

Trasformazioni, valori e regole del lavoro

Scritti per Riccardo Del Punta

a cura di
William Chiaromonte
Maria Luisa Vallauri

VOLUME III



STUDIE SAGGI

ISSN 2704-6478 (PRINT) - ISSN 2704-5919 (ONLINE)

– 259 –

TEORIE, PRATICHE, STORIE DEL LAVORO E DELL'IDEA DI OZIO

Editor-in-Chief

Giovanni Mari, University of Florence, Italy

Associate editor

Tiziana Faitini, University of Trento, Italy

Federico Tomasello, University of Florence, Italy

Scientific Board

Pietro Causarano, University of Florence, Italy

Stefano Musso, University of Turin, Italy

Enzo Rullani, Venice International University, Italy

International Scientific Board

Franca Alacevich, University of Florence, Italy

Cesare Annibaldi, FIAT, Italy

Vanna Boffo, University of Florence, Italy

Cristina Borderías Mondejar, University of Barcelona, Spain

Federico Butera, University of Milano-Bicocca, Italy

Carlo Callieri, Independent scholar, Italy

Francesco Carnevale, Società Italiana di Storia del Lavoro, Italy

Mimmo Carrieri, Sapienza University of Rome, Italy

Gian Primo Cella, University of Milan, Italy

Alberto Cipriani, CONFESAL, Italy

Sante Cruciani, Tuscia University, Italy

Ubaldo Fadini, University of Florence, Italy

Paolo Federighi, University of Florence, Italy

Vincenzo Fortunato, University of Calabria, Italy

Paolo Giovannini, University of Florence, Italy

Alessio Gramolati, CGIL, Confederazione Generale Italiana del Lavoro, Italy

Mauro Lombardi, University of Florence, Italy

Manuela Martini, University Lumière Lyon 2, France

Fausto Miguélez, Autonomous University of Barcelona, Spain

Luca Mori, University of Pisa, Italy

Marcelle Padovani, Le Nouvel Observateur, France

Marco Panara, La Repubblica, Italy

Jérôme Pélisse, CSO, Center for the Sociology of Organizations, France

Laura Pennacchi, Basso Foundation, Italy

Silvana Sciarra, University of Florence, Italy

Francesco Seghezzi, ADAPT - Association for International and Comparative Studies in Labour and Industrial Relations, Italy

Francesco Sinopoli, CGIL, Confederazione Generale Italiana del Lavoro, Italy

Alain Supiot, Collège de France, France

Annalisa Tonarelli, University of Florence, Italy

Maria Luisa Vallauri, University of Florence, Italy

Xavier Vigna, Paris Nanterre University, France

Published Books

Bruno Trentin, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, a cura di Iginio Ariemma, 2014

Alessio Gramolati, Giovanni Mari (a cura di), *Il lavoro dopo il Novecento: da produttori ad attori sociali. La città del lavoro di Bruno Trentin per un'«altra sinistra»*, 2016

Mauro Lombardi, *Fabbrica 4.0: I processi innovativi nel Multiverso fisico-digitale*, 2017

Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, Giovanni Mari (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, 2018

Alberto Cipriani (a cura di), *Partecipazione creativa dei lavoratori nella 'fabbrica intelligente'. Atti del Seminario di Roma, 13 ottobre 2017*, 2018

Alberto Cipriani, Anna Maria Ponzellini (a cura di), *Colletti bianchi. Una ricerca nell'industria e la discussione dei suoi risultati*, 2019

Francesco Ammannati, *Per filo e per segno. L'arte della lana a Firenze nel Cinquecento*, 2020

Bruno Trentin, *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale. Nuova edizione con pagine inedite dei Diari e altri scritti*, a cura di Sante Cruciani, 2021

Mauro Lombardi, *Transizione ecologica e universo fisico-cibernetico. Soggetti, strategie, lavoro*, 2021

Vincenzo Marasco, *Coworking. Senso ed esperienze di una forma di lavoro*, 2021

Riccardo Del Punta (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, 2022

Sante Cruciani, Maria Paola Del Rossi (a cura di), *Diritti, Europa, Federalismo. Bruno Trentin in prospettiva transnazionale (1988-2007)*, 2023

Riccardo Del Punta, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, volume I, a cura di William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri, 2024

Riccardo Del Punta, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti di diritto del lavoro*, volume II, a cura di William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri, 2024

Giovanni Mari, Francesco Ammannati, Stefano Brogi, Tiziana Faitini, Arianna Fermani, Francesco Seghezzi, Annalisa Tonarelli (a cura di), *Idee di lavoro e di ozio per la nostra civiltà*, 2024

William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, volume III, 2024

Trasformazioni, valori e regole del lavoro

Scritti per Riccardo Del Punta

VOLUME III

TOMO I

a cura di

William Chiaromonte

Maria Luisa Vallauri

FIRENZE UNIVERSITY PRESS

2024

Trasformazioni, valori e regole del lavoro : scritti per Riccardo Del Punta - Volume III : tomo I / a cura di William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri. – Firenze : Firenze University Press, 2024.
(Studi e saggi ; 259)

<https://books.fupress.com/isbn/9791221505078>

ISSN 2704-6478 (print)

ISSN 2704-5919 (online)

ISBN 979-12-215-0506-1 (Print)

ISBN 979-12-215-0507-8 (PDF)

ISBN 979-12-215-0508-5 (ePUB)

ISBN 979-12-215-0509-2 (XML)

DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Graphic design: Alberto Pizarro Fernández, Lettera Meccanica SRLs

Front cover image: *Ritratto di Riccardo Del Punta*, Marco Monnecci, 2023. Per gentile concessione di Marco Monnecci.

Questa pubblicazione è stata realizzata con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze

Peer Review Policy

Peer-review is the cornerstone of the scientific evaluation of a book. All FUP's publications undergo a peer-review process by external experts under the responsibility of the Editorial Board and the Scientific Boards of each series (DOI 10.36253/fup_best_practice.3).

Referee List

In order to strengthen the network of researchers supporting FUP's evaluation process, and to recognise the valuable contribution of referees, a Referee List is published and constantly updated on FUP's website (DOI 10.36253/fup_referee_list).

Firenze University Press Editorial Board

M. Garzaniti (Editor-in-Chief), M.E. Alberti, F. Vittorio Arrigoni, E. Castellani, F. Ciampi, D. D'Andrea, A. Dolfi, R. Ferrise, A. Lambertini, R. Lanfredini, D. Lippi, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, A. Orlandi, I. Palchetti, A. Perulli, G. Pratesi, S. Scaramuzzi, I. Stolzi.

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

 The online digital edition is published in Open Access on www.fupress.com.

Content license: except where otherwise noted, the present work is released under Creative Commons Attribution 4.0 International license (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>). This license allows you to share any part of the work by any means and format, modify it for any purpose, including commercial, as long as appropriate credit is given to the author, any changes made to the work are indicated and a URL link is provided to the license.

Metadata license: all the metadata are released under the Public Domain Dedication license (CC0 1.0 Universal: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>).

© 2024 Author(s)

Published by Firenze University Press

Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze

via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy

www.fupress.com

This book is printed on acid-free paper

Printed in Italy



Riccardo Del Punta

Breve biografia dell'autore

Riccardo Del Punta nasce a Collesalveti (Pisa) il 24 agosto 1957.

Si laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Pisa con il Prof. Giuseppe Pera e nel 1988 consegue il dottorato di ricerca in Diritto del lavoro, divenendo nel 1990 ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trieste.

Diventa professore associato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena nel 1992 e poi ordinario nel 1999 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, dove arriva per trasferimento nel 1995. Qui insegna diritto del lavoro nei corsi di laurea magistrale e triennale e nella Scuola di specializzazione per le professioni legali, presiede il Corso di laurea in Scienze dei Servizi giuridici, prima, e quello in Giurisprudenza magistrale, poi. Fonda nel 2002 il Corso di aggiornamento professionale in diritto del lavoro, che dirige fino alla XVIII edizione del 2022.

L'intensa attività di ricerca è documentata da quasi quattrocento pubblicazioni, anche internazionali, spesso frutto dei frequenti rapporti con colleghi di università italiane e straniere.

Svolge un'intensa attività convegnistica tenendo relazioni e interventi, non solo nell'ambito di iniziative giuslavoristiche, ma anche in consessi di filosofi ed economisti, presso importanti università italiane e straniere, presso associazioni imprenditoriali e sindacali, enti culturali, amministrazioni pubbliche.

Partecipa a comitati scientifici di prestigiose riviste, fra cui il Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, la Rivista italiana di diritto del lavoro, Lavoro e diritto e Diritto delle relazioni industriali, ed è componente del Consiglio editoriale della Firenze University Press.

Socio dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, è componente del Consiglio direttivo per tre mandati (1994-1997, 2000-2003, 2012-2015). Presiede per un mandato la sezione toscana del Centro studi Domenico Napoletano di cui è socio. È socio della Società italiana di diritto e economia, dell'Associazione italiana per lo studio delle relazioni industriali e della *Human Development and Capabilities Association*. È socio dell'associazione Avvocati giuslavoristi italiani, componente del Consiglio esecutivo della sezione toscana e del Comitato scientifico a livello nazionale. È componente del Comitato scientifico della Fondazione Giuseppe Pera. È fra i promotori del gruppo accademico "Frecciarossa" e del gruppo "D.Lavoro", da cui nasce nel 2020 la *Labour Law Community* che contribuisce a fondare e nel cui Direttivo siede.

Componente di due Commissioni di studio ministeriali – una sulla riforma del processo del lavoro, l'altra sul progetto di Statuto dei lavori – da febbraio 2012 a maggio 2013 svolge il ruolo di consulente della Ministra del lavoro e delle politiche sociali, Elsa Fornero, per le tematiche attinenti alla riforma del mercato del lavoro ed è inserito nel Comitato scientifico del Ministero del lavoro che sovrintende al Gruppo tecnico incaricato del monitoraggio e della valutazione delle misure adottate. Collabora, poi, con l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro guidato da Stefano Visonà.

È consulente dell'ISFOL e affidatario di incarichi da parte della Commissione europea e di enti e istituzioni pubbliche.

Dal 1983 esercita attività professionale specializzata, sia giudiziale che stragiudiziale in materia di diritto del lavoro (privato e pubblico) e previdenziale, con studi a Firenze, Pisa e Roma.

Muore nella sua casa di Calci (Pisa) il 18 novembre 2022.

Sommario

TOMO I

Breve biografia dell'autore	VII
Nota del direttore della collana <i>Giovanni Mari</i>	XV
Presentazione dell'opera <i>William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri</i>	XVII
Un breve ricordo di Riccardo Del Punta <i>Silvana Sciarra</i>	XXI

SCRITTI PER RICCARDO DEL PUNTA

La Proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione <i>Edoardo Ales</i>	1
Intelligenza artificiale, professionalità e contratto di lavoro <i>Cristina Alessi</i>	21
El derecho a utilizar los medios telemáticos de la empresa para el ejercicio de la acción sindical <i>Miguel Ángel Almendros González</i>	31
Il salario minimo e il dialogo tra le fonti <i>Gandolfo Maurizio Ballistreri</i>	49

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, © 2024 Author(s), CC BY 4.0, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

La disciplina del controllo a distanza della prestazione lavorativa alla prova dei <i>social network</i> : il ruolo del principio di trasparenza <i>Giulia Bandelloni</i>	61
Algoritmi al lavoro. Riflessioni sul <i>management</i> algoritmico <i>Fabrizio Bano</i>	83
Riccardo Del Punta: un illuminista radicale <i>Marzia Barbera</i>	101
Su lavoro e libertà. Appunti per una critica del diritto su quattro preposizioni <i>Vincenzo Bavaro</i>	111
Gli scritti di Riccardo Del Punta sul diritto sindacale: la memoria del passato, l'intelligenza del presente, la volontà di riformare <i>Franca Borgogelli</i>	131
Delega di funzioni e delega di firma nel lavoro pubblico contrattualizzato e in quello privato tra obblighi, diritti e responsabilità <i>Alessandro Boscati</i>	151
L'art. 2103 c.c. dopo il <i>Jobs Act</i> e la latitudine dell'obbligo datoriale di <i>repêchage</i> <i>Luca Calcaterra</i>	171
Appalti e nuove tecnologie: una 'nuova vita' per il divieto di interposizione <i>Giovanni Calvellini</i>	191
Qualità del processo produttivo nell'industria della carne: le debolezze della filiera, le ricadute sul lavoro <i>Piera Campanella</i>	207
<i>Capability</i> e diritto del lavoro: non solo teoria. Dialogando con Riccardo del Punta <i>Bruno Caruso</i>	231
L'automaticità previdenziale negata dalla Cassazione agli incolpevoli collaboratori <i>Davide Casale</i>	245
Ancora due interventi della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo <i>Carlo Cester</i>	263
Sull'abuso del diritto. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza sul rapporto di lavoro <i>Chiara Colosimo</i>	279
Le incertezze giuridiche intorno alla nozione di sciopero generale e alcune recenti vicende <i>Simone D'Ascola</i>	301

Il formalismo come tecnica di controllo (debole) dell'autonomia privata e alternativa (<i>soft</i>) all'inderogabilità <i>Madia D'Onghia</i>	319
Platform Workers, Autonomy, and the Capability Approach <i>Guy Davidov</i>	335
Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento 'creativo' <i>Raffaele De Luca Tamajo</i>	347
I controlli della malattia <i>Giada Della Rocca</i>	367
Il controllo a distanza del lavoratore agile <i>Ombretta Dessì</i>	399
La malattia del lavoratore <i>Giovanni Di Corrado</i>	415
La libertà come non dominio. Il contrasto all'uso arbitrario del potere attraverso la ragionevolezza, le clausole generali e l'abuso del diritto <i>Riccardo Diamanti</i>	433
L'opacità algoritmica nei sistemi di intelligenza artificiale: continuando a ragionare intorno alle asimmetrie informative nei rapporti di lavoro <i>Claudia Faleri</i>	453
I lavoratori autonomi e i 'nuovi' bisogni di tutela: il ruolo essenziale del divieto di discriminazioni per motivi sindacali <i>Maurizio Falsone</i>	471
La professionalità per l'occupabilità in una lettura di genere <i>Valeria Fili</i>	493
Cosa nascondono le grandi dimissioni? Riflessioni di un giuslavorista sul rifiuto del lavoro <i>Giorgio Fontana</i>	503
Le sospensioni della prestazione di lavoro per la cura di altri: alcuni spunti di riflessione <i>Alessia Gabriele</i>	533
Noi «ragazzi del '99»: Riccardo Del Punta e la storia del presente <i>Lorenzo Gaeta</i>	545
La tutela della genitorialità nel lavoro autonomo <i>Raffaele Galardi</i>	559
L'insegnamento universitario del diritto del lavoro <i>Laurent Gamet</i>	575
La disciplina del rapporto di lavoro nella logistica (art. 1677- <i>bis</i> cod. civ.) <i>Domenico Garofalo</i>	579

TOMO II

Tra <i>capability theory</i> e <i>purposive approach</i> : appunti sulla prospettiva 'rimediale' di Riccardo Del Punta <i>Stefano Giubboni</i>	603
Dialogo su parità e non discriminazione <i>Fausta Guarriello</i>	615
Appunti per una ridefinizione dell'istituto del distacco <i>Giovanni Orlandini</i>	625
Controllo a distanza e diritto alla protezione dei dati. Sulla complementarità dei due sistemi normativi <i>Alessandra Ingraio</i>	637
Le 'scintille improvvise' dell'abuso del diritto. Sull'utilizzo delle clausole generali nel diritto del lavoro, in dialogo con Riccardo Del Punta <i>Stella Laforgia</i>	655
Diritto del lavoro e diritto civile: profili di confronto e di interazione <i>Pietro Lambertucci</i>	677
A Meditation on Riccardo's <i>Minimal Remarks on the Concept of Work</i> <i>Brian Langille</i>	687
L'inquadramento e la formazione continua nel contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici <i>Andrea Lassandari</i>	699
Considerazioni di tipo sistematico in tema di salute e sicurezza sul lavoro: a proposito di un saggio (e non solo) di Riccardo Del Punta <i>Chiara Lazzari</i>	719
Etica e lavoro sostenibile nella società complessa <i>Lara Lazzeroni</i>	735
La flessibilità dell'orario di lavoro, tra istanze conciliative e interesse dell'organizzazione (il caso del lavoro agile) <i>Vito Leccese</i>	753
Il tempo nuovo del diritto del lavoro: crisi o opportunità? <i>Marco Lovo</i>	769
Diritto del lavoro e diritto civile tra norme imperative e autonomia contrattuale. <i>One size fits all?</i> <i>Mariella Magnani</i>	775
<i>Smart Factory</i> , dignità del lavoratore ed intelligenza artificiale come forma di autoapprendimento <i>Valerio Maio</i>	783

Il 'peso' della dimensione economica nella costruzione del diritto del lavoro <i>Marco Marazza</i>	805
Riccardo Del Punta e Bruno Trentin: valori e paradigmi del diritto del lavoro in discussione <i>Giovanni Mari</i>	815
Tra dottrina e giurisprudenza: l'evoluzione dei criteri di legittimità nel licenziamento collettivo a bacino ristretto <i>Michele Mazzetti</i>	825
Le molte <i>capabilities</i> di Riccardo Del Punta <i>Oronzo Mazzotta</i>	841
Star bene nelle organizzazioni pubbliche: dalla tutela antidiscriminatoria alla dimensione proattiva <i>Gabriella Nicosia</i>	853
Sulle distorsioni giuslavoristiche della prospettiva rimediabile <i>Luca Nogler</i>	867
Diritto del lavoro e ambiente: ieri e oggi <i>Paolo Pascucci</i>	893
Profilo minimo dell'opera di Riccardo Del Punta (1957-2022) <i>Marcello Pedrazzoli</i>	901
La filosofia dei valori di Riccardo Del Punta <i>Adalberto Perulli</i>	917
Valori e diritto del lavoro: tra mercato globale e principi di dottrina sociale <i>Roberto Pessi</i>	935
Salario minimo legale: una soluzione semplicistica ad un problema complesso <i>Carlo Pisani</i>	947
Lavoro e terzo settore <i>Maura Ranieri</i>	959
La nozione di «licenziamento» e l'applicazione della l. n. 223/91. Un'ipotesi interpretativa in dialogo con Riccardo Del Punta <i>Samuele Renzi</i>	975
Riccardo Del Punta, the Capability Approach and Reflexive Labour Law <i>Ralf Rogowski</i>	991
Corte costituzionale e licenziamento collettivo <i>Roberto Romei</i>	1001
L'inquieto diritto del lavoro. Rileggendo il siddhartiano Riccardo Del Punta <i>Orlando Roselli</i>	1011

Lavoro autonomo, parasubordinato e su piattaforma alla prova della privacy <i>Giuseppe Sigillò Massara</i>	1021
La controversa questione della qualificazione giuridica del lavoro mediante piattaforma digitale e il fondamentale ruolo interpretativo della giurisprudenza <i>Carla Spinelli</i>	1069
«La sfuggente temporaneità»: un dialogo con Riccardo Del Punta sul lavoro a termine <i>Michele Tiraboschi</i>	1083
Il diritto di <i>whistleblowing</i> come leva di <i>capability</i> <i>Paolo Tomassetti</i>	1093
Dialogo con Riccardo del Punta: dal primo al secondo Manifesto <i>Tiziano Treu</i>	1115
Un approccio umanistico al lavoro digitale. Riflessioni a margine di <i>Patrizia Tullini</i>	1131
Dalla epistemologia breve del diritto del lavoro al dibattito odierno sul salario minimo <i>Lucia Valente</i>	1141
Le ‘ragioni economiche’ del diritto del lavoro <i>Simone Varva</i>	1157
Mentore, collega, amico (toscano), e ancora mentore: il mio ricordo e percorso con Riccardo Del Punta <i>Massimiliano Vatiero</i>	1175
Da una rivoluzione si può tornare indietro? Congedi parentali e indipendenza economica <i>Micaela Vitaletti</i>	1181
Riflessioni (in dialogo) sul contratto collettivo ‘di prossimità’, muovendo dalla sentenza della Consulta n. 52 del 2023 <i>Antonello Zoppoli</i>	1191
La professionalità dei lavoratori tra legge e contrattazione collettiva <i>Lorenzo Zoppoli</i>	1205
Le relazioni di lavoro nel settore non profit: un “non-sistema”? Qualche riflessione a partire da R. Del Punta, “Diritto del lavoro e Terzo settore”. RIDL 1 (2001): 329 sgg. <i>Matteo Borzaga</i>	1219

Nota del direttore della collana

Giovanni Mari

Riccardo Del Punta, allora collega di Diritto del lavoro all'Università di Firenze, è stato uno degli amici e studiosi con cui nel 2015 promuovemmo presso la Firenze University Press la collana "Teorie, pratiche, storie del lavoro e dell'idea di ozio". Uno strumento editoriale pensato per analizzare e approfondire le questioni del lavoro e dell'ozio riportate all'attenzione della ricerca e del dibattito pubblico dalle trasformazioni che hanno investito il tempo di lavoro e quello di non lavoro negli ultimi decenni, al punto da far pensare ad una nuova rivoluzione industriale.

Nella collana Riccardo ha anche pubblicato nel 2022, a sua cura, *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, l'ultimo volume che ha edito prima della scomparsa, e in cui riassume molte delle sue idee per un rinnovamento del diritto del lavoro di fronte a tali trasformazioni.

L'editore e il direttore della collana ringraziano William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri, amici e allievi di Del Punta, per aver proposto e curato la pubblicazione dei presenti volumi in suo ricordo, intitolati *Trasformazioni, valori e regole del lavoro*. Il primo e il secondo volume – *Scritti scelti sul diritto del lavoro* e *Scritti scelti di diritto del lavoro* – raccolgono un'ampia antologia dei circa quattrocento scritti pubblicati da Riccardo, permettendo al lettore di conoscere e apprezzare la sua ricerca in tutti i principali aspetti su cui si è concentrata; il terzo volume – *Scritti per Riccardo Del Punta* – è destinato a comprendere le testimonianze scientifiche di amici e colleghi che ricordano Riccardo interpretando i risultati teorici e dottrinari della sua attività.

Con questa pubblicazione l'editore, i curatori, tutti gli autori ed il sottoscritto intendono commemorare Riccardo valorizzando e mettendo a disposizione della

comunità scientifica una ricerca che ha sollevato in maniera particolarmente efficace, equilibrata e di respiro interdisciplinare, l'esigenza di una 'riflessione di tipo rifondativo' dei valori e delle pratiche del diritto dopo la crisi del lavoro (non solo dipendente) della società industriale novecentesca. Una crisi che, da una parte, ha riproposto la persona nelle attività lavorative, e, dall'altra, pone alle norme la sfida di ripensare e promuovere la libertà necessaria a sostanziare la persona in tali attività. Sollevando, in altre parole, la questione dell'idea di lavoro nella nostra società, tema attorno cui, in ultima analisi, ruota la ricerca di Del Punta.

Direttore di Collana

Presentazione dell'opera

William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri

Questa raccolta di scritti doveva essere il nostro regalo a Riccardo per il suo pensionamento previsto nel 2027. Ci stavamo già ragionando quando è sopraggiunta la malattia che lo ha sottratto prematuramente alla vita.

Pur conoscendo i suoi scritti e sapendo quanto fosse vasta e raffinata la sua produzione, rileggerlo in modo continuato, in un tempo tutto sommato breve, ha significato immergersi in modo inedito nella complessità e profondità del suo pensiero, consentendoci di scoprire il filo conduttore della riflessione che ha accompagnato la sua esistenza.

Per poter pubblicare una selezione della sua opera, che copre circa un quarantennio e corre lungo quasi quattrocento pubblicazioni, è stato necessario fin da subito individuare criteri capaci di valorizzare questo percorso.

La strada da seguire si è aperta da sola, constatando che la sua riflessione si è sviluppata fin dai primi anni Novanta lungo due direttrici: quella dello studio scrupoloso del diritto del lavoro, dei suoi istituti e delle sue regole, che ha esplorato in ogni direzione; e quella della riflessione teorica e filosofica sul diritto del lavoro, mossa dall'inquietudine di indagare la capacità della materia di reagire ai cambiamenti economici e sociali.

Da qui il titolo che abbiamo scelto per questa raccolta, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro*, a sottolineare l'opzione metodologica di Del Punta di situare la materia nella storia per riflettere sui suoi valori fondativi e sulle regole che li affermano.

La selezione degli scritti è ordinata in due volumi.

Il primo – *Scritti scelti sul diritto del lavoro* – raccoglie la gran parte dei contributi nei quali si articola e sviluppa la riflessione sui fondamenti del diritto del

lavoro, riflessione mossa dalla passione primigenia di Del Punta per la filosofia e ispirata dalla convinta apertura al confronto con le altre scienze sociali.

Abbiamo deciso di ordinare gli scritti seguendo il criterio cronologico, che ci è parso quello migliore per comprendere e apprezzare lo sviluppo di questo filone del suo pensiero, che facciamo iniziare con l'intervento al convegno AIDLASS del 1991 e terminare con il saggio *Il diritto del lavoro e il lavoro post-fordista* contenuto nel volume *Idee di lavoro e di ozio per la nostra civiltà*, edito dalla Firenze University Press nel 2024, ben consapevoli che la sintesi più compiuta di questo lungo percorso è condensata nella voce *Contratto di lavoro (teorie filosofiche)*, che stava ultimando e che è pubblicata postuma nel volume *Contratto di lavoro* della collana *I tematici* dell'*Enciclopedia del diritto*, edito da Giuffrè e curato da lui stesso con Roberto Romei e Franco Scarpelli.

Questo primo volume è introdotto da Maria Luisa Vallauri, che traccia un profilo biografico e intellettuale dell'Autore seguendo il filo di questa sua riflessione, e dal saggio dello stesso Del Punta *Le ali del dubbio (pensieri su Giorgio Gaber, il lavoro e il mercato)*, nel quale si scorge con chiarezza il suo tratto umano e intellettuale, teso fra dubbio, disincanto e ricerca di verità, e che si chiude con versi oggi ancora più commoventi.

Il secondo volume – *Scritti scelti di diritto del lavoro* – comprende i contributi che fanno parte del suo variegato percorso di riflessione sui temi classici della materia.

In questo caso abbiamo scelto di raggruppare gli scritti in sei distinte sezioni tematiche, ispirate alla sistematica del suo manuale.

Il volume si apre con l'introduzione di William Chiaromonte, che guida il lettore attraverso lo sviluppo della riflessione tematica di Del Punta, e con l'incomparabile *Introduzione* al suo manuale, attraverso la quale l'Autore esplicita – dialogando idealmente con i suoi studenti – il metodo da lui seguito per orientarsi nel complesso mondo del diritto del lavoro e, più in generale, la sua stessa essenza di giurista, e che quindi rappresenta, a nostro avviso, il modo migliore per avvicinarsi ai suoi scritti *di diritto del lavoro*.

Entrambi i volumi si chiudono con l'elenco completo delle pubblicazioni di Del Punta, che abbiamo mantenuto nella sua versione originale, comprensiva della numerazione progressiva da lui stesso assegnata agli scritti. Abbiamo introdotto solo alcune minime modifiche: l'aggiunta degli scritti postumi e quella di pochi contributi che mancavano nell'elenco che avevamo a disposizione, e che sono indicati con un numero *bis*.

Al fine di consentire al lettore di collocare i saggi selezionati nella produzione complessiva dell'Autore, ogni contributo pubblicato contiene nella prima nota l'indicazione dell'originaria collocazione editoriale dello scritto e del numero progressivo a esso assegnato all'interno dell'elenco completo delle pubblicazioni.

La raccolta comprende, infine, gli scritti che colleghe e colleghi, amiche e amici, hanno voluto dedicare alla memoria di Del Punta, continuando a dialogare con il suo pensiero.

Il terzo volume – *Scritti per Riccardo Del Punta* – si compone, infatti, di circa ottanta contributi, che affrontano molti dei tanti temi con i quali Del Punta si è

confrontato, tanto temi *di* diritto del lavoro quanto riflessioni *sul* diritto del lavoro, a conferma – se mai ce ne fosse bisogno – della capacità del suo pensiero di aprire piste di ricerca e sollecitare riflessioni su strade già battute.

Il tutto è condito di ricordi affettuosi, che dimostrano la traccia non solo scientifica che Del Punta ha lasciato in molti di noi.

Gli scritti sono preceduti dal ricordo di Silvana Sciarra, con la quale ha condiviso gli anni dell'insegnamento fiorentino.

I curatori desiderano ringraziare ancora una volta Giovanni Mari, direttore della Collana che ci ospita, per aver raccolto con affetto ed entusiasmo la proposta di rendere omaggio a Riccardo Del Punta, indiscusso maestro del diritto del lavoro con il quale siamo cresciuti.

Un ringraziamento va all'Editore che ci ha seguito nella realizzazione di quest'opera e a Giulia Frosecchi, Samuele Renzi, Michele Mazzetti e Gloria Mugnai per la generosa collaborazione nella raccolta degli scritti e nella revisione del testo.

Quest'opera è dedicata al piccolo Federico, perché possa scoprire presto, anche grazie a queste pagine, l'intelligenza e il valore del suo papà.

Firenze, 18 novembre 2024

Un breve ricordo di Riccardo Del Punta

Silvana Sciarra

Dedicato a Federico

Per un'amica e collega più anziana è triste dover ricordare chi non c'è più, specialmente quando si ha di fronte la sua famiglia, come è capitato nell'occasione in cui ho pronunciato il breve ricordo di Riccardo Del Punta che qui riprendo, in forma di Prefazione a questo libro¹. Per questo, soprattutto per indirizzare in modo semplice le mie parole al piccolo Federico, ho creduto che il modo migliore fosse quello di lasciar respirare nell'aula il suo pensiero, senza toni declamatori, quasi che potessimo tutti insieme continuare ad ascoltare la sua voce.

Ho conosciuto Riccardo Del Punta molti anni fa, nel corso di un seminario di diritto comparato del lavoro che si teneva nella Certosa di Pontignano, sede privilegiata delle iniziative svolte con il patrocinio dell'Università di Siena, dove io allora insegnavo.

Cantava a mezza voce canzoni di Francesco Guccini, seduto su un divano, quasi a voler marcare un suo stile diverso rispetto all'atmosfera un po' scanzonata che si creava nelle serate allegre, dopo il lungo e impegnativo lavoro di una intera giornata. Lo ricordo molto bene e credo sia stato allora che ho cominciato a comprendere meglio la sua complessa e talvolta un po' inaccessibile personalità.

Sono stata poi orgogliosa, a distanza di tempo e dopo aver approfondito la sua conoscenza, di proporre il suo nome all'allora Facoltà di Giurisprudenza, in vista di un suo trasferimento dall'Università di Pisa, ateneo in cui Riccardo aveva compiuto i suoi studi e iniziato a collaborare con il Professor Giuseppe Pera.

¹ *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Convegno in ricordo di Riccardo Del Punta* (Firenze, 26 gennaio 2024).

Di questo Maestro del diritto del lavoro, dei suoi toni burberi e talvolta un po' minacciosi pronunciati con un marcato accento toscano, del suo rigore e della sua ironia io avevo inizialmente timore, ma il mio sentimento era misto ad ammirazione e forse anche a curiosità. Più avanti nel tempo avrei conosciuto un Maestro accogliente, con cui chiacchierare amabilmente nella sua casa di San Lorenzo a Vaccoli. Sarei rimasta colpita dalla sua genuina affabilità nel chiedermi notizie della mia famiglia e nell'informarsi sui miei progetti di ricerca, quando andavo a trovarlo per consegnargli alcune mie pubblicazioni. Il Professor Pera, come raccontano le cronache ormai assai documentate della comunità dei giuslavoristi italiani, è stato legato al mio Maestro Gino Giugni da una profonda amicizia, solcata, come spesso accade nei rapporti significativi, da qualche divergenza di opinioni, che si era poi ricomposta nella ripresa di un fecondo confronto. Mi accorgevo, parlandogli, di cogliere il segno di quel percorso di condivisione critica e ne apprezzavo la schiettezza.

Mi accorsi che per Riccardo, cui mi rivolsi per sondare la disponibilità a trasferirsi nell'ateneo fiorentino, non era facile affrontare il distacco da Pisa. L'ambiente accademico era assai coinvolgente e a questo dato di appartenenza si affiancava il suo intenso impegno professionale nello studio del Professore. Di quel coinvolgimento, delle relazioni di amicizia e di collaborazione che Riccardo aveva creato e coltivato a Pisa, c'è traccia nei molti ricordi che ora tristemente leggiamo dopo la sua scomparsa. Vorrei trasmettere a Federico, quando un giorno leggerà queste pagine, l'immagine di suo padre come di un uomo molto amato, che studiava e scriveva instancabilmente, senza tralasciare di creare intorno a sé una rete di amicizie e di collaborazioni. Per quel contesto amicale oltre che per l'intensità dei legami accademici, Riccardo si mostrò riflessivo, quasi pensieroso, nell'ascoltare la mia proposta, ma mi accorsi che era anche forte la voglia di cambiare, per misurarsi con nuove realtà accademiche.

Neanche per il Professor Pera fu lineare l'accettazione della proposta che partì dall'Università di Firenze. Ho il vivo ricordo di una pungente corrispondenza in proposito, nel suo stile schietto ed essenziale. Spesso mi sono chiesta se quel mio gesto fosse da lui ritenuto improponibile, quasi una scossa nell'equilibrio di una Scuola accademica impenetrabile. Eppure Riccardo era già stato, come tanti di noi in quel periodo, un professore itinerante e aveva viaggiato verso le Università di Trieste e di Siena, ma Pisa era il luogo accademico che lo aveva forgiato, non fino al punto di impedirgli di creare un suo percorso autonomo di crescita intellettuale e di indipendenza e tuttavia così importante da rendere complesso un suo definitivo distacco.

Non vi è dubbio che l'originalità della sua figura, nel quadro accademico italiano e non solo, deriva dal clima rigoroso dell'Università di Pisa. Da lì prende le mosse lo studioso dotato di forte spirito critico e di mentalità aperta, il giurista libero e curioso. Queste caratteristiche le ho ritrovate osservando il suo sorriso: ironico, accattivante, talvolta ribelle.

Proprio quel sorriso multiforme avrei imparato a interpretare, incrociandolo nel corridoio del Dipartimento fiorentino, quando ormai, dopo il taglio del cordone pisano, eravamo diventati colleghi nella stessa Università. Le porte dei nostri due studi una di fronte all'altra nel lungo corridoio del D4 a Novoli; la

nostra collaborazione autenticamente rispettosa l'uno dell'autonomia dell'altra, consapevoli delle nostre diverse provenienze accademiche quanto a scelte metodologiche e opzioni professionali.

Riccardo è stato un collega generoso e dedito all'insegnamento, capace di combinare al meglio la sua grande capacità di scrittura con un intenso impegno professionale come avvocato. Ha saputo riversare queste doti non solo nell'insegnamento rivolto agli studenti, ma anche nei corsi di specializzazione fiorentini, caratterizzati da un'altissima frequenza e da grande coinvolgimento dei discenti.

In seguito, consolidatasi questa sua esperienza, è stato per me motivo di ulteriore orgoglio assistere a una progressiva sua apertura al mondo della comparazione e alla tessitura di rapporti internazionali.

Ugualmente appassionata è divenuta la sua partecipazione attiva alle associazioni che raccolgono gli studiosi di diritto del lavoro – pluraliste nella composizione oltre che nell'enfasi su diverse opzioni metodologiche – nonché nell'AGI, a conferma di un raccordo naturale e ben riuscito fra teoria e pratica, fra cura della scrittura accademica e puntigliosa conoscenza della giurisprudenza nella sua costante evoluzione.

Un altro capitolo della sua intensa e poliedrica vita di studioso è stato scritto, quando ha iniziato a collaborare con il Ministero del lavoro, in particolare con la Professoressa Elsa Fornero. La sua presenza in luoghi istituzionali è stata percepita da tutti noi come una garanzia di competenza e di imparzialità. Attraverso questo suo coinvolgimento, l'intera comunità scientifica è stata gratificata di un riconoscimento più ampio e si è percepito un ulteriore avallo di quella consuetudine virtuosa che, dagli anni sessanta dello scorso secolo in poi, ha visto i giuristi del lavoro muoversi generosamente al fianco del legislatore, in un alternarsi di figure fra sé molto diverse, eppure dotate dello stesso spirito costruttivo.

Si deve a uno studioso come Riccardo Del Punta un ulteriore contributo alla trasformazione della nostra disciplina, che sempre più ha respirato l'aria delle riforme, per seguirne i passaggi cruciali, imprimendo un segno che non è mai ideologico, ma fondato sulla competenza e, cosa non comune, sulla conoscenza della storia della materia. Infatti, le riforme solide, destinate a durare nel tempo, non seguono cesure nette, ma servono a rivisitare e ricomporre gli elementi del sistema.

A questo riguardo, ricordo il capitolo nel libro curato da Pietro Ichino "Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana", in cui tocca a Riccardo – e non poteva esser fatta scelta migliore – seguire il cammino del diritto del lavoro fra i due secoli, dal Protocollo Ciampi-Giugni al Decreto Biagi. Quel capitolo si conclude dolorosamente con l'evocare le ferite inflitte alla nostra comunità di studiosi per mano del terrorismo. La partecipazione consapevole a quei tragici avvenimenti lascia trapelare l'umanità dolente di Riccardo, la sua immedesimazione in una fase storica che ha lasciato tracce nelle coscienze più rigorose quale era la sua. Quel dolore non dovrebbe essere rimosso e quel racconto storicamente accurato dovrebbe essere trasmesso ai più giovani.

In questo mio breve ricordo dedicato al piccolo Federico, che serve a introdurre un libro denso di contributi, posso solo sfiorare alcuni temi che – al di là

della sua immensa produzione scientifica sugli aspetti più disparati del diritto del lavoro – hanno segnato, secondo la mia personale percezione, la fase più matura e se si vuole più problematica della sua produzione.

Sottolineo innanzi tutto il suo accurato e pervicace pragmatismo nell'approfondire il tema della parità di genere, al di fuori di ogni retorica. Questo deve essere un terreno da continuare a calcare, su cui deve camminare con passo sicuro l'intera comunità dei giuslavoristi.

La mia convinzione è che la forza delle donne, soprattutto in contesti domestici rischiosi, deve essere sorretta dal rispetto della loro dignità nei luoghi di lavoro, che si sostanzia innanzi tutto nel pieno rispetto della parità retributiva. Le donne non possono sentirsi pienamente libere di denunciare soprusi di ogni tipo, se non emergono da situazioni di dipendenza economica e dunque dall'incombere di bisogni primari rimasti insoddisfatti. La libertà economica si sostanzia, tra l'altro, nella disciplina dei congedi parentali, diritti da esercitare nell'adempire ai doveri congiunti della genitorialità, come Riccardo ha bene evidenziato nei suoi scritti, cogliendo l'impronta moderna, e purtroppo non del tutto realizzata, delle riforme che si sono succedute.

Vi è poi in lui una costante ricerca di coerenza nel metodo da adottare e da affinare, non solo per fronteggiare il passo incalzante del legislatore, quanto piuttosto per misurare la sua personale evoluzione di studioso. Si coglie l'ansia di costruire un pensiero destinato a differenziarsi dal *mainstream*. I miti devono essere demistificati: così scrive rivelando la sua passione per i testi di Giorgio Gaber, cogliendo l'occasione di trasferire il sarcasmo di un cantautore colto e ferocemente critico del conformismo, nella demistificazione di un dibattito accademico troppo spesso ripiegato su sé stesso.

Riccardo non ha mai aderito acriticamente alla teoria e al metodo del *law and economics*, ma ha saputo proporre una rilettura originale, che corre sul filo della Costituzione e dei valori che essa esprime. Lo studioso, che si apre alla interdisciplinarietà, intende cogliere il senso delle trasformazioni dei processi capitalistici, avendo sullo sfondo "The Great Transformation" di Karl Polanyi, poiché "in tanto si può dare una teoria del diritto del lavoro, in quanto essa si connetta a una teoria dell'economia e della società".

L'ansia di cogliere le trasformazioni dell'organizzazione e dei processi produttivi lo porta a esplorare, scoprendo un'intesa con Giovanni Mari che non si è mai interrotta, un terreno ancora incerto, ma denso di novità. Nel libro "Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative", nel capitolo a lui assegnato sfiora ambiti collimanti con i "mondi filosofici" della letteratura sull'organizzazione, in cui si recupera la soggettività del lavoro seguendo un percorso che lo stesso Mari aveva indicato negli studi sull'opera di Bruno Trentin e sulle trasformazioni del fordismo, giungendo ad affermare che il lavoro 4.0 è un "atto linguistico performativo". Riccardo è, come sempre, lontano da solide certezze, ma pronto a cogliere le opportunità che le nuove tecnologie portano con sé, fino a collocarle in un quadro teorico sofisticato entro cui il giurista può muoversi per comprendere, senza rifiutare aprioristicamente le novità.

Nel percorso di Riccardo è incombente il tema dei valori “non quelli del diritto del lavoro classico”. Questo tema diviene dominante nelle sue ultime pubblicazioni, quasi a voler rivelare un tormento intellettuale che lo spinge alla ricerca di un metodo sempre più concluso, forte, coerente, seguendo una “costellazione di valori guida” in cui la stella più fulgida è l’eguaglianza.

Sulla scorta della sua adesione al pensiero di Amartya Sen e alla teoria delle *capabilities*, non si accontenta di coltivare il valore della protezione, riconducibile a uno stile paternalistico di vecchio stampo, e ricerca invece la responsabilizzazione.

Molto vi sarebbe da dire circa la traduzione delle teorie di Sen in politiche attive del lavoro e nel reale raggiungimento per questa via dell’obiettivo dell’eguaglianza, in risposta alle tante aspirazioni dei lavoratori nelle varie fasi della vita lavorativa. Resta lontano l’obiettivo di prevenire il rischio della povertà nella vita lavorativa, né si afferma in pieno l’aspirazione a lavorare ampliando le competenze e dunque crescendo professionalmente e acquisendo nuove conoscenze.

Ma quale è la realtà concreta del lavoro liberato oggi? Quanto può sentirsi solo l’individuo privato di un sostegno forte che promana dai corpi intermedi? Quanto si indebolisce la catena degli interessi che le grandi organizzazioni dovrebbero rappresentare?

Riccardo avrebbe avuto ancora molto da dire su questo e su altro e avrebbe ricercato il confronto con nuove sfide, sempre più difficili in tempi in cui si sfrangano i rapporti sociali e si spezzano i legami della solidarietà. In tutti questi frangenti avrebbe mostrato il suo indecifrabile sorriso mai accondiscendente, ma lungimirante.

Rileggendo le sue opere, resta in noi l’impegno a tornare a riflettere con metodicità sull’impianto dei valori costituzionali e sul processo mai chiuso di attuazione della Costituzione, attraverso l’opera del legislatore e degli interpreti.

Cito in conclusione di questo breve ricordo le parole di Luigi Mengoni, secondo cui “i valori fondamentali della Costituzione hanno un modo di essere diverso da quello del diritto positivo”.

I valori costituzionali sono “principi regolativi dell’attività di formazione delle leggi e dell’autorità giurisprudenziale di sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuovi problemi di decisione”.

Su questo sentiero noto, sempre aperto per me e per tutti noi al raggiungimento di nuove mete, continua a camminare il pensiero critico di Riccardo.

Come ho detto all’inizio e come i contributi in questo libro dimostrano, quel pensiero deve respirare e volare libero, al di fuori degli schemi che ha sempre rigorosamente rifiutato.

SCRITTI PER RICCARDO DEL PUNTA

La Proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione

Edoardo Ales¹

1. Introduzione

La Proposta di legge di iniziativa popolare, intitolata «La Partecipazione al Lavoro. Per una *governance* d'impresa partecipata dai lavoratori» (di seguito 'Proposta'), elaborata dalla Cisl e sottoposta ora alla prova del consenso mediante raccolta di almeno 50.000 sottoscrizioni, non costituisce soltanto l'ennesimo² tentativo di dare attuazione all'art. 46 Cost. ma rappresenta, almeno agli occhi di chi scrive, un'occasione di riflessione sul tema della partecipazione, considerato l'ampiezza del suo respiro e della sua portata. Respiro e portata che saranno oggetto dell'analisi che segue, mirata a coniugare ricostruzione sistematica ed esegesi di disposizioni talvolta di non facile lettura. D'altro canto, se, come probabile, la Proposta acquisirà il consenso necessario, essa dovrà affrontare il complesso *iter* parlamentare, durante il quale una simile analisi potrebbe tornare di una qualche utilità per sostenitori e oppositori. Vista la rilevanza della tematica e la condizione del sistema italiano di relazioni industriali, gli uni e gli altri non mancheranno di certo.

¹ Il contributo è stato pubblicato in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4/2023.

² Tra i più recenti e significativi: d.d.l. 19 settembre 2013, n. 1051, che riprende, alla lettera, l'art. 62 comma 4, l. 28 giugno 2012, n. 92, sul quale Ales 2014, 37 sgg.

Edoardo Ales, University of Naples Parthenope, Italy, edoardo.ales@uniparthenope.it, 0000-0001-9943-8800

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Edoardo Ales, *La Proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.01, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1-20, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

2. I riferimenti costituzionali della Proposta

Nell'individuare i propri riferimenti costituzionali, la relazione introduttiva all'articolato della Proposta sembra prefiggersi lo scopo di dare attuazione all'art. 41 comma 2 Cost. mediante la realizzazione dell'art. 46 Cost. ovvero di giungere all'elevazione economica, sociale e pure ambientale (alla luce delle recenti riforme costituzionali) non solo del lavoro ma anche dell'impresa, proprio attraverso il riconoscimento del «diritto dei lavoratori a collaborare [...] alla gestione delle aziende». Ciò impedirebbe, infatti, alla libera iniziativa economica privata (art. 41 comma 1) di «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», costituendo, altresì, l'introduzione di disposizioni in materia di partecipazione dei lavoratori, uno strumento di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata a fini sociali e ambientali (art. 41 comma 3 Cost.).

In questo senso va letta l'affermazione secondo la quale «i padri costituenti si erano preoccupati di introdurre nel mondo economico gli anticorpi necessari a costruire sistemi di vigilanza continua e diffusa, proprio per assicurare che la corretta applicazione dei principi di solidarietà sociale, su cui tutta la Costituzione è costruita, non trovasse ostacoli, o si fosse in grado di rimuoverli, nell'attività quotidiana delle imprese» (p. 2 della Proposta).

Nel medesimo senso si può intendere il richiamo all'intervento con il quale, in Assemblea costituente, Giovanni Gronchi «esplicitò tre concetti fondamentali a cui l'articolo [46] avrebbe dovuto ispirarsi: la 'preminenza del lavoro', che deve essere elevato da strumento della produzione a collaboratore della stessa; la necessità di una progressività 'nell'inserzione del lavoro nei posti direttivi della vita economica'; la necessità di operare 'in armonia con le esigenze della produzione'» (p. 3 della Proposta).

Le imprese, infatti, «da sole non sono in grado di assicurare né la corretta redistribuzione della ricchezza prodotta né, soprattutto, la responsabilità sociale necessaria», mentre «l'elevazione del lavoratore a collaboratore dell'impresa» lo responsabilizza «nel buon andamento dell'azienda e allo stesso tempo realizza una dimensione del capitalismo in cui il portatore di risorse finanziarie non può prevaricare l'interesse delle persone e della società» (p. 3 della Proposta).

3. Lo stato dell'arte sulla partecipazione

Per raggiungere un simile, ambizioso obiettivo, la Proposta, pur apprezzandoli, non ritiene sufficienti gli sforzi profusi dal legislatore sino a questo momento mediante: la valorizzazione del «coinvolgimento paritetico» nelle ipotesi di *welfare* aziendale (art. 1 comma 189 l. 28 dicembre 2015, n. 208 e art. 4 D.I. 25 marzo 2016); la previsione del coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle attività nelle imprese sociali (art. 11 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 e D.M. 7 settembre 2021); l'introduzione del c.d. *work for equity* per *start up*, Pmi innovative e incubatori di impresa (articoli 26 e sgg., d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221).

Le stesse esperienze autoprodotte dal sistema di relazioni industriali, seppur rilevanti, o rivestono carattere di eccezionalità o sono riconducibili alla riproposizione di modelli esteri nei quali la partecipazione dei lavoratori beneficia di un quadro regolativo legislativo stabile e generalizzato.

Alle perplessità esplicitate nella Proposta si aggiunga, quale valutazione esperienziale di chi scrive, una non sufficientemente sviluppata sensibilità di parte datoriale nel percepire i vantaggi economici, organizzativi e ambientali prodotti da forme di partecipazione consapevoli della necessità di operare «in armonia con le esigenze della produzione».

4. La questione terminologia: la partecipazione come collaborazione, coinvolgimento o... partecipazione

Inevitabilmente e preliminarmente, la Proposta è chiamata a confrontarsi con il problema definitorio che da sempre affligge qualsiasi riflessione regolativa sulla partecipazione³. Lo fa con coraggio tassonomico, dando, però, adito ad alcuni dubbi terminologici. Da un lato, infatti, la «partecipazione gestionale» consisterebbe nella «pluralità di forme di *collaborazione*⁴ dei lavoratori alle scelte strategiche dell'impresa» (art. 2 comma 1 lett. a)), mentre la «partecipazione organizzativa» si sostanzierebbe nel «complesso delle modalità di *coinvolgimento* dei lavoratori nelle decisioni relative alle varie fasi produttive e organizzative della vita dell'impresa» (art. 2 comma 1 lett. c)). *Collaborazione* e *coinvolgimento* si collocherebbero agevolmente nell'alveo dell'art. 46 Cost.

