo: contributi scientifici che non richiamiamo, e contributi didattici. Sappiamo quanti giovani giuslavoristi si sono formati sulle pagine delle tante edizioni⁴⁰² del diffuso manuale di Diritto del lavoro della comunità europea del quale, con Tiziano Treu, è stato autore. Davvero questo è uno di quei casi nei quali si vorrebbe tornare ad ascoltare la voce di chi ci ha prematuramente lasciati, per sentire come avrebbe accolto e commentato questa iniziativa UE in materia di "salario minimo adeguato" (come recita l'intitolazione della proposta).

Sicuramente – ci sentiamo di dire – analizzerebbe a fondo la stessa base giuridica di questa proposta di direttiva – l'art. 153, paragrafo 1, lett. b, TFUE – mettendo in discussione la facilità (o faciloneria) con la quale la relazione spazza via decenni di condivisione di una lettura fortemente vincolante e "nazionalista" dell'attuale art. 153, paragrafo 5, TFUE⁴⁰³, limitandosi a dire che «poiché non contiene misure che hanno un'incidenza diretta sul livello delle retribuzioni, la direttiva proposta rispetta pienamente i limiti imposti all'azione dell'Unione dall'articolo 153, paragrafo 5, TFUE»⁴⁰⁴. L'apparente leggerezza dell'affermazione, sorretta da una valorizzazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità dell'azione dell'Unione, va peraltro letta insieme alle molte cautele che punteggiano i Considerando e lo stesso articolato proposto, e al fine la stessa scelta di fondo del metodo.

Se le proposte di legge nazionali, come abbiamo visto (*retro*, § 3.3), si sforzano di creare una sinergia tra intervento legislativo e contrattazione collettiva, la direttiva si muove – con grande cautela, appunto – su un doppio binario, proponendo due diversi modelli di possibile adeguamento alla direttiva, e dunque di realizzazione dell'obiettivo di garantire un salario minimo adeguato a tutti i lavoratori UE. Si tratta di due modelli che tengono conto della diversità dei contesti nazionali, ove al nutrito gruppo di Paesi (21) che hanno un salario minimo stabilito dalla legge si affianca un piccolo gruppo di Paesi (6, tra i quali l'Italia) che *non* hanno un salario minimo legale mentre affidano alla contrattazione collettiva il compito di realizzare l'obiettivo di una retribuzione sufficiente – richiamando quanto sancisce l'art. 36 della nostra Costituzione. L'art. 1, infatti, chiarisce espressamente che la «direttiva fa salva la scelta degli Stati membri di fissare salari minimi legali o promuovere l'accesso alla tutela garantita dal salario minimo fornita da contratti collettivi». E ad ogni buon conto afferma che «nessuna disposizione della [...] direttiva può essere interpretata in modo tale da imporre agli Stati membri nei quali la determinazione dei salari sia garantita esclusivamente mediante contratti collettivi l'obbligo di introdurre un salario minimo legale o di rendere i contratti collettivi universalmente applicabili».

Resta tuttavia chiara la preoccupazione per «il livello dei salari minimi e la percentuale dei lavoratori tutelati [...], determinati direttamente dal funzionamento del sistema di contrattazione

⁴⁰¹ V. da ultimo E. MENEGATTI, *La difficile strada verso uno strumento europeo sui salari minimi*, in *Lavoro Diritto Europa*, n. 2/2021; O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lavoro Diritto Europa*, n. 2/2021; V. BAVARO, S. BORELLI e G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 111 ss.

⁴⁰² Continuate meritoriamente dalle sue Allieve alla scomparsa del Maestro.

⁴⁰³ «Si erge il "muro" dell'art. 153.5» del TFUE – scrive A. LO FARO, *op.cit.*, pp. 543-544 – che pare escludere la retribuzione dall'ambito delle competenze dell'Unione, più correttamente, dall'ambito delle competenze *sociali* dell'Unione».

⁴⁰⁴ Sulle possibili basi giuridiche "alternative" v. E. MENEGATTI, *op.ult.cit.*, pp. 12-15.

collettiva e dalla copertura della contrattazione collettiva» (Considerando 18). Due questioni che – come diremo oltre – vedono l'Italia in grande difficoltà, a causa di una “concorrenza” fra contratti collettivi stipulati da soggetti dotati spesso di ben diversa rappresentatività, che possono indurre ad una valutazione fallace del grado (formalmente alto: 80%) di copertura dei contratti collettivi esistenti. La fiducia riposta dalla Commissione nella capacità di una contrattazione collettiva «solida e ben funzionante» di garantire «l'adeguatezza dei salari minimi» è d'altronde accompagnata da alcuni impegni, sia pure espressi in forma generica e non stringente (*infra*, § 5), che vengono richiesti ai Paesi che si affidino alla contrattazione collettiva per garantire salari minimi accessibili a tutti i lavoratori, «al fine di aumentare la copertura della contrattazione collettiva» (art. 4.1.).

Insomma: se qualcuno pensa che sia l'Europa a chiederci di introdurre un salario minimo legale, si sbaglia, o si illude⁴⁰⁵. Quello che “l'Europa ci chiede” è di individuare una strategia che ci consenta di rispettare gli obiettivi della direttiva; vero è che le direttive lasciano sempre agli Stati membri (SM) la scelta delle modalità di realizzazione degli obiettivi fissati dalle direttive, ma in questo caso l'autonomia lasciata ai diversi Paesi, e dunque anche all'Italia, è davvero molto ampia. E *pour cause*, perché l'imposizione di un modello unico di salario minimo legale, sarebbe risultata politicamente impraticabile e giuridicamente fragile, perché fragili sono le basi giuridiche della proposta.