Meno coerenti con la lettera e con lo spirito della norma costituzionale sarebbero, invece, la «partecipazione economico-finanziaria», tautologicamente definita come «la *partecipazione* dei lavoratori ai profitti e ai risultati dell'impresa, anche tramite forme di partecipazione al capitale, tra cui l'azionariato» (art. 2 comma 1 lett. b)), a meno che quest'ultimo non attribuisca il diritto di voto in assemblea (sul punto si veda *infra*); e la «partecipazione consultiva», altrettanto tautologicamente indicata come «la *partecipazione* che avviene attraverso l'espressione di pareri e proposte nel merito delle decisioni che l'impresa intende assumere (art. 2 comma 1 lett. d)), considerata la sua estrema somiglianza con la consultazione, la quale, in sé, almeno a parere di chi scrive⁵, non può annoverarsi tra gli strumenti attuativi del «diritto dei lavoratori a collaborare [...] alla gestione delle aziende». La «partecipazione economico-finanziaria» costituirebbe, piuttosto, meritoria attuazione dell'art. 36 Cost. e dell'art. 31 CDFUE (Condizioni di lavoro giuste ed eque), mentre la partecipazione consultiva farebbe altrettanto per ciò che concerne l'art. 27 CDFUE (Diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa), costituendo,

³ Per una ricostruzione del dibattito si veda Ales 2020, I, 15 sgg.

⁴ Enfasi sempre aggiunte.

⁵ Così già Pedrazzoli 1985, sul quale Ales 2012, 81 sgg. Di diverso avviso Corti 2012.

con l'informazione, un elemento prodromico sia della «partecipazione gestionale» che di quella «organizzativa».

Sulle forme di 'partecipazione' si avrà modo di tornare ampiamente più avanti.

5. Tra legge e contrattazione collettiva

Provenendo dalla Confederazione sindacale che più di ogni altra ha insistito sul metodo negoziale di regolazione del sistema di relazioni industriali, un elemento centrale della Proposta è quello relativo ruolo della contrattazione collettiva e al suo rapporto con la cornice legislativa. Anzitutto, risulta apprezzabile la scelta di chiarire cosa si intenda per contratti collettivi ovvero «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 ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81» (art. 2 comma 1 lett. f)). Considerata la coincidenza di testi, sarebbe stato, tuttavia, più efficace fare riferimento ai contratti collettivi di cui all'art. 51 d.lgs. n. 81 del 2015.

5.1. I rinvii alla contrattazione collettiva

Al di là della questione definitoria, ciò che occorre notare è la presenza di due tipi di rinvio ai contratti collettivi: un primo autorizzatorio («possono»), un secondo regolativo ovvero attributivo alla contrattazione collettiva di un ruolo sostitutivo dell'intervento legislativo per ragioni di opportunità o di maggiore prossimità. In alcuni casi il rinvio autorizzatorio potrebbe ritenersi giuridicamente ultroneo, risultando le determinazioni alle quali si riferisce riconducibili all'esercizio del diritto di contrattazione collettiva (arg. *ex art. 28 CDFUE Diritto di negoziazione e di azioni collettive*). Non sfugge, tuttavia il senso 'politico' della scelta operata nella Proposta, soprattutto alla luce dell'imponente meccanismo incentivante messo in campo per stimolare l'esercizio del diritto in questione nella direzione partecipativa (si veda *infra*).

Comunque, significative sono le ipotesi di rinvio autorizzatorio che potremmo definire necessario, nella «partecipazione gestionale»: a partire dalla «partecipazione di rappresentanti dei lavoratori dipendenti nel consiglio di sorveglianza», nelle imprese esercitate in forma di società per azioni o società europea, a sistema dualistico di cui agli articoli 2409-*octies* e sgg. cod. civ. (art. 3 comma 2), per proseguire con «la partecipazione al consiglio di amministrazione e, altresì, al comitato per il controllo sulla gestione di cui all'articolo 2409-*octiesdecies* del codice civile, ove costituito, di uno o più amministratori, rappresentanti gli interessi dei lavoratori dipendenti» (art. 4 comma 1).

Il rinvio autorizzatorio che potremmo qualificare come 'politicalmente rilevante', opera, invece, con riferimento alla «partecipazione economico-finanziaria», in termini di previsione di «quote di utili di impresa da erogare ai lavoratori» (art. 6 comma 1), di «accesso dei lavoratori al possesso di azioni o

di quote di capitale dell'impresa stessa, attraverso l'adozione di piani di partecipazione finanziaria» (art. 7 comma 1) e di destinazione di «una quota parte della retribuzione aggiuntiva alla retribuzione ordinaria [...] per il finanziamento della partecipazione al piano» (art. 7 comma 4).

Nella «partecipazione organizzativa» il rinvio autorizzatorio 'politicamente rilevante' consente, poi, ai contratti collettivi di prevedere «commissioni paritetiche a livello aziendale, composte in egual numero da rappresentanti aziendali e dei lavoratori, finalizzate a definire i piani di miglioramento e di innovazione dei prodotti, dei processi produttivi, dei servizi e della organizzazione del lavoro» (art. 10 comma 1) e di «stabilire il riconoscimento di premi aziendali ai dipendenti che hanno contribuito, collettivamente o individualmente, al miglioramento e alla innovazione di prodotti, servizi e processi organizzativi» (art. 10 comma 3).

Sempre nell'alveo della «partecipazione organizzativa», il rinvio autorizzatorio 'politicamente rilevante' attribuisce, infine, ai contratti collettivi la facoltà di prevedere referenti per l'attuazione dei piani di miglioramento e innovazione organizzativa (art. 11 comma 1), l'assistenza di esperti esterni (art. 11 comma 2), la presenza nell'organigramma aziendale delle figure dei referenti della formazione, dei piani di *welfare*, delle politiche retributive, della qualità dei luoghi di lavoro, della conciliazione e i dei responsabili della diversità e della inclusione delle persone con disabilità (art. 11 comma 3). Da ultimo ma non per ultimo, «i contratti collettivi possono prevedere, anche attraverso il sistema della bilateralità, il supporto a forme di partecipazione organizzativa dei lavoratori nelle imprese che occupano meno di 35 lavoratori» (art. 11 comma 4).

D'altro canto, il ricorso al rinvio regolativo risulta spesso funzionale all'esercizio delle prerogative riconosciute dal rinvio autorizzatorio, necessario o 'politicamente rilevante' che sia.

Così, quanto alla «partecipazione gestionale», i contratti collettivi sono chiamati a definire procedure che regolino, «nel rispetto dei requisiti di professionalità e onorabilità richiesti per i componenti del consiglio nonché delle previsioni di cui al comma 10, lettere a) e b) dell'articolo 2409-*duodecies* del codice civile», l'individuazione dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza «nonché di un eguale numero di supplenti» (art. 3 comma 2).

Nella «partecipazione consultiva» i contratti collettivi «definiscono la composizione delle commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva, nonché le sedi, i tempi, le modalità e i contenuti della consultazione» (art. 12 comma 2). Ai contratti collettivi è demandata, infine, la definizione delle procedure di costituzione delle commissioni paritetiche di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori negli istituti di credito, nelle banche, nelle imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali e, comunque, nelle società a partecipazione pubblica (art. 15 comma 2).

Più in generale, i contratti collettivi definiscono le modalità di fruizione dei permessi retribuiti dei quali sono titolari i rappresentanti dei lavoratori nelle commissioni paritetiche al fine di partecipare ai corsi di formazione su questioni inerenti il loro mandato (art. 17 comma 2). Gli stessi contratti collettivi determi-

nano i limiti alle spese di consulenza che le aziende sono chiamate a sostenere, anche attraverso gli enti bilaterali (art. 18 comma 2).

La Proposta, tuttavia, non si limita ai rinvii, autorizzatori o regolativi che siano, imponendo condizioni specifiche alla contrattazione collettiva nel loro esercizio. Ciò avviene con riferimento: alla partecipazione di rappresentanti dei lavoratori dipendenti nel consiglio di sorveglianza, che deve essere prevista «per una quota non inferiore a un quinto dei componenti il consiglio stesso» (art. 3 comma 1); alla previsione, tra i componenti del consiglio di sorveglianza, della presenza di almeno un rappresentante dei lavoratori che aderiscono a piani di partecipazione finanziaria (art. 3 comma 3); alla quota delle somme derivanti dalla distribuzione ai lavoratori dipendenti di utili di impresa che non deve essere inferiore al 10% degli utili complessivi (art. 6 comma 1); alla quota parte della retribuzione aggiuntiva alla retribuzione ordinaria per il finanziamento della partecipazione al piano di partecipazione finanziaria, che non deve eccedere il 15 per cento della retribuzione globale di fatto (art. 7 comma 4).

Quanto, infine, ai livelli della contrattazione collettiva ai quali è operato il rinvio, si può riscontrare una generale indifferenza della Proposta, indifferenza che presenta, però, alcune significative eccezioni. Ciò avviene, con riferimento alla previsione, in primo luogo, di «quote di utili di impresa da erogare ai lavoratori», da parte di contratti collettivi aziendali o territoriali (art. 6 comma 1); in secondo luogo, della presenza nell'organigramma aziendale delle figure dei referenti della formazione, dei piani di *welfare*, delle politiche retributive, della qualità dei luoghi di lavoro, della conciliazione e i dei responsabili della diversità e della inclusione delle persone con disabilità, da parte dei contratti collettivi aziendali (art. 11 comma 3); in terzo luogo, dalla costituzione delle commissioni paritetiche di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori negli istituti di credito, nelle banche, nelle imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali e, comunque, nelle società a partecipazione pubblica, da parte dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 15 comma 2); in quarto luogo, dai limiti alle spese di consulenza che le aziende sono chiamate a sostenere, anche attraverso gli enti bilaterali, da parte dei contratti collettivi nazionali (art. 18 comma 2).

5.2. Le disposizioni legislative direttamente cogenti

Nonostante provenga dalla Confederazione sindacale che più di ogni altra ha insistito sul metodo negoziale di regolazione del sistema di relazioni industriali, la Proposta non disdegna il ricorso a disposizioni legislative direttamente cogenti.

In alcuni casi si tratta di disposizioni tanto significative quanto randomiche, quali: a) l'obbligo delle società a partecipazione pubblica, di cui all'art. 2 comma 1, lett. n) d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, di integrare il consiglio di amministrazione con almeno un amministratore individuato dai dipendenti sulla base delle procedure definite dai contratti collettivi (art. 5); b) l'impossibilità per i lavoratori che hanno aderito a piani di partecipazione finanziaria che prevedano

l'assegnazione di utili mediante l'emissione, per un ammontare corrispondente agli utili stessi, di speciali categorie di azioni (art. 2349 cod. civ.) di chiedere il rimborso dei titoli prima che sia decorso un termine che il piano stesso non può fissare in misura inferiore a tre anni, se non in pendenza di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio avente ad oggetto gli stessi titoli (art. 7 comma 5); c) l'obbligo, per i piani di miglioramento e innovazione, definiti dalle commissioni paritetiche a livello aziendale, nell'ambito della «partecipazione organizzativa» di contenere: «l'analisi del contesto iniziale; gli obiettivi condivisi da perseguire; gli investimenti tecnologici; le modifiche organizzative; le misure di sostegno ai lavoratori; le azioni partecipative da attuare, con i relativi indicatori; i risultati attesi in termini di miglioramento e innovazione; il ruolo delle rappresentanze dei lavoratori a livello aziendale, se costituite» (art. 10 comma 2); d) l'obbligo per gli istituti di credito, le banche, le imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali e, comunque, le società a partecipazione pubblica, di costituire commissioni paritetiche di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori (art. 15 comma 2); e) l'istituzione, presso il Cnel, della Commissione nazionale permanente per la partecipazione dei lavoratori (art. 20) nonché, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Garante della sostenibilità sociale delle imprese (art. 21).

In altri casi, si è, invece, in presenza di un insieme di norme sistematicamente coerente. Ciò vale, in primo luogo, per quelle relative alla «partecipazione consultiva», rispetto alla quale, nelle imprese che occupano complessivamente più di cinquanta dipendenti, nell'ambito di commissioni paritetiche, il legislatore riconosce alle Rsu/Rsa o, in mancanza, ai rappresentanti dei lavoratori e alle strutture territoriali degli enti bilaterali di settore, il diritto di essere informati e preventivamente consultati in merito alle scelte aziendali almeno una volta all'anno (art. 12). Inoltre, con riferimento alle pubbliche amministrazioni, la Proposta sostituisce all'informazione la consultazione quale strumento di coinvolgimento dei rappresentati dei lavoratori nell'esercizio delle prerogative dirigenziali (art. 13). Infine, essa prevede una dettagliata procedura di consultazione in favore della relativa commissione paritetica (art. 14).

In secondo luogo, non meno importate è l'intervento sistematico relativo agli obblighi di formazione dei rappresentanti dei lavoratori dipendenti e degli amministratori (art. 17) e al diritto di ricorso a consulenti esterni da parte dei rappresentanti dei lavoratori a qualsiasi titolo inseriti nei meccanismi di partecipazione (art. 18).

Un ultimo ma fondamentale aspetto del rapporto tra legge e contrattazione collettiva riguarda il raccordo tra quanto innovativamente previsto dalla Proposta e le norme vigenti di legge e di contratto collettivo. Quanto alle prime, il riferimento è specifico alle disposizioni in materia di informazione e, soprattutto, consultazione, alquanto sbrigativamente liquidate con un non proprio preciso «fatto salvo quanto previsto dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25». Quanto alle seconde, la formula, di carattere generale, fa «salve le condizioni di miglior favore previste dai contratti collettivi» (art. 16).

6. L'ambito di applicazione delle disposizioni, inclusi i limiti dimensionali

Sempre rimanendo nell'area delle disposizioni legislative direttamente cogenti, da menzionare sono le varie modalità di determinazione dell'ambito di applicazione delle norme riguardanti le diverse forme di partecipazione. Si tratta, evidentemente, di un passaggio molto delicato, con ricadute evidenti in termini di efficacia e impatto reale della Proposta.

Quanto alla «partecipazione gestionale», il riferimento è operato, in primo luogo, alle «imprese esercitate in forma di società per azioni o società europea nelle quali lo statuto prevede che l'amministrazione e il controllo siano esercitati da un consiglio di gestione e da un consiglio di sorveglianza, in base al sistema dualistico» di cui agli art. 2409-*octies* e sgg. cod. civ. Ovvero, la determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione si basa sulla forma giuridica assunta dall'impresa. In questa prospettiva, proprio con riferimento alla partecipazione dei lavoratori, sorprende che, una volta citata la società europea non si tenga conto delle specificità e delle complesse regole previste dal Reg. CE 8 ottobre 2001, n. 2157/2001 relativo al suo statuto (art. 3 comma 1). Sempre relativamente alla «partecipazione gestionale» stride il ricorso alla circonlocuzione «società che non adottano il sistema dualistico» nella quale oltre a perdersi il riferimento alla società europea, non si utilizza l'espressione «sistema monistico» di cui agli articoli 2409-*octies* e sgg. cod. civ., al fine di individuare quelle imprese nelle quali «i contratti collettivi possono prevedere la partecipazione al consiglio di amministrazione e, altresì, al comitato per il controllo sulla gestione [...] di uno o più amministratori, rappresentanti gli interessi dei lavoratori dipendenti» (art. 4 comma 1).

Per ciò che concerne, invece, la «partecipazione economica e finanziaria», l'unico riferimento limitativo dell'ambito soggettivo di applicazione è implicitamente quanto inevitabilmente costituito dalla natura di società per azioni, la sola che possa consentire l'individuazione nell'ambito dei piani di partecipazione finanziaria, tra gli strumenti di partecipazione dei lavoratori al capitale della società, di categorie di azioni speciali riguardo alla forma, al modo di trasferimento ed ai diritti spettanti agli azionisti, o di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti, da assegnare individualmente ai prestatori di lavoro dipendenti della società o di società controllate (art. 2349 cod. civ.).

La tecnica dei limiti dimensionali, invero abbastanza relativi, è, invece, utilizzata con riguardo alla possibilità, da parte dei contratti collettivi, di prevedere, anche attraverso il sistema della bilateralità, il supporto a forme di «partecipazione organizzativa» esclusivamente nelle imprese che occupino meno di 35 lavoratori (art. 11 comma 4).

Molto più significativi, appaiono, invece, i limiti dimensionali imposti dalla Proposta all'ambito soggettivo di applicazione della «partecipazione consultiva», il quale è ristretto alle imprese che occupino complessivamente più di cinquanta dipendenti, sulla falsariga di quanto previsto dal d.lgs. n. 25 del 2007 per l'esercizio dei diritti di informazione e consultazione (art. 12 comma 1).

7. La natura della rappresentanza dei lavoratori: non sindacale, sindacale, anche sindacale

Ancora rimanendo nell'ambito delle disposizioni legislative direttamente cogenti, una riflessione specifica non può non essere dedicata alla natura della rappresentanza dei lavoratori, rispetto alla quale la Proposta non spicca per chiarezza e omogeneità.

Già il fatto che, con riferimento alla «partecipazione gestionale», non si vada oltre un generico riferimento a «rappresentanti dei lavoratori», lasciando ai contratti collettivi la definizione delle sole procedure di individuazione degli stessi, senza chiarire se siano essi necessariamente sindacali, anche sindacali o (anche) non sindacali, produce un notevole margine di incertezza non giustificabile con la volontà di affidarsi al libero operato della contrattazione collettiva (art. 3 commi 1 e 2). Ciò soprattutto alla luce delle spinte ad escludere dalla «partecipazione gestionale» proprio i rappresentanti sindacali, come dimostrato dal caso SAP⁶. Il potenziale equivoco riguarda anche la possibile presenza, tra i componenti del consiglio di sorveglianza di rappresentanti (di che natura?) dei lavoratori che aderiscono a piani di partecipazione finanziaria (art. 3 comma 3).

Peraltro, l'indeterminatezza caratterizza anche la «partecipazione organizzativa» rispetto alla quale non si chiarisce la natura dei rappresentanti dei lavoratori che andranno a comporre le commissioni paritetiche a livello aziendale, eventualmente previste dai contratti collettivi, finalizzate a definire i piani di miglioramento e di innovazione dei prodotti, dei processi produttivi, dei servizi e della organizzazione del lavoro (art. 10 comma 1).

Lo stesso vale per i rappresentanti dei lavoratori che compongono le commissioni paritetiche di consultazione da costituirsi obbligatoriamente negli istituti di credito, nelle banche, nelle imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali e nelle società a partecipazione pubblica (art. 15 comma 1).

Al contrario, quando la rappresentanza non è di primo ma di secondo livello, come avviene, nelle imprese che occupano complessivamente più di cinquanta dipendenti, per le commissioni paritetiche nell'ambito delle quali «le rappresentanze sindacali unitarie o le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza, i rappresentanti dei lavoratori e le strutture territoriali degli enti bilaterali di settore hanno diritto di essere informati e preventivamente consultati in merito alle scelte aziendali almeno una volta all'anno», la Proposta non lesina, appunto, dettagli (art. 12 comma 1).

Da ultimo ma certamente non in ordine di importanza, occorre sottolineare il caso più complesso della previsione, da parte dei contratti collettivi, della partecipazione al consiglio di amministrazione e anche, ove costituito, al comitato per il controllo sulla gestione, delle società che adottano il modello monistico, di uno o più amministratori, rappresentanti gli interessi dei lavoratori e da loro individuati, sulla base delle procedure definite dagli stessi contratti collettivi, tra persone in possesso dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 2409-*septiesdecies* cod. civ. (art. 4 comma 1).

⁶ Corte di giustizia UE, 28 ottobre 2022, C-677/20, *IG Metall and ver.di*, ECLI:EU:C:2022:800, sulla quale Ales 2021b, 71 sgg.

Quest'ultimo, a sua volta, fa riferimento ai criteri di cui all'art. 2399 cod. civ., relativi alle cause di ineleggibilità e decadenza dei sindaci, tra le quali, ai nostri fini, rileva, in particolare, l'esclusione di «coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza». Di modo che, in maniera del tutto impropria rispetto alle finalità della Proposta, la scelta del o dei rappresentanti dei lavoratori non può ricadere su loro stessi, in nome di una indipendenza che, qualora richiesta nella «partecipazione gestionale», ne metterebbe in discussione l'essenza medesima.

8. La «partecipazione economica e finanziaria»

Se le osservazioni che precedono, pur mirate a investigare soprattutto il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, consentono anche di ritenere contentisticamente sviscerata la tematica della «partecipazione gestionale», non altrettanto può dirsi per «partecipazione economica e finanziaria», l'ambito soggettivo della quale, peraltro, non trova soverchie limitazioni, ad esclusione, come visto, di quelle relative all'utilizzo delle azioni nelle società semplici.

La prima forma di «partecipazione economica e finanziaria» consiste nella distribuzione degli utili, le cui somme «sono soggette a una imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali pari al 5 per cento, entro il limite di importo complessivo di 10.000 euro lordi», se previste da contratti collettivi aziendali o territoriali (art. 6 comma 1), anche qualora erogati sotto forma di contributi alle forme pensionistiche complementari (art. 6 comma 2) o di contributi di assistenza sanitaria (art. 6 comma 3), versati, per scelta del lavoratore, in sostituzione, in tutto o in parte, di quelle somme.

La seconda forma si può sostanziare nell'adozione, da parte dei contratti collettivi, di piani di partecipazione finanziaria dei lavoratori dipendenti (art. 7 comma 1), l'adesione ai quali è volontaria e non può essere fonte di discriminazioni (art. 7 comma 2). I piani possono prevedere anche, in sostituzione di premi di risultato, l'attribuzione di azioni sottoposte ad un regime fiscale agevolato (art. 7 comma 3) ed essere finanziati attraverso «una quota parte della retribuzione aggiuntiva alla retribuzione ordinaria, in misura non superiore al 15 per cento della retribuzione globale di fatto», con un eventuale rimborso dei titoli che non può avvenire se non una volta «decorso un termine che il piano stesso non può fissare in misura inferiore a tre anni», a meno che non penda «un'offerta pubblica di acquisto o di scambio avente ad oggetto gli stessi titoli» (art. 7 comma 5).

9. La «partecipazione organizzativa» nella contrattazione collettiva

Quanto alla «partecipazione organizzativa», essa si svolge nell'ambito di Commissioni paritetiche per la definizione di piani di miglioramento e innovazione, le quali possono essere previste dai contratti collettiva e sono composte

«in egual numero da rappresentanti aziendali e dei lavoratori», dei quali, come già sottolineato, non è predeterminata la natura sindacale o non. Non specificati risultano, inoltre, gli eventuali collegamenti tra Rsu/Rsa e le Commissioni, le quali, tuttavia, possono considerarsi soggetti distinti. Infatti, i piani devono, tra l'altro, definire il ruolo delle rappresentanze dei lavoratori a livello aziendale, se costituite.

Nonostante i piani debbano contenere elementi fondamentali in vista della realizzazione della «partecipazione organizzativa», quali l'analisi del contesto iniziale, gli obiettivi condivisi da perseguire, gli investimenti tecnologici, le modifiche organizzative, le misure di sostegno ai lavoratori, le azioni partecipative da attuare, con i relativi indicatori e i risultati attesi in termini di miglioramento e innovazione (art. 10 comma 2), limitare il compito delle Commissioni paritetiche alla loro definizione appare riduttivo, non consentendo di rendere la «partecipazione organizzativa» stessa una pratica costante che vada al di là della confezione di un piano sia pure di così ampio respiro. In questa prospettiva, non aiuta la circostanza che «le aziende possono dare avvio alla definizione congiunta, nell'ambito delle commissioni paritetiche, di piani di miglioramento e innovazione» anche «al termine della procedura di consultazione, con riferimento ai temi ivi discussi» (art. 14 comma 7).

Allo stesso modo, non necessariamente la possibilità che i contratti collettivi prevedano referenti per l'attuazione dei piani di miglioramento e innovazione organizzativa, diversi dai componenti della Commissione paritetica, può essere salutata con favore (art. 11 comma 1). Peraltro, solo ai primi è riconosciuto il diritto «a ricevere un'adeguata formazione, anche in forma congiunta, non inferiore alle 24 ore annue, per lo sviluppo di conoscenze e competenze tecnico/specialistiche e trasversali» (art. 17 comma 1), per la somministrazione della quale «i rappresentanti dei lavoratori usufruiscono di permessi retribuiti secondo le modalità definite dai contratti collettivi» (art. 17 comma 2).

Positiva, al contrario, la valutazione della previsione, sempre da parte della contrattazione collettiva, dell'assistenza di esperti esterni, il cui intervento, se concordato nell'ambito della Commissione, è a carico dell'impresa (art. 11 comma 2), anche attraverso gli enti bilaterali, entro i limiti previsti dai contratti collettivi nazionali (art. 18).

Altrettanto positiva deve essere la valutazione circa la possibilità per le imprese di prevedere nel proprio organigramma, in esito a contratti collettivi aziendali, tra i «soggetti di riferimento della partecipazione organizzativa», «le figure dei referenti della formazione, dei piani di welfare, delle politiche retributive, della qualità dei luoghi di lavoro, della conciliazione» e dei «responsabili della diversità e della inclusione delle persone con disabilità» (art. 11 comma 3).

Da ultimo ma non per ultimo, la Proposta considera tra gli strumenti di «partecipazione organizzativa» i premi aziendali eventualmente stabiliti dai contratti collettivi, riconosciuti «ai dipendenti che hanno contribuito, collettivamente o individualmente, al miglioramento e alla innovazione di prodotti, servizi e processi organizzativi (art. 10 comma 3). Questa previsione ha il pregio

di instaurare un circolo virtuoso tra contrattazione collettiva, piani di miglioramento e innovazione, come definiti dalle Commissioni paritetiche, impegno dei lavoratori e delle lavoratrici nella loro realizzazione, nella prospettiva del più ampio coinvolgimento di tutti gli attori nella realizzazione della «partecipazione organizzativa».

Decettiva, se non interpretata in *bonam partem*, rischia di essere la previsione secondo la quale «i contratti collettivi possono prevedere, anche attraverso il sistema della bilateralità, il supporto a forme di partecipazione organizzativa dei lavoratori nelle imprese che occupano meno di 35 lavoratori» (art. 11 comma 4). In *malam partem*, infatti, essa potrebbe essere intesa come limitativa dell'ambito soggettivo di applicazione della «partecipazione organizzativa» alle sole imprese con più di 35 dipendenti; interpretazione da rigettare, riferendosi la disposizione al sostegno e non alla consistenza dimensionale minima che la consente.

10. La «partecipazione consultiva» tra contrattazione collettiva e legge

Alla luce di quanto già detto sul rapporto tra contrattazione collettiva e legge, non vi è dubbio che la «partecipazione consultiva», svolta nell'ambito delle Commissioni paritetiche all'uopo previste (art. 12), con il suo numero consistente e prevalente di disposizioni legislative direttamente cogenti rispetto ai rinvii alla contrattazione collettiva, costituisca l'architrave della proposta. Per questo, come già sottolineato, colpisce, in negativo, il limite dimensionale decisamente alto («nelle imprese che occupano complessivamente più di cinquanta dipendenti») che condiziona la presenza della «consultazione preventiva e obbligatoria» in un contesto, quale quello italiano, di micro e piccole imprese, anche in considerazione del fatto che, come detto, le altre forme di partecipazione, ben più pregnanti, non incontrano detto limite.

In questa prospettiva si sarebbe potuta sfruttare l'interessante e innovativa dimensione strutturale delle Commissioni, le quali, è bene ribadirlo, costituiscono l'ambito in cui le Rsu/Rsa «o, in mancanza, i rappresentanti dei lavoratori e le strutture territoriali degli enti bilaterali di settore hanno diritto di essere informati e preventivamente consultati in merito alle scelte aziendali almeno una volta all'anno» (art. 12 comma 1). In primo luogo, infatti, il riferimento alle Rsu/Rsa avrebbe giustificato l'individuazione del limite dimensionale sulla soglia statutaria dei 15 dipendenti; in secondo luogo, il riferimento alle strutture territoriali degli anti-bilaterali avrebbe potuto suggerire persino di abbassare ulteriormente detto limite, soprattutto in considerazione dell'alternativa esplicitamente prevista dei rappresentanti dei lavoratori, da coinvolgere in assenza di Rsu/Rsa. Rimane ancora una volta da chiarire la natura di detti rappresentanti, compito affidato, pare di capire, ai contratti collettivi, di qualsiasi livello, i quali «definiscono la composizione delle commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva, nonché le sedi, i tempi, le modalità e i contenuti della consultazione» (art. 12 comma 2).

Quest'ultima, comunque, si svolge quanto meno:

a) sui dati economici e finanziari dell'impresa; b) sulle scelte strategiche, di investimento e sui relativi piani industriali, nonché sulla introduzione di nuovi prodotti e processi produttivi, esternalizzazioni e appalti; c) sulla introduzione di nuovi modelli organizzativi aziendali e sull'utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati; d) sull'adozione di piani a sostegno della transizione ecologica e digitale nonché della sostenibilità sociale dell'impresa; e) sulla situazione, sulla struttura e sull'evoluzione prevedibile dell'occupazione nell'ambito dell'impresa e dell'unità produttiva, sui contratti di lavoro, sulle misure di promozione della parità di genere, nonché sulle eventuali misure volte a prevenire conseguenze negative sui livelli occupazionali e promuovere la riqualificazione professionale dei lavoratori; f) sui programmi e piani formativi per i lavoratori (art. 12 comma 2)⁷.

Si potrebbe dire, quanto ai limiti dimensionali, un'occasione persa, rimediabile in sede di discussione parlamentare anche per evitare che la «partecipazione consultiva», al di là degli aspetti strutturali innovativi, finisca per essere un doppione dei diritti d'informazione e consultazione già ampiamente previsti dal diritto nazionale e dell'Unione Europea. Un consistente abbassamento del limite dimensionale, diciamo a 5 dipendenti, consentirebbe anche di dotare di senso la clausola di salvaguardia riferita, in forma non del tutto convincente, a «quanto previsto dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25».

Costituisce, tuttavia, un sicuro elemento di differenziazione rispetto alla normativa vigente, la procedura di consultazione, la quale deve essere avviata, almeno una volta l'anno, da parte del datore di lavoro con la convocazione della Commissione, che, dice la Proposta, deve avvenire su istanza, senza, però, che si comprenda se da parte di chi (la Commissione nel suo insieme o anche soltanto una delle sue componenti). In ogni caso, dalla presentazione dell'istanza decorrono i cinque giorni entro i quali deve avere inizio la consultazione, durante la quale, i «rappresentanti dei lavoratori» (anche in questo caso sarebbe utile chiarire quali, se disgiuntamente, o se congiuntamente) possono presentare un parere scritto, che verrà allegato al verbale di consultazione. La mancata presentazione di quest'ultimo non impedisce che entro 10 giorni dall'inizio, salvo diverso accordo, la procedura si intenda conclusa (art. 14 comma 1). La consultazione si svolge con vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni la cui divulgazione risulti in contrasto con normative di legge o con quanto stabilito dai contratti collettivi (art. 14 comma 4).

Entro trenta giorni dalla chiusura della procedura, inizia una nuova fase, con il datore di lavoro che convoca la commissione paritetica al fine di illustrare il risultato o, piuttosto, gli effetti, della consultazione e i motivi dell'eventuale mancato recepimento dei suggerimenti proposti nel parere della Commissione paritetica. Il riferimento a quest'ultima quale soggetto proponente, pur corretta-

⁷ Nei contenuti, la «partecipazione consultiva» ricorda molto i cosiddetti 'diritti sindacali di controllo', sui quali si veda Ales 2021a, 683 sgg.

mente enfatizzando il ruolo dei rappresentanti dell'impresa al suo interno, mal si concilia con l'attribuzione ai soli rappresentanti dei lavoratori della prerogativa di presentare un parere scritto. Anche l'obbligo di informazione delle Rsu/Rsa, al fine di «ricomporre la divergenza» appare impropriamente formulato, risultando esse parte della Commissione e, dunque, difficilmente titolate a svolgere il ruolo di mediazione che la Proposta pare affidare loro. In ogni caso, a tal fine, la procedura potrà essere prorogata di ulteriori quindici giorni (art. 14 comma 2), anche se non è chiaro rispetto a quale termine iniziale.

Nei casi di controversie interpretative in ordine alle modalità di esecuzione delle procedure, ovvero di presunte violazioni delle stesse, i componenti delle commissioni paritetiche, sembrerebbe, dunque, ciascuno di essi, possono rivolgersi alla Commissione nazionale permanente per la partecipazione dei lavoratori (si veda *infra*) per ottenere un suo pronunciamento (art. 14 comma 6).

In caso di mancata composizione della divergenza, il verbale di consultazione deve essere inoltrato – sarebbe ben specificare da parte di chi – entro quindici giorni dalla chiusura della procedura di consultazione, per la quale manca, però, come detto, il termine *a quo* relativamente alla seconda fase, al Garante della sostenibilità sociale delle imprese (si veda *infra*) (art. 14 comma 3).

Allo stesso Garante, le Commissioni paritetiche trasmettono annualmente una comunicazione sull'avvenuto espletamento delle procedure di consultazione. Sempre annualmente, le esse trasmettono alla Commissione nazionale permanente la raccolta dei verbali relativi a tutte le consultazioni con esito negativo svolte nell'anno di riferimento (art. 14 comma 5).

Al pari dei componenti delle Commissioni paritetiche per la definizione di piani di miglioramento e innovazione, i componenti delle Commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva risultano titolari del diritto «a ricevere un'adeguata formazione, anche in forma congiunta, non inferiore alle 24 ore annue, per lo sviluppo di conoscenze e competenze tecnico/specialistiche e trasversali» (art. 17 comma 1), per la somministrazione della quale «i rappresentanti dei lavoratori usufruiscono di permessi retribuiti secondo le modalità definite dai contratti collettivi» (art. 17 comma 2).

Allo stesso modo, i componenti delle Commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva possono avvalersi dell'assistenza di esperti esterni, le cui spese sono a carico dell'azienda, anche attraverso gli enti bilaterali, entro i limiti previsti dai contratti collettivi nazionali (art. 18).

11. Il ruolo della bilateralità

Il riferimento agli enti bilaterali appena operato consente di evidenziare i passaggi della Proposta nei quali essi vengono chiamati in causa. Non molti invero e, comunque, non quanti ci si sarebbe potuto aspettare tenuto conto della rilevanza che detti enti hanno assunto per le micro e piccole imprese e per la considerazione nella quale sono tenuti da parte della Cisl.

Il richiamo, infatti, riguarda, per lo più, disposizioni di contorno, molte delle quali già evidenziate: la possibilità per i contratti collettivi di ricorrere al

«sistema della bilateralità» al fine di supportare forme di partecipazione organizzativa dei lavoratori nelle imprese che occupano meno di 35 lavoratori (art. 11 comma 4); la partecipazione delle strutture territoriali degli enti bilaterali di settore alle Commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva (art. 12 comma 1); l'organizzazione, anche da parte degli enti bilaterali, dei corsi di formazione per i componenti delle Commissioni paritetiche per la definizione di piani di miglioramento e innovazione e delle Commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva (art. 17 comma 3); la presa in carico delle spese per gli esperti esterni a carico delle aziende, nei limiti previsti dai contratti collettivi (art. 18 comma 2).

12. Il 'settore pubblico' allargato

Maggior attenzione ed enfasi sono, invece, riscontrabili nella Proposta per la partecipazione in quello che potremmo definire settore pubblico allargato. Da un lato, infatti, per le pubbliche amministrazioni, in maniera abbastanza prevedibile, la Proposta intende sostituire alla mera informazione che attualmente esaurisce l'indicazione legislativa circa l'esercizio partecipato delle prerogative datoriali/dirigenziali con la consultazione attraverso le Commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva, ovviamente coincidenti con le Rsu, necessariamente presenti (art. 13). Dall'altro, nell'ottica della «partecipazione gestionale», impone alle società a partecipazione pubblica, di cui all'art. 2 comma 1, lett. n) d.lgs. n. 175 del 2016, di integrare il consiglio di amministrazione con almeno un amministratore nominato secondo le procedure previste dai contratti collettivi (art. 5).

Dall'altro ancora, la Proposta aggrega gli istituti di credito e le banche, le imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali (da intendersi, probabilmente, quelle già individuate ai fini dell'applicazione della l. n. 146 del 1990) e le società a partecipazione pubblica, le quali, tutte, devono costituire Commissioni paritetiche di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori (ancora una volta senza indicare quali, rinviando per le sole procedure di costituzione ai contratti collettivi nazionali di settore). Nelle Commissioni si dovrà discutere di: politiche di remunerazione del personale, compresi i dirigenti e gli amministratori; politiche di incentivazione della produttività del personale; politiche commerciali, ove presenti (art. 15).

13. I meccanismi premiali

Un aspetto particolarmente significativo e delicato della Proposta è quello relativo ai meccanismi premiali previsti, primariamente, dall'art. 19, rubricato «Agevolazioni fiscali per i lavoratori e per le imprese».

Detti benefici consistono, in primo luogo, nella deducibilità, nella determinazione del reddito imponibile ai fini IRPEF delle spese sostenute in attuazione del piano di partecipazione finanziaria e delle disposizioni per l'acquisto o per la sottoscrizione di strumenti finanziari da parte dei lavoratori, per un importo

annuo non superiore a 10.000 euro; dei premi per l'innovazione e l'efficienza (art. 19 comma 1).

In secondo luogo, nella deducibilità, con le modalità attuative che saranno stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro del lavoro e delle politiche sociali (art. 19 comma 3), dal reddito di impresa imponibile a fini fiscali, per un importo annuo non superiore a 10.000 euro, per ciascun lavoratore: a) degli interessi, nonché della quota parte del capitale, sui prestiti accordati ai lavoratori per la sottoscrizione o l'acquisto degli strumenti finanziari; b) della differenza tra il valore delle azioni, determinato sulla base del patrimonio netto della società risultante dall'ultimo bilancio approvato, e il prezzo al quale sono offerte per la sottoscrizione o la vendita ai lavoratori; c) dell'intero valore delle azioni o quote di capitale, determinato sulla base del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio approvato, in caso di assegnazione gratuita (art. 19 comma 2).

In terzo luogo, nell'esonero totale dal versamento dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro, con esclusione dei premi e contributi dovuti all'Inail e ferma restando l'aliquota di computo delle prestazioni pensionistiche nonché nello sgravio totale dei contributi a carico del datore di lavoro di finanziamento della Naspi e, ma il riferimento è tecnicamente improprio, dello 0,30% previsto dall'art. 25 l. n. 845 del 1978 (art. 19 comma 4), a seguito dell'introduzione nell'organigramma aziendale delle figure dei referenti della formazione, dei piani di *welfare*, delle politiche retributive, della qualità dei luoghi di lavoro, della conciliazione e dei responsabili della diversità e della inclusione delle persone con disabilità (art. 11, comma 3 e art. 19 comma 4).

Detti benefici contributivi sono riconosciuti a condizione che i contratti che prevedono la costituzione di commissioni paritetiche a livello aziendale ovvero il riconoscimento di premi aziendali, unitamente ai piani di miglioramento e innovazione definiti dalle commissioni di riferimento (art. 11 comma 2) siano depositati in via telematica presso la Direzione territoriale del lavoro competente (art. 19 comma 5). Pare doversi intendere, quindi, che la sottoscrizione dei contratti costituisca una condizione ulteriore per l'ottenimento dei benefici. La disciplina è davvero criptica e andrebbe adeguatamente chiarita.

La medesima cripticità caratterizza, purtroppo, le disposizioni che, genericamente e, quindi, poco chiaramente, riconoscono il diritto a (quali dei?) meccanismi premiali: alle società che incentivano (non è dato sapere in quale modo) la partecipazione nel consiglio di sorveglianza (art. 3 comma 4); alle società che adottano la partecipazione nel consiglio di amministrazione o nel comitato per il controllo sulla gestione di amministratori designati secondo le procedure definite dai contratti collettivi (art. 4 comma 5); alle imprese che, per mezzo delle commissioni paritetiche a livello aziendale, definiscono piani di miglioramento e innovazione dotati dei contenuti previsti dalla Proposta (art. 10 comma 4).

Infine, meccanismi premiali ulteriori saranno definiti, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, per le imprese che abbiano ottenuto la certificazione di condotta responsabile (art. 21 comma 7). Sul punto si tornerà tra poco.

14. La Commissione nazionale permanente per la partecipazione dei lavoratori

La Proposta intende supportare la partecipazione anche attraverso l'attribuzione di un ruolo specifico al Cnel, presso il quale, all'esito dell'inserimento dell'art. 17-bis nella l. 30 dicembre 1986, n. 936, verrebbe istituita la Commissione nazionale permanente per la partecipazione dei lavoratori (di seguito «Commissione» – art. 20).

La Commissione sarebbe composta da un rappresentante del Cnel stesso, da un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; da sei esperti designati dalle organizzazioni sindacali e sei designati dalle organizzazioni dei datori di lavoro presenti presso il Cnel; da tre esperti di diritto del lavoro e relazioni industriali o di gestione e organizzazione aziendale, scelti congiuntamente dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro presenti presso il Cnel (art. 20 comma 2). I componenti della Commissione, nominati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, durano in carica 5 anni (art. 20 comma 4).

I compiti della Commissione sono variegati.

Essi spaziano dalla pronuncia su eventuali controversie interpretative in ordine alle modalità di esecuzione delle procedure ovvero su presunte violazioni delle stesse (ad essa devolute da parte delle Commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva: art. 14 comma 6), all'indicazione a queste ultime di eventuali misure correttive nei casi di violazione delle norme procedurali, relazionando al Garante della sostenibilità sull'eventuale loro mancato accoglimento (e non solo: si veda *infra*); dalla raccolta e valorizzazione delle buone prassi in materia di partecipazione dei lavoratori attuate dalle aziende, alla redazione, ogni due anni, di una relazione nazionale sulla partecipazione dei lavoratori nei luoghi di lavoro (locuzione usata qui per la prima volta); dalla presentazione al Cnel di proposte legislative volte a incoraggiare le varie forme di partecipazione, alla raccolta dei verbali delle riunioni delle commissioni paritetiche, senza, però, che sia mai specificato chi li debba trasmettere (art. 20 comma 5).

15. Il Garante della sostenibilità sociale delle imprese

Apparentemente eccentrica rispetto al tema della partecipazione si presenta l'istituzione (e non la «costituzione» come da rubrica dell'art. 21) del Garante della sostenibilità sociale delle imprese (di seguito Garante), un organismo (non un «meccanismo»: così, invece, l'art. 21 comma 3) consistente in un «ufficio», la cui struttura e composizione saranno determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, il Ministro delle imprese e del *made in Italy* e il Ministro dell'economia e delle finanze (art. 21 comma 2).

Peraltro, prerogativa unica del Garante è la «certificazione della condotta d'impresa responsabile delle società che, su base volontaria, si sottopongono alla valutazione, anche avvalendosi di modelli di sostenibilità sociale gestiti da soggetti indipendenti, al fine di individuare, prevenire, attenuare e rendere conto

dei danni esterni derivanti dagli impatti negativi sui diritti umani e dagli impatti ambientali negativi nelle attività che svolgono, nelle loro filiazioni e nella catena del valore cui partecipano» (art. 21 comma 3). Fin qui l'eccentricità risulta palese nonostante la promettente definizione di «impresa sostenibile» contenuta nella Proposta quale «impresa che persegue volontariamente il raggiungimento di obiettivi di equità sociale e di protezione ambientale con finalità economiche di creazione di valore per tutti i portatori di interesse» (art. 2 comma 1, lett. e)).

A conferma dell'eccentricità suonerebbe, poi, l'adozione da parte del Garante, ai fini del riconoscimento della sostenibilità sociale dell'impresa, di «modelli di valutazione che diano conto del contributo al raggiungimento degli obiettivi di benessere equo e sostenibile, come definiti dagli indicatori di cui all'articolo 10, comma 10-bis, della l. 31 dicembre 2009, n. 196» ovvero nell'art. 1 D. MEF 16 ottobre 2017» (art. 21 comma 4). Si tratta, infatti, come più o meno noto: del reddito medio disponibile aggiustato *pro capite*; dell'indice di disuguaglianza del reddito disponibile; dell'indice di povertà assoluta; della speranza di vita in buona salute alla nascita; dell'eccesso di peso; dell'uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione; del tasso di mancata partecipazione al lavoro, con relativa scomposizione per genere; del rapporto tra tasso di occupazione delle donne di 25-49 anni con figli in età prescolare e delle donne senza figli; dell'indice di criminalità predatoria; dell'indice di efficienza della giustizia civile; delle emissioni di CO₂ e altri gas clima alteranti; dell'indice di abusivismo edilizio. Ciò che accomuna gli indicatori è il non aver nulla a che vedere con la partecipazione dei lavoratori.

Meno ad effetto ma più efficace e pertinente, sarebbe forse stato il limitarsi a prevedere l'adozione da parte del Garante, ai fini del riconoscimento della sostenibilità sociale dell'impresa, di modelli di valutazione che tengano conto di fattori ben più significativi ai fini della Proposta, quali quelli dalla stessa esplicitamente richiamati, seppure in sordina, ovvero l'adozione da parte dell'impresa di strumenti di partecipazione dei propri dipendenti e la significatività degli stessi; l'adozione di piani di azionariato; l'applicazione dei Ccnl maggiormente applicati ai settori di riferimento e l'esistenza di contrattazione aziendale o territoriale; la tipologia, quantità e qualità dei piani formativi per i lavoratori dipendenti (art. 21 comma 4).

In questa prospettiva, molto pertinente e significativa risulta la prerogativa di attivazione, *motu proprio*, da parte del Garante, di «verifiche per la certificazione della sostenibilità sociale delle imprese anche nel caso in cui esse non siano state richieste dall'impresa stessa». Ciò sulla base dei «verbali di mancato accordo» (*rectius* di «mancata composizione della divergenza»: art. 14 comma 3), delle comunicazioni annuali da parte delle Commissioni paritetiche per la partecipazione consultiva (art. 14 comma 5) e delle segnalazioni, da parte delle stesse, di controversie interpretative in ordine alle modalità di esecuzione delle procedure ovvero di presunte violazioni delle stesse, indirizzate alla Commissione nazionale permanente (art. 14 comma 6) ma trasmesse da quest'ultima al Garante (art. 20 comma 5).

Altrettanto significativa risulta la previsione secondo la quale «gli atti relativi alla valutazione di sostenibilità sociale delle imprese, nonché la relativa certificazione con annesso giudizio, sono pubblicati sul sito istituzionale del Garante,

nonché in una sezione appositamente costituita sul sito istituzionale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali» (art. 20 comma 6).

Al fine di stimolare la certificazione di sostenibilità sociale, la Proposta prevede che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Cnel, siano definiti meccanismi premiali ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 19 per le imprese che l'abbiano ricevuta (art. 20 comma 7).

16. Conclusioni

La Proposta elaborata dalla Cisl costituisce, ad avviso di chi scrive, una stimolante e articolata base per una seria riflessione sulla partecipazione, alla quale saranno inevitabilmente chiamate le altre parti sociali, il legislatore e la dottrina.

Pur con le criticità evidenziate, più che altro a fini di miglioramento del testo in sede di dibattito parlamentare, la Proposta affronta, nelle sue molteplici sfaccettature, una tematica che tocca corde profonde del sistema di relazioni industriali italiano, a partire dall'approccio non pregiudizialmente e necessariamente conflittuale tra le parti.

Tuttavia, come evidenziato nell'Introduzione, lo sforzo delle Confederazioni sindacali, anche qualora diventasse unitario a sostegno di forme di partecipazione che, altrettanto non pregiudizialmente e necessariamente, escludano il conflitto, rischia di risultare vano in assenza di corrispondenza da parte delle strutture di rappresentanza, soprattutto territoriale, del mondo imprenditoriale e di una loro capillare opera di convincimento degli associati. Certamente, una simile operazione richiederebbe una notevole 'presa' di quelle strutture, difficilmente esercitabile in una fase così complessa della rappresentanza datoriale.

In questo scenario, un ruolo decisivo potrà essere giocato dall'Esecutivo e della sua maggioranza parlamentare nel favorire, accelerandolo, l'*iter* di discussione della Proposta che, stando almeno ad una impressione superficiale, potrebbe raccogliere consensi anche in quella parte della minoranza che, in passato, da maggioranza, aveva dato prova di non condividere l'approccio pregiudizialmente e necessariamente conflittuale di alcuni attori del sistema di relazioni industriali.

Riferimenti bibliografici

- Ales, E. 2012. "Il contropotere di democrazia industriale in Marcello Pedrazzoli: l'attualità di un pensiero." In *Risistemare il diritto del lavoro: liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. Corazza, L. Nogler, 81 sgg. Milano: FrancoAngeli.
- Ales, E. 2014. "Quale futuro per il modello partecipativo in Italia?" In L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, 37 sgg. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Ales, E. 2020. "La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei Lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9." *DLM I*: 15 sgg.
- Ales, E. 2021a. "I diritti sindacali di controllo nell'opera di Massimo Roccella: una rilettura in dialogo postumo." In M. Aimò, A. Fenoglio, D. Izzi, *Studi in memoria di Massimo Roccella*, 683 sgg. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Ales, E. 2021b. "Who is afraid of unions representation? Some considerations on the SAP SE case in the light of EU Labour Law." *ILLe-J* 14, 2: 71-83.

Corti, M. 2012. *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*. Milano: Vita e pensiero.

Pedrazzoli, M. 1985. *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Milano: Giuffrè.

Intelligenza artificiale, professionalità e contratto di lavoro

Cristina Alessi

A Riccardo
Mi sto facendo un po' di posto
E che mi aspetto chi lo sa
Che posto vuoto ce n'è stato, ce n'è, ce ne sarà.
(Ligabue, *Ho messo via*)

1. Premessa

L'incidenza dell'innovazione tecnologica sul contratto di lavoro è un tema che ciclicamente si ripresenta all'attenzione (non solo) dei giuristi del lavoro, accompagnata dalla riflessione sulla tenuta della normativa lavoristica rispetto alla trasformazione dei modi di produrre e, di conseguenza, di lavorare. Non fa eccezione la più recente rivoluzione tecnologica che, a differenza delle altre, sembra svilupparsi a una velocità tale da non poter più essere ristretta entro precisi confini temporali, presentandosi invece come un processo evolutivo continuo, come si ricava dalle letture che ne fanno, tra gli altri, sociologi ed economisti. Qualche anno fa Riccardo Del Punta si chiedeva cosa potesse fare il diritto del lavoro a fronte di mutamenti così profondi e in evoluzione incessante dei modi di lavorare, provando a fornire alcune risposte¹. Io proverò di collocarmi nel solco di quella riflessione, cercando a mia volta fornire spunti di discussione in ordine ad alcuni profili di disciplina del contratto di lavoro, come il ruolo delle mansioni e della professionalità del lavoratore nei nuovi modelli di organizzazione del lavoro conformati dall'intelligenza artificiale.

¹ Del Punta 2019, 15 sgg.; si veda anche Del Punta 2020, 99 sgg. e Del Punta 2018, 237 sgg. Tutti i saggi indicati sono oggi riprodotti in Chiaromonte, Vallauri 2024, voll. I e II.

2. Potere direttivo e trasparenza

Una delle questioni più rilevanti che si pongono nel contesto della trasformazione appena richiamata riguarda il cuore del contratto di lavoro, dal momento che i mutamenti delle modalità di svolgimento della prestazione, e dunque delle competenze richieste ai lavoratori, richiedono un adattamento continuo della professionalità dei lavoratori, oltre allo sviluppo di capacità (le c.d. *soft skills*) diverse da quelle tecniche, ma ad esse complementari.

In primo luogo, il diritto del lavoro dovrebbe accompagnare questi processi (e, come si dirà più avanti, provare ad anticiparli), attraverso una revisione (anche in via interpretativa) di alcuni dei suoi snodi fondamentali. Per questo profilo, in effetti, più che attendere l'intervento del legislatore, pure necessario per la regolamentazione dell'incidenza dell'intelligenza artificiale (d'ora in avanti IA) nella gestione dei rapporti di lavoro, occorre interrogarsi sulle categorie fondanti del contratto di lavoro, a partire dall'oggetto del contratto². La questione centrale, insomma, riguarda proprio il cuore del contratto di lavoro, le mansioni o, meglio, la professionalità del lavoratore. La modifica dell'art. 2103 c.c. introdotta dal d.lgs. n. 81/2015, in altre parole, deve essere letta alla luce delle nuove forme di organizzazione del lavoro. Non si tratta, certo, di una novità assoluta, dal momento che fin dall'avvento della rivoluzione tecnologica è stato necessario interrogarsi sulla tenuta delle categorie tradizionali con le quali il diritto del lavoro è da sempre abituato a confrontarsi³. Oggi quel dibattito va affrontato alla luce della pervasività delle nuove tecnologie, della rapidità della loro evoluzione, come si è detto, e della incidenza del potere direttivo esercitato per il tramite dell'intelligenza artificiale sui diritti dei lavoratori.

Una prima questione concerne senza dubbio il potere direttivo del datore di lavoro e i suoi limiti, colto dall'angolo visuale del potere di conformazione della prestazione in ragione degli interessi dell'organizzazione produttiva⁴. Si tratta di un tema che si intende affrontare, in questo contributo, dal punto di vista delle «tradizionali» organizzazioni del lavoro, non tanto da quello del lavoro tramite piattaforma, che resta comunque sullo sfondo, perché alcune delle soluzioni che sono state proposte in quell'ambito possono riguardare anche gli assetti organizzativi classici⁵.

Occorre, preliminarmente, sgombrare il campo dalla questione relativa all'attribuzione al datore di lavoro della responsabilità delle decisioni organizzative assunte dall'IA, cosa che non pare possa essere seriamente messa in dub-

² È quanto in dottrina si è cominciato a fare, proprio alla luce dei nuovi modelli organizzativi dell'impresa. Si veda, ad es., Pinto 2024, 324 ss.

³ Si veda, per tutti, le considerazioni di Carinci 1985, 222 sgg., spec. par. 3; Vardaro 1986, 75 sgg.

⁴ Sulla questione si veda Bano 2024, spec. 136 sgg.

⁵ Come osserva Lo Faro 2022, 190, infatti, «forme di automazione algoritmica – sul mercato del mercato, oltre che nel rapporto di lavoro – si registrano invero anche in imprese «non tecnologiche»».

bio⁶. Nel momento in cui, cioè, il datore di lavoro si serve di un sistema di IA per l'organizzazione del lavoro, le decisioni in materia sono a lui riferibili, anche se i risultati dell'elaborazione dei dati da parte del sistema sono imprevedibili, talvolta irrazionali⁷. In questo senso si muovono le ricostruzioni dottrinali che, sottolineando l'indistinguibilità tra il potere di conformazione e quello di controllo, fanno leva sulla normativa europea in materia di IA da poco in vigore⁸ e su quella ancora *in fieri*⁹ che, nell'individuare gli strumenti che possono contrastare gli effetti negativi rispetto ai diritti fondamentali delle decisioni algoritmiche, si fonda sui principi della trasparenza e dell'intervento umano, costruendo il diritto delle persone a conoscere i criteri sulla base dei quali vengono assunte le decisioni che le riguardano (nel nostro caso le decisioni relative alla gestione del rapporto di lavoro, dalle promozioni, ai trasferimenti, all'organizzazione del lavoro) e il diritto a ottenere la revisione della decisione da parte di un umano nel caso in cui si dubiti della correttezza della stessa. Questi aspetti meriterebbero una trattazione più approfondita di quanto si possa fare in questa sede; si può però segnalare come l'intreccio dei poteri risultante dall'utilizzo di sistemi di IA rende soggette al principio di trasparenza *tutte* le decisioni assunte attraverso il sistema, anche quelle che tradizionalmente vengono considerate rientranti nei poteri discrezionali del datore di lavoro¹⁰. Decisioni cioè insindacabili quanto al loro fondamento e alla loro giustificazione, se non quando hanno un effetto discriminatorio. Non a caso G. Proia ha recentemente affermato che il principio di trasparenza consente di entrare «nei bastioni inespugnabili delle prerogative imprenditoriali»¹¹. Il principio di trasparenza, in particolare, sembra operare non solo a valle del processo decisionale, ma anche a monte, nel momento in cui si definiscono i criteri che devono sorreggerlo. Da questo punto di vista, il Regolamento sull'IA prevede, per i sistemi ad alto rischio, tra cui quelli che possono incidere sui diritti dei lavoratori (Peruzzi 2021, 37), l'obbligo di fornire informazioni sui criteri utilizzati dal sistema per assumere le decisioni (Barbera 2023, 7 sgg.). Il principio di trasparenza potrebbe rivelarsi uno strumento tutt'altro che debole, se utilizzato per forzare la scatola nera del potere impen-

⁶ In questo senso Dagnino 2019, 78 sgg.; Ciucciiovino 2024.

⁷ Si v. gli esempi riportati da Lo Faro 2022, 192 sgg. e Peruzzi 2021, 57. Del resto, che il risultato dell'elaborazione dei dati possa condurre a decisioni irrazionali dipende dal funzionamento dell'algoritmo, non dissimilmente da quanto avviene nella mente umana. Lo ricorda Sartor 2022, 20, richiamando il concetto di razionalità limitata proposto da H. Simon.

⁸ Il riferimento è al Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale, approvato in via definitiva il 13 marzo 2024, ma anche alla prospettiva aperta dal GDPR, sul quale si veda Peruzzi 2023, *passim*.

⁹ Si veda la proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM/2021/762 final).

¹⁰ In questa prospettiva si pone, condivisibilmente, Zilli 2022, 67 sgg. e 151 sgg.

¹¹ G. Proia, *Relazione introduttiva*, Seminario di Bertinoro, 14 dicembre 2023, inedita a quanto consta. Il video è disponibile all'indirizzo <https://dsg.unibo.it/it/eventi/seminari-di-bertinoro-2023-la-trasparenza-nei-rapporti-di-lavoro-xviii-edizione>.

ditoriale e consentire ai lavoratori e ai loro rappresentanti di accedere alle motivazioni che sorreggono le decisioni organizzative. Certo, ci sono da superare alcuni non banali limiti, tecnici e giuridici¹², ma occorre anche chiarire che ciò che si richiede non sono tanto i meccanismi di funzionamento dell'algoritmo, per i quali occorrono conoscenze specialistiche, ma i criteri sulla base dei quali l'algoritmo effettuerà le proprie scelte organizzative, almeno nella fase iniziale del suo funzionamento, ovvero, nel nostro caso, le scelte imprenditoriali che determineranno poi la conformazione della prestazione di volta in volta richiesta al lavoratore.

3. IA e professionalità del lavoratore

Un profilo sul quale la discussione è ancora all'inizio è l'apporto della professionalità del lavoratore alla stessa organizzazione del lavoro, attraverso l'interazione con le macchine (Ciucciovino 2022). Gli studi più recenti sull'interazione uomo-macchina dimostrano come i sistemi c.d. di *machine learning*, che hanno ormai un ruolo centrale nelle organizzazioni produttive innovative, siano in grado di elaborare una enorme quantità di informazioni in tempi rapidissimi e di modificare, di conseguenza, i modelli organizzativi secondo criteri legati al miglioramento dell'efficienza e della produttività¹³. In queste operazioni, tuttavia, l'intelligenza artificiale apprende dalle interazioni con l'essere umano e migliora le proprie prestazioni proprio sulla base degli impulsi e delle correzioni che di volta in volta l'uomo apporta alla macchina. La relazione uomo-macchina è dunque biunivoca¹⁴ e comporta benefici innegabili dal punto di vista della produttività, da un lato, e del miglioramento dello stesso sistema di intelligenza artificiale dall'altro¹⁵. In diversi settori del pensiero giuridico, come il diritto civile e commerciale, si stanno studiando i possibili risvolti, in termini di valutazione economica, dei miglioramenti che il committente di un certo servizio può apportare al funzionamento del programma di elaborazione dei dati deputato alla fornitura del servizio medesimo, attraverso ciò che il programma apprende durante detta fornitura. E si chiede anche se questo miglioramento debba essere compensato economicamente al committente da parte del fornitore (Vacchi 2020). Nel quadro di un contratto di lavoro, l'apporto del lavoratore al miglioramento dei processi produttivi e all'organizzazione del lavoro, attuato attraverso l'interazione con la macchina, andrebbe valutato anche dal punto di vista retributivo, per esempio nella considerazione di questi aspetti ai fini della classificazione del personale, ovvero prevedendo elementi aggiuntivi della retribuzione,

¹² Quali quelli segnalati da Bano 2014, 141.

¹³ In questo senso il quaderno del Cnel, *Intelligenza artificiale e mercati del lavoro*, n. 21/2024, 39 sgg.

¹⁴ Di «complementarità tra uomo e macchina» parla Dagnino 2019, 107.

¹⁵ Faioli 2018, spec. 211 sgg.; si. si veda anche Cipriani 2018, che precisa tuttavia che i processi di innovazione devono essere «innestati su un coinvolgimento autentico delle persone».

da contrattare anche a livello aziendale, per i lavoratori che interagiscono con macchine intelligenti. E ciò perché in questi modelli organizzativi, in definitiva, la prestazione di lavoro assume una duplice coloritura, dal momento che costituisce al tempo stesso adempimento del contratto di lavoro e contributo al miglioramento dell'organizzazione del lavoro.

Alla contrattazione collettiva spetta dunque un compito non semplice, che inizia a prendere forma nei primi rinnovi contrattuali che hanno messo mano ai sistemi di inquadramento¹⁶, sulla scorta delle indicazioni di cui all'art. 2103 c.c.¹⁷. La sfida è duplice: da un lato, occorre ragionare secondo schemi molto diversi dal passato, passando da una classificazione fondata soprattutto sui singoli compiti assegnati al lavoratore a una nella quale entrino in gioco (anche nella determinazione della retribuzione) competenze non solo tecniche, ma richieste dalle nuove modalità di organizzazione del lavoro, come quelle indicate più sopra¹⁸. Dall'altro lato, occorre provare a immaginare una diversa articolazione dei livelli di inquadramento, proprio a partire dalla cancellazione del criterio dell'equivalenza. Un apporto importante potrebbe venire anche dalla contrattazione di secondo livello, più vicina al modello organizzativo concreto. Il riferimento, che pure emerge dai più recenti rinnovi contrattuali, è insomma a una classificazione integrabile a livello aziendale attraverso un sistema di rinvii, che permetterebbe di rendere più flessibile il sistema di inquadramento e, al tempo stesso, più aderente alle singole realtà¹⁹.

Una questione strettamente correlata a quella appena affrontata riguarda, poi, la valutazione della prestazione dei lavoratori alla luce della (ormai non più eludibile) interazione con sistemi di intelligenza artificiale (Dagnino 2019). Questa prospettiva di indagine può essere solo accennata, ma pare importante nella riflessione sui nuovi modelli organizzativi del lavoro. Non ci si occuperà in questa sede delle prospettive di integrazione dell'intelligenza artificiale con quella umana, attraverso sistemi che pongono, come rilevato in dottrina (Maio 2018), inediti problemi di rispetto della dignità umana (la prospettiva del lavoratore «aumentato», ad esempio). L'ottica di questo contributo è quella posta dalle forme di cooperazione tra l'intelligenza umana e quella artificiale, attraverso l'utilizzo di strumenti di lavoro governati in via principale da quest'ultima (Santosuosso 2021).

¹⁶ Tomassetti 2022; Barbieri 2023 sottolinea come «la destandardizzazione dei processi produttivi, nell'industria e non solo nell'industria, dovuta alle innovazioni tecnologiche e organizzative, se da un lato richiama alle imprese rinnovate capacità di organizzazione, dall'altro pone semmai questioni in parte nuove in tema di metrica del lavoro».

¹⁷ Che l'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, costituisca un serio incentivo alla contrattazione per la revisione dei sistemi di inquadramento è osservazione condivisa. Si veda, tra gli altri, Gargiulo 2015; Alessi 2020.

¹⁸ In tema si veda Fenoglio 2024; Ciucciiovino 2024, 132 sgg.

¹⁹ Tomassetti 2022, 196 sgg.; sottolinea i rischi connessi al decentramento dei sistemi di inquadramento Barbieri 2023, 19 sgg.

Come si è accennato, alcune esperienze contrattuali sembrano andare nella direzione della valorizzazione delle competenze trasversali dei lavoratori, riconfigurando la classificazione dei lavoratori non più intorno al concetto di mansione, bensì a quello di ruolo²⁰, strettamente collegato alle competenze tecniche e non del lavoratore e all'organizzazione concreta del lavoro. In un simile quadro, la valutazione della prestazione del lavoratore non dovrebbe prescindere dall'apporto dato, attraverso la propria professionalità (Dagnino 2019, 103 sgg.), al miglioramento della stessa organizzazione del lavoro, tramite l'interazione con la macchina. Come ha esattamente osservato Valerio Maio «il servizio umano sarà un valore aggiunto e l'imperfezione umana paradossalmente potrà considerarsi sinonimo di qualità», risultando vincente «anche la capacità di lavorare in maniera profonda e creativa con le macchine, umanizzandone l'operato» (Maio 2018, 1430).

Se questo aspetto, tuttavia, rappresenta il lato positivo dell'interazione uomo-macchina, il lato negativo può essere individuato nell'incidenza di detta interazione sulla valutazione dell'esatto adempimento da parte del lavoratore. Ciò che occorre chiedersi, in altre parole, è in che modo attribuire la responsabilità per l'inadempimento della prestazione una volta che la prestazione stessa sia effettuata dall'uomo e dalla macchina. Nel settore della responsabilità civile, per esempio, si ricorre all'istituto della *culpa in vigilando* (Maio 2018, 1432), sulla scorta della Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017, che attribuisce a chi ha la «custodia» della macchina la responsabilità (sia pure condivisa con il costruttore) per eventuali danni provocati dalla macchina stessa o alla *culpa in educando* (Santosuosso 2012), quando i comportamenti del robot dipendono dalla «istruzione» ricevuta dal proprietario. In questo senso sembra muoversi anche la risoluzione del parlamento europeo del 20 ottobre 2020²¹. Nell'ambito del rapporto di lavoro, però, il problema è ancora più complesso, perché presuppone, da un lato, la possibilità di distinguere l'apporto del lavoratore rispetto a quello della macchina e, dall'altro, la padronanza da parte del lavoratore della gestione della macchina e la capacità di modifica dei modelli di «comportamento» (se così si può dire) della stessa²².

Un approccio di questo tipo, tuttavia, richiede che la professionalità del lavoratore sia adeguata al ruolo assegnato all'interno dell'impresa e venga costantemente aggiornata rispetto all'evoluzione tecnologica. Il che porta ovviamente a discutere del ruolo della formazione nelle moderne organizzazioni del lavoro, alla luce della previsione sul diritto alla formazione contenuto nell'art. 2103 c.c.

²⁰ Tomassetti 2022, 193; Focareta 2023; Preteroti, Cairoli 2021.

²¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL). Sulla responsabilità d'impresa nell'utilizzo dell'IA si veda, tra gli altri, Schneider 2022.

²² In dottrina, ad esempio, si discute della possibile applicazione degli artt. 2048 e 2049 c.c. nei casi dei danni provocati dalle macchine intelligenti. Si veda Coppini 2018. Sulla questione della valutazione dell'inadempimento del lavoratore che coopera con una macchina intelligente si vedano le osservazioni di Zappalà 2021, spec. 25 sgg.

4. IA, formazione e contratto di lavoro

La necessità di adeguamento continuo della professionalità del lavoratore alle modifiche dell'organizzazione e delle modalità di svolgimento del lavoro è forse l'aspetto maggiormente connesso alla rapidità con cui si muove l'innovazione tecnologica e alla correlata richiesta di capacità di adattamento continuo del lavoratore (Dagnino 2019, spec. 108 sgg.).

La letteratura in materia (non solo giuridica) è concorde nell'affermare che la formazione basata esclusivamente sulle competenze tecniche è, in questo quadro, destinata a fallire e che occorre pensare a un sistema di formazione continua che, in qualche modo, anticipi l'innovazione. Sul punto si può certamente concordare, precisando tuttavia che non si tratta di una novità. Oggi, ma questo valeva anche in passato, il sistema formativo non dovrebbe seguire l'evoluzione tecnologica, ma anticiparla, altrimenti il rischio è quello di una rincorsa infinita.

Sul piano del rapporto di lavoro, la modifica dell'art. 2103 c.c. nel senso dell'introduzione del diritto alla formazione in ogni ipotesi di mutamento delle mansioni è solo un tassello del mosaico, ma particolarmente importante. Come si è sostenuto in altre sedi, il diritto alla formazione, benché sfornito di una sanzione espressa, deve essere considerato perfetto e azionabile dal lavoratore, anche sotto forma di eccezione di inadempimento (Alessi 2020, 452 sgg.). Nelle moderne organizzazioni del lavoro, là dove al lavoratore viene richiesto un continuo adeguamento delle proprie competenze, detto diritto si deve ritenere applicabile anche a tutte le ipotesi di modifica dell'organizzazione del lavoro e delle modalità di svolgimento della prestazione che incidano sulla professionalità richiesta al lavoratore, anche nell'ambito dello stesso livello di inquadramento²³.

Un simile diritto, tuttavia, resta svuotato di senso se non è sostenuto dalle previsioni della contrattazione collettiva e dall'edificazione di un sistema di formazione professionale continua nel quale un ruolo rilevante deve assumere la valorizzazione delle competenze richieste dall'evoluzione tecnologica, in primis le c.d. *soft skills* (Ciucciiovino 2018). Un sistema, cioè, nel quale si guardi non tanto alle competenze tecniche, ma alle *capabilities*, come è stato efficacemente sostenuto (Caruso 2018).

La costruzione di un sistema del genere richiede cioè l'impegno e anche l'interazione tra diversi attori: il sindacato, le imprese e le istituzioni di governo del mercato del lavoro. Il tutto in un quadro normativo più incentivante di quello attuale, nel quale la regolazione dei congedi formativi, in particolare di quelli a scelta dei lavoratori, per fare l'esempio più eclatante, è tutt'altro che favorevole, tale cioè da consegnarli al regno dell'irrilevanza, se non dell'inutilità. Occorre anzitutto una revisione dei percorsi formativi nel senso del potenziamento delle competenze tecnologiche, di quelle legate alle capacità di apprendere, ma anche delle capacità di rispondere creativamente agli stimoli dell'innovazione. Questo deve valere tanto per i più elevati livelli di classificazione quanto per quelli più bassi.

²³ Della necessità di un pieno riconoscimento del diritto alla formazione parla Del Punta 2024.

Per quanto riguarda la formazione *nel* rapporto di lavoro, c'è anche bisogno che la contrattazione collettiva migliori le previsioni attuali in materia. Il contratto collettivo dei metalmeccanici è stato salutato come un primo passo in questa direzione, ma si tratta di un passo piuttosto timido, se si considera l'entità della formazione prevista (24 ore in un triennio). Vi sono però esperienze contrattuali più incoraggianti, modellate talvolta sulla storica esperienza delle «150 ore», che potrebbero essere prese a modello.

L'ultimo aspetto riguarda la formazione nel mercato del lavoro. Una delle caratteristiche del lavoro del terzo millennio è la frammentazione dei percorsi lavorativi, che comporta traiettorie non lineari, caratterizzate dall'alternanza tra periodi di lavoro e di non lavoro. Gli effetti di percorsi di questo genere sono particolarmente preoccupanti, sia nell'immediato che nel futuro, una volta cessata la vita lavorativa. Non è possibile analizzare compiutamente la questione, su cui esiste tuttavia una vastissima letteratura; ci si può limitare, in questa sede, a ricordare che i rischi maggiori riguardano il livello di reddito e l'esclusione sociale delle persone coinvolte, ma anche il depauperamento della professionalità, che in verità sono fenomeni strettamente collegati. Su questi rischi bisogna intervenire con particolare efficacia. Il nostro sistema di formazione professionale è, com'è noto, da rivedere profondamente, sia nei contenuti della formazione erogata, alla luce delle osservazioni svolte in precedenza, sia nella sua organizzazione, in particolare per quanto riguarda l'accesso ai percorsi formativi per i lavoratori destinatari di strumenti di sostegno al reddito o comunque disoccupati (Del Punta 2024, 579 sgg.).

Strumenti ampiamente sperimentati in altri ordinamenti, come quello francese, ad esempio i congedi e il bilancio di competenze (ma non solo) dovrebbero essere utilizzati per costruire percorsi il più possibile personalizzati (Valenti 2021, 69 sgg.). Nel miglioramento e nella modernizzazione del sistema dovrebbero poi avere un ruolo rilevante le parti sociali (anche attraverso gli enti bilaterali), le Regioni, cui è affidata dalla Costituzione la competenza in materia di formazione professionale, e le istituzioni di governo del mercato del lavoro (Ciucciavino 2022, 137 sgg.). È solo attraverso l'interazione di questi interventi che è possibile affrontare le sfide dell'innovazione tecnologica.

Riferimenti bibliografici

- Del Punta, R. 2019. "Diritto del lavoro e economia digitale." In *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone. Bari: Cacucci.
- Del Punta, R. 2020. "I diritti del lavoro nell'economia digitale." In *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo, 99 sgg. Pisa: Pacini Editore.
- Del Punta, R. 2020. "I diritti del lavoro nell'economia digitale." In *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo. Pisa: Pacini Editore.
- Del Punta, R. 2018. "Un diritto per il lavoro 4.0." In *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, 237 sgg. Firenze: Firenze University Press.

- Chiaromonte, W., Vallauri, M.L. 2024. *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro*. Voll. I e II. Firenze: Firenze University Press.
- Carinci, F. 1985. "Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro." In *DLRI*, 222 sgg.
- Pinto, V. 2023, "Contratto di lavoro e professionalità", in *Enciclopedia del Diritto*, I tematici, VI, diretto da Del Punta, R., Romei, R., Scarpelli, F., Milano: Giuffrè, p. 324 ss.
- Vardaro, G. 1986. "Tecnica, tecnologia e ideologia nella tecnica del diritto del lavoro." In *Pol. Dir.*, 75 sgg.
- Bano, F. 2024. "Algoritmi al lavoro. Riflessioni sul management algoritmico." In *LD*.
- Lo Faro, A. 2022. "Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme." In *Federalismi.it* n. 25, 190.
- Dagnino, E. 2019. *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*. Milano: Adapt University Press.
- Ciucciiovino, S. 2024. "La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro." In *LDE* n. 1, 3 sgg.
- Peruzzi, M. 2021. "Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale." In *LLI*.
- Sartor, G. 2022. *L'intelligenza artificiale e il diritto*. Torino: Giappichelli.
- Peruzzi, M. 2023. *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*. Torino: Giappichelli.
- Zilli, A. 2022. *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*. Pisa: Pacini Giuridica.
- Peruzzi, M. 2021. "Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale." In *LLI*, 37.
- Barbera, M. 2023. "La nave deve navigare'. Rischio e responsabilità al tempo dell'impresa digitale." In *LLI* n. 2, 7 sgg.
- Ciucciiovino, S. 2022. "Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale." In *Federalismi.it* n. 9, 129 sgg.
- Faioli, M. 2018. *Mansioni e macchina intelligente*. Torino: Giappichelli.
- Cipriani, A. 2018. "La partecipazione innovativa dei lavoratori. Creatività e contraddizioni nel lavoro 4.0." In *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, 175 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Vacchi, A. 2020. "Artificial intelligence e Industria 4.0 tra tecnoetica e tecnodiritto." In *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, 277 sgg. Milano: Giuffrè.
- Tomassetti, P. 2022. "Competenze e formazione nei sistemi d'inquadramento di nuova generazione." In *RGL I*, 191 sgg.
- Barbieri, M. 2023. "Innovazioni tecnologico-organizzative e inquadramenti nei rinnovi dei CCNL delle imprese private." In *LLI* 1, 26.
- Gargiulo, U. 2015. "Lo «ius variandi» nel «nuovo» art. 2103 cod. civ." In *RGL I*, 619 sgg.
- Alessi, C. 2020. "Commento all'art. 2103 c.c., commi 1-7." In *Commentario alle leggi sul lavoro*, a cura di R. Del Punta, F. Scarpelli, 437 sgg. Milano: Wolters Kluwer.
- Fenoglio, A. 2024. "Professionalità e competenze: tracce di osmosi fra impiego privato e pubblico." In *LD*, 156 sgg.
- Maio, V. 2018. "Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica." In *ADL*, 1414 sgg.
- Santosuosso, A. 2021. "A proposito della coevoluzione di umani e macchine intelligenti: note preliminari." In *GI* 6, 1494 sgg.
- Italiano, G.F., Prati, E. 2022. "Storia, tassonomia e sfide future dell'intelligenza artificiale." In *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, a cura di P. Severino, 57 sgg. Roma: Luiss University Press.

- Borelli, S., Brino, V., Faleri, C., Lazzeroni, L., Tebano, L., Zappalà, L. 2022. *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*. Torino: Giappichelli.
- Focareta, F. 2023. “Commento all’art. 1, Titolo II, CCNL Metalmeccanici.” In *Commentario al Contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, a cura di V. Bavaro, F. Focareta, A. Lassandari, F. Scarpelli, 308. Milano: Futura.
- Preteroti, A., Cairoli, S. 2021. “Il nuovo inquadramento professionale nell’industria metalmeccanica 4.0.” In *Commentario al CCNL Metalmeccanici 5 febbraio 2021*, a cura di G. Zilio Grandi, 146 sgg. Torino: Giappichelli.
- Santosuosso, A., Boscarato, C., Caroleo, F. 2012. “Robot e diritto: una prima ricognizione.” In *NGC* n. 7-8, 494 sgg.
- Schneider, G. 2022. “Intelligenza artificiale e decisioni automatizzate: la responsabilità regolatoria d’impresa oltre la compliance.” In *RDI* 1, 63 sgg.
- Coppini, L. 2018. “Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile.” In *PD*, 725 sgg.
- Zappalà, L. 2021. “Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale.” In *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 446*, spec. 25 sgg.
- Del Punta, R. 2024. “I diritti del lavoro nell’economia digitale.” In *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, vol. II, 580. Firenze: Firenze University Press.
- Ciucciovino, S. 2018. “Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell’industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione.” In *Working Paper Astril* n. 36, 14 sgg.
- Caruso, B. 2018. “Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0.” In *DLRI*, 106 sgg.
- Valenti, C. 2021. “The individual right to continuous training of workers: an analysis of best practices in the international framework.” In *LLI* 1, 69 sgg.

El derecho a utilizar los medios telemáticos de la empresa para el ejercicio de la acción sindical

Miguel Ángel Almendros González

Recordando a Riccardo...

1. Contextualización: el modelo español de representación de los intereses de los trabajadores en la empresa

El modelo español de representación y defensa de los intereses de los trabajadores en la empresa cuenta con un doble canal de participación: *sindical* y *unitario*. La *representación sindical* en la empresa la ostentan dos órganos: las *secciones sindicales* (el conjunto de los trabajadores de la empresa que están afiliados a un sindicato) y los *delegados sindicales* (cumpliendo los requisitos legales establecidos, el portavoz o representante de dichas secciones sindicales). Dicha representación sindical está presente en la empresa solo si la plantilla cuenta con trabajadores afiliados a un determinado sindicato. De este modo, su presencia en la empresa es contingente, puede no haber (si no hay con trabajadores afiliados a ningún sindicato) o puede ser plural (si cuenta con trabajadores afiliados a varios sindicatos). Por su parte, la *representación unitaria*, conocida también como representación legal, por ser exigida por ley para empresas de más de 10 trabajadores, se confiere bien a los *delegados de personal* (si la plantilla de la empresa es de menos de 50 trabajadores) bien al *comité de empresa* (si es de 50 o más trabajadores). Ambos órganos de representación unitaria representan a toda la plantilla de la empresa o del centro de trabajo, a todos los trabajadores, con independencia de si éstos están afiliados o no a un determinado sindicato (de ahí su denominación como «unitaria»).

Miguel Ángel Almendros González, University of Granada, Spain, miguelag@ugr.es, 0000-0002-0951-2593

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Miguel Ángel Almendros González, *El derecho a utilizar los medios telemáticos de la empresa para el ejercicio de la acción sindical*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.03, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 31-47, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Aunque, en sentido estricto, los derechos de representación colectiva de los trabajadores atribuida a los denominados *representantes unitarios* (Comités de empresa y Delegados de personal) tienen una protección jurídica (y, obviamente, constitucional) diferente a la actividad de las *representaciones sindicales en la empresa* (Secciones sindicales y Delegados sindicales), en virtud de la consideración de la acción sindical como contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, advertimos que en más de una ocasión nos vamos a referir de forma genérica, y en sentido impropio o traslativo, a *las actividades representativas como actividades sindicales*. Y es que, dada la generalizada «sindicalización» de los órganos de representación unitaria, las actividades de la representación unitaria y de la representación sindical en la empresa están íntima y estrechamente vinculadas. De hecho, entre ambos canales de representación existen evidentes conexiones, pues la representación unitaria puede estar formada por trabajadores afiliados a un sindicato (siendo incluso lo habitual). De este modo, un delegado de personal o un miembro del comité de empresa puede pertenecer también a una determinada sección sindical, e incluso ser el delegado sindical de la misma. Se daría la doble condición de representante unitario y representante sindical. Por ello, el ejercicio de las funciones representativas, tanto de los representantes sindicales como de los unitarios, lo enmarcamos en eses genérico concepto de *acción sindical*.

Por tanto, secciones sindicales, delegados sindicales y delegados de personal o comités de empresa constituyen los órganos de representación de los intereses de los trabajadores en la empresa, y son ellos los que tienen reconocidos los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, los derechos de información y consulta, así como el derecho de negociación colectiva, en suma, y en el sentido genérico antes señalado, son todos ellos los que tienen reconocida la acción sindical en la empresa.

2. La dotación de los medios materiales necesarios para el ejercicio de las funciones representativas: deber empresarial y derecho de los representantes de los trabajadores

Para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de representación sindical y unitaria de los trabajadores el ordenamiento jurídico laboral exige que la empresa facilite a tales representantes unos medios instrumentales para poder llevar a cabo sus funciones representativas. Éste va a constituir precisamente nuestro objeto de estudio: el derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios necesarios para el ejercicio de la acción sindical en la empresa, y, correlativamente, el deber empresarial de facilitar a los representantes de los trabajadores tales medios para el desempeño de sus funciones representativas. Ello comporta también la valoración de la adecuación de los medios puestos a disposición de los representantes de los trabajadores en un contexto de disrupción digital que ha revolucionado los sistemas de información y comunicación. E igualmente exige analizar también las limitaciones y restricciones de la utilización de los medios de la empresa para fines sindicales, así como de las posibilidades de control empresarial de dicha utilización.

3. El derecho a un local adecuado y un tablon de anuncios como única exigencia legal al empresario

La normativa legal impone a las empresas una serie de cargas y obligaciones que tienen por objeto garantizar a los representantes de los trabajadores el ejercicio de la acción sindical en la empresa, y en particular el ejercicio de su libertad de expresión y de sus derechos de información sindical y de comunicación con los trabajadores representados, con su propio sindicato y entre los propios representantes.

De este modo, el derecho de los representantes de los trabajadores a expresar con libertad «sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa» (artículo 68.d TRET¹) se conecta:

- con el derecho de los delegados de personal y del comité de empresa a disponer en la empresa, siempre que sus características lo permitan «de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores» y de disponer con esa misma finalidad informativa y comunicativa de «uno o varios tablones de anuncios» (artículo 81 TRET);
- con el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a distribuir información sindical «fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa» y «recibir la información que le remita su sindicato» (artículo 8.1.b y c LOLS²);
- y con el derecho de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los órganos de representación unitaria (1) a un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en el lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores «con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general» (artículo 8.2.a LOLS), y (2) a un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores (artículo 8.2.c LOLS)

4. Medios telemáticos³ y nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Especial referencia al correo electrónico corporativo

Con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la digitalización, la utilización generalizada y masiva de sistemas te-

¹ Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. El Estatuto de los Trabajadores originario fue aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo. En la actualidad, y tras sucesivas reformas normativas, la redacción vigente es la del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

² Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

³ Con el objetivo de sencillez y simplicidad, a todos estos recursos comunicativos, informáticos y digitales que incorporan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación los hemos incluido y agrupado en el concepto genérico de «medios telemáticos».

lemáticos e informáticos, internet, intranet, las redes sociales corporativas, los portales web, los blogs, los foros, los correos electrónicos, whatsapp, etcétera, queda en evidencia la obsolescencia y el desfase de tales previsiones legales relacionadas con la libertad de expresión sindical. Aunque, como hemos visto, las previsiones legales solo reconocen el derecho de los representantes de los trabajadores (unitarios y sindicales) a disponer de *un local adecuado y tableros de anuncios*, una interpretación teleológica y evolutiva avalaría también el reconocimiento de los nuevos recursos telemáticos como instrumentos idóneos para el ejercicio del derecho de información y comunicación sindical.

Es cierto que en sentido estricto el empleador solo estaría obligado legalmente a facilitar un local y un tablón de anuncios⁴, pero la finalidad y el objetivo que subyace en dicha regulación es el facilitar la acción sindical y la mayor eficacia en la difusión de la información y de las comunicaciones, por lo que el empleador, siempre que cuente ya con un sistema telemático y de comunicación para su actividad empresarial y cuando las características de la empresa o de la actividad lo permita, debería facilitar también los medios y recursos mejor adaptados al nivel de desarrollo actual de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Las dudas interpretativas que pudieran suscitar la ausencia de ese reconocimiento legal (o convencional) *expreso* de la obligación empresarial de facilitar los nuevos medios tecnológicos para la difusión de información y comunicados de los representantes de los trabajadores (y en particular, de los representantes sindicales) con sus representados fueron ya hace tiempo resueltas por el Tribunal Constitucional a través de su sentencia STC 281/2005, de 7 de noviembre, que declaraba que la negativa de la empresa a permitir la utilización con fines representativos de la misma herramienta de correo electrónico que ya tiene instalada y en funcionamiento, vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical. En síntesis, se argumenta lo siguiente⁵:

1. Distinción entre *contenido esencial* y *contenido adicional de la libertad sindical*.

Con carácter general, el derecho fundamental de libertad sindical comprende el derecho de los sindicatos a desarrollar las actividades que se dirigen a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, y a de-

⁴ Y en este sentido, la jurisprudencia se había mostrado contraria a extender, por analogía, la obligación legal del empresario de poner a disposición de los representantes de los trabajadores un local para actividades representativas y un tablón de anuncios para difundir informaciones también a poner a su disposición los medios telemáticos con fines representativos. Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 26 de noviembre de 2001 argumentaba que «no hay norma jurídica alguna» que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa «para realizar la comunicación con sus afiliados y con las Secciones sindicales». La utilización de dicho sistema informático de la empresa «podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida». El artículo 8 LOLS «consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo».

⁵ Dicha doctrina del Tribunal Constitucional es recogida de forma clara y sintética por la STS de 21 de febrero de 2019.

splegar los medios de acción necesarios para cumplir con las funciones que constitucionalmente les corresponden mediante el desarrollo de sus actividades sindicales en la empresa o fuera de ella. Pero junto a ese núcleo mínimo e indisponible del derecho de libertad sindical (contenido esencial), los sindicatos pueden ostentar además otros derechos adicionales que les atribuyen las normas legales o convencionales (contenido adicional)⁶.

2. *El derecho de información sindical como contenido esencial de la libertad sindical.* El derecho a informar a los trabajadores, sean o no afiliados, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical garantizado constitucionalmente, porque la transmisión de noticias y el flujo de información es fundamento de la participación y se configura como un elemento esencial para su efectividad. Por tanto, la información y comunicación de los representantes de los trabajadores con sus representados constituye una manifestación fundamental de la función representativa y de la acción sindical, y por consiguiente, forma parte del *contenido esencial de la libertad sindical*⁷.
3. *No hay obligación legal que expresamente exija al empleador disponer de herramientas informáticas para fines representativos y sindicales, creándolas ex novo y específicamente para ello.* Aunque los instrumentos necesarios para el ejercicio de derecho de información sindical se recogen en el artículo 8 LOLS, esta recepción legal expresa de medios materiales e instrumentos comunicativos (tales como un local o un tablón de anuncios) no supone que sean las únicas fórmulas que pueden utilizar los sindicatos para comunicarse con los trabajadores, al contrario, constituye un legítimo ejercicio de la libertad sindical la utilización de otros mecanismos de comunicación fuera de las horas de trabajo que no perturben la actividad normal de la empresa⁸. Para ello el legislador ha impuesto ciertas obligaciones al empresario para que colabore en facilitar los medios necesarios que permitan la difusión de la información sindical. Pero entre las cargas asumidas por la empresa «no puede incluirse la obligación de crear una herramienta de comunicación electrónica para facilitar esa actividad sindical»⁹. Si el legislador no lo ha dispuesto expre-

⁶ Como la imposición de obligaciones y cargas concretas a la empresa para facilitar y promover la acción sindical (*vid.* STC 173/1992, de 29 de octubre).

⁷ *Vid.* STC 94/1995, de 19 de junio. En cambio, el que para dicha comunicación sindical se utilicen los recursos tradicionales o las nuevas tecnologías de las que dispone la empresa, formaría parte de su contenido adicional.

⁸ En esta misma línea, la citada STC 94/1995, de 19 de junio, insistía en que el hecho de que existan unas concreciones legislativas de los medios e instrumentos con los que se ejercitan los derechos de información de los sindicatos «en modo alguno autoriza a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse con los trabajadores; por el contrario, siempre que la fórmula elegida para transmitir información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa».

⁹ Aclara el Tribunal Constitucional que aunque ese derecho «podría encontrar fundamento en el art. 8.1 c) LOLS, que no adjetiva el medio a través del cual aquellos afiliados podrán recibir en la empresa la información de su sindicato», sin embargo «la hipótesis de la configuración de la considerada como una obligación o carga empresarial de puesta a disposición de un medio

samente, no cabe considerar que forme parte del derecho de libertad sindical el de exigir a la empresa el establecimiento de un determinado sistema telemático con esa finalidad. No pudiéndose aplicar analógicamente a estos efectos las previsiones sobre los tablones de anuncios del art. 8 LOLS, a modo del derecho a una especie de *tablón de anuncios digital*, porque no hay norma legal que imponga la creación de otros canales o sistemas de comunicación e información diferentes a los previstos legalmente.

4. Pero dicho lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye reconociendo el *derecho del sindicato a utilizar con fines representativos y sindicales un sistema telemático preexistente en la empresa y creado con fines productivos*. De este modo, «no se trata de que la empresa tenga que asumir el gravamen de asegurar y disponer para uso sindical de ese medio de comunicación, sino de determinar si la falta de obligación empresarial en orden a facilitar tal infraestructura informática implica, a su vez, la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento». Por tanto, este planteamiento se inscribiría directamente en el ámbito del contenido esencial del derecho de libertad sindical, en la medida en que vulneran ese derecho los actos negativos, arbitrarios e injustificados tendentes a limitarlo¹⁰. En suma, sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que (1) tales medios existan, (2) su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y (3) se respeten determinados límites y reglas de uso (cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso). En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su utilización.

de comunicación concreto (el sistema de correo electrónico) habría de pasar por una mayor concreción legislativa, que no podría calificarse sino como contenido adicional del derecho fundamental, en tanto que, si el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, el establecimiento de una carga singular que obligue al empresario a asegurar un determinado sistema telemático que lo permita no forma parte del mismo. Ni de la norma se desprende inequívocamente esa obligación de la empresa, ni una interpretación de ese estilo puede fundarse en que la garantía de la comunicación depende de ello, toda vez que el ejercicio eficaz del derecho continúa siendo reconocible aunque los sindicatos no tengan acceso a todos y cada uno de los medios de transmisión que pueden favorecer el flujo de la información que remitan a sus afiliados». Por tanto, «no cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador».

¹⁰ De este modo, la STC 281/2005, de 7 de noviembre, tras recordar que «las organizaciones sindicales tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa (contenido adicional) aunque, conforme a lo dicho, al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación»; advierte que «no puede confundirse la ausencia de una obligación promocional que grave al empresario fuera de aquellos ámbitos con la posibilidad de que éste adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impositivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad».

Con independencia de tales interpretaciones más o menos extensivas de la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores recursos informáticos y de comunicación alternativos, los medios de difusión tradicionales (y en particular, el tablón de anuncios) se seguirán usando, pero es un hecho que, allí donde los hay, la información de los representantes de los trabajadores y los comunicados sindicales se difunden y transmiten de forma generalizada a través de esos recursos telemáticos, lo que ha provocado cierta conflictividad¹¹.

En resumen, y siguiendo la jurisprudencia mencionada¹², los criterios para la utilización de los sistemas telemáticos de la empresa con fines sindicales, y en concreto para tener derecho a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico para la difusión de información sindical, son:

1. solo existe obligación empresarial de facilitar medios telemáticos para la difusión de información sindical cuando lo exija un precepto legal o convencional, y por tanto, no existiendo ninguna previsión legal ni convenio colectivo que imponga a la empresa la obligación de crear herramientas de comunicación electrónica para facilitar la transmisión de información por parte de los representantes de los trabajadores, la negativa a su instauración no vulnera el derecho a la libertad sindical¹³;
2. si no existe dicha previsión normativa no es exigible a la empresa la creación *ex novo* o el desarrollo de una aplicación informática específica, pero si la empresa ya cuenta con medios telemáticos adecuados y su uso sindical no supone costes económicos y de gestión adicionales, estaría obligada a facilitar su utilización por los representantes de los trabajadores, por lo que, por ejemplo, se incurriría en conducta antisindical que infringe el derecho de libertad sindical la injustificada negativa de la empresa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiese haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes, o incremento de costes; y

¹¹ La Sentencia de la Audiencia Nacional SAN de 27 de mayo de 2014 pone de relieve cómo «la introducción en las empresas de medios de comunicación electrónicos en paralelo a los tradicionales o en sustitución de los mismos ha derivado en frecuentes litigios sobre los derechos de los trabajadores en tales nuevos contextos de organización».

¹² Y en este sentido resulta bastante ilustrativa la STS de 21 de febrero de 2019, que se fundamenta en la doctrina previamente sentada por la STC 281/2005.

¹³ En esta misma línea interpretativa, la STS de 17 de mayo de 2012 negaba el derecho a disponer de medios informáticos con fines sindicales porque lo que en realidad se estaba pretendiendo era que el empleador facilitara cuentas de correo a los trabajadores e implantase un sistema de comunicación electrónica inexistente hasta la fecha, concluyendo que «no estamos, pues, ante la valoración de si el uso del sistema de comunicación puede ser aprovechado para la información sindical, sino frente a la pretensión de que se instaure un cauce informático *ex novo*, sin apoyo en mandato convencional alguno», pues el convenio colectivo aplicable (en este caso Convenio estatal de Contact Center) se limita en su artículo 78 a la regulación clásica del tablón de anuncios en cada centro de trabajo.

3. precisamente, por el contrario, por tratarse de una herramienta configurada para la producción, la empresa podría condicionar el uso sindical de sus recursos telemáticos, incluso negarse a su utilización con fines sindicales, si ello conllevara una perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados, asumiendo en tal caso la empresa la carga probatoria.

5. Los convenios colectivos: la regulación convencional de la obligación de facilitar los recursos comunicativos de la empresa con fines representativos

Como ya hemos señalado, no hay previsiones legales que reconozcan expresa y claramente la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores los medios telemáticos de la empresa. Pero sí que hay significativas *manifestaciones en la negociación colectiva* que, siguiendo la doctrina jurisprudencial, configuran como un auténtico derecho, y correlativamente, como una obligación empresarial, el facilitar a los representantes de los trabajadores los medios telemáticos con los que ya cuenta la empresa para la difusión de información y comunicados. Sirva como ejemplo paradigmático el artículo 62 del Convenio Colectivo del Sector de la Banca, cuando reconoce que «las empresas, siempre que dispongan de intranet como herramienta usual de trabajo y de información a sus trabajadores, pondrán a disposición de las representaciones sindicales con presencia en los Comités de Empresa, de un sitio particular, habilitado para cada Sindicato, en el que puedan difundir las comunicaciones que periódicamente dirijan a sus afiliados y trabajadores en general, dentro de su ámbito de representación»¹⁴; e igualmente, para facilitar la comunicación, las empresas «proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo» a cada una de las secciones sindicales legalmente constituidas, de los sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial, si así lo solicitan. En cualquier caso, concluye dicho precepto convencional, «en correspondencia con esta facilidad, en el ámbito de la empresa, se suprimirán los tablones de anuncios, excepto en aquellos centros de trabajo en donde no se tenga acceso a la intranet. Las secciones sindicales, en la medida en que utilicen estos sistemas, deberán reducir en consonancia el volumen de comunicaciones remitidas por los medios tradicionales (fotocopias, notas en soporte papel, teléfono, ecc.)».

En algunos casos, ambos sistemas de difusión de información sindical o de mensajes y comunicados de los representantes de los trabajadores, los tradicionales locales y tablones de anuncios y los actuales sistemas informáticos de comunicación, conviven en la regulación convencional. Así, el artículo 47 del Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, Airbus Operations, Airbus Helicopters

¹⁴ Precizando que «estas zonas particulares serán recursos independientes de gestión documental, de acceso público de la plantilla y, exclusivamente, de consulta para el personal, con posibilidad de aviso de novedad dentro del propio portal sindical. El mantenimiento de las publicaciones será responsabilidad de los administradores que cada Sindicato designe al efecto y de acceso restringido a tal fin».

España y EADS Casa Espacio exige la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de un local y un tablón de anuncios¹⁵ y además, «la empresa facilitará y regulará los medios informáticos precisos para realizar su labor».

Aunque la libertad de expresión y los derechos de información y comunicación inherentes a la función representativa se reconocen tanto a la representación unitaria como a la representación sindical de los trabajadores, en la negociación colectiva se aprecia una tendencia a facilitar en mayor medida la utilización de los sistemas telemáticos con fines representativos a las secciones sindicales. Así, el artículo 63 del Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos reconoce a la representación del personal, tanto al comité de empresa como a las secciones sindicales, el derecho a un local adecuado y el derecho a un tablón de anuncios para difundir información y comunicados, pero únicamente reconoce a la representación sindical «los medios informáticos precisos para realizar su labor, es decir, un ordenador con impresora de red con acceso a correo electrónico a través de la red corporativa, un buzón propio, acceso libre a Intranet y a las páginas Web de Internet incluidas en listado prefijado»¹⁶.

6. Límites a los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores y control empresarial de la utilización de los medios

La utilización de los recursos informáticos de la empresa con fines sindicales y de representación de los trabajadores está sujeta a una serie de restricciones y límites para no perjudicar la actividad de la empresa ni conllevar un coste económico desproporcionado.