La sfida, come diremo nel paragrafo conclusivo, lascia aperti tutti gli interrogativi, i dubbi, le incertezze, le scelte sulla via nazionale per un salario minimo (legale o contrattato). Ma è una sfida che – se la direttiva sarà davvero approvata, il che forse non è così scontato⁴⁰⁶ – il Governo e il Parlamento dovranno necessariamente accettare, avendo chiaro cosa davvero l'UE pretende: a) la determinazione di livelli adeguati di salari minimi; b) l'accesso dei lavoratori alla tutela garantita dal salario minimo. La direttiva si pone esplicitamente come intervento finalizzato ad istituire un «quadro» volto a realizzare in ciascuno SM quell'obiettivo. Questa scelta di metodo presenta peraltro il vantaggio di poter risultare ragionevolmente compatibile con l'art. 153.5 TFUE, traducendosi in un intervento volto (solo) a «coordinare le *forme* di determinazione dei salari minimi già esistenti in ciascuno degli Stati membri»⁴⁰⁷.

A ben vedere, l'impostazione della direttiva potrebbe essere ricondotta – vista dalla prospettiva italiana, ma non solo – al modello tipico della “legislazione di sostegno” alla contrattazione collettiva⁴⁰⁸, considerando che gli SM devono promuovere «lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale»⁴⁰⁹. Non si può negare che la proposta faccia affidamento sulla capacità della contrattazione collettiva (nazionale, in particolare) di garantire salari adeguati; al

⁴⁰⁵ In termini ancora più drastici il giudizio espresso da O. RAZZOLINI, *op.cit.*, p. 1.

⁴⁰⁶ Si vedano le osservazioni di A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav.dir.*, 2020, p. 539 ss.

⁴⁰⁷ LO FARO, *op.cit.*, p. 545. Il corsivo è nostro.

⁴⁰⁸ Ma da questo a riassumere – come fa O. RAZZOLINI, *op.cit.*, p. 1 – l'atteggiamento della Commissione con lo slogan “Il salario minimo contrattuale è bello” corre una certa differenza.

⁴⁰⁹ E incoraggiare «negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali» (art. 4).

punto da intervenire puntualmente sul denotato di “adeguatezza” dei salari solo⁴¹⁰ (testualmente) per gli SM in cui sono previsti salari minimi legali (art. 5), introducendo una serie di criteri minimi necessari di determinazione e aggiornamento, che non si rivelano poi così “minimi”, visto che devono “almeno” comprendere: il potere d’acquisto dei salari minimi legali, tenuto conto del costo della vita edell’incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali; il livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione; il tasso di crescita dei salari lordi; l’andamento della produttività del lavoro. Con una sorta di (apprezzabile) *self restraint* la direttiva non determina caratteristiche essenziali dei salari minimi che risultino l’esito della contrattazione collettiva, confidando implicitamente nella capacità delle parti sociali di individuare il salario minimo adeguato, preoccupandosi soltanto di incentivare quella contrattazione «al fine di aumentare la copertura della contrattazione collettiva», che pare comunque considerare un obiettivo in assoluto positivo.

Grava in ogni caso su tutti gli SM, anche quelli che si affidino esclusivamente alla contrattazione collettiva per la definizione delle retribuzioni, come oggi l’Italia, l’obbligo, sancito dall’art. 1, di garantire livelli adeguati di salari minimi. Si ritorna così alla difficoltà di definire, almeno convenzionalmente, il denotato del lemma “adeguati”, problema che per gli studiosi italiani non può che rinviare all’annosa complessa questione della retribuzione “sufficiente” ai sensi dell’art. 36 Cost.⁴¹¹ Se si ritiene di poter valorizzare *anche* i Considerando, alcune indicazioni sono rinvenibili là dove si afferma che «i salari minimi sono considerati adeguati se sono equi rispetto alla distribuzione salariale del paese e se consentono un tenore di vita dignitoso»⁴¹². I due parametri generali indicati rinviano a due distinte ulteriori questioni: la distribuzione salariale del paese; il tenore di vita dignitoso. Il primo a sua volta rinvia, a nostro avviso, al diverso “valore” che ogni sistema nazionale, attraverso la contrattazione collettiva, attribuisce ai diversi “lavori”, tema che troppo ci allontanerebbe dal limitato fine di questo contributo. Ma almeno un’osservazione può essere fatta: se il salario minimo deve risultare “equo” rispetto a quella distribuzione, pare ragionevole ritenere – ed è questa la nostra opinione – che quel salario debba essere “unico”, nazionale e intercategoriale.

Si tratta certo di una lettura opinabile, contro la quale possono essere addotti due argomenti. Il primo è rappresentato dal riferimento alla contrattazione «settoriale o intersettoriale» (che gli SM devono promuovere): un riferimento che, se esclude la rilevanza della tanto mitizzata contrattazione decentrata/aziendale, sembra aprire la strada ad una legittima scelta nazionale per minimi salariali differenziati per categoria, per dirla in termini italici. Ragionevole tuttavia replicare alla plausibile critica valorizzando la necessaria equità del salario minimo rispetto proprio a quella (legittima) differenziazione delle retribuzioni nei diversi settori. Il secondo argomento “contro” – molto più solido – può essere rinvenuto nella espressa libertà lasciata dalla direttiva

⁴¹⁰ Così anche V. BAVARO, S. BORELLI e G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, cit., p. 124; di diverso avviso pare E. MENEGATTI (*op.ult.cit.*, p. 5), secondo il quale quelle indicazioni sarebbero rivolte a tutti gli SM, che le dovrebbero rispettare «seguendo le proprie prassi nazionali di determinazioni dei minimi». Analogamente, sembra, O. RAZZOLINI, *op.cit.*, p. 3, che tuttavia collega l’art. 5 al Considerando 21 (v. *infra*).

⁴¹¹ La questione non può essere affrontata in questa sede; rinviamo a M.V. BALLESTRERO, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv.giur.lav.*, 2019, I, p. 235.