6.1. Protocolos de utilización negociados entre la empresa y los representantes de los trabajadores

Las empresas que en mayor medida utilizan sistemas tecnológicos de la información y de las comunicaciones son las que normalmente cuentan con criterios y reglas de uso específicos, en su mayor parte negociados con la representación de los trabajadores. De esta forma surgen *Protocolos* o *Manuales de utilización* de los sistemas telemáticos de las empresas con fines sindicales. Como ejemplo,

¹⁵ En concreto, dispone que «en cada centro de trabajo se habilitará un local, donde pueda reunirse el Comité de Empresa, de acuerdo con las posibilidades de cada Centro. En este local habrá material y mobiliario de oficina, y podrán utilizar la fotocopidora del centro de trabajo». Igualmente «se autorizan los tabloneros de anuncios que deberán tener un cristal y llave, y siempre una persona responsable del contenido de lo que se exponga». Esta persona que tendrá la llave de dichos tabloneros «puede ser quien ocupe la secretaría del Comité. De todo lo que se vaya a publicar se le dará, previamente, una copia a la Dirección del centro».

¹⁶ No obstante se recuerda que «la utilización indebida de estos medios, el envío masivo de correos de forma injustificada así como la cesión del uso de las direcciones a otras organizaciones no autorizadas, la divulgación de contenidos impropios o difamatorios para la empresa o las personas y la propagación intencionada de virus o *correo basura*, determinarán la pérdida de esta facilidad, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario».

el «Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja», regula la utilización de las herramientas y medios técnicos de la empresa puestos a disposición de los representantes de los trabajadores para la transmisión o difusión de información sindical, y en concreto, el acceso a Internet, Intranet y el uso del correo electrónico. Igualmente, el Grupo Airbus, fruto de una negociación previa, publicó un manual denominado «Uso aceptable de los sistemas de información del Grupo Airbus» que contenía reglas específicas sobre uso del correo electrónico para fines sindicales: 1) los empleados podrán utilizar el correo electrónico para comunicarse con su sindicato y en general con sus representantes en el seno de la empresa; 2) los sindicatos y comités de empresa disponen de una página web en la Intranet que les permite publicar sus comunicados tanto a sus miembros como al resto de trabajadores (podrán utilizar el correo electrónico para comunicar la existencia de nuevos comunicados, mientras que el contenido de los mismos se difundirá publicándolos en dicha página web, la cual deberá respetar los principios éticos y normas de uso establecidas en general para todos los empleados); 3) la empresa establecerá límites y reglas de uso del correo electrónico para asegurar que los sistemas no se vean perjudicados en su funcionamiento; y 4) cada Sección Sindical deberá designar una persona responsable de dicha sección sindical, que será igualmente la responsable del contenido de lo que se difunda mediante email y página web sindical provistos por la empresa (en caso de no recibir comunicación al efecto, la empresa se reserva el derecho de inhabilitar la cuenta de correo de la sección sindical y bloquear de la página web sindical hasta que la Sección Sindical subsane tal defecto).

De este modo, y como también hemos tenido ocasión de comprobar en el punto anterior, la negociación colectiva es un instrumento adecuado para fijar las condiciones de utilización de los recursos telemáticos de la empresa con fines representativos o sindicales. Sirva nuevamente como ejemplos el ya citado artículo 62 del Convenio Colectivo del Sector de la Banca cuando dispone que en el ámbito de cada empresa «se determinará por acuerdo entre ésta y la representación sindical, los términos y condiciones de los envíos relativos a los correos que tengan por destinatarios la totalidad de la plantilla o un colectivo de trabajadores»; o con mayor extensión y detalle, el artículo 168 (Utilización del correo electrónico e Internet) del Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica de Informática y Comunicaciones¹⁷, empresa que ya contaba con un Protocolo específico de-

¹⁷ Aunque es cierto que dicho precepto se centra en regular el uso y utilización del correo electrónico e internet por los empleados y no específicamente por los representantes de los trabajadores, las reglas y limitaciones que imponen condicionan también la función representativa, por cuanto están incluidos mensajes y comunicados de los trabajadores con sus representantes unitarios y sindicales. Así, expresamente se reconoce que «los empleados podrán utilizar el correo electrónico, la dirección e-mail, la Red Corporativa e Internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo, y en su relación con las Organizaciones Sindicales y el Comité Intercentros». En cualquier caso establece las siguientes reglas de utilización: 1) siempre que precisen realizar un uso de estos medios que

nominado «Utilización del correo electrónico por la representación unitaria de los trabajadores y por los Sindicatos»¹⁸.

6.2. Limitaciones impuestas por el empresario y control empresarial de la utilización de los medios telemáticos con fines sindicales

No obstante lo dicho, y sin perjuicio de la negociación de criterios específicos de utilización, corresponde también a la empresa controlar y en su caso limitar el uso abusivo o impropio de sus sistemas telemáticos con el objetivo de garantizar el funcionamiento de la empresa y de los propios sistemas informáticos, la productividad y la proporcionalidad de costes y sacrificios.

El control empresarial de los comunicados sindicales¹⁹, y en particular de los llevados a cabo a través de sistemas telemáticos, como correo electrónico o intranet, debe justificarse por razones técnicas o meramente formales, pues de lo contrario se trataría de una injerencia empresarial que vulneraría los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores. En este sentido, dicho control está legitimado en cuanto al uso de los recursos informativos y de comunicación de la empresa, pero se deben tomar especiales cautelas y garantías

exceda el habitual, envíos masivos o de especial complejidad, utilizarán los cauces adecuados, de acuerdo con su jefe inmediato, para no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la Red Corporativa; 2) con carácter general, los empleados, no podrán utilizar el correo electrónico, la Red Corporativa, ni Internet para fines particulares; 3) como usos terminantemente prohibidos, se determina que bajo ningún concepto podrán los empleados falsificar mensajes de correo electrónico, enviar mensajes por correo o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de género, edad, sexo, discapacidad, etc., aquellos que promuevan el acoso sexual o moral o inciten a la violencia; y 4) también se prohíbe utilizar estos medios en perjuicio de la empresa, para realizar envíos masivos de mensajes, enviar mensajes con anexos de gran tamaño (capacidad), ni realizar cualquier tipo de envío sin relación alguna con el desempeño profesional, que interfiera las comunicaciones del resto de empleados o perturbe el normal funcionamiento de la Red Corporativa.

¹⁸ Establecido en virtud de la Cláusula 12.2 del Convenio Colectivo de Telefónica de España, que reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a: 1) un *tablón sindical virtual* (existe en la empresa un portal al que se accede por la intranet, denominado *e.domus*, o portal del empleado; y uno de sus canales, el «tablón sindical», está a disposición de los sindicatos que tengan representación en el Comité Intercentros; desde él se puede acceder directamente a las páginas web de dichos sindicatos, donde publican y difunden las comunicaciones e informaciones que consideren; y también los empleados pueden acceder al mismo desde los ordenadores que tienen en su puesto de trabajo); y 2) la posibilidad de realizar comunicaciones masivas para los temas de «especial consideración» (Negociación Colectiva, elecciones sindicales y otros eventos singulares) por medio del servicio Infobuzón y que todos los empleados reciban esta comunicación. En cualquier caso, se precisa que «al objeto de no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la red corporativa y servicios, no se podrá realizar el envío de comunicaciones masivas desde internet a las direcciones de correo internet asignadas por la empresa a sus trabajadores, quedando de esta forma recogidos los cauces necesarios que favorecen la comunicación y acción sindical y, a su vez, deben disminuir los comunicados por medios tradicionales (fotocopias, fax, etc.), en la misma proporción que tenga difusión dicho servicio».

¹⁹ Sobre este tema, vid. Almendros González 2019.

respecto al control del contenido de los mensajes y comunicados sindicales. Por tanto, se debe distinguir entre el control empresarial del «uso» de los medios de información y comunicación (*formal*) y el control de los «contenidos» (*de fondo*).

6.2.1. Control del *uso* de los medios telemáticos

La referida STC 281/2005, de 7 de noviembre, aludía a determinadas razones o causas justificativas de la limitación que pueda realizar el empleador respecto del uso de los recursos empresariales de información y comunicación con fines representativos. Así, como recuerda la SAN de 27 de mayo de 2014, en el juicio de ponderación de los intereses en juego, y por tanto para apreciar si ha existido o no una «obstaculización» de las funciones representativas del sindicato «sin provecho alguno», se ha de tener en cuenta: a) si la comunicación sindical a través de tales medios de la empresa puede «perturbar la actividad normal» de la misma; b) si el uso sindical de los medios de comunicación de propiedad de la empresa es compatible con el «objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto»; y c) si, «no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento», el uso sindical de tales medios genera «gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes».

Por tanto, y siguiendo dicha línea interpretativa, entendemos que el control empresarial del uso y utilización de los recursos informativos y comunicativos de la empresa, y su eventual limitación o restricción para fines representativos y sindicales ha de estar justificada por razones técnicas, productivas y económicas que pudieran causar un perjuicio a la empresa.

En primer lugar, el control empresarial de la utilización de los sistemas telemáticos de la empresa por los representantes de los trabajadores se justifica por *razones técnicas*. El sistema telemático de la empresa no puede verse colapsado, bloqueado o ralentizado por su uso representativo y sindical. De esta forma, como ya hemos señalado, tanto en la negociación colectiva²⁰ como en los acuerdos específicos sobre regulación del uso de los sistemas informáticos de la empresa con fines representativos encontramos previsiones generales sobre el uso correcto de los medios telemáticos para difundir información sindical. Así, el ya citado «Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja», tras recordar que la gestión de los medios técnicos corresponde a la empresa, fijando ésta los criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la red corporativa, regula el uso del correo electrónico por

²⁰ Por ejemplo, el citado artículo 62 del Convenio Colectivo del Sector de la Banca recuerda que «las comunicaciones, así como los correos electrónicos, deberán tener contenido estrictamente laboral y relacionado directamente con el ejercicio de las funciones de representación legal de la plantilla, sin que pueda utilizarse a otros fines, y *estará sujeto a los mismos controles técnicos* y, en su caso, de salvaguardia legales, fijados por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, al igual que toda la información que se difunde a través de estos nuevos medios técnicos en las Empresas».

las secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria, exigiéndoles un «uso adecuado», en atención al interés empresarial en prevenir colapsos o saturaciones de la red, y fijando unos requisitos técnicos exigibles²¹.

En segundo lugar, la empresa puede alegar *razones productivas*, probando la existencia de un perjuicio para el funcionamiento de la empresa por la utilización irregular de los sistemas puestos a disposición de los representantes de los trabajadores para difundir información y comunicarse, prevaleciendo de este modo el interés empresarial al interés sindical. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2019, tras recordar que la información y comunicación sindical no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, advierte «que no cabe admitir ese efecto por el solo hecho de que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador tenga lugar en horario de trabajo». Igualmente reconoce que al ser un medio de comunicación electrónico que ha sido creado como herramienta de la producción, no deberá perjudicarse el uso empresarial preordenado para el mismo, ni puede pretenderse que prevalezca el interés del uso sindical, por lo que deberá de utilizarse de manera que permita armonizarlo con el objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento. Y en caso de conflicto «deberá prevalecer siempre el interés de la empresa, que está facultada para predeterminar las condiciones de su utilización para fines sindicales, siempre que no las excluya en términos absolutos».

Y por último, la empresa también puede alegar *razones económicas*, motivadas por el excesivo coste que puede suponer el mantenimiento de las plataformas y sistemas telemáticos para fines sindicales. De este modo, y puesto que no cabe imponer a la empresa una carga que no se encuentre expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, la utilización de ese instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente, la asunción de mayores costes (*vid.* la misma STS de 21 de febrero de 2019).

La jurisprudencia ha refrendado este control que el empleador puede ejercer sobre el uso de los medios y recursos empresariales con fines representativos y sindicales, limitando o negando su utilización cuando existan causas técnicas, productivas o económicas que lo justifiquen. De esta forma nos encontramos con que han sido varios los pronunciamientos judiciales que han negado (o, en cambio, han reconocido) el derecho de los representantes de los trabajadores a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico, en función de que pudiere o no considerarse un gravamen excesivo para la empresa no previsto en la normativa convencional y que suponga la asunción de costes económicos y de gestión que el empleador no está obligado a afrontar.

²¹ Así, entre otras muchas reglas y limitaciones, respecto de las comunicaciones masivas (entendiendo por tales aquellas que se envíen a más de 50 usuarios o con un tamaño en su creación de más de 1000 kb), se exige que se publicarán en cada una de las Webs de las secciones sindicales, y la comunicación a los empleados se realizará mediante un correo electrónico que tenga como texto el enlace a dicha publicación dentro de las Webs sindicales, por lo que dichos correos solo tendrán texto (no imágenes ni anexos) y respetarán un máximo de 1000 caracteres. Se establece un número máximo de correos electrónicos masivos a la totalidad de la plantilla (un solo correo por cada día hábil). Y se concreta un horario para la utilización de los medios y el envío de los mensajes.

De esta manera, la STS de 22 de junio de 2011 niega el derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa con fines representativos porque no está garantizado «el uso sindical de los medios de comunicación de la empresa sin perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados». Y consta, además, que «en las circunstancias del caso, la puesta a disposición de tales medios para los sindicatos comporta costes adicionales significativos para la empresa». En el mismo sentido, la STS de 3 de mayo de 2011 admite «que se demostró la existencia de problemas en el funcionamiento de la empresa (colapso del sistema informático), sin que se hubiere prohibido en realidad el uso del procedimiento, sino que se ha establecido una limitación que no es desproporcionada ni un medio de impedir el uso del derecho sindical». Siguen esta misma línea la STS de 13 de septiembre de 2016, que entiende que las concretas instrucciones empresariales sobre el uso de los medios informáticos no violan el derecho de libertad sindical ni el derecho a la intimidad; y la STS de 24 de marzo de 2015, que no considera lesivo del derecho de libertad sindical el que el sistema informático cuente con un filtro que bloquea el acceso de las cuentas que realicen envíos masivos con incumplimiento de las normas de funcionamiento del sistema.

En cambio, la STS de 23 de julio de 2008 estima la pretensión de la sección sindical demandante porque la empresa no había probado la imposibilidad de atender a ese derecho por los cambios que estaba efectuando en el sistema informático, ni el perjuicio económico que pudiese suponerle el traslado a otro soporte informático, sobre lo que «ninguna actividad probatoria se ha llevado a cabo, o al menos con resultados, tendente a demostrar que, de existir esas transformaciones, efectivamente imposibilitaban lo reclamado», mientras que por el contrario, estaba permitiendo esa utilización del correo electrónico a otros sindicatos.

En cualquier caso, y en relación con esto último, aunque el empleador puede por razones justificadas limitar el uso y utilización de los medios telemáticos empresariales con fines representativos y sindicales, *la carga probatoria corresponde a la empresa*. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2016 manifiesta que corresponde a la empresa «la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores, de tal manera que de acreditarse esos perjuicios no le sería exigible cumplir con tal obligación, a lo que no puede en cambio negarse cuando no haya constancia de los problemas que pudiese suscitarle la utilización con esa finalidad de la aplicación de correo electrónico ya instaurado, sin que pueda exigirse la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad, sino tan solo, la pacífica y compatible utilización de la ya preexistente».

6.2.2. Control del *contenido* de la información y de las comunicaciones

En principio, el control empresarial de los mensajes y comunicados sindicales se circunscriben a los *requisitos de utilización o uso* de los medios y canales de comunicación de los que dispone la empresa. Pero, con carácter ciertamente

restrictivo y para salvaguardar otros derechos (derechos al honor, a la intimidad, a la integridad moral, a la no discriminación, ecc.) y otros intereses en juego, se admite también un control mínimo *sobre el contenido de dicha información*. Aquí colisiona el ejercicio del control empresarial de sus recursos comunicativos para fines representativos con el derecho de secreto de las comunicaciones sindicales, derecho que, como decíamos, también debe ser ponderado con respecto a otros derechos e intereses.

Tanto la negociación colectiva como los acuerdos específicos sobre utilización de los medios telemáticos de la empresa con fines sindicales suelen establecer unas exigencias mínimas respecto de los contenidos, prohibiendo expresamente algunos. Por ejemplo, el anteriormente citado «Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja» excluye expresamente: 1) los contenidos ilegales (racismo, xenofobia, terrorismo, ecc.); 2) los contenidos ofensivos (atentados contra el honor o dignidad) o difamatorios, relativos a circunstancias personales relacionadas con el credo, ideología, afiliación política o sindical, o que promuevan acoso moral o sexual; y 3) los programas que alteren el sistema informático de la empresa.

En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2003, y ante la previsión particular de control empresarial de las «comunicaciones masivas sindicales» (que según el convenio colectivo aplicable deben reservarse exclusivamente para temas de «especial consideración» o «eventos singulares»), considera que «en modo alguno se ha quebrantado por la empresa demandada el secreto de las comunicaciones» al que, como derecho fundamental, se refiere el artículo 18.3 de la Constitución. Para llegar a tal conclusión, argumenta que si el «modus operandi» convenido exige que el sindicato se dirija a una determinada instancia empresarial (en este caso, la Dirección General de Recursos de la empresa) y que las reglas de utilización del Infobuzón lo reserven para temas de «especial consideración» o «eventos singulares», «es natural que la empleadora pueda llevar a cabo un control mínimo de las materias así transmitidas, en orden a conseguir su normal funcionamiento y evitar una acumulación exagerada, por la inclusión en este capítulo de excesivas informaciones de importancia menor y propias de la simple acción sindical». Por consiguiente, considera que será algo razonable que la empresa «pueda constatar de qué envíos se trata».

Sin embargo dicha interpretación jurisprudencial ha de situarse en un contexto *necesariamente restrictivo* por resultar afectado el derecho fundamental a la libertad sindical. Un *control previo generalizado* del contenido de los mensajes y comunicados sindicales constituiría *una forma de censura* y una injustificada injerencia empresarial en la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores y en sus derechos de información y comunicación con sus representados. De este modo, aunque pueda haber un control sobre el contenido de los mensajes, la empresa, *si no hay causa justificativa que prevalezca*, no se puede negar a la publicación o difusión de los comunicados sindicales.

En este sentido, la algo más reciente STS de 26 de abril de 2016 matiza la anterior interpretación jurisprudencial. En este caso, la sentencia considera inaceptable el control empresarial previo del contenido de los comunicados sindicales

para acordar, o no, su publicación. La actuación de la empresa bloqueando, censurando y negándose a publicar tales comunicados supone una vulneración del derecho de libertad sindical, y por tanto no considera como admisible la práctica de las empresas de condicionar la publicación de los comunicados sindicales en la herramienta informática establecida a tales efectos, al control previo de su contenido, respecto de su adecuación a la legalidad vigente, a si son o no veraces o a si exceden de los límites informativos. La resistencia empresarial a la difusión sindical de información solo puede fundarse en razones productivas o financieras (como recuerda la SAN de 10 de octubre de 2014).

6.3. Igualdad de trato y no discriminación

Por último, y partiendo del presupuesto de que el derecho a la utilización de los medios telemáticos con fines empresariales se circunscribe obviamente a la representación unitaria y a las representaciones sindicales con implantación en la empresa, en virtud del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad de trato, las limitaciones que se puedan imponer en el uso de los sistemas telemáticos de la empresa, a los que ya nos hemos referido, no puede conllevar un trato discriminatorio de unas representaciones sindicales respecto de otras, pues en base a tales causas justificativas (técnicas, productivas y económicas) no pueden establecerse limitaciones solo para unos sindicatos y facilitar el uso a otros. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2019, entiende que no hay la menor justificación de las razones por los que la empresa no permite a un sindicato la utilización del sistema de correo electrónico, en los mismos términos que admite por el contrario en favor de los demás sindicatos que actúan en la empresa. Además, respecto de la utilización de tales medios telemáticos por una nueva representación sindical «no consta que debiere de hacer la más mínima modificación en sus sistemas informáticos; ni que esta circunstancia pueda suponer un perjuicio o distorsión en la actividad empresarial; comporte otros gravámenes adicionales, o suponga un incremento de costes». De esta manera, la negativa empresarial respecto de este sindicato es discriminatoria, pues no se ha probado que «la utilización del correo electrónico por la demandante pudiese suponerle un incremento de costes, o incidir negativamente de alguna forma en su proceso productivo, generar distorsiones o problemáticas que pudiesen suponerle la asunción de mayores cargas en la gestión empresarial», sino que, bien al contrario, se ha limitado simplemente a «cuestionar el nivel de representatividad que el sindicato ostenta, y a no reconocerle ese derecho porque se trata de una organización sindical de nueva creación que no se presentó a las últimas elecciones sindicales».

Riferimenti bibliografici

- Almendros González, M.A. 2019. “El control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores.” *Temas Laborales*, 150.
- LLamosas Trápaga, A. 2015. “El uso del correo electrónico de la empresa para fines sindicales”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 174.

- Marín Alonso, I., 2005. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Miranda Boto, J.M. e Brameshuber, E. 2024. “El impacto de la digitalización en la representación de las personas trabajadoras”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 478.
- Navarro Nieto, F. 2017. “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”. *Temas Laborales*, 128.
- Nieto Rojas, P. 2015. “El correo electrónico como medio de transmisión de información sindical y el papel de la negociación colectiva en la fijación de su alcance”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 172.

Il salario minimo e il dialogo tra le fonti

Gandolfo Maurizio Ballistreri

1. Introduzione

«In realtà i due strumenti, contrattazione erga omnes e legge sul salario minimo, non sono incompatibili, anzi si combinano utilmente, come risulta dall'esperienza di molti paesi» (Caruso-Del Punta, Treu 2000, 57).

Il dibattito sul salario minimo legale avrebbe dovuto essere affrontato utilizzando il fecondo metodo comparato, che ha dato un contributo fondamentale all'evoluzione degli studi in materia giuslavoristica in Italia, a partire da Gino Giugni (Wedderburn 2007, 375), contestualizzando il tema nella prospettiva definita dall'ordinamento lavoristico italiano, in cui l'istituto della retribuzione è stato storicamente espressivo del dialogo tra Costituzione, autonomia collettiva e giurisprudenza (Zoppoli 2019).

2. Il panorama comparato

Il salario minimo legale, con diverse soglie connesse alle singole economie nazionali, è previsto in 21 paesi su 27 dell'Unione Europea e anche negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, come istituto paradigmatico del diritto del lavoro nei paesi capitalistici più avanzati.

In Europa alla più antica tradizione francese risalente al 1950 dello SMIG, si sono uniti altri Stati, introducendo il salario minimo per legge, da ultima la Germania a decorrere dal 1° gennaio 2015.

Gandolfo Maurizio Ballistreri, University of Messina, Italy, gandolfo.ballistreri@unime.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Gandolfo Maurizio Ballistreri, *Il salario minimo e il dialogo tra le fonti*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.04, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 49-60, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Il tema venne affrontato nel novembre 2017, a Göteborg in Svezia, dove i capi di Stato e premier dei paesi aderenti all'Ue hanno tentato di recuperare il tema dell'«Europa sociale» e del contrasto al *dumping sociale* (Fontana 2016; Ballistreri 2019), proprio partendo dalla promozione di livelli adeguati di salari minimi, sostenendo la contrattazione collettiva e migliorando l'accesso effettivo alla protezione sociale dei lavoratori non solo subordinati, ma anche economicamente dipendenti, a partire da quelli della *Gig Economy*; tema quest'ultimo di particolare rilievo in ragione dell'esigenza non più rinviabile, di approntare tutele oltre il perimetro della subordinazione (Perulli, Treu 2022).

In questa prospettiva il 25 ottobre scorso, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, è stata pubblicata la direttiva sul salario minimo legale n. 2022/2041.

Ma se l'utilizzo del metodo comparato evidenzia come il salario minimo legale sia un istituto espressione del catalogo dei diritti sociali europei, è la realtà della condizione salariale nel nostro Paese ad evidenziare la necessità di introdurre l'istituto nel nostro ordinamento lavoristico.

3. Sottosalario e «lavoro povero»

Nel Mezzogiorno un lavoratore su quattro guadagna meno di 9 euro l'ora. Su tre milioni di dipendenti al di sotto della soglia minima indicata nel disegno di legge promosso dalle forze di opposizione, un milione vive al Sud.

Se i salari italiani tra pandemia e inflazione hanno perso il 7,5% contro il 2,2% della media Ocse, nel Mezzogiorno si è scivolati fino a una perdita in termini reali dell'8,4%, ponendo ai sindacati ma anche alle imprese, considerato che la diminuzione del potere d'acquisto dei lavoratori deprime la domanda, una evidente «questione salariale».

E la nuova «questione salariale» è parte costitutiva del tema del lavoro povero, inteso come crescita esponenziale di aree del lavoro dove la retribuzione non è sufficiente, generando drammatici fenomeni di povertà (Saraceno 2015), che è all'attenzione della dottrina, delle istituzioni pubbliche, dei sindacati.

Il tema, in verità, era stato già acutamente analizzato sin dagli anni Ottanta del '900, allorquando venne proposta la questione della determinazione del salario in funzione alle strategie di contrasto alla povertà (Roccella 1986, 21), ma che oggi si deve inquadrare oltre il perimetro della subordinazione, includendo anche i lavori non ricompresi nella nozione classica di dipendenza, ma, tuttavia, privi di tutele e per questo segnati anch'essi dal fenomeno dell'impoverimento, che ha avuto una significativa espansione in Italia nella fase pandemica (Ministero del Lavoro 2021)¹ e nella esponenziale diffusione del lavoro in piattaforma (Chiaromonte 2021). È in corso un epocale cambiamento tecnologico e produttivo, che sta comportando effetti di generale trasformazione sul lavoro e sulla sua concezione tradizionale (Del Punta 2021).

¹ Si veda la *Relazione del gruppo di lavoro sugli interventi e le misure di contrasto alla povertà lavorativa in Italia*, Ministero del Lavoro, novembre 2021.

In questo quadro appaiono non adeguati i tradizionali schemi giuridici definitivi del lavoro subordinato e di quello autonomo e, con essi, gli strumenti di tutela legislativa, poiché le nuove tecnologie stanno generando di continuo forme nuove di organizzazione del lavoro, che hanno caratteri propri sia del lavoro dipendente che di quello autonomo, si pensi in primo luogo ai «*platform workers*», che si collocano in una sorta di «zona grigia», in cui la tradizionale *summa divisio* del '900 appare sempre più difficilmente applicabile e, comunque, ormai inadeguata al nuovo contesto produttivo e tecnologico (Garofalo 2017).

È di tutta evidenza, infatti, che la diffusione del lavoro povero, come osservato in ambito euro-unitario, già prima della diffusione del Covid-19 (ESPN 2019)², aggravata dal dramma della pandemia, ha rapidamente accentuato il fenomeno non soltanto nell'area della subordinazione (Garbuio 2021), ma oltrepassando i confini delle zone grigie della parasubordinazione, per dilagare anche nei territori del lavoro autonomo genuino, quello di professionisti con alti livelli di specializzazione, ma basse prospettive di reddito (Lassandari 2019, 91).

E proprio quelli che vengono definiti «nuovi lavori», fuori quindi dalla nozione tradizionale di lavoro, come quelli «digitali», hanno tutte le caratteristiche del «lavoro povero» – a causa delle poche ore lavorate e degli esigui compensi – e generano «povertà da lavoro», che in molti casi è anche professionale (De Simone 2019, 644).

Nel nostro Paese, ad esempio, emergono progressivamente nuove povertà nel mondo del lavoro, determinate dalla scarsa qualità dei percorsi di carriera e dall'inefficiente sostegno pubblico al funzionamento del mercato del lavoro (Lucifora 2019, 427).

La definizione in termini concettuali del «lavoro povero» si è imposta nel dibattito dottrinale, anche in ragione delle veloci e tumultuose trasformazioni del lavoro standardizzato, che per il diritto del lavoro e, più in generale, per le scienze sociali, era identificato con il rapporto di subordinazione a tempo indeterminato e a full time, nonché per tutta la vita lavorativa (Barbieri 2019, 5).

Un lavoro tutelato dai sistemi di *social security*, attraverso l'ordinamento lavoristico, la contrattazione collettiva, il *Welfare State* del modello Keynes-Beveridge, con la crescita delle retribuzioni anche in funzione di reddito familiare: il *family wage* ford-keynesiano.

Ma l'avvento della globalizzazione sull'onda delle politiche economiche neoliberiste, ha imposto non solo un'inversione di tendenza nei confronti della crescita salariale e del reddito disponibile per le famiglie, con una ripartizione della ricchezza verso i profitti soprattutto finanziari, ma ha generato anche un crescente processo di deregolazione giuridica del lavoro, collocando ai margini del mercato del lavoro molte persone, con una vasta area di lavoratori, in gran parte fuori dal perimetro della subordinazione, segnata da precarizzazione, svalorizzazione e sotto-remunerazione del lavoro, nel quadro di una generale insicurezza, con un

² European Social Policy Network (ESPN) 2019.

precariato divenuto ormai una caratteristica stabile di generazioni di cittadini ormai non più giovani, come fenomeno non soltanto italiano (Ponthieux 2010).

In altri termini, mentre nel '900, imperante la fase fordista di produzione, aveva centralità il lavoro garantito, anche per effetto dei processi di partecipazione e mobilitazione dei sindacati, con una crescita delle tutele e dei diritti del *Welfare*, imperniati sul «salario familiare» proprio in funzione anti-povertà, al nostro tempo la situazione è profondamente mutata.

Debolezza sul mercato del lavoro, dequalificazione e persistente incertezza, segnano non solo il lavoro subordinato, ma anche molte attività lavorative autonome o parasubordinate, in un generale contesto di insicurezza sociale (Benassi, Morlicchio 2021).

Il lavoro povero, quindi – che genera anche il «lavoro rifiutato» – come conseguenza del cambio di paradigma economico e sociale, con la prevalenza della visione mercatistica, che ricade particolarmente in Italia sulle fasce sociali più vulnerabili (le donne, i giovani, i migranti) e le aree territoriali più deboli, il Mezzogiorno e le periferie extra-urbane, determinando anche una barriera all'accesso alla formazione e al sapere, con conseguenze quasi irreversibili sulla mobilità professionale e sociale dei lavoratori.

4. Il salario minimo in Italia

Da questo quadro scaturisce l'esigenza del salario minimo legale, che appare necessario nel nostro Paese (Magnani 2010), in quanto finalizzato a garantire a tutti i lavoratori italiani un minimo salariale inderogabile, prevedendo anche che la copertura riguardi quelle figure di lavoro che non rientrano nella nozione tradizionale di subordinazione e che subiscono gravi fenomeni di sfruttamento, meritevoli, quindi, di tutele sul piano retributivo, oltre che su quelli della sicurezza sul lavoro e sul *Welfare*.

A fronte dell'ampio ventaglio di posizioni dottrinali da tempo espresse sull'introduzione del salario minimo legale (Vallebona 2008; Bavaro 2014; Ichino 2014; Bellavista 2014; Biasi 2015; Guarriello, Magnani; Prosperetti, tutti in Carinci 2015; Spattini 2015; Speciale 2015; Tosi 2022; Ballistreri 2019), si devono registrare posizioni politiche e sindacali di netta contrarietà, che ritengono sufficiente sul tema il ruolo dell'autonomia collettiva, sottintendendo che devono essere i contratti collettivi a garantire i minimi salariali, senza però, alcuna motivazione giuridica considerata l'inesistenza di riserve di competenza fra legge e contratto, in quanto destinatari di un medesimo sostegno costituzionale, con l'esclusione che i rapporti fra le fonti si possano definire sulla base di schematiche delimitazioni di sfere di intervento. Niente autorizza a sostenere che l'intervento legislativo debba operare solo in via sussidiaria alla contrattazione, secondo la configurazione tradizionale della normativa sui minimi, cioè limitatamente alle categorie dove i salari siano eccezionalmente bassi per l'assenza o per la particolare debolezza della contrattazione (Ballistreri 2021) e che, comunque, se la grande parte del lavoro subordinato è formalmente coperta dall'autonomia collettiva (Esposito et al. 2023), un'area significativa ne è esclusa per la pratica del dumping sociale.

5. Il diritto vivente come 'via italiana' ai minimi retributivi?

È stata la giurisprudenza, a fronte della mancata attuazione dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 Cost. sull'efficacia generale dei contratti collettivi nazionali di categoria, a provvedere già prima della «Legge-Vigorelli», attraverso l'interpretazione dell'art. 36 Cost. anche di recente, a risolvere la questione delle garanzie ai lavoratori del minimo salariale, definito come «minimo costituzionale».

L'art. 36 Cost. è stato da tempo qualificato dalla giurisprudenza come precettivo nel nostro ordinamento (Pugliatti 1950, 189), anche se autorevoli settori dottrinali hanno qualificato come «falso problema» l'alternativa tra precettività e programmaticità della norma in questione (Scognamiglio 1951, 352), a causa dell'eterogenesi dei fini dell'articolo, il quale concepito quale norma programmatica si tramutò nell'interpretazione generale in norma precettiva, funzionale a risolvere il vuoto legislativo conseguente all'inattuazione dell'art. 39 Cost.³

In questa prospettiva la retribuzione si è venuta a configurare come un «diritto sociale di rango costituzionale fortemente intrecciato con i valori personalistici di cui è ricca la normativa costituzionale», che lo rende «inviolabile da qualsiasi altra fonte anche legale (compreso il diritto dei contratti) e lo colloca, in quanto diritto inviolabile della persona sul lavoro, tra i diritti fondamentali» (Zoppoli 1991, 282)⁴.

Già a partire dal 1952, con la «storica» sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 461 del 21 febbraio 1952, la giurisprudenza ha provveduto a sanare il diritto dei lavoratori, prescindendo dalla loro iscrizione o meno ai sindacati stipulanti i contratti collettivi di diritto privato, all'applicazione dei minimi retributivi degli stessi, con un'operazione giuridica così ampia da far configurare un modello generale di tutela che trascende dal valore singolo del giudicato (Mazzotta 2011, 5), consentendo la teorizzazione di un «salario minimo costituzionale» (Ricci 2011, 638).

Un minimo costituzionale elaborato dalla giurisprudenza che ha interpretato la retribuzione equa prevista dall'art. 36 Cost. secondo i minimi salariali dei contratti collettivi nazionali di categoria, per assicurare così, la coincidenza tra precetto costituzionale e salario (Persiani 1998, 31), conferendo in questo modo alla contrattazione collettiva di categoria, fondata sull'autonomia privata, efficacia soggettiva *erga omnes*, con il richiamo all'art. 2099 c.c., comma 2, confermando, in definitiva, la scelta di dottrina e giurisprudenza in materia retributiva lungo due assi: il primo relativo al rapporto tra legge e autonomia collettiva; l'altro fondato sul raccordo tra i diversi livelli contrattuali, nel continuo divenire tra centralizzazione e decentramento del sistema di contrattazione collettiva (Niccolai 1998, 350), anche in considerazione dell'evoluzione del quadro dei sistemi retributivi.

³ Tesi espresse da Giugni 1971, e riprese da Ichino 2010.

⁴ Zoppoli 1991, 282 che definisce la retribuzione quale «diritto sociale di cittadinanza, o diritto di cittadinanza sociale».

In questa prospettiva si deve ricordare come la Suprema Corte di Cassazione, a partire dal 25 marzo 1960, con la n. 636, ha sviluppato costante giurisprudenza di legittimità favorevole al controllo giudiziale *ex art. 36 Cost.*, delle tabelle retributive derivanti dalla contrattazione collettiva⁵.

Sul piano giurisprudenziale, è stato rilevato un diritto soggettivo immediatamente azionabile, poiché derivante da norma costituzionale a carattere precettivo, procedendo di volta in volta a dichiarare nei casi dedotti in giudizio, l'inadeguatezza della retribuzione corrisposta al lavoratore e la sua rideterminazione alla luce dell'equità prevista nel 2099 c.c.: «la natura precettiva ed imperativa dell'art. 36 Cost. ha favorito il ricorso all'art. 2099 c.c. in quanto ha consentito ai giudici di rendere esplicito il condizionamento che l'autonomia dei contraenti riceve dalla norma costituzionale, la quale, se fatta fermare alla funzione di rendere nulla la clausola contraria ai precetti in essa contenuti, avrebbe generato un 'vuoto' nel regolamento contrattuale difficilmente sostituibile da differenti fonti» (Gagnoli, Palladini 2011, 25).

Il potere equitativo del giudice – senza un univoco ed esclusivo ricorso, in caso di ritenuta non conformità al precetto costituzionale del *quantum* erogato dal datore di lavoro ed eccepito dal lavoratore, ai minimi di trattamento retributivo delle tabelle dei contratti collettivi nazionali di categoria – ha individuato varie soluzioni, sino a tecniche giurisprudenziali diverse dal ricorso al combinato disposto fra artt. 36 Cost. e 2099 c.c. (Nogler 2009, 41), fondate sulla consapevolezza della precettività della norma costituzionale, attraverso una sua evoluzione espressiva del diritto vivente (Mengoni 1996, 141).

La giurisprudenza in materia di art. 36, comma 1, Cost. ha costituito dunque, una delle pietre angolari del giuslavorismo dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale del 1948, attenta, al tempo stesso, a non produrre effetti legali di aggiramento della norma costituzionale sull'*erga omnes* dei Ccnl.

La mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e l'obsolescenza dei minimi retributivi definiti *ex lege* n.741/1959⁶ hanno reso strutturale nel passato la funzione di «supplenza» della giurisprudenza in materia di individuazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.* (Bellomo 2002) in combinato disposto con l'art. 2099, c. 2, c.c., anche a seguito della diffusione, negli anni Settanta e Ottanta del secolo trascorso, della contrattazione collettiva favorita dalla crescita del potere sindacale e dalla legislazione promozionale nei suoi confronti, contenuta nello Statuto dei lavoratori, rendendo marginale la prospettiva di una legislazione sui minimi salariali. È stato, però, opportunamente evidenziato (Magnani 2015), che il rinvio ai contratti collettivi da parte della giurisprudenza, attraverso l'applicazione del principio-precetto dell'art. 36 della Costituzione, non è una strumentazione d'estensione *erga omnes* della contrattazione collettiva.

⁵ Una posizione storicamente favorevole in Pera 1953, 113 in cui l'A., sottraendosi alla contrapposizione tra precettività e programmaticità dell'art. 36 Cost., affronta il tema del salario minimo nella dimensione collettiva. Visione dottrinale che Pera ribadisce in Pera 1961.

⁶ Sulla «Legge-Vigorelli» si rinvia per tutti a Pera 1960, 331 sgg.

5.1. La sentenza della Cassazione n.27711/2023 e il «salario costituzionale»

Più recente giurisprudenza ha ripetutamente eccepito anche i trattamenti retributivi base dei Ccnl, pur se stipulati dalle organizzazioni sindacali c.d. «comparativamente più rappresentative», sulla base della violazione dei principi di proporzionalità e sufficienza *ex art. 36 Cost.*

È il caso della sentenza del 2 ottobre 2023 n. 27711 della S.C., che sembra volere riprendere il tema del «salario costituzionale»,

esistente nel nostro Paese a livello costituzionale, con i requisiti pure essi giuridici di sufficienza e di proporzionalità espressi al massimo grado dell'ordinamento, in relazione a cui andava effettuato dal giudice di appello un corretto giudizio di sussunzione... l'art. 36, 1° co., Cost. garantisce due diritti distinti che, tuttavia, nella concreta determinazione della retribuzione, si integrano a vicenda: quello ad una retribuzione proporzionata garantisce ai lavoratori una ragionevole commisurazione della propria ricompensa alla quantità e alla qualità dell'attività prestata; mentre quello ad una retribuzione sufficiente dà diritto ad una retribuzione non inferiore agli standards minimi necessari per vivere una vita a misura d'uomo, ovvero ad una ricompensa complessiva che non ricada sotto il livello minimo, ritenuto, in un determinato momento storico e nelle concrete condizioni di vita esistenti, necessario ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

E sul valore della soglia di povertà assoluta, la Corte ha ricordato che

è noto che esso viene calcolato ogni anno dall'Istat relativamente ad un paniere di beni e servizi essenziali per il sostentamento vitale differenziandolo in ragione dell'età, dell'area geografica di residenza del singolo e dei componenti della famiglia; mentre i concetti di sufficienza e proporzionalità mirano a garantire al lavoratore una vita non solo non povera ma persino dignitosa, orientando il trattamento economico non solo verso il soddisfacimento di meri bisogni essenziali ma verso qualcosa in più che la recente Direttiva UE sui salari adeguati all'interno dell'Unione n. 2022/2041 individua nel conseguimento anche di beni immateriali.

Inoltre, la Corte ha fatto riferimento alla verifica della sufficienza della retribuzione in concreto corrisposta, per pervenire sempre alla determinazione del *quantum* del c.d. «salario costituzionale». Si tratta di una nozione fondata su di un'interpretazione dell'art. 36 per una retribuzione obbligazione sociale, funzionale a garantire anche l'attuazione di politiche di genere in materia (Fili 2024, 48-60).

5.2. L'ipotesi erga omnes per i Ccnl

La diffusione dei c.d. «contratti-pirata» (Pera 1997, 381) però, ha reso più problematico l'intervento giurisprudenziale a garanzia di minimi retributivi, rispondenti alle previsioni dell'art. 36 Cost.

D'altronde, l'attuale scenario delle relazioni sindacali registra la messa in discussione del monopolio rappresentativo, fondato sull'«ordinamento intersindacale» delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori c.d. «storiche» (Giugni 1960, 90-91)⁷ inteso quale «governo semi-autonomo» poggiante sulla contrattazione collettiva e dotato di regole di funzionamento e strumentazione di autotutela (Sciarra 2009, 165.) e la crisi dello stesso modello di relazioni socio-istituzionale di tipo neocorporativo (Albi 2017, 12)⁸, con la rapida diffusione di contratti collettivi stipulati da associazioni datoriali e sindacati dei lavoratori diversi dalle organizzazioni «storiche» in regime di reciproco riconoscimento (Garilli 2014).

L'introduzione del salario minimo legale, quindi, dovrebbe essere uno strumento di garanzia contro una condizione strutturale di sottosalario che, come ha sollecitato da tempo l'ILO, abbia adeguati strumenti sanzionatori (ILO 1992), i quali sottraggono molti lavoratori alla copertura della contrattazione collettiva, con i fenomeni di destrutturazione del sistema dei diritti e delle tutele sociali e di svalorizzazione del lavoro, anche in Italia nel settore privato non meno che in quello pubblico (Barbieri 2018, 64)⁹.

⁷ L'importante elaborazione della teoria dell'ordinamento intersindacale in Italia, a partire dall'opera di Giugni 1960. Si deve ricordare che l'A. giammai configurò nei suoi studi l'ordinamento intersindacale in termini di indifferenza rispetto alla norma statuale, ma al contrario «... la perfetta autonomia della valutazione normativa statuale. Che non tende a specchiare la natura delle cose, ma, semmai, a modificarla, o ad assimilare nel proprio sistema ciò che dall'esperienza istituzionale dei gruppi è assumibile come contributo al bene comune, e che appare coerente con la particolare funzione tecnico-organizzativa di cui lo Stato, in un sistema di valutazioni e autolimitazioni, si è investito nei confronti dei soggetti alla propria sovranità», 90-91.

⁸ Come opportunamente osserva Albi 2017: «mantenere un approccio culturale di tipo neocorporativo sarebbe un errore fatale per la rappresentanza, o almeno per i grandi soggetti della rappresentanza. Si pensi alle relazioni sindacali. Sono venute meno le condizioni economiche di contesto che erano state in grado di garantire la crescita. In quella cornice, le decisioni concordate portavano benefici al governo ma anche alle parti sociali: i sindacati garantivano nel tempo vantaggi per i loro iscritti in termini salariali e difendevano posti di lavoro; le associazioni imprenditoriali, a loro volta, potevano contare sulla stabilità del quadro di riferimento, mettevano in sicurezza investimenti e profitti a fronte di stabili impegni dei governi e dei sindacati. Interi settori sociali si sentivano – e di fatto erano – soddisfacentemente rappresentati e tutelati, anche proiettando le loro aspettative nel medio periodo. Oggi quelle condizioni di crescita economica non esistono più, purtroppo, e l'orizzonte temporale è divenuto breve ed incerto nei suoi confini. A ciò si aggiungano gli effetti derivanti dalla crescita dei fenomeni di globalizzazione e la concorrenza internazionale che evidenziano asimmetrie nella crescita dei settori e delle imprese», 270.

⁹ Barbieri 2018 in cui l'A. giustamente afferma: «nella fase attuale, di degrado illimitato delle condizioni del lavoro pubblico come, sebbene in forme talvolta diverse, di quello privato, è mia convinzione che nell'uno e nell'altro caso la deriva del legislatore verso il ritorno a forme protocapitalistiche di sfruttamento che fanno a meno persino della mercificazione, non riconoscendo un prezzo al lavoro, il diritto civile, come anche ad altro proposito ho sostenuto, sia un Katechon, una forza frenante aggiuntiva a quella offerta dalle norme costituzionali, e nel caso che ci occupa dall'art. 36, co. 1 Cost., e che dunque il riconoscere pienamente, sul piano teorico e delle conseguenze pratiche, il carattere contrattuale, oneroso e sinallagmatico del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – almeno del lavoro erogato a seguito di rapporti contrattuali – costituisca una operazione sistematica necessaria e di rilevante valore».

L'alternativa deriva dall'altra indicazione contenuta nella direttiva dell'Unione europea, di conferire cioè alla contrattazione collettiva efficacia generale, senza però il richiamo a quella dei c.d. «sindacati comparativamente più rappresentativi» e alla presunta autosufficienza dell'ordinamento intersindacale.

Sul tema è stato opportunamente osservato che la legge sarebbe «più dignitosa e conforme alla costituzione formale e materiale, rispetto all'espedito di subordinare l'inclusione nel sistema contrattuale di questo o quell'organizzazione dei lavoratori all'adesione alle regole fissate da altri, espedito di dubbia legittimità ed efficacia» (Zoppoli 2014).

L'autoregolamentazione degli istituti della rappresentanza, rappresentatività (Preteroti 2009) e stipula dei contratti collettivi, secondo lo schema del «sistema sindacale di fatto», con l'inibizione nei confronti di ogni intervento eteronomo (Ballistreri 2016, 82-91), appare non più rispondente al diffuso pluralismo sindacale e dell'associazionismo datoriale.

Certo, un'eventuale attuazione – attraverso il diritto vivente (Mengoni 1996) per un equilibrio tra autonomia e intervento legislativo – dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 della nostra Carta fondamentale (De Luca Tamajo 2018), è una tematica controversa, a tal punto che autorevole dottrina ha definito la norma costituzionale in questione «una presenza storicamente ingombrante» (Rusciano 2003, 9), non solo per la registrazione e il conferimento della personalità giuridica alle organizzazioni dei lavoratori, ma, soprattutto, per l'inversione dei ruoli tra «categoria» e «sindacato»: la prima quale *prius*, il secondo come *posterius* (Mancini 1963, 140-142), con sullo sfondo una peculiarità storica del diritto sindacale post 1948, quella di essere «... creato, se non in piccola parte dal legislatore» (Tarello 1973), con la volontà delle parti sociali di privilegiare l'autonomia collettiva rispetto alla legge (Carinci 2014).

E, sicuramente, nella eventuale prospettiva di attuazione dei commi successivi al primo dell'art. 39 Cost. (Di Stasi 2016), un ruolo fondamentale potrà essere svolto da un'interpretazione evolutiva della norma costituzionale (D'Antona 1998), anche teleologicamente orientata a rilanciare valori e principi del diritto del lavoro:

Il diritto del lavoro si è sempre fatto portatore di un universalismo etico, centrato sul valore del lavoratore come persona e non come merce, che, proprio per tali sue caratteristiche, non può pretendere coerentemente di considerare il lavoratore come un essere diverso dagli altri. Sempre di più, insomma, il valore che viene in risalto è quello che impone di garantire la cittadinanza sociale, e questo riguarda i lavoratori al pari di altre classi di soggetti deboli, al di là del fatto che, per i lavoratori, esso possa essere declinato in modo diverso. (Del Punta 2022, 24-25)

Riferimenti bibliografici

Albi, P. 2017. "A proposito di rappresentanza datoriale." *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 154: 12.

Albi, P. 2017. "A proposito di rappresentanza datoriale." *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 154: 270.

Ballistreri, M. 2016. *Sindacato: autonomia e legge*. Milano: Giuffrè.

- Ballistreri, M. 2019. "Compenso minimo legale, subordinazione e contrattazione collettiva." *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro* 3.
- Ballistreri, M. 2021. "Il salario minimo legale. Le buone pratiche del Portogallo e i ritardi italiani." *Minerva Revista de Estudos Laborais* 4.
- Barbieri, M. 2018. "Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni." Relazione al Congresso AIDLASS, Palermo, 17-19 maggio, 64.
- Barbieri, M. 2018. "Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni." Relazione al Congresso AIDLASS, Palermo, 17-19 maggio, 64.
- Barbieri, P. 2019. "Il lavoro povero in Italia: determinanti strutturali e politiche di Contrasto." *Lavoro e Diritto* 1:5.
- Bavaro, V. 2014. "Il salario minimo legale e le relazioni industriali." In www.ildiariodellavoro.it.
- Bellavista, A. 2014. "Il salario minimo legale." *Diritto delle relazioni Industriali* 3.
- Bellomo, S. 2002. *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*. Torino: Giappichelli.
- Benassi, D., Morlicchio, E. 2021. "Bassi salari e bisogni familiari: l'in-work poverty in Europa." *Sociologia del lavoro* 161.
- Biasi, M. 2015. "Il salario minimo legale nel «Jobs Act»: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?" In *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. IT 241.
- Carinci, F. 2014. "Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori al testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)." *Diritto delle Relazioni Industriali* 2.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. (a cura di). 2020. *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*. Bologna: Il Mulino.
- Chiaromonte, W. 2021. *Lavoro (povero) tramite piattaforme digitali, rappresentanza e tutela collettiva fra sindacalismo informale e sindacalismo tradizionale*. Firenze: University Press.
- D'Antona, M. 1998. "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi." *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 78.
- De Luca Tamajo, R. 2018. "Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa." *RIDL* 2.
- De Simone, G. 2019. "La dignità del lavoro e della persona che lavora." *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 164.
- Del Punta, R. 2021. "A proposito di «Lavoro: la grande trasformazione»", a cura di E. Mingione. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*.
- Del Punta, R. 2022. "I valori del diritto del lavoro." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 24-5. Firenze: Firenze University Press.
- Dell'Arringa, C. 2006. "Salario minimo e contrattazione collettiva." *Rivista di Politica Economica* luglio-agosto, 111.
- Di Stasi, A. 2016. "L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto." *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Atti del convegno, Roma, 13 aprile.
- Esposito, M. et al. 2023. *Diritto del lavoro e sindacale*. Torino: Giappichelli.
- European Social Policy Network (ESPN). 2019. *In-work poverty in Europe. A study of national policies*, a cura di R. Peña-Casas, D. Ghailani, S. Spasova and B. Vanhercke. Bruxelles: Social Europe.
- Fili, V. 2024. "Sufficienza della retribuzione e sostegno alla famiglia: dall'assegno per il nucleo familiare al welfare aziendale." *Diritto delle Relazioni Industriali* 1.
- Fontana, G. 2016. "La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi." *W.P. Massimo D'Antona - INT* 132.

- Garbuio, C. 2021. "Proposta di direttiva sul salario minimo ed equo compenso: il caso del lavoro autonomo professionale, le tariffe professionali e regole della concorrenza." *Diritto delle Relazioni Industriali* 4.
- Garilli, A. 2014. "Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013)." *Argomenti di Diritto del Lavoro* 13.
- Garofalo, D. 2017. *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative. Relazione alle giornate di studio AIDLASS*, Cassino, 18-19 maggio, www.aidlas.it.
- Giugni, G. 1960. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milano: Giuffrè.
- Giugni, G. 1971. Prefazione. In M.L. De Cristofaro, *La giusta retribuzione*. Bologna: il Mulino.
- Gragnoles, E., Palladini, S. (a cura di). 2011. "I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale." *La retribuzione*, 25. Torino: Utet.
- Guarriello, F. 2015. "Verso l'introduzione del salario minimo legale?" In *La politica del lavoro del Governo Renzi*, a cura di F. Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, 40.
- Ichino, P. 2010. "La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione." *RIDL I*: 719 sgg.
- Ichino, P. 2010. "La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione." *RIDL I*: 719.
- Ichino, P. 2014. "Minimum wage: perché non piace ai sindacati." In www.pietroichino.it.
- ILO. 1992. *Minimum wages: wage-fixing machinery, application and supervision*, Report III, International Labour Conference, 79th Session, Ginevra.
- Lassandari, A. 2019. "Oltre la grande dicotomia? La povertà tra subordinazione e autonomia." *Lavoro e Diritto* 1:91.
- Lucifora, C. 2019. "Working poor e politiche per l'occupazione." In *Inclusione, produttività, crescita. Per una crescita inclusiva*, a cura di C. Dell'Aringa, P. Guerrieri, vol. 12, 427, Bologna: il Mulino.
- Magnani, M. 2010. "Il salario minimo legale." *RIDL I*.
- Magnani, M. 2015. "Problemi giuridici del salario minimo legale nell'ordinamento italiano." *Giurisprudenza Italiana*.
- Magnani, M. 2015. "Salario minimo." In *La politica del lavoro del Governo Renzi*, a cura di F. Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, 40.
- Mancini, F. 1963. "Il problema dell'art. 39 (Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»)." *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile* 140-42.
- Mazzotta, O. 2011. "La dignità umana come diritto fondamentale e il sistema delle fonti." *Questione lavoro* 5.
- Mengoni, L. 1996. "Il diritto vivente come categoria ermeneutica." In L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, 141 sgg. Milano, Giuffrè.
- Ministero del Lavoro. 2021. *Relazione del gruppo di lavoro sugli interventi e le misure di contrasto alla povertà lavorativa in Italia*, novembre.
- Niccolai, A. 1998. "Retribuzione variabile, minimi salariali e autonomia individuale." *Lavoro e Diritto* 2: 350.
- Nogler, L. 2009. "Sub art. 36." In *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di M. Grandi, G. Pera, 41. Padova: Cedam.
- Pera, G. 1953. "La Giusta retribuzione nell'art. 36 Cost." *Diritto del Lavoro* I: 113.
- Pera, G. 1953. "La Giusta retribuzione nell'art. 36 Cost." *DL I*: 113 sgg.
- Pera, G. 1960. *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*. Milano: Feltrinelli.

- Pera, G. 1961. "La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 416 sgg.
- Pera, G. 1961. "La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 416.
- Pera, G. 1997. "Note sui contratti collettivi «pirata»." *RIDL* I: 381.
- Persiani, M. 1998. "La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale." *Quaderni di Argomenti di Diritto del lavoro* 2: 31.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. *In tutte le sue forme e applicazioni*. Torino: Giappichelli.
- Ponthieux, S. 2010. "Assessing and Analyzing In-work Poverty Risk." In *Income and Living Conditions in Europe*, a cura di A.B. Atkinson, E. Marlier, Luxembourg.
- Preteroti, A. 2009. *La rappresentanza sindacale in azienda*. Roma: Partenone.
- Prosperetti, G. 2015. "I minimi salariali: il problema dell'erga omnes." In *La politica del lavoro del Governo Renzi*, a cura di F. Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, 40.
- Pugliatti, S. 1950. "La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione." *Rivista Giuridica del Lavoro* I: 189.
- Ricci, G. 2011. "La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul salario minimo." *Lavoro e Diritto* 4: 638.
- Roccella, M. 1986. *I salari*. Bologna: Il Mulino.
- Rusciano, M. 2003. *Contratto collettivo e autonomia sindacale*. Torino: Utet.
- Saraceno, C. 2015. *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*. Bologna: Il Mulino.
- Sciarra, S. 2009. "Post positivista e pre globale. Ancora sull'anomalia del diritto del lavoro italiano." *Giornale di Diritto del Lavoro* 121: 165.
- Scognamiglio, R. 1951. "Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore." *Foro civile* 352.
- Spattini, S. 2015. "Salario minimo legale vs contrattazione collettiva in Italia e in Europa." In www.bollettinoadapt.it.
- Speciale, V. 2015. "Il salario minimo legale." *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT*.
- Tarello, G. 1973. *Teorie e ideologie del diritto sindacale*. Milano: Giuffrè.
- Tosi, P. 2022. "L'adeguamento delle categorie merceologiche e l'autoregolamentazione delle parti contraenti." *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Vallebona, A. 2008. "Sul c.d. salario minimo garantito." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 5.
- Wedderburn, A. 2007. "Dopo Giugni e Kahn-Freund quale strada per il diritto del lavoro comparato?" *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 357.
- Zoppoli, L. 1991. *La corrispettività nel contratto di lavoro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Zoppoli, L. 2014. "Contrattazione collettiva le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico." *RIDL* 2.
- Zoppoli, L. 2019. "La retribuzione tra Costituzione e contrattazione collettiva: contro l'incertezza delle regole." In *Studi in memoria di Sergio Magrini. Un discorso sullo stato del diritto del lavoro*, AA.VV. Torino: Giappichelli.

La disciplina del controllo a distanza della prestazione lavorativa alla prova dei *social network*: il ruolo del principio di trasparenza

Giulia Bandelloni

1. La trasparenza come elemento di legittimità del controllo

La disciplina relativa al controllo a distanza, interessata da una copiosa elaborazione giurisprudenziale, continua ad attirare le attenzioni degli interpreti. Molto è stato scritto in merito, soprattutto dopo la riforma dell'art. 4 dello St. lav. avvenuta nel 2015. Ciononostante, l'interesse intorno alla materia è sempre vivo. La pervasività delle tecnologie digitali induce infatti a tenere desta l'attenzione sulle forme, sempre nuove, attraverso le quali può essere esercitato il potere di controllo.

Uno dei fenomeni di frontiera rispetto ai quali può essere vagliata l'effettività della disciplina del controllo a distanza è quello dei *social network* (*amplius infra* § 3 e seguenti). È, questo, un ambito nel quale la verifica della legittimità del controllo sulla prestazione lavorativa, e talvolta pure sulle attività del lavoratore svolte al di fuori del rapporto di lavoro, si presenta difficile. Non a caso, il complesso incrocio tra art. 4 St. lav. e disciplina della *privacy* è stato oggetto di attenzione da parte di Del Punta fin dal 2016, in un saggio (Del Punta 2016) in cui l'Autore individua nella trasparenza del controllo la più rilevante garanzia per il soggetto controllato (l'importanza del rispetto della trasparenza viene ribadito anche successivamente in Del Punta 2019, 90). Secondo Del Punta (2016), la trasparenza può essere considerata il punto di equilibrio tra il potere di controllo dell'imprenditore e la tutela della dignità del lavoratore e, dunque, rappresenta un utile metro di valutazione della legittimità dell'esercizio del suddetto potere da parte del datore di lavoro.

Giulia Bandelloni, University of Genova, Italy, giulia.bandelloni@giuri.unige.it, 0000-0003-1394-8426

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giulia Bandelloni, *La disciplina del controllo a distanza della prestazione lavorativa alla prova dei social network: il ruolo del principio di trasparenza*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.05, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 61-81, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Il presupposto della tesi (Del Punta 2016, 78) è che il mero fatto di essere assoggettati al controllo non viola la dignità dei lavoratori, a meno di non volere ritenere illegittimo, di per sé, l'esercizio del potere di controllo.

Come noto, anche se il potere di controllo non è esplicitamente attribuito al datore di lavoro da una disposizione normativa, esso si ritiene conseguente al potere direttivo e prodromico all'esercizio del potere disciplinare (Perulli 1992, 281; Bellavista 1995, 2-3; Del Punta 2016, 77-78; Ingraio 2018, 12-13). Il datore di lavoro è ritenuto, in quanto «capo dell'impresa» (*ex art. 2086 c.c.*), titolare del potere di controllo¹. Da ciò la dottrina (Ghezzi, Romagnoli 1987, 185) fa conseguire che quest'ultimo potere, al pari del potere direttivo, è «una caratteristica immanente al rapporto di lavoro subordinato»². Del resto, conferma che l'ordinamento giuridico ne riconosca la titolarità in capo al datore di lavoro può essere indirettamente ricavata dalle disposizioni che ne limitano l'ampiezza e le modalità di esercizio, ai fini della tutela della dignità del lavoratore.

Tra i limiti previsti, quelli riconducibili al principio di trasparenza sono presenti nell'ordinamento già nello Statuto di lavoratori (si veda il divieto di controllo occulto) al fine di contemperare le esigenze datoriali con quelle di tutela della persona del lavoratore³.

La trasparenza può assumere contenuto variegato: cogliendo un suggerimento di Del Punta, essa si configura diversamente anche in rapporto al tipo di controllo che si prende in considerazione. Con riferimento al «controllo umano», la trasparenza può prendere forma in «senso forte»; se per controllo trasparente «intendiamo il fatto di *sapere che si è controllati nel momento in cui lo si è*» (Del Punta 2016, 79), quanto previsto nell'art. 3 St. lav. è sufficiente per garantire che il lavoratore, essendo a conoscenza dei nominativi del personale addetto al controllo (Ghitti 2020, 956-957; Caro 2018, 817-818; Amoroso, Centofanti 2017, 33 sgg.; Bellavista 1995, 35 sgg.), sappia quando è controllato, perché potrà verificare la presenza fisica di chi lo controlla. Lo stesso si può dire nel caso in cui il controllo sia esercitato direttamente dal datore di lavoro o da un superiore gerarchico (persone note al lavoratore e che esercitano un controllo immediatamente percepibile e palese)⁴.

¹ Amoroso, Centofanti 2017, 35; Bellavista 1996, 547. In giurisprudenza: Cass. 12.6.2002, n. 8388, in *MGC*, 2002, 1000; Cass. 3.7.2001, n. 8998, in *FI*, 2002, I, 2793, con nota di Iozzo; Cass. 23.6.1999, n. 6390, in *LG*, 2000, 137, con nota di D'Angelo.

² Nello stesso senso: Grandi 1987, 351; Ichino 1989, 200; Bellavista 1995, 3-4 e 6-7.

³ Come è stato sottolineato da Zilli 2022, 19, la trasparenza potrebbe incarnare «il miglior compromesso possibile tra l'efficienza produttiva e la giustizia sociale».

⁴ Bellavista 1996, 547; Ghitti 2020, 957; Carbone 2018, 488. In giurisprudenza: T. Firenze, 29.11.2003, in *D&L*, 2001, 2, 357, con nota di Giometti; Cass. 2.3.2002, n. 3039, in *RIDL*, 2002, II, 873, con nota di Passerini; Cass. 28.8.1996, n. 7889, in *RDL*, 1997, II, 391, con nota di Faleri. In dottrina (Amoroso, Centofanti 2017, 34) si specifica che l'ampliamento del potere di controllo in capo ai superiori gerarchici dovrebbe riguardare solo i diretti superiori gerarchici dei lavoratori e non tutti coloro che si trovano in una posizione sovraordinata poiché altrimenti diventerebbe meno concreta la possibilità di conoscere il controllo.

Per quanto concerne il controllo a distanza, esso per sua natura si presta a eludere facilmente il rispetto del principio della trasparenza in «senso forte»⁵. Il controllo a distanza è tale anche perché può avvenire in maniera differita in riferimento al tempo e allo spazio⁶. Quindi il lavoratore potrebbe sapere ad esempio che è presente in azienda un impianto audiovisivo o uno strumento di controllo a distanza, ma potrebbe non sapere se effettivamente in un tempo successivo qualcuno controllerà quanto registrato o se a distanza spaziale vi è qualcuno che sta guardando il video. Questi ampi spazi di incertezza, dovuti alla possibile poca trasparenza del controllo venivano considerati non rispettosi della dignità del lavoratore, e pertanto avevano indotto il legislatore del 1970 a vietare in modo assoluto il controllo a distanza della prestazione lavorativa. Come sottolineato da Del Punta (2016, 79-80), tale divieto finiva però per sacrificare «in misura eccessiva il potere di controllo, rendendolo tendenzialmente inservibile, in particolare rispetto all'esigenza datoriale di prevenire e di accertare la commissione di illeciti, anche gravi, da parte del lavoratore».

Oggi la sensibilità comune alle forme di controllo a distanza è mutata: le attuali tecnologie consentono un monitoraggio sempre più invasivo e, per quanto siano stati rafforzati i congegni giuridici di protezione della riservatezza e di tutela dei dati personali, non v'è dubbio che vi sia una assuefazione e abitudine a essere sottoposti a possibili controlli a distanza, sul luogo di lavoro e nella vita quotidiana⁷. Non è probabilmente un caso che progressivamente il legislatore abbia allentato i vincoli relativi alla possibilità di controllare a distanza la prestazione lavorativa con strumenti tecnologici. Il cambio di sensibilità collettiva potrebbe aver contribuito alla mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza della prestazione lavorativa. E in effetti, a seguito alla riscrittura del 2015 della disposizione statutaria, la trasparenza ha ottenuto, anche in riferimento alla delimitazione dei limiti del controllo a distanza, un ruolo centrale. Ai fini della legittimità dell'esercizio del potere (e della successiva possibilità per il datore di lavoro di utilizzare i dati raccolti a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro) è necessario che il lavoratore sia adeguatamente informato, ad esempio, sulle modalità di realizzazione del controllo al fine di impedire che il lavoratore finisca per venire a conoscenza del controllo solo *ex post*, cioè dopo la contestazione di un inadempimento disciplinare o il compimento di un illecito.

⁵ Secondo Del Punta 2016, 79, i controlli a distanza sembrerebbero essere «incompatibili con il principio di trasparenza del controllo» se per trasparenza si intende il sapere esattamente quando si è controllati perché un superiore o un addetto alla vigilanza della prestazione sono fisicamente vicini alla postazione del lavoratore.

⁶ Il controllo a distanza consente infatti un controllo pervasivo e anelastico, nello spazio e nel tempo. Ingraio 2018, 30. Zanelli 1988, 749 sgg., in particolare, (citando Foucault 1976, 218) sottolinea che la possibilità di utilizzare i dati in un momento successivo alla loro raccolta trasforma il datore di lavoro in un controllore «onniveggente ed invisibile».

⁷ Nell'esperienza di tutti i giorni, i controlli attuati attraverso strumenti audiovisivi ed elettronici sono diventati pressoché «normali». Cfr. sul punto: Salimbeni 2015, 600; Trojsi 2014, 96; Maio 2015, 1213-1215; Russo 2016, 3.

Per vero, la tesi secondo la quale è oggi legittimo controllare a distanza la prestazione lavorativa⁸ non è unanimemente condivisa.

Parte della dottrina non ritiene che il venir meno del divieto assoluto di controllo comporti la possibilità per il datore di lavoro di controllare a distanza la prestazione lavorativa⁹. Ad avviso di chi scrive, invece, la mancata riproposizione del divieto generale non sembra essere casuale. Indubbiamente, seguendo la lettera della disposizione, ancora oggi sopravvive un divieto relativo di controllo a distanza della prestazione lavorativa attraverso impianti audiovisivi; ad esempio, ancora oggi è vietato installare impianti audiovisivi per controllare esclusivamente l'attività lavorativa del dipendente, potendosi utilizzare tali strumenti solo per motivi organizzativi, produttivi, di tutela della sicurezza sul lavoro o del patrimonio aziendale. Tuttavia, lo stesso legislatore contempla la possibilità che attraverso tali strumenti possa derivare «anche» (pur non essendo il loro scopo principale) il controllo della prestazione lavorativa.

La disposizione non richiede la sussistenza delle medesime finalità per quanto concerne gli strumenti di lavoro¹⁰ e di registrazione degli accessi e delle presenze, che potrebbero quindi essere utilizzati anche per controllare a distanza la prestazione lavorativa¹¹. Inoltre, i dati raccolti con gli strumenti disciplinati dal co. 1 e quelli raccolti con gli strumenti previsti al co. 2 possono essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, *ex co.* 3. Da ciò consegue che per quanto concerne i controlli *ex co.* 1 la finalità sia un limite soltanto al fine dell'installazione degli strumenti e non per il successivo utilizzo dei dati.

Vi è chi argomenta (Marazza 2016, 15-16; Dagnino 2016, 116-117) che i dati raccolti con gli strumenti previsti al co. 1 potrebbero essere utilizzati solo per le finalità che ne hanno determinato l'installazione e non quindi per il

⁸ Emiliani 2022, 616; Topo, Razzolini 2018, 392 e 402-403; Tullini 2017a, 15 (la quale afferma che, «secondo il quadro normativo vigente, il datore è abilitato a servirsi delle informazioni raccolte per via diretta [...]. Pertanto, sembra definitivamente archiviato il divieto di controllo tecnologico sull'attività lavorativa»); Maresca 2016, 518-520 (il quale, seppur prospettando anche letture alternative, sembra confermare il collegamento tra assenza del divieto e legittimità del controllo a distanza). In giurisprudenza: Cass. 9 novembre 2021, n. 32760.

⁹ Vi è chi ritiene che il divieto di controllo a distanza sussista ancora e possa essere implicitamente ricavato dall'attuale comma 1: Zoli, Villa 2017, 129; Del Punta 2016, 82, 96; Ricci 2016, 740 sgg.; Lambertucci 2016, 769-770; Alvino 2016, 16; Russo 2016, 5. Più sfumata pare la posizione di Maio 2015, 1193, il quale ritiene che sul piano precettivo cambi «poco o nulla».

¹⁰ Per strumenti di lavoro secondo l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (Circ. INL n. 2 del 2016) e il Garante della Privacy (provvedimento del Garante della Privacy n. 138 del 2017) si devono intendere soltanto gli strumenti di lavoro utilizzati in via primaria ed essenziale dal lavoratore e «strettamente funzionali alla prestazione lavorativa» (Provvedimento del Garante della Privacy n. 303 del 2016). Non sono ricompresi pertanto in tale nozione i programmi eventualmente installati sugli strumenti di lavoro che abbiano una funzionalità esclusivamente di controllo.

¹¹ Su queste nozioni si veda Pisani 2022, 439 sgg.

controllo della prestazione lavorativa. Anche volendo accogliere questa lettura restrittiva, lo stesso ragionamento non si potrebbe riproporre per gli strumenti *ex co. 2*, per i quali non è necessaria la sussistenza di una delle finalità prime citate. Se si coniuga quest'ultimo aspetto con quanto stabilito dal co. 3 si può ritenere che, ad oggi, è possibile per il datore utilizzare con finalità di controllo a distanza della prestazione lavorativa quantomeno gli strumenti *ex co. 2* (Pessi 2022, 538)¹². Del resto, se si negasse la possibilità di controllare la prestazione lavorativa attraverso gli strumenti di lavoro, verrebbe meno per il datore di lavoro la possibilità di controllare a distanza i lavoratori che svolgono la loro prestazione in modalità agile¹³.

Meglio si comprende dunque, a questo punto, perché si possa ritenere, stanti le vigenti disposizioni, che gli obblighi di trasparenza occupino oggi un ruolo centrale nello strumentario di protezione dal potere di controllo. L'informativa sulle modalità di uso degli strumenti e di effettuazione del controllo, oltre che la necessità del rispetto della normativa sulla *privacy* prevista al co. 3 (sia per gli strumenti disciplinati al co. 1 sia per quelli al co. 2)¹⁴, è volta a preservare la trasparenza del controllo. Se si vuole continuare a leggere l'art. 4 St. lav. come norma a tutela della dignità dei lavoratori, occorre ammettere che tale dignità sia preservata oggi principalmente attraverso regole di trasparenza: ad essere vietato non è il controllo in sé, di regola, quanto il controllo di cui il lavoratore non sia consapevole e informato.

2. La nuova formulazione dell'art. 4 St. lav. pone rimedio alle questioni lasciate irrisolte dalla precedente versione?

Facendo perno sul potenziamento della trasparenza come condizione di legittimità del controllo, Del Punta (2016, 91) auspicava che la novella avrebbe potuto contribuire a porre rimedio a due problemi generatisi in vigenza dalla versione originaria dell'art. 4 St. lav.: la mancata integrazione della disciplina con il codice della *privacy*¹⁵ e l'elevato «tasso d'inosservanza» della stessa disposizione statutaria, in ragione dello spazio riconosciuto, in giurisprudenza, ai c.d. controlli difensivi (Del Punta 2016, 84). Oggi, essendo

¹² Ingraio 2016, 113, sottolinea che il controllo a distanza della prestazione lavorativa è legittimo purché sia trasparente e sia data al lavoratore corretta informazione; purché si tratti di un controllo svolto in ultima istanza; purché sia proporzionale, quindi non svolto senza soluzione di continuità.

¹³ Sul controllo del datore di lavoro sul lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile si veda Pessi 2022, 531 sgg.

¹⁴ Del Punta 2016, 104-6, sostiene che i dati raccolti attraverso il controllo a distanza possano essere utilizzati anche a fini disciplinari purché siano rispettate le condizioni previste dallo stesso art. 4.

¹⁵ Del Punta 2016, 91, descrive il rapporto tra la normativa *privacy* e quella dei controlli a distanza, ante riforma, come di «un'integrazione poco riuscita», poiché «i due apparati normativi, in sostanza, hanno continuato a gravitare nelle rispettive sfere, senza sviluppare particolari interazioni».

trascorsi diversi anni dalla pubblicazione del saggio, è possibile verificare se, come auspicato dallo stesso Autore all'indomani della riforma, la nuova disposizione abbia risolto le questioni controverse.

2.1 Attuale formulazione dell'art. 4 St. lav. e disciplina della *privacy*

Per quanto concerne il primo aspetto, ovvero l'integrazione tra la disciplina limitativa dei controlli a distanza e la disciplina di tutela della *privacy*, prima della modifica, l'art. 4 nulla prevedeva in merito e il rispetto della disciplina della *privacy* era raramente verificato in giurisprudenza (Del Punta 2016, 92; Ingraio 2018, 67)¹⁶.

Ciò posto, il legislatore nel riformulare l'art. 4 St. lav. ha voluto certamente promuovere la «contaminazione sistematica» con la normativa *privacy* (Del Punta 2016, 107)¹⁷. Ai sensi dell'art. 4, co. 3, St. lav., affinché il controllo sia legittimo e i dati ricavati possano essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro il lavoratore deve essere adeguatamente informato sulle modalità del controllo e deve essere rispettata la normativa sulla *privacy*. Lo scopo dell'informativa è quindi quello di rendere più trasparente possibile il controllo a distanza o, per usare le parole di Del Punta (2016, 79), per far sì che anche il controllo a distanza possa diventare trasparente in «senso forte» in modo da garantire che il lavoratore sappia quando e come possa essere controllato. In particolare, affinché l'informativa possa essere considerata «adeguata» non è sufficiente la comunicazione della generica possibilità di controllo, ma è necessario indicare le tempistiche dello stesso, ovvero se il controllo è occasionale oppure periodico, quali dati riguardi e il tempo di conservazione degli stessi (Nuzzo 2018, 212). L'informativa deve essere perciò quanto più possibile completa¹⁸.

Ai fini delle legittimità del controllo a distanza, in un'ottica quindi di massima trasparenza, sarà necessario inoltre il rispetto della normativa sulla *privacy* che si traduce nel dover tener conto dei principi di «liceità, correttezza

¹⁶ Le sentenze in cui i giudici, in costanza della vecchia versione dell'art. 4, hanno verificato anche il rispetto della disciplina *privacy* si contano sulle dita di una mano: Cass. 1.08.2013, n. 18443; Trib. Milano 23.06.2015; App. Milano 4.08.2015.

¹⁷ Nello stesso senso: Ingraio 2018, 56. Di diverso avviso è Tullini 2022, 113, secondo la quale il «complicato meccanismo di rinvii incrociati [...] anziché instaurare un nesso sistematico, si limita a far salvi i rispettivi ambiti disciplinari e suggerisce un'impressione di separatezza».

¹⁸ Come sottolineato in dottrina (Maresca 2017, 24), la completezza deve essere coniugata con la sintesi, poiché una quantità eccessiva di informazioni potrebbe impedire l'effettiva conoscibilità e la comprensione delle stesse. Quest'ultimo aspetto è infatti requisito essenziale al fine della valutazione dell'adeguatezza dell'informativa. Cfr. sul punto: Tullini 2017b, 117; Maresca 2017, 24; Pinto 2017, 151; Ziccardi 2016, 62; Proia 2016, 569. Sulla questione dell'adeguatezza dell'informativa v.: T. Savona, 1.3.2018, in *RGL*, 2018, II, 574 sgg., con nota di Bandelloni; T. Torino 19.9.2018, n. 1664, in *Ilgiuslavorista.it 15 ottobre 2018*, con nota di Apa.

e trasparenza»¹⁹, di «limitazione della finalità»²⁰, di «minimizzazione dei dati»²¹, di «esattezza»²², di «limitazione della conservazione»²³, di «integrità e riservatezza»²⁴ sanciti all'art. 5 del GDPR e delle condizioni di liceità previste al successivo art. 6²⁵.

Ci si può chiedere, invero, se sia necessario redigere due informative, una *ex art. 4 St. lav.* e una *ex art. 13 del GDPR*²⁶. Per quanto concerne quest'ultima, essa si differenzia dalla precedente (che pare presupporre una recezione passiva dell'informazione dal lavoratore) per il fatto di richiedere come necessaria l'espressione del consenso da parte dell'interessato²⁷. Quest'ultima informativa deve contenere le generalità del titolare del trattamento e, se presente, i dati di riferimento del responsabile per la protezione dei dati (DPO); le finalità del trattamento dei dati; la classificazione degli stessi e la loro eventuale diffusione; il periodo di conservazione dei dati (determinata o determinabile); la base giuridica del trattamento. In aggiunta, tale comunicazione deve essere redatta con «un linguaggio semplice e chiaro» in modo tale che le informazioni ivi contenute siano «facilmente accessibili e comprensibili»²⁸. Le logiche perseguite dalle due informative possono essere considerate parzialmente sovrapponibili dal momento che è prevista in entrambe l'indicazione delle finalità del trattamento dei dati e la trasparenza nella comunicazione e del successivo utilizzo dei dati. Tuttavia, i principi *privacy* impongono, oltre a quanto previsto dall'art. 4, il rispetto del principio di minimizzazione nell'uso dei dati. Quest'ultimo impone di prediligere, ove possibile, l'utilizzo di dati anonimi in luogo di quelli personali. Questo principio potrebbe tradursi in una tutela aggiuntiva per il lavora-

¹⁹ Tale principio si concretizza nella necessità che il trattamento dei dati sia utile a perseguire un interesse legittimo del titolare. È necessario inoltre che quest'ultimo agisca in modo trasparente e improntato alla buona fede.

²⁰ Tale principio impone che le finalità debbano essere determinate, esplicite e legittime. Tuttavia, l'individuazione di queste ultime non è sufficiente a rendere lecito il trattamento, occorre infatti che i dati siano pertinenti e adeguati rispetto alle finalità in modo da assicurare che vengano raccolti solo quelli funzionali al perseguimento delle finalità predeterminate.

²¹ Tale principio prevede, laddove possibile, l'utilizzo di dati anonimi, limitando al minimo l'utilizzo di quelli personali.

²² Tale principio dispone che il dato sia completo in modo tale che non possa essere travisato.

²³ Nei casi in cui sia imprescindibile l'utilizzo di dati personali, tale principio dispone che sia necessario che la conservazione sia limitata per il solo lasso di tempo necessario a conseguire la finalità del trattamento.

²⁴ Al fine di rispettare tale principio, si rende necessario che i dati personali siano conservati nella loro integrità, in modo da garantirne la loro salvaguardia da alterazioni o intrusioni di terzi.

²⁵ Bolognini 2016, 103, distingue tra la liceità del trattamento, che riguarda il suo essere conforme alla legge, e la legittimità delle finalità, che potrebbe non riguardare la liceità a monte, ma la presenza di una base giuridica che giustifica il trattamento nel caso concreto.

²⁶ Sul rapporto tra informativa *ex co. 3*, art. 4 *St. lav.* e informativa *ex art. 13* normativa *privacy* si veda Proia 2022, 344-46. In giurisprudenza sulla necessità di redigere e consegnare al lavoratore un'informativa *ex art. 13* GDPR: Corte App. Roma 24 novembre 2023, n. 4371.

²⁷ Considerando 40 del GDPR.

²⁸ Considerando 39 e art. 12 del GDPR.

tore. Il controllo a distanza dovrebbe infatti avere ad oggetto primariamente dati aggregati e resi anonimi, ma che consentano comunque di rispondere alla tutela degli interessi datoriali.

L'adempimento corretto e esaustivo degli obblighi previsti dal co. 3 dell'art. 4 St. lav., così come specificati, da parte del datore di lavoro dovrebbe garantire l'effettiva, e tanto agognata, trasparenza del controllo a distanza.

All'esito delle considerazioni svolte, si può ritenere che il richiamo esplicito nel comma 3 alle garanzie apportate dal Codice privacy ha scongiurato il rischio che le stesse rimanessero sulla carta come spesso in precedenza accadeva (Del Punta 2016, 107). Al lavoratore sono oggi assicurate informazioni che rendono il controllo a distanza trasparente al pari di quello personale.

2.2. Controlli difensivi: orientamenti *ante* e *post* riforma art. 4 a confronto

Per quanto concerne il secondo aspetto, come sottolineato in dottrina (Del Punta 2016, 84), la previsione del divieto assoluto di controllo a distanza non impediva un elevato «tasso d'inosservanza» della disposizione da parte dei datori di lavoro. La necessità da parte di questi ultimi di accertare le condotte illecite poste in essere dai propri dipendenti aveva portato all'elaborazione giurisprudenziale della nozione di controlli difensivi (la cui collocazione sistematica rispetto all'art. 4 versione originaria è stata al centro di ampio dibattito)²⁹. Come è noto, oggetto del controllo difensivo non è lo svolgimento della prestazione lavorativa, ma l'eventuale compimento di atti illeciti da parte dei lavoratori, sovente rilevanti sotto il profilo penale e lesivi del patrimonio aziendale. Non sfugge, tuttavia, che la natura «difensiva» del controllo, e quindi la sua finalità, è accertabile solo *ex post* rispetto all'effettuazione del controllo stesso. Come osservato da Del Punta (2016, 85) «era paradossale [...] che un controllo potesse essere ritenuto legittimo [...] a seconda di quello che consentiva di accertare, ossia di un dato *ex post*»³⁰.

Consentendo i controlli difensivi si rischiava di permettere in via di fatto un controllo continuo e occulto da parte del datore di lavoro sulla prestazione lavorativa in violazione dell'art. 4 St. lav.³¹. I casi affrontati dalla giurisprudenza, come sottolineato in dottrina (Tullini 2009, 324-27; Aimo 2003, 124 sgg.; Del Punta 2016, 85-86) confermano la difficoltà, e talvolta l'impossibi-

²⁹ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali cfr: Criscuolo 2017, 43-44; Ingraio 2017, 48-50; Maresca 2016, 524-25 (autore di una disamina tanto critica quanto convincente); Alvino 2014, 1011-17; Levi 2013, 94-97; Barraco, Sitzia 2013, 387-92; Olivelli 2013, 377-379; Erboli 2012, 140-43; Galardi 2010, 569-70; Bellavista 2010, 464-66; Barraco, Sitzia 2010, 1008-10.

³⁰ Nello stesso senso: Ingraio 2018, 50; Falsone 2015, 995; Amoroso 2014, 47; Mazzotta 2013, 545; Ravelli 2010, 322; Zoli 2009, 500; Nogler 2002, 14.

³¹ In dottrina cfr. sul punto: Minervini 2014, 316; Trojsi 2013, 298; Aimo 2012, 1810-11; Bellavista 2005, 777; Aimo 2003, 123.

lità, di scindere il controllo sul compimento dell'illecito dal controllo sull'attività lavorativa³².

Il vigente art. 4 contiene l'espressa considerazione della tutela del patrimonio aziendale tra le legittime finalità dei controlli a distanza. Pertanto, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza il legislatore ha inteso ricomprendere i controlli difensivi nella disciplina dell'art. 4 St. lav.³³. Ciononostante, la figura dei controlli difensivi, per i quali non è richiesta la procedura autorizzativa sindacale o amministrativa, è ancora ammessa in giurisprudenza e in dottrina³⁴. La giurisprudenza maggioritaria si trova in linea con quest'ultima tesi³⁵. In particolare, i giudici di legittimità individuano una bipartizione tra controlli «in senso lato» – da ricomprendere nella disciplina dell'art. 4 – e controlli «in senso stretto» – non compresi nell'art. 4. La Cassazione specifica che i controlli difensivi in senso lato si concretizzerebbero in tutti quei controlli non diretti esclusivamente a scoprire il compimento di eventuali illeciti, ma rivolti in modo indifferenziato alle prestazioni rese da tutti i lavoratori in quanto incidenti sul patrimonio aziendale. I controlli difensivi in senso stretto, invece, sarebbero diretti verso singoli dipendenti. In particolare, due sono le caratteristiche identificative di questi ultimi individuate dalla Cassazione: non devono riguardare l'attività dei lavoratori e devono essere realizzati *ex post* rispetto al comportamento illecito «del cui avvenuto compimento il datore di lavoro abbia avuto il

³² Il confine tra controlli sull'attività lavorativa e controlli sul compimento di illeciti può essere tracciato con sicurezza soltanto nei casi in cui i controlli fossero svolti dal datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro. In detti casi non vi era possibile commistione tra controllo sull'attività lavorativa e controllo sul compimento di illeciti. La giurisprudenza ha, condivisibilmente, ritenuto i suddetti controlli non ricadenti nel dettato dell'art. 4: Cass. 3.7.2001, n. 8998, in *FI*, 2002, I, 2793, con nota di Iozzo; T. La Spezia, 25.11.2016, in *RGL news*, n. 1/2017, 16-17. In dottrina: Dagnino 2016, 119; Minervini 2014, 315. Maresca 2017, 10, individua un altro caso in cui il controllo potrebbe essere genuinamente difensivo: «quando il sistema informatico (o una sua funzione) viene tarato in modo tale da accertare soltanto condotte illecite del dipendente».

³³ Ritengono che i controlli difensivi siano oggi sottoposti all'art. 4: Bellavista 2022, 100-1; Casano 2019, 307; Nuzzo 2018, 43; Ingraio 2018, 170-72; Bandelloni 2018, 92; Barbieri 2017, 202; Ingraio 2017, 50-51; Del Punta 2016, 96-97; Lambertucci 2016, 770; Marazza 2016, 17-18; Alvino 2016, 18; Tebano 2016, 353. In giurisprudenza tale tesi è sicuramente minoritaria: Cass. 4.11.2021, n. 31778; T. Vicenza, 28.10.2019, n. 356, *cit.*; T. Roma 13.6.2018, *cit.*; T. Roma 16.9.2016, in *Igiuslavorista.it* 22 febbraio 2017, con nota di Russo.

³⁴ Con argomenti variegati sostengono tale posizione: Maio 2022, 424-433; Sartori 2020, 241; Brun 2020, 771; Maresca 2017, 10; Marazza 2017, 30 (il quale specifica rispetto alla posizione espressa precedentemente – Marazza 2016 – che, a suo avviso, i controlli difensivi che abbiano ad oggetto comportamenti illeciti con rilevanza penale non rientrano nell'attuale comma 1 dell'art. 4) e 37-40; Maio 2017, 68; Maio 2015, 1193-94.

³⁵ Cass. 26.01.2023, n. 18168, in *MGL*, 2023, n. 3, 614 sgg., con nota di Rosa; Cass., 22.9.2021, n. 25732, in *RGL*, 2022, I, 11 sgg., con nota di Bandelloni; Cass. 12.11.2021, n. 34092; C. App. Roma 22.3.2019, n. 1331, in *Dejure*; T. Roma 24.3.2017, in *DRI*, 2018, I, 265, in *Dejure*; T. Roma 26.3.2019, n. 17778, *cit.*; T. Padova, 22.1.2018, *cit.*; T. Torino 18.9.2018, n. 1664, in *RIDL*, 2019, II, 3, con nota di Criscuolo; T. Padova, 19.1.2018, in *DRI*, 2019, I, 302; T. La Spezia 25.11.2016, in *DRI*, 2019, I, 302. *Contra*: le isolate sentenze citate a nota 33.

fondato sospetto»³⁶. Secondo la Corte di Cassazione, il controllo si può considerare realizzato *ex post* nel caso in cui il datore di lavoro proceda alla raccolta delle informazioni solo ed esclusivamente dal momento in cui ha il fondato sospetto della commissione di un illecito. Graverà pertanto sul datore di lavoro l'onere di allegazione della prova relativa al fatto che il controllo sia successivo all'insorgere dello stesso³⁷.

Quest'ultima tesi, anche se può rispondere a esigenze reali di tutela del patrimonio aziendale del datore di lavoro, risulta essere in contrasto con quanto disposto dallo stesso co. 1 dell'art. 4, con il paradosso di finire per ammettere un illecito al fine di contrastarne un altro (Nuzzo 2018, 50-52).

L'orientamento giurisprudenziale prevalente, in ogni caso, riapre le porte ad un utilizzo opaco del potere di controllo: ed è questo un esito contraddittorio con l'impianto dell'art. 4 St. lav. che permette i controlli a patto che questi rispondano al principio di trasparenza. Non è il controllo in sé ad essere escluso, ma il controllo datoriale di cui il controllato è del tutto inconsapevole. Senza contare che, come è stato scritto (Bellavista 2022, 105), considerare parte dei controlli difensivi come espunti dalla disciplina dell'art. 4 St. lav. impedisce la tanta agognata integrazione tra disciplina statutaria e normativa della *privacy*.

3. Potere di controllo e *social network*

Una delle possibili modalità di controllo a distanza maggiormente pervasive, e nel contempo assai poco trasparenti, è quella realizzata tramite i *social network*. Essi consentono di accedere a molteplici aspetti riguardanti il lavoratore, anche attinenti alla sua sfera personale³⁸. A ciò si aggiunga il fatto che il controllo tramite i *social*, a differenza degli altri, è sostanzialmente privo di costi per il datore di lavoro e ben si presta a essere svolto in modo occulto (Ingrao 2016, 108). Volendo limitare l'indagine alla sfera del controllo della prestazione lavorativa (oggetto del presente saggio), è necessario chiedersi se i *social network* possano essere utilizzati per il controllo a distanza di quest'ultima.

Ricostruita nel senso indicato nei paragrafi precedenti la disciplina dell'art. 4 St. lav., si ritiene che in linea generale il datore di lavoro possa, nel rispetto dei limiti previsti dalla normativa vigente, controllare a distanza la prestazione lavorativa. Occorre tuttavia comprendere se i controlli attuati tramite i *social network* siano sottoposti alla disciplina contenuta nell'art. 4 St. lav. Per rispondere a tale interrogativo è necessario compiere delle distinzioni.

I *social* possono anzitutto essere considerati dall'azienda degli strumenti utili a fini organizzativi. Il datore di lavoro, ad esempio, potrebbe promuovere l'utilizzo di *social* aziendali per favorire la diffusione dell'informazione all'interno dell'azien-

³⁶ Cass. 22.9.2021, n. 25732, cit.

³⁷ C. App. Roma 17.11.23, n. 4371.

³⁸ Su tale aspetto, che presenta diverse sfaccettature, sia consentito il rinvio a Bandelloni 2023, 36 sgg.

da sui progetti in corso svolti dai diversi reparti. In questo caso il *social* potrebbe rientrare in senso lato tra gli strumenti utili a fini organizzativi dai quali può derivare anche un controllo a distanza della prestazione lavorativa (ex co. 1 art. 4), poiché nel caso di specie l'utilizzo del *social* permette di valutare l'attività lavorativa e il suo stato di avanzamento. In tal senso, ai fini di un loro utilizzo legittimo è necessario seguire la procedura autorizzativa prevista dallo stesso art. 4, co. 1.

In un'ottica diversa i *social network* (presumibilmente non privati, ma gestiti per l'azienda o per i clienti) possono incarnare anche dei veri e propri strumenti di lavoro (ex co. 2, art. 4) nel caso in cui il lavoratore svolga ad esempio la mansione di *social media manager* o di *blogger*. In questo caso il lavoratore li utilizzerà per rendere la propria prestazione lavorativa. Il datore di lavoro potrà controllarli ai fini della verifica del corretto adempimento della prestazione lavorativa. Ai fini della legittimità di tale controllo e del successivo utilizzo dei dati, fondamentale è il rispetto del principio di trasparenza in riferimento alle modalità di utilizzo del *social* e in riferimento alle modalità e ai tempi di controllo. In particolare, nell'informativa ex co. 3 dell'art. 4 St. lav. è necessaria l'esplicitazione da parte del datore di lavoro di quali condotte sono ammesse e tollerate e quali no. Inoltre, dovrà essere rispettata la normativa sulla *privacy* che si concretizza nel divieto di controlli continui e prolungati nel tempo³⁹. Posto questo limite, il datore di lavoro potrà accedere all'account *social* di lavoro al fine di controllare il corretto adempimento della prestazione lavorativa da parte del lavoratore e nel caso in cui constati un uso scorretto o un inadempimento, i dati così raccolti potranno essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, quindi anche disciplinari (Ingrao 2016, 116).

In entrambi i casi sembra agevole ricondurre il controllo a distanza attuato tramite i *social network* all'interno della disciplina dell'art. 4 e quindi garantire al lavoratore le connesse tutele garantite dal principio di trasparenza.

4. La possibilità di usare i *social network* (utilizzati dal lavoratore a fini privati) per il controllo a distanza della prestazione lavorativa

Sgombrato il campo da questi casi in cui i *social network* sono in vario modo connessi alla prestazione lavorativa, è necessario affrontare l'aspetto maggiormente insidioso, e cioè, se il datore di lavoro possa, attraverso i *social network* (utilizzati dal lavoratore con profilo personale e a fini privati), controllare indirettamente il corretto adempimento della prestazione lavorativa. Come è noto, l'uso del *social network* sul posto di lavoro, in orario di lavoro, può integrare mancanza di diligenza⁴⁰ nel rendere la prestazione lavorativa⁴¹. In giurisprudenza,

³⁹ A parere di Ingrao 2016, 116-17, «il datore di lavoro non potrà, certamente, monitorare in modo costante l'attività del lavoratore sul Social, in ogni istante e in ogni momento in cui è *loggato*».

⁴⁰ Rocchini 2019, 147, in particolare nota 16; Ingrao 2018, 72; Ingrao 2016, 106-7. Del Punta 2019, 88 e 93, sottolinea che l'accesso ai *social network* in orario di lavoro, qualunque sia la ragione, comporta un'interruzione dell'attività lavorativa che può non essere tollerata dal datore di lavoro.

⁴¹ Gli psicologi che studiano l'organizzazione del lavoro hanno coniato il termine *cyberslacking* o *cyberloafing* per indicare l'uso da parte del lavoratore per fini privati dei servizi collegati al web in orario lavorativo. Cfr. sul punto Friedman 2000, 1562 sgg.

l'uso prolungato dei *social network* per scopi personali durante l'orario di lavoro è stato ritenuto costituire un «comportamento idoneo a incrinare la fiducia del datore di lavoro»⁴².

Del resto, le caratteristiche del *social* consentono di individuare il luogo e la fascia oraria in cui l'utente è connesso o «posta» dei contenuti. Di conseguenza, il datore può facilmente venire a conoscenza dell'uso da parte del lavoratore dei *social network* in orario di lavoro e sul luogo di lavoro; indirettamente, può anche verificare se in orario di lavoro il dipendente si è allontanato dal luogo stesso in cui dovrebbe rendere la prestazione (Ingrao 2016, 108). Peraltro, la pervasività del controllo tramite *social network* raggiunge profondità notevole ove si consideri che da alcuni *social* è possibile raccogliere dati di geolocalizzazione dell'utente⁴³.

Si consideri, inoltre, che la latitudine dei controlli possibili è molto vasta: si ritiene infatti di aderire alla tesi secondo la quale un comportamento illecito del lavoratore posto in essere durante l'orario lavorativo si configura anche come un inadempimento della prestazione. Tuttavia, non essendo sovente distinguibile detto confine, è necessario chiedersi come questo tipo di controllo possa collocarsi sistematicamente rispetto alla normativa vigente (sia in riferimento all'art. 4 St. lav. sia con riguardo a quanto stabilito dal GDPR).

5. L'utilizzo dei *social* privati per il controllo del rispetto degli obblighi del lavoratore

Partendo dal presupposto secondo cui l'utilizzo dei *social* può tradursi in un inadempimento (Timellini 2020, 285), per cercare di collocare sistematicamente il controllo attraverso i *social network* rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 4 St. lav. può essere di aiuto la casistica giurisprudenziale.

Significativo è il caso di un lavoratore, operaio addetto alle presse stampatrici, che a seguito dell'utilizzo dei *social* sul luogo di lavoro non era stato in grado di intervenire prontamente su di una pressa che si era bloccata a causa di una lamiera rimasta incastrata nei meccanismi. Il datore di lavoro in questione aveva utilizzato *Facebook* per provare la distrazione del lavoratore sul posto di lavoro (Cass. 27 maggio 2015, n. 10955). In particolare, nel caso di specie il datore di lavoro, con il fine di accertare l'inadempimento del lavoratore, aveva creato un falso profilo *Facebook* di donna con il quale aveva contattato il dipendente in orario lavorativo. I giudici hanno ritenuto legittima la condotta datoriale e la

⁴² Trib. Brescia 13.6.2016, in www.bollettinoadapt.it, 4 luglio 2016, con nota di E. Dagnino. La vicenda è poi arrivata in Cassazione, che ha confermato la decisione di merito: si veda Cass. 1.02.2019, n. 3133, in *RIDL*, 2019, II, 416, con nota di A. Ingrao.

⁴³ La Cassazione (Cass. 27.05.2015, n. 10955) sostiene che il lavoratore deve essere consapevole che l'utilizzo di *Facebook* ne consente la geolocalizzazione. Nel caso di specie, in particolare, i giudici di legittimità sostengono che, essendo la localizzazione avvenuta in seguito all'accesso a *Facebook*, si deve presumere la «consapevolezza del lavoratore di poter essere localizzato, attraverso il sistema di rilevazione satellitare del suo cellulare».

Cassazione non ha ritenuto suddetto tipo di controllo rientrante nella disciplina dell'art. 4 (vecchia versione) perché non lo hanno ritenuto un controllo tramite strumenti audiovisivi sulla prestazione lavorativa, ma un controllo volto alla tutela del patrimonio aziendale, patrimonio oggetto di lesione, nel caso di specie, per non essere, il lavoratore, tempestivamente intervenuto sul macchinario⁴⁴.

Un altro caso significativo (Cass. 13.3.2023, n. 7293) riguarda il licenziamento (ritenuto legittimo dalla Corte) di un autista di autobus che aveva pubblicato sul proprio profilo *Facebook* una foto in cui ritraeva il *display* del suo mezzo in cui aveva scritto una frase scurrile relativa agli obblighi vaccinali. La pubblicazione sul noto *social network* della fotografia aveva permesso all'azienda di appurare che durante il servizio il lavoratore invece di iniziare prontamente il turno utilizzava il sistema di bordo per la tabellazione della vettura al fine di divulgare un messaggio non attinente allo svolgimento della prestazione lavorativa. Tale condotta aveva comportato un rallentamento dell'attività lavorativa e, in aggiunta, aveva reso non identificabile la linea pregiudicando l'interesse dell'utenza a un corretto servizio. A ciò si aggiunge che il gesto ha avuto ripercussioni sull'immagine aziendale⁴⁵.