⁴¹² Il Considerando 21, peraltro sulla falsa riga dell’art. 5, così prosegue: «L’adeguatezza dei salari minimi legali è determinata tenendo conto delle condizioni socioeconomichenzazionali, comprese la crescita dell’occupazione, la competitività e gli sviluppi regionali e settoriali. Essa dovrebbe essere valutata almeno in relazione al potere d’acquisto dei salari minimi legali, all’andamento della produttività e al loro rapporto con il livello, la distribuzione e la crescita dei salari lordi. L’uso di indicatori comunemente impiegati a livello internazionale, quali il 60 % del salario lordo mediano e il 50 % del salario lordo medio, può contribuire a orientare la valutazione dell’adeguatezza dei salari minimi in relazione al livello retributivo lordo».

agli SM di «autorizzare salari minimi legali diversi per specifici gruppi di lavoratori» (art. 6). Non è chiaro cosa si possa o si debba intendere per “gruppi di lavoratori”, e la “illustrazione dettagliata” delle singole disposizioni contenute nella Relazione non è di aiuto, in quanto pressoché tautologica. La libertà comunque è condizionata, per così dire, dovendo comunque gli SM mantenere tali variazioni al minimo e garantire (termine forte) che ogni variazione sia non discriminatoria, proporzionata, limitata nel tempo, se pertinente, e obiettivamente e ragionevolmente giustificata da un obiettivo legittimo. La controreplica, se vogliamo, dovremmo trovarla correlando il primo parametro (lo ricordiamo: salari adeguati se equi rispetto alla distribuzione salariale del paese) al secondo, che considera adeguati i salari minimi se consentono un tenore di vita dignitoso. Davvero difficile – anzi impossibile – argomentare che la sufficienza (di questo al fine si tratterebbe) del salario minimo per garantire un’esistenza libera e dignitosa possa dipendere dal settore in cui il lavoratore è occupato⁴¹³.

Il riferimento al «tenore di vita dignitoso» rinvia a sua volta al valore della dignità della persona che apre la Carta dei diritti fondamentali⁴¹⁴, e riapre una diatriba mai completamente sopita, che riguarda l’interpretazione, restrittiva o estensiva, dell’art. 31.1 della stessa Carta, là dove si sancisce il diritto di ogni lavoratore «a condizioni di lavoro sane, sicure, dignitose»⁴¹⁵. Ed è proprio l’argomento della dignità, unito alla formulazione della rubrica della disposizione (Condizioni di lavoro giuste ed eque) a (tentare di) giustificare la lettura per così dire estensiva, volta a garantire non solo la salute e sicurezza dei lavoratori ma anche, per quanto qui più rileva, il diritto ad una retribuzione “giusta ed equa”, come sancita dall’art. 4 della Carta sociale europea – non richiamato invece dalle Spiegazioni relative alla Carta (non vincolanti, ma delle quali si deve tener conto, come sappiamo).

La Relazione di presentazione non è in proposito illuminante, limitandosi ad affermare che «gli obiettivi della direttiva proposta sono coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in particolare con l’articolo 31, paragrafo 1, sulle condizioni di lavoro giuste ed eque»: in negativo potremmo osservare che la direttiva non viene presentata come strumento di attuazione dell’art. 31.1 della Carta; in positivo potremmo invece rilevare che l’art. 3 .1 della Carta, così come l’art. 4 della Carta sociale, compaiono entrambi fra i primi Considerando. D’altronde tra i Considerando (come peraltro nella Relazione) non manca il richiamo al principio 6 del Pilastro europeo dei diritti sociali, che «ribadisce il diritto dei lavoratori a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso», e si afferma inoltre che «se fissati a livelli adeguati, i salari minimi proteggono il reddito dei lavoratori svantaggiati, contribuiscono a garantire una vita dignitosa e limitano il calo del reddito nei periodi sfavorevoli, come riconosciuto dalla Convenzione 131 dell’Organizzazione internazionale del lavoro sulla fissazione del salario minimo», e «riducono le disuguaglianze salariali e la povertà lavorativa».

⁴¹³ L’argomento addotto non risulta inficiato dal metodo generalmente utilizzato dalla consolidata giurisprudenza per individuare la “giusta” retribuzione ai sensi dell’art. 36, utilizzando come parametro di riferimento il contratto collettivo del settore in cui è occupato il lavoratore: in quei casi, infatti, ciò che si ricerca è la retribuzione “giusta” perché proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato.

⁴¹⁴ V. i commenti di G. ALPA, G. DE SIMONE, *sub art. 1*, in R. MASTROIANNI, G. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017.

⁴¹⁵ V. il commento di M. NOVELLA, *sub art. 31 (I parte)*, in R. MASTROIANNI, G. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit.

Il richiamo al Pilastro dei diritti sociali merita di essere attentamente considerato, per segnalare la scelta, niente affatto scontata e del tutto “politica” di indicare la base giuridica nel Titolo del TFUE dedicato alla Politica sociale, e non invece nel Titolo dedicato al Mercato interno⁴¹⁶. Ma il mercato, e la concorrenza, fanno capolino nei Considerando, là dove si legge che la «concorrenza nel mercato unico dovrebbe essere basata su standard sociali elevati, innovazione e miglioramenti della produttività che garantiscano condizioni di parità». Nulla di così nuovo o incisivo, coerente con gli interventi più risalenti in materia di discriminazione tra uomini e donne nel lavoro (a partire proprio dalle storiche direttive della metà degli anni '70), volti a garantire una concorrenza “leale” sul fronte dei costi del lavoro.

Non è questa l'occasione per discutere ancora una volta della timidezza, per usare un eufemismo, del diritto UE rispetto al problema del c.d. *dumping* salariale (e sociale), in alcune occasioni addirittura ritenuto dalla Corte di Giustizia, in sentenze molto commentate e molto criticate, come un legittimo elemento di concorrenza tra Paesi⁴¹⁷. La leale concorrenza tra imprese (e dunque tra Paesi) ha indotto il diritto UE ad intervenire, con grande decisione, proprio sulle regole (di trasparenza, *in primis*) che gli operatori economici e finanziari devono rispettare. E non si può a nostro avviso trascurare che alcune di quelle regole danno un particolare rilievo al rispetto dei salari minimi (e più in generale delle condizioni di lavoro), conformando così i comportamenti delle aziende e degli investitori.

4.1. Diritto dei mercati e salari minimi adeguati.

Non pare dunque fuori luogo dare qui spazio a quella che potrebbe apparire una divagazione quasi “fuori tema”: come speriamo sarà chiaro dalla pur sintetica presentazione di alcune misure di diritto societario e finanziario, il diritto dei mercati ha progressivamente “incorporato” nelle finalità delle imprese una dimensione sociale che va al di là delle prassi, più o meno diffuse, di responsabilità sociale.

Enfaticizzando volutamente la dimensione sociale del diritto del mercato dei capitali, in particolare, potremmo affermare che di *decent work* e di rispetto dei trattamenti economici e normativi dovuti si sono occupati (e si stanno occupando) il diritto societario e il diritto degli intermediari finanziari, prima e più del diritto sociale UE⁴¹⁸. Non ci possiamo certo attendere che questi interventi sostituiscano un intervento specifico in materia di salario minimo adeguato, ma neppure è opportuno trascurare il ruolo che questa via alternativa e complementare può svolgere per realizzare l'obiettivo di garantire condizioni di lavoro dignitose, a partire proprio da un salario minimo adeguato. E per valutare l'impatto (effettivo e potenziale) di discipline apparentemente così lontane dal diritto sociale e dalla sensibilità dei giuslavoristi, occorre presentare qualche esempio, con alcuni (noiosi ma necessari) dettagli.

Un primo punto fermo è rappresentato dalla Direttiva 2014/95/UE⁴¹⁹ che riguarda la

⁴¹⁶ V. O. RAZZOLINI, *op.cit.*, p. 2.

⁴¹⁷ Sull'apparente parziale *revirement* della Corte v. V. BAVARO, S. BORELLI e G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, *cit.*, pp. 118-120.

⁴¹⁸ Non trascuriamo la Direttiva 2019/1152, che ha sostituito la c.d. *Cinderella Directive* (91/533); il nuovo testo, tuttavia, per quanto qui rileva, si limita ad indicare la retribuzione tra gli elementi di comunicazione obbligatoria (come nella vigenza della precedente direttiva, peraltro).

⁴¹⁹ Che modifica la direttiva 2013/34/UE.

comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità⁴²⁰ da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni. Nel ridisegnare i contenuti degli obblighi di informazioni “non finanziarie” la direttiva ha uno scopo precipuo, che è quello di permettere alla *governance* societaria, ma ancor prima ai soci e agli *stakeholder*, di valutare in modo più ampio i rischi aziendali, tenendo conto *in primis* dei rischi ambientali – tematica oggi di grande attualità – ma anche del possibile impatto delle scelte aziendali sulla dimensione sociale dell’impresa (e dell’intera catena di valore nella quale l’impresa si inserisce)⁴²¹. In particolare, il legislatore comunitario ha individuato, tra le materie che devono essere considerate nella valutazione delle aziende, le informazioni «sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani». Se vogliamo individuare una chiave di lettura complessiva, o un concetto al quale correlare tutti gli specifici obblighi di *reporting* previsti dalla direttiva, possiamo indicarla nella trasparenza delle scelte e delle loro conseguenze, effettive e potenziali. Non va peraltro dimenticato che questo imponente apparato di informazioni “non finanziarie” va comunque ad integrare il dettagliatissimo quadro normativo in materia di bilanci societari. E i revisori legali o l’impresa di revisione contabile esprimono il proprio giudizio tenendo conto *anche* della “Dichiarazione non finanziaria”, allargando così il campo e il contenuto della loro responsabilità.

Nessun riferimento espresso nella direttiva è fatto ai salari o ai sistemi retributivi, certo, ma il richiamo al rispetto dei diritti umani dovrebbe realizzare una *disclosure* su ogni forma di sfruttamento, che notoriamente si realizza anche, e forse soprattutto, in tema di retribuzioni corrisposte (o non corrisposte)⁴²². E il richiamo alla trasparenza in materia di informazioni sul “personale” potrebbe altresì aprire le porte ad obblighi che comprendano dichiarazioni di rispetto dei minimi salariali, ove previsti dalla legge (direttamente o tramite rinvio alla contrattazione collettiva: la solita alternativa che resta aperta).

Anche la Direttiva 2014/95/UE sembra tuttavia condividere con le altre direttive (sociali) in materia di informazione gli ormai noti limiti: scarsa incisività, controlli solo a posteriori, limitato ruolo degli *stakeholder*. Ma il diritto dei mercati UE non si ferma qui. Va almeno menzionato il Regolamento 2019/2088 relativo all’informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, volta a garantire, con un grado di cogenza e di effettività maggiore, la trasparenza a proposito di tutte le informazioni che possano incidere sulla sostenibilità globale di ogni soggetto partecipante ai mercati finanziari. (investitori istituzionali, consulenti, assicurazioni, gestori di fondi, etc.: art. 2). Rilevante, in particolare, appare la nozione e la definizione legale di “investimento sostenibile”⁴²³:

⁴²⁰ Merita ricordare gli obblighi imposti in materia di “diversità” nella composizione degli organi di amministrazione, gestione e sorveglianza in riferimento ad aspetti quali, ad esempio, l’età, il sesso o il percorso formativo e professionale; eludibili, certo («qualora non sia applicata alcuna politica in materia di diversità non dovrebbe esservi l’obbligo di istituire una»: Considerando 19), «ma in tal caso la dichiarazione sul governo societario dovrebbe includere una spiegazione chiara dei motivi alla base di questa scelta». Ci limitiamo ad osservare come la sensibilità per il tema della diversità nel diritto UE sia ben più avanzato rispetto a quanto previsto, per esempio, dalla legge Golfo-Mosca (legge 12 luglio 2011, n. 120), come modificata dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160, che notoriamente ha previsto le c.d. quote rosa nella composizione degli organi societari (artt. 143 *ter* e 143 *quater* del TUF, d.lgs. n. 58/1998).