Nel primo caso, i giudici hanno deciso per la legittimità del controllo in quanto non rientrante, a loro avviso, nella disciplina dell'art. 4. Nel secondo caso i giudici non si sono posti il problema della legittimità dell'acquisizione dei dati tramite *social network* in riferimento alla normativa sui controlli a distanza sulla prestazione lavorativa, ritenendola implicitamente una condotta legittima a prescindere dal rispetto dell'art. 4 St. lav.

⁴⁴ Non sfugge che in questo caso il datore di lavoro aveva agito come vero e proprio agente provocatore. Ma la Corte di Cassazione ha ritenuto diversamente. La creazione di un falso profilo Facebook è stata definita dalla Corte come un comportamento «non invasivo, né induttivo all'infrazione» e pertanto ha ritenuto la condotta datoriale legittima e legittimo anche il conseguente licenziamento. Secondo alcuni (Ingrao 2016, 112) la condotta in questione del datore di lavoro travalica la dimensione del controllo violando i doveri di correttezza e buona fede.

⁴⁵ L'obbligo per il lavoratore di non ledere l'immagine aziendale è stato esplicitato in particolare per i dipendenti pubblici. Infatti nel senso dell'importanza di tutelare l'immagine del datore di lavoro (in particolare quando questo sia un soggetto pubblico), si è espresso il recente d.l. n. 36/2022 (convertito con l. n. 79/2022) il quale prevede (art. 4, co.1, che aggiunge l'art. 1 bis all'art. 54 d.lgs. n. 165/2001) che il codice di comportamento dei dipendenti pubblici debba contenere «una sezione dedicata al corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e social media da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l'immagine della pubblica amministrazione». In tal senso è stato aggiunto anche l'art. 11 ter al dpr n. 62/2013 (modificato dal dpr n. 81/2023) relativo all'uso dei social da parte dei dipendenti pubblici, quest'ultimo articolo prevede al co. 1 che «nell'utilizzo dei propri account di social media, il dipendente utilizza ogni cautela affinché le proprie opinioni o i propri giudizi su eventi, cose o persone, non siano in alcun modo attribuibili direttamente alla pubblica amministrazione di appartenenza. E al co. 2 che «in ogni caso il dipendente è tenuto ad astenersi da qualsiasi intervento o commento che possa nuocere al prestigio, al decoro o all'immagine dell'amministrazione di appartenenza o della pubblica amministrazione in generale».

In senso analogo il Garante per la protezione dei dati personali ritiene che il datore di lavoro possa utilizzare le prove raccolte sui *social network* del lavoratore nel caso quest'ultimo abbia impostato il profilo aperto o visibile agli «amici degli amici»⁴⁶. Tali prove sono ritenute lecitamente acquisite e, di conseguenza, utilizzabili perché riferibili a informazioni visibili a un numero indeterminato di persone. In particolare, nel caso affrontato dal Garante, il lavoratore era stato licenziato per aver postato su *Facebook* una foto scattata in ufficio con alcuni colleghi che mostrava sullo sfondo disegni coperti da segreto industriale⁴⁷.

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e del Garante, si può concludere nel senso che esula dalla disciplina limitativa dei controlli a distanza l'acquisizione di informazioni tramite i *social network* utilizzati per fini privati dal lavoratore (Borsari 2022, 788). Il controllo, infatti, non è svolto con strumenti che rientrano nel co. 1 o nel co. 2 dell'art. 4 St. lav.⁴⁸. L'illecito o l'inadempimento contrattuale viene diffuso dal lavoratore stesso attraverso la pubblicazione su un *social network*, per scelta di quest'ultimo, senza che il *social* stesso possa configurarsi come strumento di lavoro o come strumento datoriale di verifica di aspetti organizzativi, di sicurezza o di integrità del patrimonio aziendale. Come sottolineato in dottrina (Tullini 2022, 117; nello stesso senso: Forlivesi 2017, 43), dato l'attuale contesto normativo, «nulla sembra poter impedire al datore di acquisire informazioni che sono state consegnate volontariamente alla rete». Nessuna violazione del divieto di controllo occulto sancito dall'art. 4 St. lav. dunque si configurerebbe. Neppure parrebbe essere dovuta l'informativa, esulando il suddetto controllo dall'ambito di applicazione della normativa sui controlli a distanza (Tullini 2022, 117). Estremamente imprudente è pertanto la decisione di condividere contenuti in rete, non potendosi poi eccepire il diritto alla riservatezza una volta che le informazioni vengano raccolte e utilizzate per uno scopo non gradito⁴⁹.

Tale conclusione vale sia per il caso in cui il lavoratore acceda ai *social network* dai propri *device* privati sia, a maggior ragione, per il caso in cui vi acceda attraverso gli strumenti di lavoro. In quest'ultima ipotesi, infatti, se il datore ha compiutamente ed esaustivamente informato il lavoratore delle limitazioni di uso degli strumenti di lavoro, in particolare vietandone l'uso a fini privati, e delle modalità con cui verranno effettuati i controlli, l'attività *social* del lavoratore potrà essere legittimamente oggetto di controllo. Con riferimento agli strumenti di lavoro tecnologici, come è stato sottolineato in dottrina (Ingrao 2016, 115),

⁴⁶ Relazione annuale del Garante della privacy per l'anno 2010, 112.

⁴⁷ Nota del Garante del 26 agosto 2010.

⁴⁸ A contrario, secondo Ingrao 2016, 119, il datore di lavoro che voglia utilizzare le informazioni così raccolte dovrà sottostare ai limiti previsti dal co. 1 dell'art. 4 St. lav. poiché tale condotta integra un controllo a distanza della prestazione lavorativa a tutela del patrimonio aziendale.

⁴⁹ Miscione 2017, 529, sottolinea che è impensabile pretendere che il messaggio immesso in rete rimanga destinato solo a determinate persone e che le altre persone che ne vengono a conoscenza debbano «non vedere, non sentire, non parlare, perché se lo fanno, fanno male».

sembrerebbe che il legislatore abbia voluto attribuire un peso preponderante alla «consapevolezza individuale del lavoratore che quotidianamente si serve di quello strumento e, quindi, sa di potere essere controllato».

Ci si deve chiedere, tuttavia, se l'acquisizione di tali informazioni, pur esulando dal campo di applicazione dell'art. 4 St. lav., possa ritenersi legittima ai sensi della normativa *privacy*. Ai sensi del GDPR il trattamento di dati personali per fini connessi al rapporto di lavoro, e non per fini domestici e personali, implica l'imputazione al datore di lavoro della qualifica di responsabile del trattamento dei dati. Questo comporta che il datore di lavoro debba rispettare i principi stabiliti nella normativa *privacy* (ricordati *supra*, § 2.1). Tuttavia, si potrebbe ritenere il trattamento lecito, anche in assenza del consenso dell'interessato (in questo caso il lavoratore), se posto in essere per perseguire un legittimo interesse del titolare del trattamento (art. 6 GDPR). In questo caso, il legittimo interesse del datore di lavoro potrebbe essere individuato nella tutela del patrimonio aziendale, il quale include non solo la tutela dei beni materiali, ma anche immateriali, come l'immagine aziendale.

5.1 ...e per il rispetto degli obblighi preparatori alla prestazione lavorativa

I *social network* potrebbero essere anche un mezzo attraverso il quale il datore di lavoro viene a conoscenza del rispetto (o del mancato rispetto) degli obblighi accessori, in particolare di quelli preparatori, alla prestazione lavorativa. In dottrina si afferma (Mazzotta 1983, 8) che «il debitore deve adoperarsi, secondo buona fede, perché sia possibile procedere all'adempimento». Da ciò consegue che «nelle obbligazioni a tratto continuato [...] la diligenza nella fase di preparazione presuppone, nel debitore, la necessaria «tolleranza» ad una qualche limitazione alla propria sfera di libertà per quanto concerne la disponibilità del tempo» (Mazzotta 1983, 8). Questa limitazione deve essere bilanciata con il fatto che è implicata la persona del lavoratore. A tal proposito si esclude la possibilità per il datore di lavoro di esigere direttamente l'attività preparatoria alla prestazione, la cui violazione è rilevante «solo in quanto risulta pregiudizievole al corretto adempimento dell'obbligazione principale del lavoratore»⁵⁰. Secondo i giudici di legittimità, il lavoratore «può essere, quindi, chiamato a rispondere – anche sul piano disciplinare – dell'inesatto adempimento di detta obbligazione, imputabile alle sue cattive condizioni fisico-psichiche, ove le condizioni stesse dipendano dalla volontaria destinazione dei periodi di ferie o riposo a prestazioni lavorative in favore di terzi o, comunque, ad attività che risultano pregiudizievoli per la reintegrazione delle energie lavorative»⁵¹; oppure nel caso di comportamenti tenuti durante la malattia tali da ritardarne la guarigione⁵². Nello stesso

⁵⁰ Cass 5.12.1990, n. 11657 in RIDL 1991, 4,828 con nota di Proia.

⁵¹ Cass 5.12.1990, n. 11657 in RIDL 1991, 4,828 con nota di Proia.

⁵² Cass. 4 luglio 2014, n. 15365; Cass. 28 febbraio 2014, n. 4869; Cass. 21 aprile 2009, n. 9474; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27104; Cass. 6 ottobre 2005, n. 19414; Cass 1° luglio 2005, n. 14046. In dottrina: Di Stasi 2015, 753-754.

senso la dottrina (Mazzotta 1983, 8) sostiene che «il limite del dovere preparatorio è intrinseco alla sua propria natura, che lo caratterizza proprio per la sua proiezione verso l'adempimento, cosicché una volta che l'obbligo principale sia stato adempiuto non vi è più spazio per un'autonoma rilevanza di ulteriori doveri accessori». Tuttavia, secondo la Cassazione alcune prestazioni lavorative impongono di «apprezzare *ex ante*» rispetto all'ipotetico verificarsi di un inadempimento, se quanto svolto nel tempo libero possa pregiudicare il corretto adempimento dell'attività lavorativa (nel caso di specie si trattava di un pilota di aereo) (Proia 1991, 834-36; Di Cerbo 2013, 862).

Attraverso i *social network*, non è raro, oggi, che il datore di lavoro venga a conoscenza della violazione di obblighi preparatori della prestazione. Non a caso, di recente vi sono stati dei casi giurisprudenziali in cui era lo stesso lavoratore ad avere lasciato traccia sui *social* di condotte tenute durante la malattia tali da mettere in dubbio l'esistenza della stessa⁵³.

Sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziale già richiamati, si può dare per assodato che il datore di lavoro sia legittimato a conoscere alcune condotte tenute dal lavoratore nel tempo libero nel caso in cui queste possano incidere sul successivo corretto adempimento della prestazione lavorativa o mettere in dubbio l'esistenza della malattia o ritardarne la sua guarigione. In particolare, occorre chiedersi se sia applicabile la disciplina prevista dall'art. 4 St. lav. nei casi in cui il datore di lavoro venga a conoscenza di (e successivamente utilizzi ai fini connessi al rapporto di lavoro) informazioni pubblicate dal lavoratore stesso. La questione non è sicuramente di facile soluzione, ma sembrerebbe che in tali casi il datore di lavoro non ponga in essere un controllo a distanza nel senso proprio del termine e, di conseguenza, non trovi applicazione la disciplina contenuta nella menzionata norma statutaria. Infatti, il datore di lavoro può venire a conoscenza in modo casuale, e non a seguito di un'operazione di controllo, delle informazioni pubblicate dal lavoratore attraverso un *social*, ad esempio nel caso in cui quest'ultimo sia impostato con il profilo aperto o nel caso queste vengano condivise da altri colleghi o postate in una pagina pubblica. Come sostenuto nel paragrafo precedente, in questo caso si ritiene che il datore di lavoro sia legittimato a utilizzare tali informazioni di cui è venuto in possesso per tutelare un suo legittimo interesse (*ex art. 6 GDPR*).

6. Conclusioni

Per concludere, e per riprendere il filo del discorso con l'illustre Maestro, si vuole sottolineare l'importanza del rispetto del principio di trasparenza, evocato più volte nel saggio. Quest'ultimo, infatti, si trova oggi a essere elemento essen-

⁵³ Ad esempio, nel caso deciso presentato al Tribunale di Ancona, in <https://www.ilrestodelcarlino.it/ancona/cronaca/2012/09/20/774824-malattia-concerto-madonna-facebook-licenziato.shtml> il dipendente assente per presunta malattia aveva poi postato delle foto in cui era presente a un concerto; o nel caso deciso da Cass 13.3.2018, n. 6047, in cui il dipendente affetto da sciatalgia si era esibito in piedi a un concerto di fisarmonica per due ore.

ziale di tutela del lavoratore di fronte al potere di controllo datoriale, soprattutto quando questo è esercitato a distanza. Solo la trasparenza, che si traduce nel redigere un'adeguata informativa e nel rispetto dei principi stabiliti dalla normativa sulla *privacy*, è in grado di non rendere più insidioso e temibile quest'ultima modalità di controllo. La vera minaccia per la dignità del lavoratore, infatti, non deriva dal fatto che il controllo sia svolto a distanza, ma dal fatto che il controllo sia svolto in maniera occulta. Per tale motivo si auspica che la giurisprudenza valuti attentamente se ricomprendere tutti i controlli difensivi (anche quelli definiti difensivi «in senso stretto») nell'alveo dell'art. 4 St. lav. e che controlli il rispetto dei principi sanciti dalla normativa sulla *privacy*.

Ai fini di garanzia del lavoratore, la trasparenza deve necessariamente coniugarsi con condotte di auto-tutela che lo stesso lavoratore deve attuare (Ingrao 2018, 118). Infatti, assolto l'obbligo da parte del datore di lavoro di informare compiutamente il lavoratore, spetta a quest'ultimo «amministrare da solo la propria attività digitale, regolando il comportamento in base a quanto descritto nell'«adeguata informazione» statutaria e nell'informativa relativa alla *privacy*» (Zilli 2022, 34).

Riferimenti bibliografici

- Aimo, M. 2003. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*. Napoli: Jovene.
- Aimo, M. 2012. *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*. In *Trattati di diritto del lavoro*, diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci, V, IV. In *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di Marco Marazza, t. II, 1771-819. Padova: Cedam.
- Alvino, I. 2014. "L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica." *Diritto delle Relazioni Industriali* V, 4: 999-1026.
- Alvino, I. 2016. "I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della *privacy*." *Labour & Law Issues* V, 1: 1-45.
- Amoroso, G. 2014. "Art. 4 Impianti audiovisivi." In *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, a cura di Giovanni Amoroso, Vincenzo Di Cerbo, Arturo Maresca, 36-56. Milano: Giuffrè.
- Amoroso, G., Centofanti, F. 2017. "Art. 3. Personale di vigilanza." In *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, a cura di Giovanni Amoroso, Vincenzo Di Cerbo, Arturo Maresca, 32-43. Milano: Giuffrè.
- Bandelloni, G. 2018. "La rimozione del divieto di controllo a distanza: significato e conseguenze." *Rivista Giuridica del Lavoro* V, 1: 85-104.
- Bandelloni, G. 2023. "Social network e protezione dei dati del lavoratore." *Labour & Law Issues* V, 2: 36-59.
- Barbieri, M. 2017. "L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di Patrizia Tullini, 183-208. Torino: Giappichelli.
- Barraco, E., Sitzia, A. 2010. "Il problema dei «controlli difensivi» del datore di lavoro: estne saepe ius summum malitia?" *Lavoro nella Giurisprudenza* V, 10: 993-1010.
- Barraco, E., e Sitzia, A. 2013. "Un de profundis per i «controlli difensivi» del datore di lavoro?" *Lavoro nella Giurisprudenza* V, 10: 385-92.

- Bellavista, A. 1996. "Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori." *RIDL V*, 3: 541-60.
- Bellavista, A. 2005. "Controlli elettronici ex art. 4 dello statuto dei lavoratori." *Rivista Giuridica del Lavoro V*, 4: 772-80.
- Bellavista, A. 2010. "La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori." *Rivista Giuridica del Lavoro V*, 3: 462-68.
- Bellavista, A. 2022. "Controlli tecnologici e privacy del lavoratore." In *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di Alessandro Bellavista, e Rosario Santucci, 99-108. Torino: Giappichelli.
- Bellavista, A. 1995. *Il controllo sui lavoratori*. Torino: Giappichelli.
- Bolognini, L. 2016. "Principi del trattamento." In *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di Luca Bolognini, Enrico Pelino e Camilla Bistolfi, 92-118. Milano: Giuffrè.
- Borsari, R. 2022. "La tutela penale del diritto alla riservatezza nel rapporto di lavoro." In *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro* a cura di Carlo Pisani, Giampietro Proia e Adriana Topo, 723-99. Milano: Giuffrè.
- Brun, S. 2020. "La distinzione tra gli strumenti di controllo del lavoratore ex art. 4 St. lav. nella giurisprudenza." *Argomenti di Diritto del Lavoro V*, 3: 757-771.
- Carbone, M.A. 2018. "Limiti al potere di controllo sul lavoratore attraverso le agenzie investigative." *Rivista Giuridica del Lavoro V*, 4: 485-89.
- Caro, M. 2018. "Art. 3. Personale di vigilanza." In *Commentario breve alle leggi sul lavoro* a cura di Raffaele De Luca Tamajo e Oronzo Mazzotta, 817-19. Milano: Wolters Kluwer, Cedam.
- Cassano, G. 2019. "Prime pronunce sul nuovo art. 4 della l. n. 300/1970." *Diritto delle Relazioni Industriali V*, 1: 302-08.
- Criscuolo, C. 2017. "Controlli difensivi e codice della privacy." *RIDL V*, 1: 39-46.
- Dagnino, E. 2016. "Tecnologie e controlli a distanza." In *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act* a cura di Michele Tiraboschi, 107-23. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2019. "Social media and workers' right: what is at stake?" *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations V*, 1: 79-100.
- Del Punta, R. 2016. "La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)." *RIDL V*, 1: 77-109.
- Di Cerbo, V. 2013. "Art. 2104 Diligenza del prestatore di lavoro." In *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali* a cura di Giovanni Amoroso, Vincenzo Di Cerbo e Arturo Maresca, V, I, 858-72. Milano: Giuffrè.
- Di Stasi, S. 2015. "Obbligo di diligenza ed obbedienza del lavoratore nel diritto vivente: una lettura ragionata dell'art. 2104 cod. civ. alla luce dei principali orientamenti giurisprudenziali." *Argomenti di diritto del lavoro V*, 3: 747-64.
- Emiliani, S.P. 2022. "Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore." In *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro* a cura di Carlo Pisani, Giampietro Proia e Adriana Topo, 587-631. Milano: Giuffrè.
- Erboli, T. 2012. "Legittimità dei controlli difensivi e regime di utilizzabilità delle prove." *Argomenti di Diritto del Lavoro V*, 1: 139-46.
- Falsone, M. 2015. "L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento." *RIDL V*, 4: 990-97.
- Forlivesi, M. 2017. "Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network." In *Web e lavoro. profili evolutivi e di tutela* a cura di Patrizia Tullini, 37-57. Torino: Giappichelli.
- Foucault, M. 1976. *Sorvegliare e punire*. Torino: Einaudi.

- Friedman, W.H. 2000. "Is the answer to Internet addiction. Internet interdiction?" *AMCIS 2000 Proceedings*: 1562-1567.
- Galardi, R. 2010. "Il controllo sugli accessi ad internet al vaglio della Cassazione." *RIDL V*, 3: 564-71.
- Ghezzi, G., Romagnoli, U. 1987. *Il rapporto di lavoro*. Bologna: Zanichelli.
- Ghitti, C. 2020. "Art. 3 – Personale di vigilanza." In *Codice commentato del lavoro* a cura di Riccardo Del Punta e Franco Scarpelli, 955-59. Milano: Wolters Kluwer.
- Grandi, M. 1987. *Rapporto di lavoro*. In *Enciclopedia Del Diritto V*, 38: 313-65.
- Ichino, P. 1989. *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Ingrao, A. 2016. "Il controllo a distanza realizzato mediante Social network." *Labour & Law Issues V*, 2: 105-19.
- Ingrao, A. 2017. "Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs act." *RIDL V*, 1: 46-54.
- Ingrao, A. 2018. *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*. Bari: Cacucci Editore.
- Lambertucci, P. 2016. "La disciplina dei controlli a distanza." *Giurisprudenza Italiana V*, 3: 769-776.
- Levi, A. 2013. *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*. Torino: Giappichelli.
- Maio, V. 2015. "La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica." *Argomenti di Diritto del Lavoro V*, 6: 1186-215.
- Maio, V. 2017. "Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro ed i rapporti con l'art. 8 della l. n. 148/2011." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di Patrizia Tullini, 61-96. Torino: Giappichelli.
- Maio, V. 2022. "I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale." In *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro* a cura di Carlo Pisani, Giampietro Proia e Adriana Topo, 412-38. Milano: Giuffrè.
- Marazza, M. 2016. "Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)." *WP C.S.D.L.E. V*, 300.
- Marazza, M. 2017. "I controlli a distanza del lavoratore di natura «difensiva»." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di Patrizia Tullini, 27-44. Torino: Giappichelli.
- Maresca, A. 2016. "Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori." *RIDL V*, 4: 513-46.
- Maresca, A. 2017. "Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di Patrizia Tullini, 1-26. Torino: Giappichelli.
- Mazzotta, O. 2013. *Diritto del lavoro* Milano: Giuffrè.
- Mazzotta, O. 1983. "Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro." *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali V*, 1: 1-42.
- Minervini, A. 2014 "I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda." *Il Lavoro nella Giurisprudenza V*, 4: 314-19.
- Miscione, M. 2017. "I comportamenti privati rilevanti per il lavoro nella Rete senza tempi e spazi." *Il Lavoro nella Giurisprudenza V*, 6: 521-29.
- Nogler, L. 2002. "Posta elettronica aziendale: conta anche la privacy del lavoratore?" *Giurisprudenza del Lavoro V*, 22: 10-13.
- Nuzzo, V. 2018. *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali* Napoli: Editoriale scientifica.
- Olivelli, F. 2013 "Il difficile bilanciamento tra la tutela della privacy e le esigenze di controllo del datore di lavoro." *RIDL V*, 2: 372-81.

- Perulli, A. 1992. *Il potere direttivo dell'imprenditore*. Milano: Giuffrè.
- Pessi, A. 2022. "I controlli dell'imprenditore nel lavoro agile e nel lavoro tramite piattaforma." In *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro* a cura di Carlo Pisani, Giampietro Proia e Adriana Topo, 531-58. Milano: Giuffrè.
- Pinto, V. (2017), "I controlli «difensivi» del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di Patrizia Tullini, 139-64. Torino: Giappichelli.
- Pisani, C. 2022. "Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze." In *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro* a cura di Carlo Pisani, Giampietro Proia e Adriana Topo, 439-60. Milano: Giuffrè.
- Proia, G. (2022), "Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)." In *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro* a cura di Carlo Pisani, Giampietro Proia e Adriana Topo, 329-57. Milano: Giuffrè.
- Proia, G. 2016. "Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza." *RIDL V*, 4: 547-78.
- Proia, G. 1991. "Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà." *RIDL V*, 4: 832-39.
- Ravelli, F. 2010. "Controlli informatici e tutela della privacy: alla ricerca di un difficile punto di equilibrio." *DL – Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico V*, 2: 317-33.
- Ricci, M. 2016. "I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità «nel» lavoro." *Argomenti di Diritto del Lavoro V*, 4-5: 740-55.
- Rocchini, E. 2019. "Social network e controlli a distanza. Alla ricerca di un difficile equilibrio." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro V*, 1: 143-59.
- Russo, M. 2016. "Quis custodiet ipsos custodes? I «nuovi» limiti all'esercizio del potere di controllo a distanza." *Labour & Law Issues V*, 2: 3-26.
- Salimbeni, M.T. 2015. "La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore." *RIDL V*, 4: 589-616.
- Sartori, A. 2020. *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati* Torino: Giappichelli.
- Tebano, L. 2016. "La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?" *RIDL V*, 3: 345-68.
- Timellini, C. 2020. "Le condotte social dei lavoratori sotto la lente della giurisprudenza." *Argomenti di Diritto del Lavoro V*, 1: 283-311.
- Topo, A., Razzolini, O. 2018. "The boundaries of the employer's power to control employees in the ICTs age." *Comparative Labor Law & Pol'y Journal V*, 39: 389-419.
- Trojsi, A. 2013. *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali* Torino: Giappichelli.
- Trojsi, A. 2014. "Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori." In *Jobs Act e contratto di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183* a cura di Mario Rusciano, Lorenzo Zoppoli, *WPC.S.D.L.E., collective volumes*, V, 3: 90-100.
- Tullini, P. 2017a. "La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa." In *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela* a cura di Patrizia Tullini, 3-20. Torino: Giappichelli.

- Tullini, P. 2017b. “Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?” In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di Patrizia Tullini, 97-124. Torino: Giappichelli.
- Tullini, P. 2009. “Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore.” *RIDL V*, 3: 323-52.
- Tullini, P. 2022. “Dati.” In *Lavoro digitale* a cura di Marco Novella, e Patrizia Tullini, 105-26. Torino: Giappichelli.
- Zanelli, P. 1988. “Innovazione tecnologica, controlli, riservatezza nel diritto del lavoro.” *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica V*, 3: 749-63.
- Ziccardi, G. 2016. “Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche.” *Labour & Law Issues V*, 2: 46-59.
- Zilli, A. 2022. *La trasparenza nel lavoro subordinato. principi e tecniche di tutela*, Pisa: Pacini Giuridica.
- Zoli, C. 2009. “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma.” *RIDL V*, 4: 485-503.
- Zoli, C., Villa, E. 2017. “Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.” In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* a cura di Patrizia Tullini, 125-38. Torino: Giappichelli.

Algoritmi al lavoro. Riflessioni sul *management* algoritmico

Fabrizio Bano

«Il diritto del lavoro è stato, forse, la prima disciplina giuridica a dover fronteggiare gli inconvenienti del processo di industrializzazione, ponendosi come limite alla volontà di potenza di quello che David H. Landes ha suggestivamente definito il “Prometeo liberato”» (Del Punta 1999, 152).

Con grande lucidità Riccardo Del Punta (RDP) pone in rilievo un tratto fondamentale della disciplina. Perché se è di tutta evidenza che il diritto del lavoro ha, nella propria originaria vocazione, lo scopo di porre un limite *in primis* al potere datoriale, non è a questo «limite» che allude il passo citato. Imponendo una originale torsione prospettica, RDP diverte il binario dell’analisi dal tracciato dal tema contingente (la salute l’ambiente di lavoro), per guadagnare una distinta e più ampia prospettiva, su cui oggi il diritto del lavoro è urgentemente chiamato a riflettere. Il limite cui ci invita a osservare RDP è alla volontà di potenza, non già quella dell’*Übermensch* niciano, ma piuttosto quella dell’uomo che domina e signoreggia la tecnica. Rimasto per lo più sottotraccia nella riflessione teorica, il modello antropologico dell’uomo signore e dominatore della natura, informa di sé l’intero arco evolutivo del diritto del lavoro dalla rivoluzione industriale a quella digitale.

È stato assunto, come tacito assioma, il fatto che progresso e tecnica fossero linee indefinite lungo le quali si dispiegava la volontà di potenza dell’uomo, orientata al miglioramento indefinito delle condizioni di vita (Schiavone 2020, 117). Disputati e contesi sono stati – ben si intende – gli scopi concreti verso cui

Fabrizio Bano, University of Sassari, Italy, fbano@uniss.it, 0000-0002-0370-9096

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Fabrizio Bano, *Algoritmi al lavoro. Riflessioni sul management algoritmico*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.06, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 83-99, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

orientare socialmente ed economicamente tale evoluzione, ma non l'idea fondamentale di dominio sottesa a tale processo storico. Nondimeno nel «fronteggiare gli inconvenienti del processo di industrializzazione» (Del Punta 1999, 152), (anche) il diritto del lavoro ha finito per doversi misurare con il concetto di limite, in certa qual misura abbandonando un suo originario afflato identitario e che RDP fotografa così: la «cultura giuslavoristica [...] ha sempre nutrito una pur non smodata fiducia nel potenziale trasformativo in senso positivo, della tecnologia», e per questo si è disinteressata di filosofi novecenteschi (Heidegger, Junger e Severino) che hanno colto tratti essenziali e inquietanti della tecnica. Tratti riaffioranti oggi in un assai confuso e irrazionale sentimento di «grande paura» che intona il dibattito pubblico sulla tecnologia e il lavoro digitale (Del Punta 2019a, 18).

È un timore diffuso che, riprendendo le tesi avanzate dai luddisti, ha in una prima fase riguardato i rischi di disoccupazione cioè i «processi di mera sostituzione del lavoro con la tecnologia» (Del Punta 2019b, 263). Tuttavia, è progressivamente maturata la consapevolezza che la potenziale minaccia non è la sostituzione del lavoro umano con le macchine. Il pericolo è molto più radicale: la sostituzione dell'uomo *tout court*, il definitivo tramonto dell'antropocentrismo ad opera di un oscuro e impenetrabile agente artificiale (IA). Questa è, in realtà, la grande paura, il limite che ci appresteremmo a valicare.

Mettendo da parte semplicistiche suggestioni circa i fondati timori per il futuro, ma guardando concretamente al percorso intrapreso al riguardo dall'UE (Regolamento UE 2024/1689), si è portati ad affermare che l'opzione metodologica per delineare il prossimo quadro regolativo sulla IA è quello che Jonas ha definito l'«euristica della paura» (Jonas 1979, 34). Non è un ingenuo cedimento a sentimenti tecnofobi. Al contrario, una volta preso atto che una fitta e costante interazione uomo macchina si è già trasformato in prassi quotidiana, spingendo anche i lavoratori nella «terra incognita» del *logos* algoritmico, il legislatore UE fa leva proprio sulla paura, accogliendo non già l'elemento irrazionale, ma piuttosto il valore conoscitivo in essa geneticamente inscritto: l'incerto, l'ignoto inducono a prudenza. Per questo non è da intendere come «la paura che dissuade dall'azione, ma quella che esorta a compierla», coniugandola con responsabilità (Jonas 1979, 285). In accordo a tale prospettiva, la paura è, innanzitutto, un vincolo etico e politico, ove si «rappresenta la fragilità e la vulnerabilità dell'umanità, contro l'indifferente arroganza del potere tecnologico» (Foddai 2016, 123). Da qui sortisce l'urgenza di «ripensare l'idea di limite [...] in modo da essere meglio in grado di definire l'estensione della nostra libertà e di calibrare la gittata dei nostri desideri» (Bodei 2016, 12).

Al pessimismo neoluddista, alimentato dalla paura per la tecnologia digitale, RDP contrappone una postura intellettuale affatto opposta: «non dovremo confrontarci soltanto con la scomparsa del lavoro, ma anche con la sua trasformazione in lavoro digitale o lavoro 4.0. In altre parole, se anche nella nuova età dell'automazione integrale, che è alle porte, continuerà ad esservi bisogno del lavoro umano, e più esattamente dell'intelligenza umana, la questione è stabilire, nella prospettiva di Ulrich Beck più che di Rifkin, sino a che punto quel lavoro ne

uscirà trasformato, e nelle sue intrinseche caratteristiche tecnico-professionali e nel suo innestarsi nei modelli organizzativi d'impresa, a loro volta funzionali alle nuove modalità di produzione e ai nuovi standard di competizione concorrenziale» (Del Punta 2018, 22). RDP intravede, insomma, nella tecnologia non la fine del lavoro, ma un potenziale emancipatorio che è compito del diritto del lavoro valorizzare. La «grande speranza» che invita a coltivare è «che la tecnologia digitale possa essere buona, o meglio che possano essere buone le sue applicazioni. Buone semplicemente nel senso di contribuire a migliorare la vita, e nello specifico del lavoro, di uomini e di donne, fino al punto da regalare a tutti i doni inestimabili della dignità e della libertà» (Del Punta 2019a, 24).

Il nostro intendimento è di sondare la praticabilità di un tale auspicio – pienamente condivisibile – soffermando l'attenzione su un'ipotesi di tecnologia applicata al lavoro qual è il management algoritmico (d'ora in avanti MA).

Provando a sottrarci alla densissima questione qualificatoria che investe il lavoratore impegnato nelle piattaforme digitali, ove si rinviene la forma più nota e diffusa di MA, è degno di nota il fatto che il MA solleciti gli interpreti ad indugiare sull'elemento di autodeterminazione opaca, perché non presidiata, se non in via eventuale o residuale, dai più tradizionali vincoli del comando.

È opinione diffusa in letteratura che nel MA vi sia una elusiva forma di autoconformazione del *facere* del lavoratore, ovvero che il MA abiliti «una pratica imprenditoriale non già prescrittiva e cogente» e tuttavia «più efficiente» del classico comando/sanzione, la cui peculiare caratteristica è di riuscire «ad indurre un adeguamento spontaneo (corsivo nostro) che rende superfluo (o residuale) un comando o enforcement di tipo giuridico» (Tullini 2021, 439 sg.).

A tal riguardo si evidenzia una «ambigua dinamica, oscillante tra eterodirezione e auto-disciplina indotta» (Novella 2021, 464), tuttavia il classico *aut aut* lavoristico, rischia di porre in ombra una eccedenza di significato custodita nel concetto di «induzione» e, ancor più, in quello che, fenomenologicamente, si descrivere come «adeguamento spontaneo». Tale eccedenza ci predispone ad un ripensamento della morfologia del potere datoriale e dell'esercizio di tale potere, proprio in rapporto alle nuove modalità di conformazione del *facere* debitorio.

La dottrina più attenta ha colto un mutamento di passo nella singolare condizione giuridica in cui avviene l'esercizio dei poteri datoriali: «algorithmic management does not rely on legal mechanisms to obfuscate control in order to evade responsibility – rather, diffuse and potentially inexplicable control mechanisms are inherent in the use of increasingly sophisticated rating systems and algorithms» (Prassl 2019, 21). Portando all'esito già rilevato: «employer orders need no longer be explicitly framed as directives aimed at the workforce» (Prassl 2019, 14).

Quest'ultimo assunto conferma la lettura riportata in precedenza, consegnandoci l'ipotesi di un adeguamento spontaneo (apparentemente) disallineato rispetto alla risposta che si potrebbe, a tutta prima, ricavare dagli indirizzi giurisprudenziali attualmente prevalenti. Ma avvalora altresì la necessità di procedere verso un compiuto chiarimento sulle condizioni di possibilità di un disciplinamento originato da «*potentially inexplicable control mechanisms*».

2. La gestione algoritmica dei rapporti di lavoro

La proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali (d'ora in avanti: la proposta 762; Commissione UE 2021b) pone la questione della «gestione algoritmica», articolandola in due specifici modelli: 1) «i sistemi di monitoraggio automatizzati per monitorare, supervisionare o valutare l'esecuzione del lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali con mezzi elettronici» (art. 6.1 lett.a, proposta 762); 2) «i sistemi decisionali automatizzati utilizzati per prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro di tali lavoratori delle piattaforme digitali, ad esempio per quanto riguarda l'accesso agli incarichi di lavoro, i loro guadagni, la loro salute e la loro sicurezza sul lavoro, il loro orario di lavoro, la loro promozione e la loro situazione contrattuale, compresa la limitazione, la sospensione o la chiusura del loro account» (Art. 6.1, lett. b, proposta 762) (Marazza, D'Aversa 2022, 8).

Va subito precisato che la proposta 762 ha un campo di applicazione limitato al lavoro su piattaforma digitale (art. 1.2), sebbene, come si riconosca nello stesso testo «la gestione algoritmica sia utilizzata in un numero crescente di modi nel mercato del lavoro in generale» (p. 2), ed è appunto con tale e assai più vasta prospettiva di impiego che considereremo le implicazioni della gestione algoritmica (Wood 2021, 3 sg.).

In primo luogo – leggiamo nella proposta 762 – è fondamentale «comprendere in che modo gli algoritmi influenzano o determinano talune decisioni» (p. 2): la intellegibilità del *modus operandi* degli algoritmi, si pone come vero e proprio caposaldo delle tutele per i lavoratori e si declina, operativamente, quale diritto alla trasparenza sull'uso e il funzionamento dei poteri decisionali e di controllo automatizzati. Da qui scaturisce un collegamento sistematico con il GDPR (Tullini 2022) per il trattamento dei dati; con la direttiva 2019/1152 (attuata con d.lgs. 104/2022) per garantire condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (Zilli 2023, Faleri 2024); inoltre, con la prossima regolamentazione dell'intelligenza artificiale (IA) (Alaimo 2023; Loi 2023; Peruzzi 2023). Normative, queste ultime, verso le quali, per economicità di mezzi, dobbiamo limitarci ad un mero rimando, ancorché si tratti di fonti indispensabili a definire il contesto normativo entro il quale dovrà operare la gestione algoritmica.

In posizione logicamente prodromica alla intellegibilità sono posti i diritti di informazione sull'uso e le caratteristiche dei sistemi automatizzati, spettanti ai lavoratori e ai loro rappresentanti (si veda art. 6.1; si veda anche art. 1 *bis*, d.lgs. 152/1997 e le semplificazioni apportate dalla l. n. 85/2023) (Recchia 2023). Ma, ancora più a monte, è chiara l'opzione antropocentrica (*human in command*) che impone un presidio di monitoraggio umano sui sistemi automatizzati (art. 7, si veda *infra*) ed anche un eventuale riesame umano su decisioni che impattino sulle condizioni di lavoro (art. 8).

In definitiva, evidenziamo che la proposta 762 – ottimisticamente – invoca il concetto di trasparenza (e intellegibilità) che in realtà, come diremo oltre, conosce attualmente pesanti limiti, tali da mettere a rischio non solo la primazia

dell'uomo sull'automa digitale, ma anche e soprattutto la tutela materiale dei diritti dei lavoratori.

Mettiamo provvisoriamente da parte tale – non secondaria – obiezione, assumendo l'approccio del legislatore UE. Quest'ultimo è mosso dalla preoccupazione che i lavoratori «non dispongono di informazioni sulle modalità di funzionamento degli algoritmi, sui dati personali utilizzati e sul modo in cui il loro comportamento incide sulle decisioni prese dai sistemi automatizzati», né d'altro canto essi «conoscono i motivi delle decisioni prese o sostenute dai sistemi automatizzati e non hanno la possibilità di discutere tali decisioni con una persona di contatto o di contestarle» (cons. 8, proposta 762).

2.1. La «indebita pressione»

Quanto sopra esposto parrebbe trovare un riscontro nel dato normativo nella proposta 762. L'art. 7 (il monitoraggio umano dei sistemi automatizzati) pone un divieto per dette piattaforme all'utilizzo «di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati» in modo da mettere «*indebitamente sotto pressione* i lavoratori» (cfr. *infra* il divieto ex art. 22/1, GDPR).

Il primo e più immediato significato di tale inciso è indubbiamente da riportare alla tutela della salute dei lavoratori, come si evince alle successive parole dell'art. 7, che indicano i rischi per la salute fisica e mentale dei lavoratori. Non dimeno, è pertinente e coerente con le preoccupazioni per i rischi psico-sociali dei lavoratori su piattaforma, considerare anche una ulteriore interpretazione del termine «pressione». Segnatamente, tale vago concetto può essere utilmente ricondotto alle considerazioni esposte sulla poco chiara, tanto concettualmente quanto dogmaticamente, auto-conformazione del lavoratore nel rendere la prestazione nell'ambito di piattaforme digitali ovvero, più ampiamente, di ambienti altamente plasmati dalle tecnologie digitali (ICT).

L'esegesi del suddetto inciso normativo va condotta tenendo conto che l'*automazione* mette in predicato l'*autodeterminazione* del soggetto, lavoratore nel nostro caso. Come vedremo oltre, esistono vari dati normativi che assistono tale assunto. Sicché «indebita» è, nella forma estrema, l'impiego di tecniche subliminali, ma ad essa è riconducibile anche quella «pressione» avente, appunto, un effetto di disciplinamento indotto, che può compromettere l'autodeterminazione del lavoratore.

In definitiva, anche qualora non si convenisse con tale interpretazione, appare piuttosto evidente che l'automazione, potenziata dai rapidi progressi dell'IA, ponga fondati rischi per l'autodeterminazione, e introduca nel MA forme surrettizie di manipolazione della volontà individuale, variamente definite in dottrina (Rosenblat 2018).

2.2. Decisioni automatizzate

Un rilievo centrale è da attribuirsi, nel contesto che stiamo evocando, al processo decisionale automatizzato, componente essenziale del MA. Il GDPR fissa

a tal riguardo un preciso divieto: «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» (art. 22/1, GDPR). La previsione è da intendersi nel senso di precludere il ricorso a decisioni di agenti artificiali che escludano il coinvolgimento del soggetto umano interessato (lavoratore) dagli «effetti giuridici» del processo decisionale. Gli esempi sono assai numerosi in ambito giuslavoristico e riferibili all'intera gestione del rapporto tra le parti (Zappalà 2021, 22 sgg.).

Altrimenti detto, la legge pone un limite di non esclusività alla decisione algoritmica, e sollecita un coinvolgimento umano significativo e non simbolico (*human in the loop*), che consenta di controllare ed eventualmente correggere la decisione automatizzata.

Tuttavia, detta norma non solo appare di problematica applicazione nel diritto del lavoro, ma anche, in ragione dell'eccezione che pone (art. 22, par. 2 lett. a), in grado di vanificare l'effettiva portata del divieto (si veda Gragnoli 2022, 35 sgg.; Renzi 2022, 595).

Un argomento conferente con quanto sinora esposto lo ricaviamo dalla definizione di «sistema di intelligenza artificiale» della proposta di regolamento UE (*AI Act*, Commissione UE 2021a). Il legislatore UE considera tale sistema come un software in grado di generare «contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che *influenzano* gli ambienti con cui interagiscono» (*AI Act*, art. 3/1 n.1, Commissione UE 2021a) Tali attività sono classificate «ad alto rischio» anche per il potenziale impatto sul diritto del lavoro, quando cioè si utilizza l'IA per la selezione, l'assunzione (si veda Faioli 2023), e la valutazione di candidati, nonché la promozione, la cessazione, l'assegnazione di mansioni, il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento dei lavoratori (cfr. *AI Act*, allegato III)

Un'incidenza a tutto tondo, dunque, che prospetta l'automazione come un processo in grado di insinuarsi in tutti i gangli essenziali del diritto del lavoro (Zappalà 2021).

La nostra attenzione, tuttavia, non si indirizza su tali fondamentali aspetti, ma piuttosto sulle modalità con le quali previsioni, raccomandazioni e decisioni datoriali «influenzano» i suddetti passaggi, ponendo ad «alto rischio» sia la salute, che altri diritti fondamentali della persona.

Come abbiamo già osservato, il coinvolgimento umano appare, più complessivamente, uno dei principi che orientano la disciplina eurounitaria ed è di tutta evidenza come la sua declinazione tecnica nei testi normativi, sia un irrinunciabile presidio di garanzia a fronte della progressiva automazione dei processi decisionali. Non sarebbe possibile affrontare una disamina dell'imponente *corpus* regolativo riguardante il trattamento dei dati, anche se solo limitatamente all'automazione ed al principio antropocentrico (Commissione UE 2019). Nondimeno, può essere utile svolgere una molto sintetica analisi intorno al concetto di trasparenza, elemento delicato e cruciale del sistema normativo che stiamo esaminando.

3. La trasparenza dell'algoritmo e quella del lavoratore

Il disciplinamento è opaco non soltanto per le modalità sopra esaminate, ma anche – e soprattutto – perché trova fondamento in un potere regolativo affidato, in misura variabile, ad un agente artificiale (IA o algoritmo) che può esercitare un potere di conformazione in modo (tendenzialmente) automatico e dunque potenzialmente fuori dal controllo umano. Per questo il principio di trasparenza, che tecnicamente traduce e sintetizza l'opzione di fondo del legislatore UE per un saldo ancoraggio antropocentrico della IA, rappresenta un importante terreno di concreta verifica circa la tenuta di detta opzione assiologica.

Limitando i seguenti rilievi a ciò che è strettamente essenziale al nostro discorso, va in primo luogo osservato che la trasparenza algoritmica è una ardua sfida per la razionalità umana. Si corre il rischio di sopravvalutare la trasparenza quale presidio a garanzia del principio *human in command*. Come infatti meglio diremo da presso, il richiamo alla trasparenza risulta essere una soluzione necessaria, ma (al momento) affatto parziale, nel tutelare i diritti fondamentali di libertà e dignità dell'individuo nella interazione uomo-macchina.

Preliminarmente, va ricordato che la «trasparenza» rimanda ad una duplice esigenza di *conoscibilità* e di *comprensibilità* della «decisione robotica» (Carleo 2019), la distinzione concettuale è importante poiché ad esempio il diritto di informazione potrà, in astratto, soddisfare le esigenze di conoscibilità, ma non portare al lavoratore alcuna spiegazione – per lui intellegibile – circa la decisione assunta (si veda Cass. 14381/2021).

Ma anche qualora diritto di informazione e diritto di spiegazione¹, contemplati nel *corpus* normativo che stiamo esaminando, fossero effettivamente conosciuti ed esercitati dagli interessati, è necessario evidenziare che vi sono almeno tre ordini di limiti alla trasparenza algoritmica (cfr. Zuddas 2020, 10 sgg.)

In una rapida rassegna, vi sono in primo luogo limiti *tecnici*, derivanti cioè dall'intrinseca complessità con cui gli algoritmi sono scritti. In tal caso il limite potrebbe essere superabile, nella misura in cui ai titolari dei suddetti diritti fosse fornita una competente consulenza informatica, o – con buona pace dell'opzione antropocentrica – si chiamasse in soccorso la stessa intelligenza artificiale (c.d. metodi di *Explainable AI* – XAI).

Un secondo ordine di limiti *giuridici* riguarda la tutela del segreto industriale e della proprietà intellettuale. Muovendo da tali limiti si prospetta, quindi, un diniego dei proprietari del software alla richiesta di informazioni o spiegazioni (sui problemi di una *total disclosure* si veda Spinelli 2022, 8). Vi sono, invero, margini per superare un tale ostacolo, come ad esempio il considerando 63 GDPR, ovvero la puntualizzazione che la gestione algoritmica riguarda «dati personali» (art. 15 GDPR), nondimeno misurarsi con tali criticità potrebbe aprire un non semplice contenzioso (Peruzzi 2023, 62 sgg.)

¹ Cfr la proposta di direttiva COM (2021) 762 che introduce un «diritto ad ottenere una spiegazione» (art. 8/1) per i lavoratori delle piattaforme digitali.

In terzo luogo, vi sono limiti intrinsecamente *conoscitivi*, da riportare ad una ontologica differenza tra razionalità umana e razionalità algoritmica (Oddenino 2020, 202). A questo livello, propriamente, troviamo il c.d. effetto scatola nera (*black box*) (Pasquale 2015), con criticità molto maggiori che, allo stato, non paiono ancora pienamente risolvibili. Alludiamo, segnatamente, al fatto che vi sono casi in cui comprensione e spiegazione non possono essere compiutamente fornite neppure dai programmatori stessi. Si aggiunga che la criticità è data anche dal carattere dinamico del processo decisionale algoritmico: senza troppo indugiare in tecnicità, va infatti osservato che i metodi di autoapprendimento della «macchina» algoritmica (*machine learning*), possono dar luogo a deliberazioni inopinate. L'impiego di algoritmi non deterministici rischia di compromettere la trasparenza, diminuendo «sensibilmente, le possibilità di comprendere le logiche dietro alle scelte assunte e, dunque, anche di sindacarne la legittimità» (Renzi 2022, 592).

Per riportare tale ampio fronte problematico al tema da cui abbiamo preso le mosse, va preso atto che la trasparenza algoritmica è un obiettivo da perseguire, ma al presente ancora piuttosto lontano dall'essere soddisfatto. Lo stato dell'arte è che «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» (Rodotà 2012, 337 sg.). Questa lucida lettura ci sollecita ad affrontare la «frattura sociale», che radicalizza e trasforma la storica asimmetria di poteri nel rapporto di lavoro (Faleri 2024): la trasparenza dell'individuo opposta all'opacità e incontrollabilità dei «poteri», marca la necessità di una rilettura del concetto di debolezza del soggetto che lavora.

L'individuo diviene «trasparente» «proprio in virtù della sua «processabilità»: la scomposizione della sua identità in dati personali traducibili in inputs per la macchina» (Messinetti 2019, 865). L'esito di tale processo è non solo la calcolabilità e prevedibilità, ma altresì la conformabilità della sua prestazione, gestita – come abbiamo detto – da un potere opaco e automatizzato. D'altra parte, tale trasparenza dell'individuo che diviene così «organismo informazionale» (Messinetti 2019, 865), è da riportare ad un orizzonte problematico più ampio ove figurano sia una crescente «datificazione» della persona sia un doppio movimento di scomposizione/ricomposizione cui la sottopongono i modelli di MA e che la riconducono ad uno specifico *profilo* (sul punto si veda par. 6).

Effetto speculare di quest'ultimo rilievo è l'erosione dell'autoderminazione del soggetto; un esito che, fenomenologicamente, leggiamo invece come uno straniante autodisciplinamento.