⁴²¹ Non a caso, V. BRINO ne tratta, pur brevemente, nello studio della regolazione del lavoro nelle catene di lavoro (*Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Torino, 2020, pp. 81-85).

⁴²² Ci riferiamo a quanto previsto dal nuovo testo dell’art. 603 *bis* c.p., che tra gli indici di sfruttamento indica «la reiterata corrispondenza di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato».

⁴²³ Investimento «in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale [...] o un investimento in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, in particolare un investimento che contribuisce alla lotta contro la disuguaglianza, o che

per quanto qui interessa, un investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, nel rispetto di prassi di buona *governance*, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione.

Ancora una volta, nessuna correlazione diretta con la questione dei salari minimi adeguati, ma certo una nuova attenzione verso quella che potremmo definire una "responsabilità sociale presa sul serio". Il Regolamento, entrato in vigore lo scorso marzo, darà impulso a politiche di comunicazione contrattuale e precontrattuale, iniziative di marketing e più in generale politiche commerciali attente alle "preferenze" degli investitori in punto di sostenibilità degli investimenti, creando progressivamente un mercato che dovrà sempre più tener conto della sostenibilità, con uno spazio specifico riservato ai c.d. investimenti ESG (*Environmental, Social e Governance Investments*) e, per quanto qui più rileva, per gli investimenti "etici" o "sociali". Non dimenticando – per tener ferma la bussola del nostro interesse per questo tipo di regolazione – che nella costruzione dei *social rating* (attualmente in corso) il rispetto di standard salariali (di fonte legale o contrattuale) potrebbe giocare un ruolo non marginale.

Da ultimo, vale la pena di ricordare la recentissima "Richiesta di direttiva" indirizzata alla Commissione europea dal Parlamento europeo⁴²⁴, presentata sotto forma di Raccomandazioni per l'elaborazione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla dovuta diligenza⁴²⁵ e alla responsabilità delle imprese.

Obiettivo principe della proposta è «adottare con urgenza requisiti vincolanti affinché le imprese individuino, valutino, prevengano, facciano cessare, attenuino, monitorino, comunichino, contabilizzino, affrontino e correggano gli impatti negativi potenziali e/o effettivi sui diritti umani, sull'ambiente e sulla buona *governance* nella loro catena del valore», preso atto «che le norme volontarie in materia di dovere di diligenza abbiano limitazioni e non abbiano compiuto progressi significativi nella prevenzione dei danni ambientali e dei diritti umani e nell'accesso alla giustizia». E nel Considerando L compare una sottolineatura dell'importanza del «diritto a una remunerazione equa e a condizioni di lavoro dignitose, in particolare alla salute e alla sicurezza sul lavoro».

Se sarà approvato un testo normativo che ricalcherà le orme di questa proposta del Parlamento – non della Commissione, e va sottolineata la maternità dell'iniziativa – l'osservanza della *due diligence* si tradurrà in obblighi di *disclosure* e di *compliance* (termini inglesi ormai entrati nel

promuove la coesione sociale, l'integrazione sociale e le relazioni industriali, o un investimento in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate *a condizione* che tali investimenti non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi e *che le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona governance, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione del personale e rispetto degli obblighi fiscali*» (punto 17 art. 2). Corsivi nostri.

⁴²⁴ P9_TA(2021)0073 Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL)).

⁴²⁵ Lascia quanto meno perplessi la traduzione letterale della espressione inglese *due diligence* (ormai consolidata a livello internazionale, e con un denotato ormai sufficientemente chiaro).

linguaggio comune del diritto dei mercati⁴²⁶) ma anche di definizione di un modello⁴²⁷ atto ad una valutazione preventiva dei rischi, alla loro mappatura, alla loro riduzione/eliminazione, assicurando uno standard di effettività elevato⁴²⁸. Merita peraltro di essere segnalato che tra i “portatori di interessi” (individui o gruppi di individui i cui diritti o interessi possono essere lesi dagli impatti negativi potenziali o effettivi) sono espressamente previsti anche i lavoratori e i loro rappresentanti, nonché i sindacati (art. 3). Infatti, l’art. 5 che disciplina il coinvolgimento dei portatori di interesse, prevede espressamente «il diritto dei sindacati al livello pertinente, incluso a livello settoriale, nazionale, europeo e globale, e dei rappresentanti dei lavoratori di essere coinvolti in buona fede nella definizione e nell’attuazione della strategia di dovuta diligenza della loro impresa»⁴²⁹. E non manca un apparato di controllo, di gestione dei reclami, di riparazioni extragiudiziarie (fermo il diritto di avviare un procedimento civile conformemente al diritto nazionale) nel quale possono essere coinvolti anche i rappresentanti dei lavoratori (artt. 9-13), disegnando così un sistema sanzionatorio che mostra chiaramente il suo carattere proporzionale, effettivo e dissuasivo, per ricorrere alla usuale triade di caratteristiche di un sistema sanzionatorio efficace da tempo modellato dal diritto UE e sempre richiamato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Complessivamente, e conclusivamente, è ragionevole ritenere che il diritto dei mercati, al fine, potrebbe risultare una “stampella” per un diritto sociale timido, e l’informazione “non finanziaria”, così come gli “investimenti sostenibili” e la “dovuta diligenza”, potrebbero risultare utili cavalli di Troia per far entrare il rispetto di minimi salariali adeguati tra i parametri di valutazione del comportamento delle aziende, anche attraverso strumenti fortemente cogenti, come

⁴²⁶ Come ha recentemente annotato L. GAETA, «l’inglese è diventato quel che era il latino nell’impero romano». Occorre tuttavia distinguere tra l’uso (appropriato) di una lingua comune di impronta UE e il vezzo di “importare” termini non italiani, che «non pare tanto indice di influenza di culture giuridiche straniere quanto di provincialismo o poco più» (*La comparazione nel diritto del lavoro italiano*, in A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2021, pp. 202-203).

⁴²⁷ La «strategia di dovuta diligenza» evoca, nel diritto interno, il modello del d.lgs. n. 231/2001 (Disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica), troppo spesso trascurato dalla dottrina giuslavoristica, un modello «di organizzazione e di gestione idonei a prevenire» i reati contemplati dalla legge. E tra i c.d. reati presupposto ritroviamo (art. 25 *quinquies*) la violazione dell’art. 603 *bis* del codice penale (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) che – lo ricordiamo ancora una volta – tra gli indici di sfruttamento indica «la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato».

⁴²⁸ «La dovuta diligenza è principalmente un meccanismo preventivo che impone alle imprese di adottare tutte le misure proporzionate e commisurate e di compiere sforzi, entro i mezzi a loro disposizione, per individuare e valutare i potenziali o effettivi impatti negativi, nonché di adottare politiche e misure per far cessare, prevenire, attenuare, monitorare, comunicare, affrontare e correggere tali impatti, come pure riferire in merito alle modalità con cui affrontano tali impatti. Le imprese dovrebbero essere tenute a produrre un documento in cui rendano pubblica, nel debito rispetto della riservatezza commerciale, la loro strategia di dovuta diligenza con riferimento a ciascuna di queste fasi. Tale strategia di dovuta diligenza dovrebbe essere debitamente integrata nella strategia aziendale globale dell’impresa. Essa dovrebbe essere valutata annualmente e rivista ogniqualvolta risulti necessario a seguito di tale valutazione. Le imprese che non pubblicano dichiarazioni sul rischio non dovrebbero essere esentate da eventuali indagini o controlli, da parte delle autorità competenti degli Stati membri, finalizzati a garantire il rispetto degli obblighi previsti dalla presente direttiva, e possono essere ritenute responsabili conformemente alla legislazione nazionale» (Considerando 30 e 31). V. in dettaglio gli obblighi imposti alle aziende dall’art. 4.

⁴²⁹ «I rappresentanti dei lavoratori sono informati dall’impresa in merito alla sua strategia di dovuta diligenza e all’attuazione della stessa, alla quale contribuiscono, conformemente alle direttive 2002/14/CE e 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e all’art. 20 della direttiva 2001/86/CE del Consiglio. È inoltre pienamente rispettato il diritto di contrattazione collettiva, quale riconosciuto in particolare dalle convenzioni 87 e 98 dell’OIL, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dalla Carta sociale europea del Consiglio d’Europa, nonché dalle decisioni del comitato dell’OIL sulla libertà di associazione, del comitato di esperti dell’OIL per l’applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni (CEACR) e del Comitato europeo dei diritti sociali (ECSR) del Consiglio d’Europa».

abbiamo visto.

5. Qualche punto fermo e molti nodi da sciogliere.

Il rispetto dei salari minimi adeguati risulterebbe in ogni caso più sicuro in presenza di una disciplina legale efficace e generalmente applicabile. Come abbiamo visto (§4), la proposta di Direttiva (per brevità: la Direttiva) non impone agli Stati membri di adottare il sml, lasciando aperta la scelta sulla strada da seguire per garantire ai lavoratori salari adeguati. Affidare alla contrattazione collettiva la realizzazione di questo obiettivo non solo è una scelta pienamente legittima, ma è vista con favore dalla Commissione europea, che si propone di «promuovere la contrattazione collettiva sui salari in tutti gli Stati membri», nella convinzione che svolga «un ruolo fondamentale per una tutela garantita dal salario minimo adeguata». La scelta è tuttavia condizionata, se pure – come abbiamo già rilevato – in modo generico e non stringente: ove la copertura della contrattazione collettiva risulti inferiore al 70% dei lavoratori, si dovrà provvedere a promuovere la contrattazione collettiva⁴³⁰, il che non implica l'obbligo – precisa la Direttiva – di estendere *erga omnes* i contratti collettivi settoriali o intersettoriali (art. 1.3).

In vista dell'allineamento del nostro ordinamento alla Direttiva prossima ventura⁴³¹, il legislatore dovrà sciogliere alcuni dei nodi che già ingombravano la strada dei d.d.l. sul salario minimo di cui abbiamo detto sopra (§3.3).

Il primo nodo è rappresentato proprio dalla scelta di istituire il sml. Il raggiungimento di un elevato tasso di copertura contrattuale che, nell'ottica della Direttiva, è alternativo alla determinazione per legge del sml, è un obiettivo teoricamente alla nostra portata; ma la situazione in cui versa la contrattazione nazionale (*infra*) obbliga a formulare stime molto prudenti: in una situazione caratterizzata da *shopping* contrattuale e *dumping* salariale, la mera applicazione di un contratto collettivo non garantisce effettivamente salari adeguati rispetto ai canoni di sufficienza e proporzionalità fissati dall'art. 36 Cost. Benché la Direttiva non comporti alcun obbligo, solo ove il Parlamento fosse in grado di predisporre i meccanismi necessari per arrivare all'estensione dei contratti collettivi nazionali “di categoria” (qualificati: *infra*), la percentuale delle aree non coperte potrebbe scendere al di sotto della percentuale cui fa riferimento la proposta di direttiva. Residua tuttavia un'area non coperta dalla contrattazione – come già osservava MR –, nella quale si trovano proprio quei lavoratori atipici, precari, marginali e “falsi autonomi” ai quali la proposta di direttiva estende la protezione del salario minimo adeguato.

Nella situazione attuale, il ricorso alla determinazione per legge di un sml, come soglia salariale inderogabile, residuale rispetto alla soglia fissata dai contratti collettivi (*infra*), ma estesa a tutti i

⁴³⁰ Art. 4.1. «Al fine di aumentare la copertura della contrattazione collettiva gli Stati membri, in consultazione con le parti sociali, adottano *almeno* le seguenti misure: a) promuovono lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale; b) incoraggiano negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali». Per gli SM in cui la copertura della contrattazione collettiva – misurata dalle autorità nazionali – risulti inferiore al 70% dei lavoratori si aggiunge l'obbligo di prevedere un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva, *per legge* a seguito della consultazione delle parti sociali o *mediante un accordo* con queste ultime, e definiscono un piano d'azione» (reso pubblico e notificato alla Commissione europea) – «per promuovere la contrattazione collettiva». I corsivi sono nostri.