4. Quantificazione e calcolo

Dalla prospettiva che stiamo indagando, è allora del tutto evidente che il lavoro su piattaforme costituisca un punto di osservazione privilegiato delle tecniche impiegate per indurre alla scelta il prestatore o – detto più perspicuamente – per disciplinare il suo comportamento solutorio, in modo per così dire *soft*, cioè (tendenzialmente) senza il ricorso ad un formalizzato comando giuridico.

Fra le tecniche più ricorrenti, ricordiamo quella dei punteggi (*rating*) e delle classifiche (*ranking*): è infatti pratica comune nelle piattaforme digitali quella di assegnare un punteggio al lavoratore che («liberamente» sceglie) di consegnare un ordine. Sulla base del punteggio conseguito, l'algoritmo assegna poi dei turni (*slot*) di lavoro: più alto è il punteggio e migliori (*id est* potenzialmente più remunerativi) saranno i turni di lavoro proposti ai lavoratori per le consegne a domicilio.

Il punteggio, nel conferire visibilità al lavoratore, lo mette in condizioni di optare per i turni a lui più vantaggiosi. Non è solo una tecnica incentivante, ma sollecita altresì una aperta competizione (cinicamente si parla di *gamification*) fra lavoratori per farsi assegnare gli slot migliori. Né possiamo ritenerla una tecnica di semplice incentivo, come forse si sarebbe tentati di sostenere: le «regole del gioco» per guadagnare punti sono informate ad una razionalità algoritmica distinta dalla razionalità umana.

Occorre sottolineare che la trasparenza algoritmica dovrebbe operativamente tradurre il principio antropocentrico su cui si incardina l'Intelligenza artificiale (secondo il regolamento UE 2024/1689). Vale a dire che la conoscenza e la comprensibilità sono indispensabili premesse ad una scelta consapevole (anch'è indotta, ma non giuridicamente obbligata). Abbiamo più sopra ricordato come vi siamo molti – e a tutt'oggi non del tutto superati – ostacoli ad una piena trasparenza nell'accezione da tanti auspicata (si veda Zilli 2022). Permane una accentuata asimmetria informativa tra debitore e creditore, che alimenta in quest'ultimo il potere predittivo (e prescrittivo) di cui a breve diremo.

Esemplare, tanto delle tecniche manipolative/induttive, quanto del testé richiamato corollario dell'asimmetria informativa, è dato dalla c.d. tariffa dinamica documentata per i tassisti di Uber (si veda Rosenblat 2018). Nel novero delle tecniche disciplinanti – in realtà tutt'altro che soft – ma parimenti informali e subdole, possiamo includere la disconnessione/deattivazione dalla piattaforma, che è a tutti gli effetti un provvedimento sanzionatorio (Zappalà 2021, 21 sgg.), fino ad identificarsi con un vero e proprio licenziamento. D'altra parte, le tecniche di conformazione prive di un esplicito e formalizzato comando sono copiose e oltremodo sofisticate, sia tecnicamente sia psicologicamente.

Ma ciò che non deve sfuggire è il quadro complessivo nel quale esse si inseriscono. A definire la gestione algoritmica non sono una notifica o una valutazione del cliente, isolatamente considerate. A ciò contribuisce, piuttosto, la predisposizione di un ambiente funzionale a tale modello. Dal punto di vista qui considerato, tale «ambiente» – di cui spesso, ma non sempre la piattaforma digitale è il fulcro – si sostanzia in una rete capillare di controllo.

Per questo, senza dilungarci in una puntuale descrizione delle tecniche di disciplinamento efficacemente impiegate dalle piattaforme digitali, riteniamo più utile fare un passo indietro, per vedere i generali presupposti che fondano dette tecniche e il funzionamento del MA. Quest'ultimo è tanto più efficace quanto più l'ambiente in cui è applicato consente di quantificare la prestazione lavorativa. Su tale presupposto si innesta un sistema di valutazione definito *workforce analytics* (Dagnino 2017), che consiste in evoluti strumenti di analisi dei dati (i

c.d. *big data*), il cui obiettivo è 1) valutativo: misurare la prestazione lavorativa; 2) prescrittivo: estrapolare indicazioni per il miglioramento delle *performance* individuali e collettive.

Le applicazioni sono molteplici e incidono su momenti essenziali del rapporto (assunzione, retribuzione, produttività, presenza e assenza, licenziamento). La raccolta e l'aggregazione dei dati, per via algoritmica, oltre alla gestione del rapporto di lavoro, risulta funzionale alla profilazione del lavoratore.

Utilizzando una «qualsiasi forma di trattamento automatizzato» (GDPR art. 4) dei «dati personali» ma non solo, secondo la logica inferenziale, si può «analizzare o prevedere», ad esempio, «aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica» (GDPR art. 4). Così è definita la tecnica della *profilazione*, significativa poiché, delineando una identità digitale del lavoratore, si ottiene «la base cognitiva per sostenere e alimentare i processi decisionali automatizzati» (Renzi 2021, 586)

Vi è una stretta interconnessione tra previsione e prescrizione, ove si coglie un ulteriore e sinora poco evidenziato, effetto incrementale al disciplinamento portato da tecniche predittive. In dottrina si è, opportunamente, sottolineato il «determinismo predittivo» dell'algoritmo (Zaccaria 2021, 35) e i rischi derivanti dai c.d. *bias* generati dalla profilazione. L'anticipazione del futuro è immanente a tali pre-giudizi ed è proprio da questa proiezione temporale che la norma giuridica attinge parte del proprio potere di conformazione delle condotte umane.

Si riconosce, quindi, che la predizione algoritmica «non ha tanto il tenore descrittivo della nuova conoscenza e scoperta scientifica quanto piuttosto quello normativo di ciò che vuole *influenzare e indirizzare* le nostre scelte e costituire il presupposto di fondo, spesso impercettibile e inaccessibile per la concessione o negazione di diritti o benefici» (Durante 2019, 257, corsivo mio). Ecco ove l'interconnessione tra previsione e prescrizione affiora più perspicuamente: nell'«influenzare e indirizzare» si apprezza quell'effetto di disciplinamento, solo fittiziamente riportabile alla scelta autonoma del soggetto, svelando i tratti marcatamente eteronomi, formalmente non imputabili ad un comando o direttiva.

5. Il potere di controllo e direttivo

Le considerazioni che precedono sollecitano una riflessione sulla morfologia del potere datoriale. È stato rilevato che «nei contesti produttivi a elevata innovazione tecnologica e digitale, diventa sempre più sfumata la linea di confine tra verifica di funzionamento dell'impianto e qualità del prodotto [...], conformazione della prestazione attraverso macchine intelligenti e monitoraggio dell'attività lavorativa. In altre parole, nei moderni contesti aziendali il potere direttivo cambia pelle e si contamina con il potere di controllo assumendo le sembianze di un *potere di controllo e direttivo*. Tale espressione vale a contrassegnare proprio la ridefinizione del potere direttivo che si realizza mediante un'attività di indirizzo mediata da congegni ad altra precisione» (Tebano 2020, 242).

È lungo questa linea di metamorfosi del potere datoriale che affiora il fenomeno del c.d. autodisciplinamento, una metamorfosi che la dottrina legge come una sorta di crisi concettuale-dogmatica tra potere di controllo e potere direttivo e da cui origina. Nondimeno, è una trasformazione che mette radici in un ben preciso contesto produttivo ad alta innovazione (ICT), nel quale «le enormi potenzialità di indirizzamento della prestazione» riconosciute al MA, sono tali da «diluire la linea di confine tra conformazione della prestazione e monitoraggio dell'attività lavorativa» (Faleri 2024, 3).

Il momento del controllo è il *prius* logico che innerva tanto il potere direttivo quanto l'autodisciplinamento, che di quel potere costituisce un calco, perché, paradossalmente, si rivela nell'assenza, nell'impronta, ovvero nell'effetto conformativo originato appunto da «*potentially inexplicable control mechanisms*» (si veda *supra*).

Tuttavia, nel contesto evocato, il controllo in prima battuta non è sulla persona del lavoratore, ma sui dati, anche personali, che si aggregano nella massa di informazioni (*big data*) con cui si alimentano gli algoritmi del modello manageriale in esame. Declinato nel rapporto di lavoro l'uso dei *big data* si pone, innanzitutto, come un problema di *privacy*, ma accanto all'irrinunciabile presidio di garanzia della libertà e dignità della persona che lavora offerto dalla disciplina del GDPR (Peruzzi 2023, 23 sgg.), occorre considerare un ulteriore profilo.

L'elemento di novità, ancora non sufficientemente ponderato, è rappresentato dalla *quantità* di informazioni (i *big data*) e dalla *qualità* di elaborazione e conoscenza che il potere computazionale delle ICT può ora estrarre da esse (Durante 2019). Siffatto processo «estrattivo», oltre a generare valore (Srniceck 2017), riesce a produrre una forma inedita di disciplinamento. Si parla a tal riguardo, di un potere datoriale guidato e sostenuto dalle informazioni (*data-driven management*), ove appunto il controllo si combina sinergicamente con la direzione delle prestazioni di lavoro, sicché «l'organizzazione è modellata dalle informazioni» (Ingrao 2019, 131) e mediata dagli algoritmi. Così opinando, apparire forse più chiara la tesi di una con-fusione tra potere di controllo e potere direttivo.

6. Il potere datoriale *data-driven*

Siamo in grado, a questo punto, di leggere nel *data-driven management* e nella *workforce analytics* le leve che il potere direttivo è in grado di utilizzare con efficacia, soprattutto declinandosi come potere computazionale che, datificando la prestazione di lavoro, la rende calcolabile e quantificabile, ma esprimendo – in pari tempo – un essenziale profilo di disciplinamento (Ajunwa 2023, 12).

La datificazione parrebbe inverare non solo il sogno tayloristico di una compiuta misurabilità del lavoro, ma – scandagliando la questione più in profondità – risponde altresì a quel «bisogno di calcolabilità e di affidamento nel modo di funzionare dell'ordinamento giuridico e dell'amministrazione» di cui parla Max Weber (Weber 1995, 294). Il quale evidenzia nella calcolabilità una esigenza «vitale» non solo del capitalismo moderno (Carleo 2017, 29), ma un vero e proprio caposaldo dell'ordinamento burocratico improntato a efficienza, ogget-

tività ed una razionalità tecnico-scientifica che, possiamo aggiungere oggi, trova fideisticamente nel codice algoritmico l'emersione, trionfante, della razionalità strumentale (Visentin 2018, 51).

Il MA potrebbe in effetti intendersi anche come una scomposizione e ricomposizione a mezzo di algoritmi: prima si ha una destrutturazione delle coordinate spazio-temporali, poi tali elementi sono necessariamente ricomposti nella fase solutoria. Con questo doppio movimento il MA è utilizzato – riportandoci al nostro esempio delle piattaforme di *delivery* – per ottimizzare i tempi di consegna e assegnare i compiti. Ma anche le ricordate tecniche di disciplinamento, che investono la stessa sfera identitaria del lavoratore, possono essere intese come una sorta di scomposizione e ricomposizione del soggetto, istituendo una valutazione (profilazione), sempre mutevole, della figura professionale del lavoratore, non definita *una tantum*, ma strutturalmente in condizione di precarietà, non soltanto nella *gig economy*. Attingendo all'ampio bacino di dati personali, raccolti nell'ambiente di lavoro digitalizzato, il potere computazionale a disposizione del datore di lavoro è poi in grado di ricomporre il cangiante profilo identitario del lavoratore: si consegue così un ulteriore rinforzo al disciplinamento, che origina dal potere di controllo, che sfugge ad una formalizzazione in esplicite direttive (Messinetti 2019, 864).

La strettissima simbiosi instaurantesi tra controllo e disciplinamento postula uno specifico ambiente di lavoro: datificato, ossia quantificabile e calcolabile. Non sarebbe sufficiente un mero ricorso a pratiche di autodisciplinamento, perché si potrebbe agevolmente obiettare che saremmo di fronte a poco più di un aggiornamento di collaudati sistemi incentivanti molto più risalenti, quale il cottimo. Ebbene, tale evoluzione avviene in un preciso contesto, cioè nell'ambiente datificato, il quale agevola non solo l'anzidetta simbiosi tra controllo e disciplinamento, ma è altresì da intendere come un ambiente, concepito e disegnato quale vera e propria «architettura della scelta» (Richard, Sunstein 2008).

L'impiego del concetto di «architettura di scelta» che vanta una consistente elaborazione scientifica in ambito pubblicistico e politologico (Viale 2020), parrebbe rendere più perspicua l'analisi intrapresa. Il disciplinamento che stiamo tentando di mettere analiticamente a fuoco, si radica, come abbiamo rilevato, in un ambiente precisamente connotato, nel quale l'opacità del comando che fattualmente si realizza in uno spontaneo adeguamento del lavoratore, può essere concettualizzato in una «spinta gentile» o *Nudge* (Sunstein, Thaler 2014): «non comanda, ma sospinge, vale a dire, induce con mezzi sottili al controllo del comportamento» (Byung-chul Han 2023, 21). Manca un chiaro tratto giuridico prescrittivo, nondimeno è indubbio che «la costruzione di architetture di controllo diffuso» (Novella 2021, 465), orienti e guidi il soggetto ad una scelta, preformata e predeterminata dalla figura quasi demiurgica di «architetto», che individuiamo nella elusiva endiadi datore di lavoro e algoritmo.

D'altro canto, sarebbe utile scartare in partenza una ingenua concezione dell'algoritmo dell'IA come puro «calcolo disincarnato», «forza spettrale», perché al di là di una innegabile smaterializzazione della figura datoriale, l'IA rimane «un sistema tutt'altro che astratto», da considerare anche come «infrastruttura fisica» (Crawford 2021, 224).

Il potere computazionale degli algoritmi custodisce non solo velocità di calcolo ed efficienza, ma anche un'ampia capacità previsionale. In realtà, tale capacità non ha assolutamente nulla di parascientifico, anche se – come recita un famoso adagio di Arthur C. Clarke – «qualunque tecnologia sufficientemente avanza è indistinguibile dalla magia». È noto, infatti, che gli schemi di apprendimento dell'IA sono di tipo statistico-inferenziale, e che dai big data si possono estrapolare conclusioni su base induttiva, molto simili a predizioni che, con una suggestiva iperbole, possono ricordare l'antico oracolo del fico.

7. Previsione e calcolo

L'itinerario sopra prefigurato può, in realtà, trovare un più perspicuo approdo se pensiamo che la conformazione delle condotte di un gruppo sociale da sempre avviene mediante *previsioni* normative, cioè il legislatore anticipa, incorporandolo nella norma, i risultati attesi o auspicati. Segnatamente, si può dunque asserire che «la fattispecie [...] contiene la figura anticipatoria di ciò che accadrà; e, traendolo indietro nel tempo, lo rende prevedibile e calcolabile» (Irti 2016, 6). Nondimeno va puntualizzato che la norma anticipa (prevede) il futuro e, in una, rimette alla scelta razionale dell'«individuo che è in grado di calcolare ciò che avverrà» (Irti 2016, 5) ossia il fatto e il connesso effetto giuridico (sanzione o premio). Di contro, la regolazione algoritmica anticipa il futuro, ma senza offrire all'individuo la prevedibilità o la calcolabilità, ossia senza che l'individuo possa esercitare effettivamente una scelta razionale e, per questo, libera. Ecco, dunque, un punto ove la regolazione mediante algoritmi si distanzia dalla più consueta esperienza giuridica.

La «figura anticipatoria» presta il fianco ad una ulteriore considerazione, con non meno significative ricadute sul piano giuridico. La previsione algoritmica, infatti, si basa, da un lato, su modelli deduttivi ove la previsione è l'esito di un processo inferenziale, di tal che si segue uno schema deterministico, ovvero «date le stesse premesse, l'inferenza conduce inevitabilmente allo stesso risultato» (Lettieri 2021, 86).

Dall'altro lato, le suddette previsioni seguono altresì modelli induttivi, ove si identificano delle ricorrenze/regolarità (*pattern*) all'interno di enormi banche date (*data set*). Come avviene per qualsivoglia processo induttivo, umano o algoritmico, questi ultimi modelli «generalizzano quanto osservato a ciò che non è stato ancora osservato estraendo dai dati stessi gli schemi di interpretazione della realtà da applicare in futuro» (Lettieri 2021, 87).

In modo apparentemente paradossale e controintuitivo, in realtà con tale processo l'algoritmo non sta proiettandoci nel futuro, ma ci riporta al passato. Assistiamo, insomma, ad «uno sconvolgimento dell'ordine temporale del diritto: per l'IA il presente è sempre reminiscenza di un passato, cosicché la fattispecie anziché anticipazione schematica del futuro diviene memoria del passato da inserire nel sistema» (Zaccaria 2021, 41).

D'altro parte, proprio perché l'IA – diremo così – «ricorda il futuro», assisteremo ad un aumento (anche) nel lavoro di discriminazioni algoritmiche (Bar-

bera 2021) e al rischio di una diffusione del MA che muove da pregiudizi (i c.d. *bias*), insiti nelle informazioni con cui si addestrano le IA.

Non possiamo approfondire ulteriormente, ma già da questi pochi cenni si può apprezzare quanto sia spiazzante il concetto di previsione se trasferito dalla norma giuridica al «codice» (si veda *infra*) algoritmico. Il disciplinamento fa leva su una grande (e forse, al momento, incolmabile) asimmetria circa conoscenza e calcolabilità del futuro. Se conoscenza e calcolabilità sono parti essenziali della comune esperienza giuridica, lo squilibrio che si registra tra lavoratore e «decisore robotico» su grado, qualità, velocità e funzionalità con cui tali operazioni logiche sono svolte dall'uno e dall'altro, ciò finisce per compromettere l'interazione uomo-macchina dal punto di vista delle garanzie giuslavoristiche. D'altra parte, è proprio tale asimmetria che permettere a tale interazione di svolgere una efficiente forma di disciplinamento.

Gli algoritmi vanno considerati artefatti dalla portata normativa, in grado di influenzare la condotta umana (Roccaro 2021, 71) e dunque potremmo asserire che il MA poggia sulla capacità regolativa degli algoritmi di «elaborare, predire, pianificare il processo decisionario umano» (Lombardi 2020, 6). Ma a misura che aumenta il potere computazionale, la calcolabilità del diritto tenderà a rimanere nella esclusiva disponibilità di chi (uomo o macchina) detiene tale potere.

Se allora il lavoratore non è in grado di attingere a prevedibilità e calcolabilità, se la razionalità non può assisterlo nell'esercizio del proprio autonomo arbitrio, diviene arduo parlare di scelta, aprendo la strada all'ipotesi che la condizione di libertà del soggetto finisca facilmente per ribaltarsi in una surrettizia manipolazione.

Si può provare a declinare anche in altro modo tale assunto: potere, calcolo, tecnica sono i vettori di una nuova «governance dei numeri» l'inveramento del sogno, con radici nel pensiero greco (Pitagora), di un «arithmetically attainable social harmony» e che ha nell'ICT l'ultima incarnazione (Supiot 2017, 10). Nella tecnologia digitale, il giurista vede compendiata «an idea of *normativity not as legislation but as programming*» (corsivo di chi scrive). In questo codice di programmazione «people are no longer expected to act freely within the limits laid down by the law, but to react in real time to the multiple signals they receive, in order to meet the targets they are assigned» (Supiot 2017, 10). Sperimentiamo, in altri termini, una forma di tecnoregolazione che esalta appunto l'aspetto regolativo racchiuso – e spesso occultato – nelle stringhe di un codice informatico. Proprio perché «codice» non rimanda ad una mera identità lessicale, quanto piuttosto denota una vera e propria contiguità semantica: nella locuzione «il codice è la legge» («*code is law*», Lessing 1999) si condensa «un nuovo regime di normatività» (Zaccaria 2021, 41).

Se è vero che «la tecnica è potenza che usa il mondo, e perciò lo calcola, lo governa e lo manipola» (Irti 2007, 14), la saldatura nel tecno-diritto – come «volontà di potenza ... per il dominio del mondo» (Irti 2007, 20) – non solo prefigura un orizzonte distopico di «algocrazia» (Danaher 2016), che qui lasciamo sullo sfondo, ma ne schiude anche uno, più compiuto e concreto, di tecnoregolazione ove il diritto del lavoro è chiamato a rivestire quel ruolo di limite (al dominio) evocato in apertura da RDP.

8. Tra emancipazione e soggezione

Abbiamo provato a delineare un itinerario di ricerca tracciato da RDP, a partire dall'idea che siamo sempre più sospinti verso una soglia, ancora sospesi «fra la tecnologia come emancipazione e come soggezione» (Del Punta 2018, 230). Su tale binario si è inistradato il diritto del lavoro, mostrando, non già la caratteristica vocazione protettiva, ma un'ambizione più nascosta a porre limiti (non però «catene») ad una volontà di potenza, tacitamente inscritta in una relazione conflittuale, tra capitale e lavoro. Si tratta, andando più a fondo della questione, della presa d'atto che «il processo di modernizzazione e di industrializzazione verificatosi a partire dalla fine del XVIII secolo [...] ha scatenato una titanica volontà di dominio che non ha mancato di scaricarsi direttamente, oltre che sulla natura, su quegli uomini che più di altri vi erano implicati, attraverso la messa a disposizione delle loro persone ed in particolare dei loro «corpi»» (Del Punta 1999, 152).

Queste ultime riflessioni direttamente riportano la nostra attenzione alla prospettiva di un dominio non solo sul corpo, ma anche – e direi soprattutto – sulla psiche e sulla sfera comportamentale del lavoratore. L'affinamento di un potere predittivo e prescrittivo, unito alla «trasparenza» di corpi e condotte datificate e profilate dal potere computazionale sono le basi, molto concrete, per una rinnovata volontà di potenza, ma, allo stesso tempo, per rafforzare l'insostituibile funzione di limite che il diritto del lavoro ha storicamente dispiegato.

Riferimenti bibliografici

- Ajunwa, I. 2023. *The Quantified Worker. Law and Technology in the Modern Workplace*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Alaimo, A. 2023. *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *federalismi.it*, 18.10.2023.
- Barbera, M. 2021. "Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione." In *L&LI* 7, 1.
- Bodei R. 2016. *Limite*. Bologna: il Mulino.
- Byung-chul Han 2023. *Infocrazia*. Torino: Einaudi.
- Carleo A. 2019. *Decisione robotica*. Bologna: il Mulino.
- Carleo, A. 2017. *Calcolabilità giuridica*. Bologna: il Mulino.
- Commissione UE. 2019. *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica; cfr. pure il Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM (2020) 65 del 19.2.2020.
- Commissione UE. 2021a. *Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, COM (2021), 206 final, Bruxelles 21.4.2021.
- Commissione UE. 2021b. *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, COM (2021) 762 final, Bruxelles 9.12.2021.
- Crawford K. 2021. *Né intelligente, né artificiale*. Bologna: il Mulino.

- Dagnino, E. 2017. "People analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data." *Labour & Law Issues* 3, 1.
- Danaher, J. 2016. "The threat of algocracy: Reality, resistance and accommodation." *Philosophy and Technology*, 245 sgg.
- Del Punta, R. 1999. "Tutela e sicurezza sul lavoro e questione ambientale." *DRI*, 152 sgg.
- Del Punta, R. 2018. "Un diritto per il lavoro 4.0." In *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, 225 sgg.
- Del Punta, R. 2019a. "Diritto del lavoro e economia digitale." In *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone, 15 sgg. Bari: Cacucci.
- Del Punta, R. 2019b. "Innovazioni tecnologiche e diritto del lavoro." *Riv. degli infortuni e delle malattie professionali*, 261 sgg.
- Durante, M. 2019. *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*. Milano: Meltemi.
- Faioli, M. 2023. "Matchmaking: la tecnologia avanzata per il mercato del lavoro." *LD*, 333 sgg.
- Faleri, C. 2024. "Management algoritmico e asimmetrie informative di ultima generazione." Di prossima pubblicazione in *Federalismi.it*.
- Foddai, M. A. 2016. "Euristica della paura e vincolo dell'incertezza. Riflessioni su Jonas e Hobbes." *Filosofia*, 61, 117 sgg.
- Gragnoletti, E. 2022. "Il potere di controllo, le risorse digitali e gli algoritmi." In *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di A. Bellavista, R. Santucci, 27 sgg. Torino: Giappichelli.
- Ingrao, A. 2019. "Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy." *LLI* 5, 2.
- Irti, N. 2007. *Il diritto nell'età della tecnica*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Irti, N. 2016. *Un diritto incalcolabile*. Torino: Giappichelli.
- Jonas, H. 1979. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*. Torino: Einaudi.
- Lessing, L. 1999. *Code and other law of cyberspace*. New York: Basic Books.
- Lettieri, N. 2021. "Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico." *Ars interpretandi*, 83 sgg.
- Loi, P. 2023. "Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro." *Federalismi.it*, 8 febbraio 2023.
- Lombardi, E. M. 2020. "Norma e algoritmo: alcune considerazioni sul nuovo ordine tecnologico." *Giustizia civile.com*.
- Marazza, M., D'Aversa, F. 2022. "Dialoghi sulla fattispecie dei «sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati» nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)." *Giustizia civile.com*.
- Messinetti, R. 2019. "La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata." *Contratto e impresa*, 861 sgg.
- Novella, M. 2021. "Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti." *LD*, 451 sgg.
- Oddenino, A. 2020. "Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano." *DPCE online* 1: 199 sgg.
- Pasquale, F. 2015. *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Peruzzi, M. 2023. *Intelligenza artificiale e lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Prassl, J. 2019. "What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work." *Comp. Lab. L. & Pol'y Journal* 41, 1.
- Recchia, G. A. 2023. "Condizioni di lavoro trasparenti, prevedibili e giustiziabili: quando il diritto di informazione sui sistemi automatizzati diventa uno strumento di tutela collettiva." *L&LI* 1.
- Renzi, S. 2022. "Decisioni automatizzate, analisi predittive e tutela della privacy dei lavoratori." *LD*, 583 sgg.
- Richard, T., Sunstein, C. R. 2008. *La spinta gentile*. Milano: Feltrinelli.
- Roccaro, D. 2021. "La chiave di accesso alla «società algoritmica»." *Ars interpretandi*, 69 sgg.
- Rodotà, S. 2012. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza.
- Rosenblat, A. 2018. *Uberland. How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work*. California: University of California Press.
- Schiavone, A. 2020. *Progresso*. Bologna: il Mulino.
- Spinelli, A. 2022. "La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma." *LDE* 2.
- Srnicek, N. 2017. *Capitalismo digitale*. Roma: Luiss University Press.
- Sunstein, C. R., Thaler, R. 2014. *Nudge. La spinta gentile*. Milano: Feltrinelli.
- Supiot, A. 2017. *Governance by Numbers: The Making of a Legal Model of Allegiance*. Oxford: Bloomsbury Publishing PLC.
- Tebano, L. 2020. *Potere direttivo e trasformazioni organizzative*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Tullini, P. 2022. "Dati." In *Lavoro digitale*, a cura di M. Novella, P. Tullini, 105 sgg. Torino: Giappichelli.
- Tullini, P. 2021. "La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo." *LD*, 430 sgg.
- Viale, R. 2020. *Oltre il nudge*. Bologna: Il Mulino.
- Visentin, L. 2018. "Il potere razionale degli algoritmi tra burocrazia e nuovi idealtipi." *The Lab's Quarterly* 4, 47 sgg.
- Weber, M. 1995. *Economia e società: Teoria delle categorie sociologiche*, vol. 1. Torino: Edizioni di Comunità.
- Wood, A. 2021. *Algorithmic Management Consequences for Work Organisation and Working Conditions*. Seville: European Commission.
- Zaccaria, G. 2021. "Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive." *Ars interpretandi*, 29 sgg.
- Zappalà, L. 2021. "Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale." *wp CSDLE «Massimo D'Antona».IT* – 446/2021.
- Zilli, A. 2022. *La trasparenza nel lavoro subordinato*. Pisa: Pacini.
- Zuddas, P. 2020. "Brevi note sulla trasparenza algoritmica." *Amministrazione in Cammino*, 5.06.2020.

Riccardo Del Punta: un illuminista radicale

Marzia Barbera

1. Una questione di metodo

L'importanza che Riccardo Del Punta attribuiva al metodo è provata dalla circostanza che egli, in uno dei suoi saggi più impegnativi e importanti, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, pubblicato nel 2001 sul *DLRI*, 3 sgg., affronta la questione dell'identità del diritto del lavoro e della sua crisi, allora conclamata, proponendo di tornare al metodo.

Il metodo giuridico che si pratica, si sa, ha molto a che fare con la concezione del diritto e della funzione del diritto che si professa. Se il metodo, semanticamente, rinvia alla «via per giungere a un determinato luogo o scopo» (si veda *Enciclopedia Treccani*), è a quel luogo e a quello scopo che si deve guardare se si vuol comprendere perché si segue un certo procedimento e si utilizzano certe tecniche. Per scoprire quale siano il «luogo» e lo «scopo» a cui tende Riccardo il lettore non ha bisogno di arrivare alle pagine conclusive del saggio, dove egli chiarisce in cosa consista a suo parere «la giustificazione» del diritto del lavoro. Già all'inizio del ragionamento, infatti, l'autore precisa che compito del giurista è difendere l'identità della materia, la sua *normatività*, rispetto alle pretese egemoniche di altre scienze sociali, in primo luogo l'economia, in virtù della tendenza di questa a trasformarsi anch'essa da sapere descrittivo in sapere normativo.

Tuttavia, la *normatività* di cui parla Riccardo non ha nulla di formalistico e dogmatico. Semmai, rinvia a un paradigma, proprio del diritto del lavoro, in cui il diritto ha, da una parte «una comunicazione particolarmente ravvicina-

Marzia Barbera, University of Brescia, Italy, marzia.barbera@unibs.it, 0000-0002-2257-3702

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Marzia Barbera, *Riccardo Del Punta: un illuminista radicale*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.07, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 101-109, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

ta» con i valori, dall'altra «un'apertura cognitiva» verso l'esterno e le scienze che elaborano il sapere sociale. E poiché la razionalità del diritto è una razionalità di sintesi, che assorbe quella economica in una razionalità di sintesi più ampia, egli precisa, la *libertà* e la *responsabilità* del giurista consistono proprio nella possibilità di ritenere preferibile, con onere di adeguata motivazione, una soluzione basata sulla prevalenza di valori non economici (come l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità, la libertà), così come di optare per la soluzione più efficiente (poiché anche l'efficienza è un valore e non vi è necessariamente contraddizione, come spesso si ritiene, fra efficienza e diritti).

Resta fermo, tuttavia, che questa libertà non è uno «spazio libero», per dirla con Gaber, uno dei molti punti di riferimento culturali di Riccardo, di cui parlerò ancora più avanti. Esiste, infatti, nel rapporto di lavoro una condizione di, disparità di potere che rende necessario considerare indisponibili taluni beni di cui pure il lavoratore è titolare, così come esiste un «nucleo intoccabile» di beni fondamentali, di natura sovraindividuale, scisso dalla condizione di lavoratore subordinato, anzi di lavoratore *tout court* e legato alla sua condizione di cittadino, che non può comunque essere sacrificato.

Fra le premesse e la conclusione del discorso si dipana un percorso di indagine che ci dà l'idea di cosa Riccardo intenda per metodo.

In primo luogo, egli intende apertura dialogica ad altri saperi nella misura in cui questi ci avvicinano alla conoscenza della realtà e possono insegnare al diritto del lavoro qualcosa di più sulla sua stessa materia, in particolare, possono insegnare che anche il lavoratore è un individuo che possiede capacità di scelta razionale. Ma questo apprendimento deve avvenire senza soggezione intellettuale, perché anche il diritto del lavoro può, a sua volta, insegnare qualcosa agli altri saperi. In particolare, può insegnare che la rappresentazione del mercato come un luogo naturale di incontro di comportamenti economici egualmente liberi è una pura rappresentazione, perché anche il mercato è un luogo artificiale, prodotto dalle istituzioni che lo regolano; e che la capacità di scelta del lavoratore spesso (ma non *sempre*) è solo virtuale, perché si situa all'interno di una relazione di soggezione e di dominio.

In secondo luogo, per metodo egli intende ancoraggio dell'analisi ai valori, sia pure concepiti non come valori assoluti e definiti una volta per tutte, ma sottoposti anch'essi al vaglio della ragione, proiettati nel dibattito pubblico, visto come spazio di comunicazione deliberativa alla Habermas, e che non vanno tanto «dimostrati», quasi fossero leggi della fisica, ma «argomentati».

Fra questi due livelli del discorso si situa la padronanza della tecnica giuridica, vista proprio come ferro del mestiere, come esercizio pratico e strumentale di un'arte, appresa nei lunghi anni di apprendistato alla scuola di Pera e coltivata poi per tutta la vita anche nell'esercizio della professione e, per un breve periodo e con obiettivi questa volta strumentali a un fine pubblico, nella politica.

Mi preme chiarire due aspetti del metodo di Riccardo: il fatto che i valori non siano mai presentati come valori assoluti non è espressione né di soggettivismo né di relativismo, ma semmai di *rifiuto dell'ideologia*; il fatto che i valori siano

plurali non significa che non si dichiari una preferenza, direi una *passione*, per uno di essi, e in particolare per il valore della libertà, in quanto come capacità di essere *soggetto* della propria vita.

2. Oltre il metodo: un illuminista radicale, diviso tra passione e dubbio.

Tenterò di spiegare perché ritengo che gli aspetti che ho appena nominati abbiamo fatto di Riccardo un illuminista radicale, diviso tra passione e dubbio.

La passione

Anche in questo caso vorrei servirmi delle sue parole, perché non voglio fargli il torto, ingiusto e irreparabile, di fargli dire cose che non può più smentire di aver detto. Mi avvalgo, perciò, di tre scritti apparentemente minori ma che, invece, a mio parere, ci dicono molto su come Riccardo abbia costruito il suo panorama intellettuale. Un panorama solo apparentemente eclettico, anche se è questa la qualità che egli dice esser propria del giuslavorista, e segnato invece da una grande coerenza, da domande e risposte a cui egli continua a tornare, con maggior chiarezza e consapevolezza a partire dal turno di secolo, che deve aver segnato anche un turno della sua vita, una sorta di liberazione, cercata o subita, da legami e vincoli che lo trattenevano dal seguire pienamente la sua strada.

Comincio da un articolo del 2006, “La passione non è spenta”, in *FI*, 2006, uno scritto d’occasione si direbbe, in cui egli dialoga con un altro giurista, Andrea Proto Pisani, sull’asserito tradimento politico-culturale che il diritto del lavoro avrebbe consumato nei confronti dei propri valori, alternativi a quelli economici che ne avevano fatto un presidio dell’attuazione del disegno costituzionale, per cercare di convincerlo che non è vero che «ogni passione è spenta»¹. È uno scritto dichiaratamente autobiografico, dove l’Autore descrive le ragioni (di nuovo si torna alle «ragioni» delle cose) della sua esperienza intellettuale ed emotiva.

Quell’esperienza, ci viene spiegato, ha poco a che fare con la cultura politica di sinistra tradizionale. Il che non gli ha impedito di riconoscere nella storia del movimento occidentale «il capitolo forse più fulgido della storia dei due secoli trascorsi» e nell’insegnamento marxiano «l’acre sapore della realtà». Tuttavia, Riccardo aggiunge, la sua attrazione», la sua «passione» per il diritto del lavoro pescavano più nel profondo, e cioè nel suo istintivo liberalismo. Occorre cercare con attenzione dove si situò questo punto di contatto. Perché per alcune pagine l’autore ci guida in alcuni spunti polemici contro il «pensiero unico», lavoristico oltre che economico, a favore di un pensiero aperto alla *complessità* e orientato perciò, e qui torna ancora il richiamo ad Habermas, alla comunicazione, al compromesso, alla difesa della dignità umana, che aveva già illustrato in altri scritti.

¹ Il titolo è ripreso da quello del libro *Ogni passione spenta*, di Vita Sackville-West, una storia di vite agiate ma convenzionali, a partire da quella della vecchia signora che ne è protagonista, le cui passioni sacrificate per rispondere alle aspettative degli altri e apparentemente spente si risvegliano al tramonto della vita e le consentono di ritrovarsi libera.

È solo verso la fine, dopo aver ricordato la «costitutiva storicità» del diritto del lavoro e la convinzione che esso debba saper accettare la sfida del rinnovamento, che egli osserva che, se l'originario progetto lavoristico era stato capace di animare forti passioni politiche e umane, tuttavia, «non ogni passione è spenta».

Credo che anche nella longue durée di un diritto del lavoro depurato da valenze «escatologiche» ma ancora in grado di farsi garante della condizione materiale degli uomini e delle donne che lavorano, si possa rintracciare la presenza di una meno rumorosa, ma non per questo meno vibrante, passione umanistica.

Il liberalismo di Riccardo era dunque un liberalismo classicamente individualista. Il centro è la persona e la sua innata dignità e volontà di autodeterminazione. Non so se sarebbe potuto essere diverso da così.

Eraclito ha scritto, in un misterioso frammento, «ethos anthropoi daimon», il carattere è il destino dell'uomo.

Se Riccardo, diversamente da molti di noi, non si è sentito mai «di casa» nella passione per il collettivo (la contrattazione collettiva, ad esempio, lo attraeva come «fattore di regolazione», meno come espressione di un'identità collettiva) e per l'olistico (di qui la sua reinterpretazione in chiave individualistica dello stesso principio di eguaglianza) che ha accomunato molti di noi, credo che ciò sia dovuto anche al fatto che egli è stato, essenzialmente, un solitario, spesso un tormentato. La sua era una solitudine non narcisistica, anzi dolentemente consapevole della fragilità dell'essere umano, soprattutto quando questo è attratto «negli ingranaggi funzionali» dei sistemi economici. Di qui, credo anche derivasse, in fondo, la sua passione per chi lavora e per il diritto del lavoro, nel quale questa «attrazione», questo «intrappolamento» dell'esistenza si esprime al massimo; ma anche il suo rifiuto di considerare, per la stessa ragione, il lavoro come il fondamento costitutivo dell'essere umano. Il lavoro è la fonte del reddito, scriverà più tardi, cioè condizione primaria di un'esistenza dignitosa, e come tale va protetto; ma non definisce quella esistenza, né nel bene (e di fatti Riccardo non ha mai creduto al mito della superiorità etica del proletariato), né nel male (perché chi lavora non è mai una persona totalmente alienata, residua sempre uno spazio di autodeterminazione). L'esistenza si definisce altrove ed è sempre una vicenda soggettiva, unica e irripetibile.

Sul che cosa definisca o non definisca l'umano è difficile trovare una risposta definitiva negli scritti di Riccardo. Non perché manchino gli spunti in positivo, espressi in modo compiuto soprattutto nei suoi scritti sulle teorie delle *capabilities*, dove egli sviluppa al massimo la sua idea di *soggettività*, ma perché quelle stesse affermazioni sono continuamente attraversate dal dubbio.

Il dubbio

La propensione al dubbio è un'altra precisa scelta metodologica di Riccardo e credo che nulla ne spieghi le ragioni meglio dello scritto che dà anche il nome a questa sezione del Convegno: *Sulle ali del dubbio (pensieri su Giorgio Gaber, il lavoro e il mercato)*, pubblicato su *Lavoro e diritto* nel 2009.

Di che cosa va in cerca l'uomo? Che cosa lo affligge? Quale è la sua malattia, alla quale neppure sa dare un nome?

È difficile immaginare un *incipit* più solenne per una riflessione dedicata a un cantautore. Eppure, un motivo c'è: Riccardo non aveva gli snobismi propri di molti intellettuali e non distingueva fra «cultura alta» e «cultura bassa» (del resto, non lo hanno fatto neppure quelli che hanno attribuito a Bob Dylan un Nobel per la letteratura); aveva, perciò, riconosciuto in uno scrittore di canzoni un suo simile (del resto, chi ha detto che «sono solo canzonette»?), perché lo riteneva capace di porsi queste domande come le domande *definitive*, non meno di quanto non lo facesse egli stesso.

L'attacco alle risposte usuali che si danno a questa domanda nella «cultura di sinistra» cui facevo riferimento prima questa volta è sferrato con particolare durezza.

Nella stagione eroica dell'homme situé ... era diffusa l'idea che a determinare l'uomo fosse, primariamente, la sua condizione economico-sociale. E che, pertanto, le risposte fondamentali dovessero essere ricercate su quel terreno, tramite strategie di liberazione facenti leva su soggettività espressive della Ragione emancipatrice. È altresì risaputo quanto, da Marx in poi (ma con l'essenziale ascendenza hegeliana), il Lavoro – con l'inconfondibile maiuscola dell'ideologia – si sia proposto come protagonista assoluto del processo di emancipazione destinato a completare il risveglio illuministico. Un processo prefigurato tramite categorie di analisi che tendevano a dissolvere l'individuale nel collettivo, l'esistenziale nell'economico e nel sociale.

Quello che lo attrae del teatro gaberiano è anzitutto la demistificazione della dimensione economico-sociale; o meglio, «di quelle sovrastrutture ideologiche, quando non scientemente ingannatrici» che promettevano che lì «dovesse materializzarsi l'epifania della Liberazione».

Quello che Gaber, ma qui è Riccardo stesso che parla, rimprovera alla tradizione marxista non sono tanto i tradimenti di quell'epifania consumati dal comunismo «reale», ma «l'insostenibile semplicità di una certa rappresentazione della realtà sociale».

Questa «in sostenibile semplicità» ha un nome: ideologia.

L'ideologia, si sa, è uno dei dispositivi proiettivi più perfetti inventati dall'uomo per oggettivare la parte buona di se stesso, e ricavarne così, attraverso un banale gioco di specchi, un'indistruttibile auto-legittimazione. Il meccanismo, in fondo, è di un'imbarazzante semplicità: io credo, con passione e identificazione, in un'ideologia fautrice del bene, ergo io sono buono e, come tale, moralmente migliore degli «altri», i barbari.

È possibile così comprendere perché Riccardo rifiuti l'idea delle virtù salvifiche del lavoro: è perché «l'ideologia occidentale del Lavoro è stata – e per molti versi tuttora è – uno di questi grandi dispositivi di purificazione». A questi dispositivi ci si può sottrarre coltivando, sistematicamente, il dubbio.

Se l'equazione fra lavoro e auto-realizzazione personale è costitutiva dell'ideologia di cui si sono nutriti l'Ottocento e il Novecento, è salutare riconoscere che «il lavoro è esso stesso una maschera, al riparo della quale continuano

a scatenarsi le pulsioni elementari del culto dell'immagine e del dominio sul prossimo». La stanchezza, velata di pietas, lo sguardo sui sistemi impersonali di alienazione e di dominio che ci determinano, «l'antropologia pessimistica» che Riccardo attribuisce a Gaber sono anche le sue.

Eppure.

Eppure, per Gaber come per Riccardo, questo pessimismo si accende di bagliori di speranza e persino di allegria. Una allegria magari insensata, «provata alle prime luci del mattino, lungo un'autostrada», quasi da ragazzi; un'allegria che noi abbiamo intravisto talvolta dietro l'ironia (che era anche autoironia) del nostro amico. La speranza, in questo caso, è l'altra faccia dell'essersi allenati a vivere senza certezze, facendo però dell'incertezza la propria «leva di Archimede».

Se niente è certo, non lo è neanche l'Apocalisse. E allora perché non coltivare, al di là del dubbio, se non del mistero, che ci accompagna, una resistenza *tutta umana* alla disperazione?

Il sogno, insomma, ma interamente spirituale ed umanistico, ed ormai al di là di qualsiasi costruttivismo sociale, di un «umanesimo nuovo», caratterizzato da un rinnovamento profondo dell'uomo e della sua capacità di abitare, in modo vitale ed autentico, questo mondo.

Non è che non sia più tempo di lotte, Riccardo fa dire a Gaber perché è restio a usare per sé queste parole; semmai, è tempo di *nuove* lotte.

3. Una «mitezza inflessibile»

Se Riccardo fosse qui a questo punto credo che si aspetterebbe qualche obiezione da parte mia, perché di certo non amava i discorsi apologetici. Non intendo deluderlo neppure in questo dialogo a distanza.

Vorrei partire dall'osservazione che, per quanto egli parli di un «umanesimo nuovo» e di nuovi ideali capaci di «ridarci le ali», in verità l'umanesimo di Riccardo e gli ideali che lo nutrono non hanno nulla di post-moderno o di «postumo». Sono un umanesimo e degli ideali che si nutrono di un quadro di riferimento riconoscibile, il quadro della *modernità* a cui Jonathan Israel ha dato il nome di «illuminismo radicale» (Israel 2011).

L'illuminismo radicale di cui parla Israel è quello che sembrava aver vinto la sua battaglia contro il conservatorismo sociale e morale dell'illuminismo moderato e aveva imposto, non soltanto in Europa e in America ma anche in numerosi paesi asiatici come il Giappone e l'India (almeno in termini ordinamentali e istituzionali), i valori che incarnano la cittadinanza e l'egualitarismo moderni: libertà di sottoporre a critica qualsiasi sapere e qualsiasi convinzione; secolarismo; cultura della libertà individuale; politica democratica; libertà di pensiero e di stampa. Il suo universalismo, scrive ancora Israel, «risiede nell'affermazione che tutti gli uomini hanno il medesimo diritto di ricercare la felicità come credono, e di pensare e affermare ciò che sembra loro opportuno».

Se Riccardo parla di una lotta «nuova» non è perché egli ritenga che quei valori siano ideali superati, ma perché considera che essi siano di nuovo sotto attacco.

Per spiegare cosa intendo parlerò dell'ultimo degli scritti cui facevo riferimento all'inizio, uno scritto anch'esso eclettico, che non si occupa di diritto del lavoro e anzi neppure di diritto, ma di *Terrorismo e modernità*, pubblicato su *Iride*, 2006.

Ancora una volta, lo spunto è la polemica con l'ortodossia e la nuova ortodossia della cultura di sinistra. Ma ciò non deve sorprendere: erano quelli di sinistra i «fratelli separati» ai quali gli interessava parlare, non certo quelli di destra. In questo caso, l'obiettivo della sua critica è la tendenza a leggere nelle forme del terrorismo antioccidentale globale praticato dai movimenti islamici estremisti un'ennesima manifestazione dell'«eccedenza occidentale»², detto in modo più semplice la pretesa dell'Occidente di rappresentare l'unico pensiero degno di questo nome. Secondo queste posizioni, tale pretesa egemonica spiegherebbe, se non addirittura giustificerebbe, il ricorso, come ultima risorsa, alla violenza inflitta o auto-inflitta.

Riccardo dissente in radice da queste analisi, per una serie di ragioni che non posso qui elencare per esteso. Mi soffermerò sulla ragione principale. Presi da eleganti discorsi post-moderni sul tramonto dei valori della modernità, egli osserva, non ci siamo accorti che la questione-chiave «pare rimanere quella di un illuminismo che sinora è mancato, in società sature di religione e tradizione».

Di quale modernità e di quale illuminismo egli parli risulta a mano a mano più chiaro col procedere delle argomentazioni. Di certo non della modernità che si infiltra dal basso per un'esportazione dei modelli occidentali capaci solo di intercettare «gli istinti materiali delle persone». O di un illuminismo ottimista, alla Rousseau, che stenta a riconoscere i propri «nemici» e a combatterli. L'illuminismo di Riccardo è un illuminismo radicale perché comporta, come egli scrive, la consapevolezza

... di quale potenziale rivoluzionario sia capace l'«individualistica» modernità, rispetto a società tenute insieme (quasi sempre, peraltro, a beneficio ultimo di oligarchie autoritarie) da culture di stampo tradizionale, fondate su legami comunitari.

Ideali quali la libertà della donna e la piena separazione fra chiesa e stato vanno difesi non soltanto perché sono costitutivi della nostra identità ma perché sono ideali buoni in sé, non vincolati necessariamente a un'epoca storica (la modernità) o a un'identità culturale (quella occidentale). Il problema allora non se difenderli ma come.

Qui emerge la «mitezza inflessibile» di Riccardo:

...una cosa è difendersi attaccando e pensando di esportare worldwide i propri modelli, e altra è difendersi, altrettanto inflessibilmente e anche con la forza ove necessario, ma in nome di una strategia consapevole e rispettosa dell'esistenza dell'«altro», e come tale moralmente titolata a prospettare, se non altro nel medio termine, nuove alleanze, improntate ad un universalismo culturalmente sostenibile.

La sostenibilità, vale a dire il bilanciamento, il compromesso o, di più, la complementarità e il reciproco giovamento fra credenze e interessi diversi – ideali per così dire «ausiliari» rispetto agli ideali di fondo – si sposano, nel pensiero di Ric-

² Il riferimento, in particolare, è all'articolo di Franco Cassano dallo stesso titolo, pubblicato su *DD*, 2008, 40 sgg.

cardo, con la difesa inflessibile di questi ultimi quando ad essere messa in forse è la loro stessa esistenza. E ciò accade non solo quando l'attacco è sferrato da fuori, dai nemici della modernità, ma anche dall'interno, da chi, proponendo una nuova ortodossia, ritiene che non esistano sistemi universali di valori, ma che tutti i sistemi siano egualmente validi e che l'attribuire superiorità ai valori forgiati dall'Illuminismo sia sinonimo di eurocentrismo, elitarismo e mancanza di rispetto per l'altro. Sto usando qui le parole di Israel ma ho discusso abbastanza con Riccardo di quelli che riteneva i cattivi frutti del multiculturalismo per ritenere che egli le avrebbe sottoscritto *in toto* o quasi.