⁴³¹ Sull'approvazione definitiva pesa, tra l'altro, l'opposizione delle organizzazioni dei datori di lavoro e il tiepido consenso dei sindacati, limitato a prescrizioni minime e rispettose dell'autonomia delle parti sociali.

“lavoratori” (secondo la definizione di cui alla Direttiva), sembra essere la strada appropriata per allineare il nostro ordinamento alle prescrizioni, pure minime, della Direttiva, quando e se entrerà in vigore. Tuttavia, una risposta positiva sull’*an* del sml non è ancora una risposta sul *quomodo*. Vecchi interrogativi si ripropongono: un sml orario intercategoriale e uniforme sul territorio nazionale?

I d.d.l. sul sml ai quali abbiamo fatto riferimento sopra hanno in comune la previsione di una retribuzione oraria minima garantita⁴³², fissa ed eguale su tutto il territorio nazionale, secondo il modello più diffuso nei paesi europei nei quali è presente il sml. La scelta ci pare corretta e degna perciò di essere tenuta ferma, ma resta ancora da sciogliere il nodo su quale sia l’autorità competente a stabilire l’entità del sml (se il legislatore direttamente o sulla base di un accordo tripartito, oppure una commissione tecnica) e in che modo tale autorità debba procedere. La Direttiva non scioglie questo nodo e – lo abbiamo già detto – non impone neppure un salario minimo fissato dalla legge; ma se si sceglierà quella strada dovranno essere rispettati i vincoli in termini di effettività della garanzia di un salario minimo “adeguato” stabiliti agli artt. 5-7. E se, comprensibilmente, ragioniamo tutti in termini di salario minimo orario, non possiamo dimenticare che questa garanzia, anche ove assicurata, non risponderebbe davvero all’esigenza di garantire una retribuzione “sufficiente” ad assicurare al lavoratore un’esistenza libera e dignitosa. L’intervento normativo sarebbe coerente con l’art. 36 Cost., ma non sufficiente, perché non necessariamente garantirebbe una retribuzione complessiva (numero di ore lavorate moltiplicate per compenso orario) sufficiente⁴³³. Sappiamo bene che il “lavoro povero” è *anche* la conseguenza della scarsa intensità occupazionale, ed emerge «in modo crescente quando si consideri, progressivamente, il salario orario, la retribuzione mensile, il reddito annuo da lavoro»⁴³⁴. Ma riflettere su questa pur importante questione ci porterebbe davvero troppo lontano.

Se quanto abbiamo detto sin qui sul sml è sensato, lo scenario che pare prospettarsi è quello di una sinergia tra legge e contrattazione collettiva, già peraltro prefigurata nei d.d.l. di cui abbiamo detto sopra. Tra i molti interrogativi che si pongono due almeno meritano qualche breve considerazione.

Un primo interrogativo è se, rinviando la definizione del salario minimo adeguato ai contratti collettivi nazionali di categoria, il legislatore ne estenda *erga omnes* la parte relativa al trattamento economico (presumibilmente, nel lessico sindacale, il TEM). In proposito sembra ormai diffusa l’opinione che, facendo leva su quanto autorevolmente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 51/2015⁴³⁵, e generalizzandone gli assunti, ritiene che il rinvio ai contratti collettivi (nella specie quelli stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative), non estenda *erga omnes* tali contratti, ma richiami i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione della proporzionalità e sufficienza del trattamento economico ai sensi dell’art. 36 Cost. Dunque: attuazione dell’art. 36

⁴³² Il riferimento all’ora (anziché alla giornata lavorativa, o addirittura ad un periodo di paga più lungo) ne rende più facile l’applicazione anche nell’area delle collaborazioni etero-organizzate, e non interferisce con le discipline flessibili degli orari di lavoro e con le modalità intermittenti delle prestazioni lavorative.

⁴³³ Per una prima riflessione sul tema v. G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, in Aidlass, *Persona e lavoro tra tutele e mercato*, Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro, Udine 13-14 giugno 2019, Milano, p. 19.

⁴³⁴ V. FERRARIS, *op.cit.*, p. 54.

⁴³⁵ La sentenza respinge l’eccezione di incostituzionalità, per violazione dell’art. 39 Cost., dell’art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007, relativo al trattamento economico dei soci lavoratori delle società cooperative.

e non violazione dell'art. 39? A nostro parere, l'ostacolo rappresentato dal conflitto con l'art. 39 Cost. può dirsi aggirato, ma forse non superato. Infatti, quando è il legislatore ad imporre non più in casi specifici, ma in via generale, un determinato contratto come parametro obbligato per la determinazione della retribuzione proporzionale e sufficiente, l'*escamotage* del riferimento indiretto non appare più credibile, perché la parte salariale di quel contratto, assumendo il ruolo di minimo inderogabile uniforme nella categoria, è fatta oggetto, direttamente, di estensione *erga omnes*. Per escludere il conflitto con l'art. 39, comma 4, Cost., occorre sostenere che una legge che estenda la sola parte salariale dei contratti collettivi non rientra nell'area coperta dalla legge alla quale l'art. 39 riserva la disciplina del complesso meccanismo previsto per la stipulazione di contratti collettivi efficaci *erga omnes*. È un'opinione che gode di credito, ma non riesce a fugare tutti i dubbi.

Un secondo interrogativo, non meno complesso del primo, è se la legge, nel fare rinvio ai contratti collettivi (di cui estende in via diretta o indiretta l'efficacia) possa selezionare i contratti collettivi sulla base del criterio della maggiore rappresentatività comparativa dei soggetti stipulanti⁴³⁶. Il criterio, come è noto, è già previsto dalla legislazione vigente sia in casi specifici (minimale contributivo, cooperative, distacco transnazionale, appalti pubblici), sia più in generale dall'art. 51 d.lgs. n. 81/2015, per l'individuazione dei contratti collettivi nazionali di categoria ai quali è attribuita funzione normativa derogatoria o integrativa; la sua giustificazione (o capacità di resistenza ad eccezioni di incostituzionalità) può ancora una volta fare leva sulla generalizzazione degli assunti sentenza n. 51/2015 della Corte costituzionale. Il problema è però un altro: in presenza di una pluralità di contratti collettivi nazionali "di categoria" (ciò che attualmente si verifica in diversi settori), come si può procedere ad una "perimetrazione" (per usare il termine passato dal lessico sindacale al linguaggio dei giuristi), vale a dire ad una definizione dell'ambito di applicazione dei contratti collettivi, che consenta di selezionare quelli pertinenti e valutare il grado di rappresentatività di chi li ha stipulati?

Non avendo qui lo spazio per approfondire la questione, possiamo limitarci a rilevare la perdurante difficoltà di sciogliere il nodo della definizione della categoria. I dati che la collaborazione tra CNEL e INPS sarà in grado di fornire, grazie all'approvazione per legge (d.l. n. 76/2020, art. 16 *quater*) del codice univoco alfanumerico per identificare i contratti collettivi, ci diranno, nell'ambito dei tredici macro-settori e dei novantasei sotto-settori omogenei per attività economica ai quali sono abbinati i contratti collettivi classificati, quali contratti collettivi godano di più larga applicazione, fornendo così anche un'indicazione sulla rappresentatività dei soggetti stipulanti, che peraltro dovrà risultare anche da altri dati raccolti dall'INPS⁴³⁷.

Il problema resta quello della eventuale "perimetrazione" per legge della categoria nell'ambito della quale si possa procedere all'estensione *erga omnes* della parte salariale del contratto stipulato dal sindacato (meglio: dalla coalizione sindacale) e dall'organizzazione datoriale stipulanti comparativamente più rappresentativi. Perché non basta certo scrivere nella legge "contratto collettivo nazionale di categoria": la definizione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo (e di conseguenza della categoria contrattuale) appartiene all'autonomia delle organizzazioni

⁴³⁶ Sulla maggiore rappresentatività comparativa si può fare rinvio ad A. VARESI, *Pluralismo e rappresentatività sindacale 50 anni dopo lo Statuto dei lavoratori*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass, 4-5 maggio 2021, versione provvisoria; è condivisibile la lettura della formula "i sindacati comparativamente più rappresentativi" come denotante un solo sindacato (o più spesso una coalizione di sindacati); altrimenti la comparazione perderebbe di senso, per sfumare nella generica maggiore rappresentatività.

⁴³⁷ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*

sindacali stipulanti, e nell'ambito di uno stesso settore o sotto-settore merceologico i contratti collettivi "di categoria" possono (e in effetti spesso sono) una pluralità, e presentano definizioni degli ambiti di applicazione differenziate, frutto in molti casi della frammentazione o del ritaglio del perimetro. La perimetrazione richiede di compiere scelte che si collocano a monte rispetto alla selezione dei soggetti stipulanti, e che dovrebbero essere il risultato di un disegno complessivo: mentre si infittiscono le proposte, riemerge anche la tentazione di far tornare in vita l'art. 2070 c.c. Ma la delicatezza della questione, essendo in gioco il principio fondamentale sancito dal primo comma dell'art. 39 Cost.⁴³⁸, impone grande cautela.

Una notazione finale. Al di là e al di fuori delle considerazioni svolte sin qui, la definizione di un salario minimo adeguato (legale, o più probabilmente legale e contrattuale insieme) risulterebbe di grande utilità anche nel contesto delle previsioni UE, vigenti o *in fieri* (*retro*, § 4.1), introducendo un parametro oggettivo di valutazione del comportamento delle imprese *anche* nella loro veste di datori di lavoro; il diritto societario, nel suo complesso, ben si presterebbe a fornire un robusto sistema di rafforzamento degli obblighi e di sanzione della violazione di quegli obblighi, che andrebbe utilmente ad affiancarsi alle regole (di ispirazione UE, ma di competenza nazionale) che impongono il rispetto di un salario minimo adeguato.

E potremmo proseguire, individuando altri ambiti, altre finalità rispetto alle quali la definizione di un salario minimo legale risulterebbe utile, o addirittura risolutiva di molte questioni ad oggi ancora aperte: basti pensare ai trattamenti economici e normativi in caso di distacco transazionale regolato dalla nuova Direttiva 2018/957, o ricordare le molte questioni evidenziate dal c.d. quartetto *Laval* come dal caso *Rüffert*, che certo concernevano l'efficacia dei contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*, come nel sistema italiano, ma anche il carattere imperativo di norme nazionali che impongano un salario "obbligatorio". Senza dimenticare, rientrando nei confini nazionali, l'utilità che spiegherebbe nel definire le condizioni di sfruttamento lavorativo, al fine di dare più agevole applicazione all'art. 603 *bis* del codice penale (e della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti di cui al d. lgs. n. 231/2001). Insomma: la definizione di un salario minimo adeguato risulterebbe funzionale rispetto ad ulteriori obiettivi di protezione dei lavoratori e delle lavoratrici, specialmente i più poveri e i più sfruttati.

Non possiamo sapere se Massimo sarebbe stato d'accordo con le nostre conclusioni. Sappiamo però che ne avremmo discusso.

⁴³⁸ Riteniamo possibile una lettura del disegno costituzionale di cui l'art. 39 è frutto, che coordini il primo comma con i commi successivi, anziché limitarsi a denunciare l'incompatibilità tra la libertà sindacale sancita dal primo comma e la predeterminazione della categoria che sarebbe prevista dal quarto comma; se così fosse non vi sarebbe altra possibilità che l'abrogazione della seconda parte dell'art. 39. Altre strade sono possibili, come dimostrano le proposte avanzate, nell'ambito della nostra disciplina, da valenti studiosi esperti di diritto sindacale; il che naturalmente non significa che tali proposte siano politicamente praticabili.