La carica liberatoria ed emancipatrice della rottura prodotta dall'illuminismo non si è persa, tanto che oggi vi è chi, come la filosofa spagnola Marian Garcés, parla di un «nuovo illuminismo radicale» come antidoto alle nuove forme di credulità, e ai correlati effetti di dominio e come rifiuto dell'autoritarismo (Garcés 2019). Questa nuova forma di illuminismo è disponibile a farsi «contaminare» anche da altri approcci teorici e da altre concezioni di vita.

Vien da chiedersi però fino a che punto posizioni come quelle di Riccardo siano invece disposte ad accettare narrazioni diverse della modernità e del presente.

La mia impressione è che la propensione al dubbio Riccardo l'abbia coltivata all'interno di un orizzonte teorico e valoriale pronto a riconoscere «l'esistenza dell'altro» ma meno disposto a farsene permeare. L'identità di cui egli parla è un'identità «inflessibile», nel nucleo di fondo. Ancora una volta, di carattere, egli era disposto a concedere molto alle ragioni degli altri, e a convivervi. Ma era meno propenso a farle sue.

Ciò spiega, forse, perché egli sia confrontato poco con altri paradigmi alternativi che si fondano su valori diversi da quelli che gli erano cari; vale a dire, comunità; reti relazionali; eguaglianza (non come uniformità ma come riconoscimento e valorizzazione delle differenze personali e collettive); asimmetria del punto di vista normativo; attenzione agli effetti delle azioni in quanto spie delle cause strutturali dei fenomeni. Questi valori indicano non solo una diversa concezione dell'eguaglianza, della libertà e del sé, ma fanno riferimento a una sorta di epistemologia parallela che corre sotterranea in tutta la nostra cultura, non soltanto in quella giuridica.

Il diritto antidiscriminatorio e il femminismo giuridico sono stati i campi privilegiati di osservazione della penetrazione nell'ordinamento giuridico di tali valori, ma sono campi che sono stati frequentati poco anche dalle menti migliori del giuslavorismo italiano.

È possibile, allora, che nell'idea di lavoro che ci viene proposta da Riccardo manchi qualcosa di essenziale perché si stenta ad ammettere che nel lavoro esiste una dimensione comunitaria, relazionale e di potere che ne fa di necessità, e non solo in senso costruttivo ma anche in senso distruttivo, una componente essenziale dell'identità della persona³?

³ Aggiungo al margine: se davvero il lavoro non è superiore ad altre cose che danno senso alla vita, perché Riccardo stesso si è dedicato, con tanta determinazione, a coltivare l'idea del lavoro come dimensione *esistenziale* della persona (penso qui soprattutto all'applicazione al lavoro delle teorie sulle *capabilities*)? Forse la risposta è nelle righe di uno degli ultimi

Resta per questo non risolta, di fondo, la questione del potere; questione che Riccardo si è posto con insistenza ma che l'adozione da parte sua del principio neo-repubblicano del non dominio in quanto principio che riguarda, indifferentemente, «la libertà di ognuno rispetto a ciascun altro» non credo consenta di superare. L'universalismo e l'individualismo del principio portano a disconoscere la specifica disparità di potere presente nelle relazioni di lavoro e dunque la sottostante disparità economica, organizzativa e sociale.

Mi fermo qui nelle mie obiezioni, ma penso di sapere cosa mi avrebbe risposto, sorridendo, Riccardo (e ancora una volta userò le sue parole): va bene così, il disaccordo è salutare; «*non è pensabile che una sola teoria sia capace di fondare l'intero diritto del lavoro*».

Riferimenti bibliografici

- Garcés, M. 2019. *Il nuovo illuminismo radicale*. Nutrimenti: Roma.
 Israel, J. 2011. *Una rivoluzione della mente. L'illuminismo radicale e le origini intellettuali della democrazia moderna*. Torino: Einaudi.

scritti di Riccardo, *Minimal remarks on the concept of work*, dove egli osserva che «*all forms of work are important, simply because all people and all situations of deficiency of capabilities, at work as well as in other contexts, are important*», (<https://www.labourlawcommunity.org/international-community/minimal-remarks-on-the-concept-of-work/>).

Su lavoro e libertà. Appunti per una critica del diritto su quattro preposizioni

Vincenzo Bavaro

1. Tra filosofia della «libertà del lavoro» e invocazione del «lavoro in libertà»

Nella sua penultima pubblicazione¹, Riccardo Del Punta ha riletto un libro di Bruno Trentin intitolato *La libertà viene prima* ed è tornato su un tema su cui ha impegnato le maggiori energie nella sua più recente produzione scientifica². Del Punta valorizza la tesi di Trentin, già sviluppata da quest'ultimo ne *La città del lavoro* del 1997, secondo la quale la libertà delle persone che lavorano deve essere la priorità per un sistema politico (quindi giuridico) in quanto è il valore che prevale (o quanto meno, viene prima della) sull'uguaglianza, soprattutto nell'età del c.d. post-fordismo. Trentin scrisse: «la libertà e l'autorealizzazione della persona, in tutte le forme di lavoro e attività in cui viene messo alla prova un progetto personale, il quale definisce l'identità di un individuo che vive in collettività, appaiono così, oggi più di ieri, il solo cemento possibile di un nuovo contratto sociale che scongiuri la guerra delle corporazioni in un conflitto distributivo via via più racchiuso in confini angusti e sempre più determinati dai vincoli esterni che incombono in economie nazionali» (Trentin 1997, 228).

Del Punta precisa che non si tratta della libertà negativa sancita dal liberalismo classico bensì della «libertà (sostanziale) come *capacitazione* della persona», cioè

¹ Del Punta 2022. Il libro riletto è Trentin 2021. L'edizione originale di quest'opera di Trentin è stata pubblicata da Editori riuniti, Roma, 2004.

² Si veda Del Punta 2022; Del Punta 2019; Del Punta 2021.

Vincenzo Bavaro, University of Bari, Italy, vincenzo.bavaro@uniba.it, 0000-0003-1742-5542

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Vincenzo Bavaro, *Su lavoro e libertà. Appunti per una critica del diritto su quattro preposizioni*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.08, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 111-130, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

la capacità di ciascun individuo di scegliere, capacità da esercitare una volta posta la condizione di uguaglianza delle opportunità; piuttosto che perseguire l'uguaglianza dei risultati attraverso azioni redistributive (prima fra tutte l'azione «salarialista o risarcitoria») questa dottrina persegue l'uguaglianza delle opportunità individuali. Del Punta è chiaro sul punto: «la rivisitazione dell'uguaglianza è dunque null'altro che la conseguenza della priorità assegnata alla libertà, che produce diversità».

Torna l'eco della controversia politico-filosofica sull'alternativa fra redistribuzione e riconoscimento³ e che proprio attraverso il diritto del lavoro possiamo tradurre con l'emblematica alternativa fra salario e opportunità. La libertà del lavoro, nella concezione di questa dottrina giuridica del lavoro, significa avere la capacità di scegliere come forma di autorealizzazione di sé; le parole di Del Punta sono chiare: «la teoria della *capability* insiste sull'*autonomia e sulla responsabilità individuale* e ciò comporta maggiori opportunità di crescita per ciascun lavoratore ma, allo stesso tempo, un passaggio all'età adulta che si distacca dalla filosofia tutta protettiva del diritto del lavoro classico» (Del Punta 2019, traduzione mia). Siccome il lavoro post-fordista sarebbe un lavoro «concreto» e non più «astratto», cioè «massificato» come nel fordismo, esso è (o forse potrebbe essere?) oggi auto-realizzazione della persona in quanto espressione della libertà di scelta di ciascun lavoratore e lavoratrice.

Non è sempre chiaro se questa libertà di scelta allude alla scelta del lavoro o alla scelta delle condizioni di lavoro; quel che è certo è che il lavoro libero, secondo questa derivazione dalla teoria della *capability*, richiede capacità di *agency*, la quale, a sua volta, «richiede conoscenza, professionalità, addestramento e formazione, spirito di iniziativa, responsabilità. In una parola, la costruzione di un capitale umano, nel quale l'imprenditore ha la responsabilità di investire. Questo non trasforma d'incanto un'impresa in un giardino democratico, ma può cambiare i termini dell'equilibrio di interessi tra le due parti, creando una situazione potenzialmente *win-win* nella quale il rafforzamento della posizione del lavoratore è anche nel beninteso interesse imprenditoriale» (Del Punta 2022).

L'enfasi con la quale Del Punta scrive del principio di libertà rispetto al lavoro, una libertà concepita diversamente rispetto al liberalismo classico, parte dalla considerazione che questo principio è stato «tradizionalmente ostracizzato nell'ambito del diritto del lavoro perché ritenuto sinonimo di libertà contrattuale» (Del Punta 2022). La questione di fondo, dunque, riguarda il rapporto fra libertà e lavoro nell'ordine giuridico che la dottrina giuslavorista potrebbe aver ostracizzato – come pensa Del Punta – oppure aver dato per sottinteso oppure ancora potrebbe aver rimosso dalla sua teoria perché trattasi di rapporto ambivalente se non proprio ambiguo.

Una cosa è certa: ammesso e non concesso che il lavoro «concreto» post-fordista sia connotato da una quasi immanente libertà (comunque la si voglia connotare)⁴, questa è stata pur sempre una costante rivendicazione dei lavorato-

³ Fraser, Honnet 2007.

⁴ Mari 2019. Questo stesso autore ha scritto di recente un breve ma efficace ritratto del pensiero di Del Punta su questo tema in Mari 2023.

ri, da ben prima dell'età post-fordista. Pur consapevole dell'apparente eccentricità del richiamo, si rilegga il testo del canto popolare *Bella Ciao*, nella versione dedicata alle «mondine», le operaie impiegate nelle risaie e che rappresentano un lavoro che, tecnicamente, non possiamo certo qualificare come post-fordista: «alla mattina, appena alzata, in risaia mi tocca andar / fra gli insetti e le zanzare, duro lavoro mi tocca far / il capo in piedi col suo bastone, e noi curve a lavorare / oh mamma mia, oh che tormento, io ti invoco ogni domani / ed ogni ora che qui passiamo, noi perdiamo la gioventù / *ma verrà un giorno che tutte quante lavoreremo in libertà*».

Ebbene: queste operaie rivendicano di «lavorare in libertà»; che libertà rivendicano? Stando al testo di questo canto popolare si potrebbe dire che la libertà implica lavorare in condizioni opposte rispetto a quelle descritte. Vorrebbe dire lavorare in condizioni ambientali sicure e protette benché, forse, nelle risaie è abbastanza difficile non essere circondati da «insetti e zanzare». Si potrebbe dire che la libertà rivendicata ambisce a un lavoro meno «duro», con una giornata di lavoro meno lunga, oppure senza essere assoggettate a un «capo in piedi col suo bastone» e senza lavorare «curve», sia come posizione ergonomica sia pure come posizione organizzativa. Si potrebbe altresì dire che la libertà rivendicata dalle mondine consiste nel potersi sottrarre a quel lavoro, tanto faticoso da far perdere loro la gioventù; insomma, una libertà che possa garantire loro più tempo libero per godere della propria gioventù oppure addirittura una libertà di poter scegliere di non lavorare come mondina.

Come si può vedere, si tratta di diverse declinazioni del concetto di libertà, ciascuna rispondente a differenti modi di concepire il diritto alla libertà quando l'attribuiamo alla condizione dei lavoratori. Ebbene, cosa intendono quelle mondine quando rivendicano di «lavorare in libertà»? com'è il «lavorare in libertà»? Riguardo al diritto del lavoro, qual è la funzione della libertà e com'è il funzionamento del diritto alla libertà delle persone che lavorano?

Per rispondere a queste domande non possiamo eludere una domanda preliminare: cos'è il lavoro libero?

È una domanda impegnativa, ancor più per i giuristi, perché ci costringe a impostare la riflessione a partire da una concezione metagiuridica del lavoro e della libertà, dovendo tracciare il profilo del «lavoro libero» e, parallelamente e *a contrario*, tracciare il profilo del «lavoro coatto». Infatti, le concezioni filosofiche che intrecciano lavoro e libertà, inclusa quella in cui si può collocare la dottrina di Del Punta, mostrano un inevitabile condizionamento da parte del contesto storico-materiale in cui si è evoluto il «Lavoro». Come ho accennato all'inizio, proprio la filosofia della *capability* intesa come garanzia della libertà al lavoro, trova una sua base argomentativa proprio nel nuovo modo di produrre post-fordista. Ecco perché il discorso sul lavoro libero non può prescindere (né trascurare) la forma storico-materiale che ha il lavoro e – di contro – le rivendicazioni di libertà. Insomma, il discorso metagiuridico sul lavoro libero è, necessariamente, anche un discorso giuridico sulle forme storiche del lavoro (coatto e/o liberato). In altre parole, la rivendicazione del «lavoro in libertà» presuppone la configurazione storico-materiale – e quindi giuridica – del «lavoro».

2. Dal lavoro coatto alla libertà di lavoro

In una pagina dei *Grundrisse* Marx richiama le parole con cui Geova maledice Adamo: «*lavorerai con il sudore della tua fronte*»⁵ per sottolineare che il lavoro è condanna, fatica, seppur necessaria per vivere⁶. Nondimeno, la società umana ha bisogno di trasformare le materie prime naturali per soddisfare i bisogni umani, ha bisogno di lavorare; la divisione sociale del lavoro è riconosciuta nella filosofia di Aristotele che, nella sua opera *Politica*, riconosce la necessità che la maggioranza degli esseri umani – gli *schiaivi* – sia dedicata al lavoro anche per soddisfare i bisogni di quella minoranza nella società – i *cives* – per permettere loro di dedicarsi alle attività dello spirito, all'arte, alla filosofia, alla politica; insomma, detenere il potere sociale affinché possano vivere liberi⁷. Questa concezione del lavoro è durata millenni nelle società schiavistiche/servili, basate sul lavoro coatto della maggioranza per assicurare la libertà della minoranza; società nella quale, per assicurarsi il lavoro nella società, bisognava «mantenere l'uomo alla stessa maniera di un animale domestico» (Bloch 2004, 225). Secondo Hanna Arendt, in *Vita Activa*, «l'istituzione della schiavitù nell'antichità... non fu un espediente per avere lavoro a buon mercato o uno strumento di sfruttamento a scopo di profitto, ma piuttosto il tentativo di escludere il lavoro dalle condizioni della vita umana» (Arendt 2001, 61).

Secondo questa filosofia, dunque, il lavoro è negazione della libertà; ma essendo necessario alla società umana, questa negazione della libertà deve essere imposta innanzitutto tramite la condizione schiavistica. Sappiamo bene che la condizione dello schiavo è *res corporales* (come la definisce il giureconsulto romano Gaio), privato della capacità di agire perché obbligato a lavorare per il *dominus*. Nondimeno, secondo alcuni recenti studi storici, «occorre ricordare che gli schiaivi [seppur una ristretta élite], grazie alla loro occupazione, potevano guadagnare spazi di autonomia». Grazie al lavoro, per quanto coatto, uno schiavo poteva acquisire spazi di iniziativa autonoma seppur vincolati alla coazione giuridica della condizione servile. Al contrario, intendendo lo *status* non soltanto come condizione formale del *servus* ma come condizione giuridicamente formalizzata dai rapporti giuridici connessi al lavoro, «il lavoro poteva stringere il libero cittadino in una rete di vincoli che di fatto andavano a detrimento del suo rilievo sociale» (Cristofori 2018).

Questa tesi è confermata anche da un altro recente studio storico sul lavoro nei secoli XVIII e XIX (Stanziani 2022, in cui si evidenzia che il processo di liberazione dal lavoro coatto (prima solo servile poi secondo l'eredità del diritto intermedio) fu una lenta e progressiva conquista della libertà di scegliere *se* e *dove* offrire il proprio lavoro (una libertà nel mercato del lavoro, si direbbe col

⁵ Marx 2012, 609. Ampia è la letteratura sul punto: rinvio per tutti a De Masi 2018, in particolare Parte Prima e Parte Seconda.

⁶ Sul significato stesso della parola «lavoro» rinvio anche alla «Introduction» in Supiot 1994.

⁷ Sulla concezione aristotelica della schiavitù si veda Parte Prima e Parte Seconda di Bodei 2019.

linguaggio moderno) e che ebbe poco (o nulla) a che fare con il miglioramento delle condizioni materiali di lavoro.

Questa prospettiva di analisi della libertà delle persone che lavorano mostra la sua efficacia proprio se osserviamo l'evoluzione storica del lavoro. Nel plurisecolare periodo che chiamiamo Medioevo, possiamo rilevare che le numerose e variegate forme giuridiche dei rapporti di lavoro di questa Età trattano rapporti non schiavistici. Si tratta di nuove forme giuridiche che si sviluppano parallelamente al lento e progressivo processo di affrancamento degli schiavi; nuove forme giuridiche necessarie a dare rappresentazione al lavoro dei «liberi» perché «la novità più rilevante, di datazione incerta, sta nell'aver sistemato lo schiavo e la sua famiglia su di un pezzetto di terra che egli coltiverà per il suo padrone» (Fossier 2002, 25). Dunque: ecco un primo ed embrionale riconoscimento di una porzione di libertà delle persone che lavorano poiché «anche il servo può riuscire a ottenere un profitto che non gli viene tolto e che usa per riscattarsi» (Fossier 2002, 58).

Ovviamente si tratta di una esigua e «formale» porzione di libertà che non protegge né dall'asservimento fondiario (nelle campagne) e né dall'asservimento alle corporazioni (nei Comuni) dei lavoratori *liberi*. Non a caso gli *ex-schiavi*, ormai liberi ma pur sempre asserviti, rivendicano innanzitutto la libertà di circolazione come accadde con la rivolta chiamata *Wat Tyler's Rebellion* del 1381, richiamata in un libro di Yan Moulier Boutang intitolato *De l'esclavage au salariat*. Secondo costui, «il tratto fondamentale che capovolge il significato e la funzione liberatrice del nuovo mercato e della nuova economia in generale, è la non-libertà di circolazione della mano d'opera»⁸. Insomma, la libertà rivendicata dagli *ex-schiavi*, ormai liberi, ancorché asserviti, è innanzitutto e principalmente la libertà di circolazione.

La storia della liberazione dal lavoro servile è la storia del diritto di ciascuno a esercitare la libertà di scegliere «se», «dove» e «quando» lavorare; la libertà del lavoro è stata concepita per millenni come libertà dal lavoro coatto quindi libertà di lavorare (o di non lavorare) e che la Modernità ha sancito con la libera volontà contrattuale⁹. Eppure, già questa libertà contrattuale di lavoro, l'atto di volontà che istituisce la condizione giuridica e sociale di «lavoratore», non si esprime in piena, integrale e assoluta libertà come pur sembrerebbe ad un primo sguardo. Occorre dunque osservare da vicino questa libertà «di» lavoro.

3. Sulla libertà «di» lavoro (cioè di lavorare subordinatamente)

Un primo modo di declinare la libertà di lavoro è essere liberi di non lavorare.

Nei sistemi giuridici di tutto il mondo il lavoro forzato è stato abolito, almeno sul piano formale. Tuttavia, osservando nelle pieghe l'ordinamento giuridico, possiamo dire che i cittadini sono liberi di non lavorare, seppur con qualche eccezione.

⁸ Moulier Boutang 1998, 129 (*traduzione mia*). Si veda anche versione italiana, *Dalla schiavitù al lavoro salariato*, Manifestolibri, Roma, 2002.

⁹ Un Maestro del diritto del lavoro quel è stato Gérard Lyon-Caen, in uno dei suoi primi articoli, scrisse che «il diritto del lavoro ha come solo fondamento la libertà contrattuale» (Lyon-Caen 1951, 40) (*traduzione mia*).

Prendiamo in esame i sistemi nazionali di politica attiva del lavoro e le relative procedure amministrative finalizzate ad accompagnare i lavoratori disoccupati o che godono di qualche forma di sostegno economico da parte dello Stato a reinserirsi nel mercato del lavoro. Ebbene: il presupposto di queste misure di sostegno pubblico è la condizione involontaria di disoccupazione in cui versa un lavoratore¹⁰ oltre alla effettiva ricerca attiva di un nuovo lavoro. Questo sistema di sostegno economico di natura pubblica è assoggettato a «condizionalità», cioè collega il godimento del sostegno economico di sicurezza sociale alla condizione di essere attivi nella ricerca di un nuovo contratto di lavoro¹¹.

Analogamente, se pensiamo alla disciplina italiana del reddito di cittadinanza, chi versa in condizioni di quasi povertà anche perché privo di reddito da lavoro (oltre che per altri stringenti requisiti¹²) ha diritto a percepire un sostegno economico che, però, è condizionato da una serie di «doveri» in capo al fruitore, tant'è che anche in questo caso il rifiuto di una offerta di lavoro congrua può comportare la perdita del beneficio.

Lo *status* di bisogno socioeconomico in cui versa chi riceve un sostegno economico dallo Stato è concepito come lo *status* di chi ha pur sempre un «dovere di lavorare» in quanto il lavoro è la primaria soluzione per soddisfare i propri bisogni economici. Come a dire che la libera scelta di non-lavorare implica la possibile conseguenza della mancata garanzia di soddisfazione dei propri bisogni economici¹³. Possiamo dire, in linea generale, che la libertà di non-lavoro è una libertà «condizionata» da «dovere di lavorare»¹⁴ – sia giuridicamente, sia dal punto di vista socioeconomico – perché il suo pieno esercizio può provocare

¹⁰ Com'è ben noto, la NASPI (*Nuova prestazione di assicurazione sociale per impiego*) è garantita in caso di disoccupazione involontaria; sicché, per esempio, non si ha diritto a questo sostegno economico in caso di dimissioni, a meno che non siano «per giusta causa» a testimoniare una certa involontarietà (cfr. art. 3, comma 2, d.lgs. n. 22/2015).

¹¹ Il disoccupato deve rendersi disponibile a partecipare a iniziative per il rafforzamento delle competenze, a ricevere formazione, a essere attivo nella ricerca del lavoro e ad accettare «offerte di lavoro congrue». Discorso parzialmente analogo riguarda i lavoratori che sono temporaneamente sospesi dal lavoro e che percepiscono indennità di integrazione salariale. Cfr. da ultimo Garbuio 2023; Corazza 2022; Sartori 2022.

¹² «Per ricevere il Reddito di cittadinanza è necessario rispettare alcune «condizionalità» che riguardano l'immediata disponibilità al lavoro, l'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che può prevedere attività di servizio alla comunità, per la riqualificazione professionale o il completamento degli studi nonché altri impegni finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale» (così inizia la pagina del sito istituzionale curato dal Ministero del Lavoro <https://www.redditodicittadinanza.gov.it/schede/patti>).

¹³ Beninteso: non intendo dire che anche chi versa in condizioni economiche tali da non avere diritto a un sostegno pubblico non abbia ugualmente un «obbligo» di lavorare per procurarsi un reddito; in tal caso però, non si tratta di obbligo giuridico bensì socioeconomico.

¹⁴ Il «dovere di lavorare», o perché formalmente derivante dal sistema della condizionalità della sicurezza sociale o perché intrinseco nel modello socioeconomico di distribuzione del reddito da lavoro prodotto, limita la libertà di non-lavoro. Che si tratti di un tema non facile da inquadrare è testimoniato dal fatto che non è numerosa la letteratura giuslavorista sul

conseguenze negative su chi l'esercita (l'assenza di lavoro e quindi del relativo reddito necessario a vivere).

Un secondo modo di declinare la libertà «di» lavoro è la libertà di «cercare» lavoro. Con questa formula mi riferisco alla originaria forma di libertà dal lavoro coatto che consisteva nella libertà di mobilità al fine di trovare un lavoro. Oggi vi sarebbe un esplicito e formale riconoscimento nel Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (art. 45) e – soprattutto – nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 15) (Nogler 2017). Si tratta di una delle quattro libertà fondamentali dell'Unione Europea: la libertà di circolazione dei lavoratori. Questa libertà «di» lavorare garantisce la libera circolazione dei lavoratori nello spazio comune europeo; una libertà fondamentale che, però, è fondamentale solo per i cittadini dell'Unione Europea e non per ogni essere umano.

Quali che siano le ragioni sottese al riconoscimento di questa libertà come diritto fondamentale (Orlandini 2017), osservo che è un diritto fondamentale limitato (se non proprio negato) nei confronti dei lavoratori che non sono cittadini dell'Unione Europea¹⁵. Possiamo dire che anche la libertà «di» lavoro intesa come libertà di circolazione dei lavoratori, è una libertà non assoluta ma limitata.

Una terza declinazione della libertà «di» lavoro riguarda la libertà di scegliere il lavoro desiderato. In questo caso, la libertà di lavoro – come libertà di stipulare un contratto di lavoro – ha una libertà corrispettiva che è quella del datore di lavoro, cioè della sua libertà di organizzare l'attività produttiva¹⁶. Orbene: nell'ordinamento giuridico non esiste la libertà di stipulare un contratto di lavoro alle sole condizioni dettate dalla volontà delle parti. Facciamo qualche esempio.

Non c'è libertà contrattuale allorché si voglia stipulare un contratto di lavoro rispetto al quale l'ordinamento giuridico richiede un preciso requisito soggettivo: per esempio, un ospedale può stipulare un contratto di lavoro per una prestazione di lavoro infermieristica solo se quel lavoratore possiede formali requisiti soggettivi professionali; un'azienda di servizi di vigilanza armata può stipulare un contratto di lavoro per attività di vigilanza armata ma potrà adibire quel lavoratore al servizio oggetto del contratto solo se è in possesso della necessaria autorizzazione per la detenzione e l'uso di arma da fuoco; ecc.

«dovere di lavorare» sancito nell'art. 4 Cost. Di recente segnalo una lettura critica della correlazione fra questo dovere e la condizionalità in Somma 2024.

¹⁵ I lavoratori migranti extra-europei hanno vincoli rigidissimi all'esercizio della loro libertà di lavoro inteso come «accesso al lavoro» (rinvio per tutti agli articoli di Recchia 2020 e Martelloni 2020). A tal proposito, mi sembrano efficaci le parole scritte da Ermanno 2004, 147, secondo cui un diritto di migrare dovrebbe «favorire, rendendola praticabile e compatibile con le altre libertà, proprio la tanto auspicata «libertà di mercato». Pur essendo... il diritto alla migrazione una specificazione del diritto fondamentale alla libertà personale... mi riterrei soddisfatto se le questioni relative alla regolazione e limitazione delle migrazioni venissero affrontate con lo stesso atteggiamento prudente e con lo stesso pregiudizio favorevole con cui i legislatori delle democrazie avanzate pongono limiti alla libertà di mercato».

¹⁶ In questo caso, la libera volontà di un lavoratore di stipulare un contratto di lavoro può realizzarsi solo se coincide con la libera volontà di un datore di lavoro di stipulare quel contratto.

Per altro verso, la libertà contrattuale di lavoro è negata quando l'oggetto del contratto è vietato dall'ordinamento giuridico: per esempio, non si può stipulare un contratto di lavoro per spacciare droghe pesanti oppure per fornire prestazioni sessuali¹⁷.

Ci sono poi altri casi di limitazione della libertà contrattuale di lavoro in cui viene negata la libertà di determinazione dell'oggetto del contratto, cioè delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro: non c'è libertà di stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 12 mesi, seppur entro i 24 mesi, se non c'è una causale riconosciuta dalla legge; non c'è libertà di stipulare un contratto di lavoro stabilendo una durata delle ferie retribuite inferiore a quattro settimane all'anno; ecc.

In questo senso, potremmo fare numerosi esempi riferendoci all'intera disciplina regolativa dei rapporti di lavoro subordinato posta da norme inderogabili che limitano la libertà contrattuale di lavoro in quanto limitano la libera volontà delle parti contraenti.

Prima di approfondire quest'ultima concezione della libertà «di» lavoro, è importante tenere presente che l'ordinamento giuridico appone numerosi limiti alla libertà «di» lavoro, talvolta per esigenze di ordine pubblico di varia natura, talaltra per la specifica esigenza di protezione dei lavoratori. Proprio quest'ultima declinazione della libertà «di» lavoro e dei suoi limiti ci mostra in modo chiaro l'antinomia fra la libertà «di» lavoro e la limitazione/negazione della medesima libertà al fine di protezione dei lavoratori.

Secondo Alain Supiot «nel contratto privatistico la volontà si obbliga; nel contratto di lavoro, si sottomette...l'obbligazione manifesta la libertà, la sottomissione la nega» (Supiot 1994, 123, trad. mia) e proprio per questo il Diritto del Lavoro appone limiti alla libertà «di» lavoro, limitando la libera volontà contrattuale. La norma inderogabile limita la libertà «di» lavoro al fine di proteggere la libertà limitata (o negata) del lavoratore, intrinseca alla condizione di subordinazione. Diversamente, allentare (o rimuovere) i vincoli alla libertà «di» lavoro è una azione che amplia l'esercizio di libertà «di» lavoro. Ecco perché possiamo qualificare come «liberista» l'ideologia che ha ispirato il diritto del lavoro degli ultimi trenta/quarant'anni, cioè quello caratterizzato dal progressivo allentamento dei vincoli previsti dalle norme inderogabili (allentamento effettuato sia riducendo il numero delle norme inderogabili sia rendendo derogabile alcune norme attraverso la contrattazione collettiva, nazionale e decentrata¹⁸).

¹⁷ Il divieto di esercizio di questa libertà è imposto dall'ordinamento giuridico che detta le condizioni della illiceità (oppure liceità) di un contratto di lavoro. Se pensiamo alle prestazioni sessuali, la negazione della libertà di contratto avente ad oggetto prestazioni sessuali non è assoluta dal momento che l'ordinamento giuridico consente un contratto di lavoro in cui la prestazione sessuale è il risultato della prestazione artistica finalizzata alla produzione cinematografica.

¹⁸ Ho avuto modo in passato di esprimermi sul connotato liberista che caratterizza la tendenza sempre più accentuata alla derogabilità contrattata delle norme di legge nel Capitolo I di Bavaro 2012 e in Bavaro 2013.

Il diritto del lavoro liberista è un diritto che valorizza la libertà contrattuale di lavoro mediante la volontà individuale che costituisce il contratto di lavoro, valorizzando proprio la volontà di autodeterminazione individuale a scapito della eterodeterminazione normativa inderogabile.

L'approccio alla libertà «di» lavoro obbliga alla prospettiva della libertà «nel» lavoro.

4. Sulla libertà «nel» lavoro (cioè nell'adempimento di prestazione subordinata)

Torniamo a quanto scritto all'inizio di questo discorso, richiamando proprio la tesi di Del Punta sulla libertà delle persone che lavorano concepita non tanto come libertà contrattuale quanto come libertà di autodeterminazione. Il punto da questionare è come intendere questa libertà di autodeterminazione nel lavoro, cioè definire con chiarezza in cosa consiste questa libertà.

Ebbene, non sembra diversa da quanto abbiamo appena scritto a proposito della libertà contrattuale «di» lavoro: essa consiste nella libertà delle parti di autodeterminare il contenuto del rapporto di lavoro che però, nell'ordinamento giuridico, viene limitata dalla norma inderogabile, storicamente imposta per proteggere la libertà limitata (o negata) del lavoratore subordinato in quanto subordinato al potere del datore di lavoro¹⁹. Il problema, dunque, sta nel definire la differenza fra questa autodeterminazione e quella intesa come «maggiore opportunità di crescere per il lavoratore», per riprendere le parole di Del Punta già citate in precedenza.

Questa seconda concezione della libertà come autodeterminazione individuale non intende mettere in discussione la norma inderogabile posta a protezione della libertà limitata (o negata) dalla subordinazione, almeno non nelle intenzioni. Si tratta di una posizione già sostenuta in passato, per esempio da Spiros Simitis, secondo cui «l'autodeterminazione del singolo lavoratore è la sua realizzazione come persona» (Simitis 1990); analogamente Massimo D'Antona scrisse che «l'autodeterminazione è sostanzialmente la libertà di scegliere la propria differenza, senza che altri, sia pure a fini protettivi e benefici, sovrappongano una loro valutazione delle nostre convenienze e senza esserne impediti da una uniformità imposta per ragioni estranee a noi»²⁰. Si tratterebbe – secondo la recente presa di posizione di Adalberto Perulli e Valerio Speciale – di «una forma di regolazione centrata sulla persona, in coerenza con il mutamento fondamentale che caratterizza il paradigma sociale neomoderno nel suo complesso»,

¹⁹ «Il pre-giudizio degli interpreti circa l'intento protettivo [...] attribuito al diritto del lavoro ha costituito dunque la base teorica sulla quale nel tempo è stato costruito un vero e proprio principio per induzione...»: così Novella 2009, 147.

²⁰ D'Antona 1991 opportunamente richiamato di recente da Ciucciiovino 2023. Nello stesso senso, di recente, possiamo richiamare Perulli, Speciale 2022, 82: «è la stessa norma eteronoma che dovrebbe costruire percorsi di *soggettivazione regolativa* funzionali all'acquisizione di libertà sociale e di *capabilities* individuali della persona».

cioè «una maggiore autodeterminazione dei soggetti e nuove capacità individuali» (Perulli, Speziale 2022, 86).

Insomma, siamo in presenza di due differenti concezioni della libertà delle persone che lavorano nel senso dell'autodeterminazione: una presuppone la libertà contrattuale di definire i termini dello scambio fra lavoro e salario; e l'altra? Se non si intende contestare la funzione protettiva della norma inderogabile posta a limitazione della libertà contrattuale «di» lavoro, quest'altra libertà come si manifesta? In cosa consiste la determinazione autonoma delle condizioni di lavoro nel contratto?

Silvia Ciucciuvino, in un articolo pubblicato di recente, ha usato due formule per distinguere le due prospettive: l'«inderogabilità emancipatrice» grazie alla quale «si aprono nuovi spazi di libera determinazione delle parti del rapporto, con ampliamento della gamma di scelta e di accomodamento della fattispecie alle esigenze individuali» e, d'altra parte, l'«inderogabilità *standardizzatrice* o *uniformatrice*» (Ciucciuvino 2023). Con la prima formula, «la libera determinazione delle parti» sarebbe esercitabile ferma restando la norma inderogabile? Allude dunque alla derogabilità *in melius*? Se così fosse non ci sarebbe una particolare innovazione. Oppure, l'inderogabilità emancipatrice attribuisce specifici diritti potestativi al lavoratore subordinato così da accentuare la sua capacità individuale di agire sull'organizzazione e così limitare la sua subordinazione ampliando spazi di autonoma libertà «nel» lavoro?

Non è questa l'occasione per analizzare compiutamente questa dottrina che, come si può intuire, è connotata da differenti sfumature; in questa occasione vorrei solo richiamare l'attenzione sull'enfasi con cui viene proposta questa concezione della libera autodeterminazione nel lavoro e che trova oggi ispirazione nella trasformazione del lavoro, dal modello taylor-fordista a quello post-fordista. D'altronde, non è un caso che questa dottrina giuslavorista cominci a formarsi tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 del secolo scorso.

Sullo sfondo c'è l'immagine del lavoro post-fordista che sarebbe connotato da un carattere sempre più cognitivo, un lavoro in cui rileverebbe sempre più la persona e non la merce-lavoro, una persona sempre più «coinvolta» e perciò sempre meno compatibile con l'immagine del lavoro come «energie da lavoro» (Ballestrero 2010). Diciamo pure che in questa dottrina c'è una presa di distanza dal concetto marxiano di «forza-lavoro», intesa proprio come «lavoro astratto».

Questa dottrina ha sostenitori autorevoli (come detto, da D'Antona a Del Punta, solo per citare studiosi purtroppo non più presenti) fra i quali merita una citazione anche Alain Supiot secondo cui il lavoro post-fordista permetterebbe «di concentrare il lavoro umano sull'incalcolabile e il non programmabile, cioè sulla parte propriamente poetica del lavoro, quella che presuppone una libertà, una creatività o un'attenzione agli altri, di cui nessuna macchina è capace» (Supiot 2019, 18, trad. mia). Si tratterebbe, dunque, di caratteristiche tipiche del lavoro cognitivo, intellettuale, che richiederebbe partecipazione attiva dei lavoratori, che coinvolgerebbe l'intelletto del lavoratore: ben altra cosa rispetto al «gorilla ammaestrato» di cui scriveva Gramsci a proposito del lavoro fordista. Insomma, i nuovi processi produttivi richiederebbero sempre meno «l'opera

della mano», la mano d'opera, e sempre più «l'opera del cervello», il «cervello d'opera» (Supiot 2019, 19, trad. mia).

Questa dottrina giuridica, peraltro, ha precedenti illustri nel pensiero filosofico del '900 fra cui quello di Hanna Arendt. Costei, nel suo libro *Vita activa*, rimprovera proprio a Marx (come pure a Adam Smith) di non distinguere il *Lavoro* dall'*Opera*. Arendt rimprovera a Marx di considerare tutto l'agire umano solo come fattore «produttivo» che crea plusvalore ignorando però – sostiene Arendt – che l'*animal laborans* (l'uomo che lavora per necessità) è diverso dall'*homo faber* (colui che crea nel regno della libertà). Arendt rimprovera a Marx di lasciarci senza speranza «nell'alternativa piuttosto angosciata fra schiavitù produttiva e libertà improduttiva». Invece «l'uomo non può essere libero se non sa di essere soggetto alla necessità, perché la sua libertà è sempre guadagnata nei suoi tentativi, mai pienamente riusciti, di liberarsi dalla necessità». Ecco perché Arendt distingue *homo faber* e *animal laborans*: «*Homo faber* è... signore e padrone, non solo perché è, o viene fatto, padrone di tutta la natura, ma perché è padrone di sé stesso e della propria opera. Non è così per l'*animal laborans*, che è soggetto alla necessità della propria vita»²¹.

Qual è la differenza, dunque, fra *animal laborans* e *homo faber*? Scrive Arendt: «diversamente dall'opera il cui fine è raggiunto quando l'oggetto è finito, il lavoro si muove sempre nello stesso circolo prescritto dal processo biologico dell'organismo vivente» (Sennet 2008, 70). Sperando di non eccedere in semplificazione, credo si possa dire che l'*animal laborans* lavora, l'*homo faber* crea opere. C'è, dunque, un'idea di lavoro «fabbricante» espressione di libertà dell'uomo allorché è attività umana che crea l'opera; al contrario, c'è un'idea di lavoro come mero dispendio di energie, frutto della necessità umana e che implica assoggettamento, subordinazione. Dunque: nel lavoro l'uomo è assoggettato, nell'opera egli esprime la libertà creativa.

Su questa base, sembra allora che nella cultura dei giuristi del lavoro il lavoro post-fordista non sarebbe tanto (o solo) fatica, pena per necessità, quanto (ma anche) espressione identitaria della persona, della sua autorealizzazione, attività che richiede autodeterminazione, insomma un passo verso la libertà.

A dire il vero, non si può dire che la concezione del lavoro come espressione della libertà sia una prerogativa solo generata dal modo di produrre post-fordista. Questa idea del lavoro come «fabbricazione di opere» richiama alla mente alcuni passi di un libro di Ernst Junger, *L'Operaio*, pubblicato in Germania nel 1932, in cui si legge: «all'interno di un mondo in cui il nome di operaio significa un distintivo di grado sociale, e il lavoro è concepito come intima necessità di quel mondo, la libertà si configura proprio come espressione di questa necessità; o in altre parole, oggi esigenza di libertà appare qui come esigenza di lavoro» (Junger 1991, 61). L'operaio di Junger sembra avere il profilo dell'*homo faber* di Arendt anziché dell'*animal laborans*. Eppure, Junger – come pure Arendt – ha davanti agli occhi l'Operaio fordista.

²¹ Arendt 2001, 74, 86, 103. Su questa linea si colloca anche Sennet 2008.

Insomma, l'aspirazione alla libertà nel lavoro è sempre stata una istanza presente nel mondo del lavoro: dalle mondine delle risaie ai lavoratori cognitivi del post-fordismo. Peraltro, anche Marx, nei *Grundrisse*, non esclude la possibile liberazione del lavoro in quanto, pur essendo consapevole che, nella storia umana, «la misura del lavoro si presenta come data dall'esterno, da fine da raggiungere e dagli ostacoli che il lavoro deve superare per pervenirvi», il «superamento di quegli ostacoli [è] in sé attuazione della libertà» nel senso che se «gli scopi esterni» del lavoro sono posti «come fini che soltanto l'individuo stesso pone» essi costituiscono «autorealizzazione... e perciò come libertà reale la cui azione è appunto il lavoro» (Marx 2012, 609).

Il punto di frizione fra questa concezione marxiana del lavoro libero come realizzazione e questa concezione contemporanea di cui stiamo scrivendo sta innanzitutto nella diversa prospettiva in cui liberare il lavoro, cioè a dire fuori o dentro il modo di produrre capitalistico. L'autorealizzazione cui pensa Marx può realizzarsi nel «regno della libertà» fuori dal modello capitalistico; questa contemporanea dottrina dell'autorealizzazione ambisce alla libertà «nel» lavoro capitalistico. Per questa ragione la dottrina della libertà come realizzazione della persona è un tratto che accomuna il filone di pensiero sociale a quello neoliberista, come ho già accennato in precedenza.

La dottrina neoliberista assume proprio la trasformazione del modo di lavorare nel postfordismo per mettere in discussione la concezione oggettiva della forza-lavoro per appellarsi alla concezione soggettiva del lavoro-persona. La critica che la dottrina neoliberista ha mosso al lavoro taylor-fordista si è basata proprio sulla critica alla concezione burocratica, gerarchica e oggettivata del lavoro che è la stessa sollevata da una certa concezione libertaria del lavoro. Una «critica artistica» – così l'hanno definita Luc Boltansky e Ève Chiapello in *Le nouvelle esprit du capitalisme* (Boltansky, Chiapello 1999) – alla rigidità del lavoro fordista; una critica al modello che si è basato esclusivamente sulla redistribuzione salarialista della ricchezza in cambio della limitazione (o negazione) della libertà nel lavoro²². Questa «critica artistica», invece, rivendica proprio autonomia, realizzazione, libertà nel lavoro. La dottrina neolibérale critica proprio le limitazioni apposte alla libertà «di» lavoro, i limiti posti alla libertà contrattuale dal diritto inderogabile, perché questi limiti non favorirebbero realmente l'espressione della libera volontà «nel» lavoro²³.

Ma è soprattutto sulla soggettivazione del rapporto di lavoro che si concentra anche la dottrina neoliberista.

Secondo Boltansky e Chiapello, la libertà non è concepita tanto come «liberazione [*délivrance*] in rapporto a una situazione di oppressione subita da una collettività» quanto come «emancipazione [*émancipation*] in rapporto a

²² Con questa chiave di lettura basata sull'alternativa «salario / libertà», Del Punta 2022 rilegge l'opera di Trentin.

²³ Lavoratori che dovrebbero essere *liberi di scegliere*: ecco un'altra rivendicazione che accomuna la cultura neoliberista con una parte della cultura libertaria progressista.

qualsiasi forma di determinazione atta a limitare l'autodefinizione e l'autorealizzazione degli individui» (Boltansky, Chiapello 1999, 522, trad. mia). C'è una grossa differenza fra le due concezioni della libertà: *émancipation* o *déliverance*. L'*émancipation* così intesa esprime una concezione individualista della libertà, una concezione che sostiene la spinta auto-realizzativa individuale attraverso la rimozione di vincoli o impedimenti (quindi, rimuovendo la norma inderogabile). Per stare alle questioni che appartengono al diritto del lavoro, rimuovendo eccessivi limiti di orario, di ruolo, di responsabilità. Nella concezione liberista, la libertà «nel» lavoro è la rimozione di vincoli e limiti.

Nel caso di *déliverance*, la libertà è piuttosto un processo di liberazione da una condizione di sottomissione che – ecco il punto – è l'effetto materiale anche del lavoro capitalistico. Ferma restando l'orizzonte di un mondo di lavoratori liberi perché nel regno della libertà, nel regno della necessità, nel sistema economico capitalistico, nei rapporti materiali, se il lavoro libero significa praticare l'autodeterminazione come rimozione della norma inderogabile di protezione del lavoro, finisce per essere un'illusione, anzi un inganno. Il neoliberismo ha fatto propria la domanda di autonomia, creatività e autenticità sollevata dalla «critica artistica» al lavoro taylor-fordista. In questa domanda di autonomia c'è sì libertà, ma – ecco il punto – si tratta di libertà di contrattare, di stabilire soggettivamente i termini della obbligazione. Il contratto di lavoro personalizzato neoliberista non fa altro che subordinare il lavoratore-soggetto, tutto intero, anziché solo la forza-lavoro oggettivata nel contratto come lavoro-merce.

La dottrina che accomuna tutte le correnti libertarie ritiene che nel post-fordismo non basti più «mettere in opera» una parte di energie di lavoro; occorre che sia la persona stessa a mettersi all'opera per soddisfare le esigenze produttive attraverso la sua creatività. La personalizzazione del contratto di lavoro si traduce nella sussunzione della persona intera nel contratto, senza più limiti. La soggettivazione del lavoro, finora, ha così prodotto la rimozione dei limiti alla oggettivazione del contratto, cioè la rimozione del confine fra subordinazione e libertà.

Il lavoro, qui ed ora, nel capitalismo post-fordista, digitale, cognitivo, è pur sempre «un processo che si svolge fra l'uomo e la natura, nel quale l'uomo, per mezzo della propria azione, media, regola e controlla il ricambio organico fra sé stesso e la natura ... Egli mette in moto le forze naturali appartenenti alla corporeità, braccia e gambe, mani e testa, per appropriarsi dei materiali della natura in forma usabile per la propria vita»²⁴. Solo che il lavoro nel capitalismo è lavoro subordinato e non può essere libero; è lavoro alienato nei fini e nei mezzi. Come ha scritto Marcuse in uno dei saggi dedicati proprio al lavoro, «l'uomo... può conquistare sé stesso solo passando attraverso l'alienazione e l'estraniamento»²⁵; alienazione ed estraniamento sono la condizione del lavoro subordinato (o salariato,

²⁴ Sono parole scritte da K. Marx, *Il Capitale*, Libro I, Terza sezione, Cap. V, *Processo lavorativo e processo di valorizzazione*, Editori Riuniti, Roma, ed. 1993, 187.

²⁵ Marcuse 1969.

che dir si voglia); alienazione ed estraniamento del lavoro, sia delle mondine, sia dell'operaio-massa taylor-fordista, sia del *rider* sia dell'operaio metalmeccanico digitalizzato. Occorre, dunque, che la libertà «nel» lavoro rimuova alienazione e estraniamento. La questione riguarda l'orizzonte in cui collocare questa liberazione: se sul piano individuale e/o sul piano del processo economico-produttivo e della divisione sociale del lavoro.

Intanto, però, la dottrina del contratto di lavoro subordinato «soggettivo» rischia di essere (e sempre più lo è diventato) un contratto di *persona subordinata*. La libertà «nel» lavoro, invece, è stata protetta proprio ponendo vincoli alla subordinazione, a cominciare dalla protezione della libertà dei lavoratori «dalla» subordinazione attraverso la separazione oggettiva della libertà del lavoratore «dalla» subordinazione nel lavoro. Prima ancora di liberare nella subordinazione (un ossimoro) il diritto si è preoccupato di liberare dalla subordinazione.

5. Sulla libertà «dal» lavoro (cioè dall'obbligazione di subordinazione)

Torniamo allora alla funzione della norma inderogabile chiedendoci in che modo essa protegge la libertà. Prima di provare a indirizzare una risposta vale la pena segnalare che in genere nei manuali italiani di Diritto del Lavoro non c'è una parte dedicata espressamente alla libertà dei lavoratori, tranne alcune eccezioni in cui ci si riferisce esplicitamente alla libertà di opinione del lavoratore²⁶. Cominciamo allora proprio da questa libertà, portando nel discorso tre esempi diversi di modalità di garantire la libertà dei lavoratori.

a) La libertà «dal» lavoro nei diritti alla libertà personale

Questa libertà la ritroviamo sancita in quel catalogo di diritti che, normalmente, usiamo qualificare proprio come «diritti di libertà» del lavoratore.

Sappiamo bene che l'ordinamento giuridico tutela la libertà del lavoratore di esprimere le proprie convinzioni personali. Ogni lavoratore è libero di esprimere in qualsiasi modo le proprie convinzioni sindacali, politiche, religiose o relative a qualsiasi convinzione o a ogni aspetto relativo alla propria identità. Per questa ragione c'è protezione della sfera «privata» del lavoratore per garantire la libertà come identità personale del lavoratore.

Mi pare sufficiente richiamare l'art. 8 dello *Statuto dei lavoratori*: «è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini ... sulle opinioni politiche,

²⁶ Dei diversi manuali che ho consultato, segnalo Ballestrero, De Simone 2022 con il Capitolo III della Parte V intitolato «Libertà e dignità del lavoratore» riferito a opinione e riservatezza oppure Mazzotta 2016 in cui c'è un solo paragrafo intitolato «Libertà di opinione e diritto alla riservatezza». Se invece prendiamo ad esempio il manuale francese di Auzero, Baugard et al. 2023, c'è una sezione intitolata «*Les libertés et droits fondamentaux*» in cui vengono indicate quattro libertà: a una vita personale, di espressione, di libero esercizio di una attività professionale, religiosa.

religiose o sindacali del lavoratore nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore»²⁷. La protezione della libertà del lavoratore consiste nel separare quella espressione di libertà personale dalla obbligazione di lavoro subordinato perché al di fuori dell'oggetto che configura l'obbligazione contrattuale di lavoro subordinato c'è la piena libertà della persona e della sua identità. In altre parole, è vero che la prestazione di lavoro impone restrizioni alle libertà individuali ma solo nei limiti in cui ciò è necessario al suo esatto adempimento. Fuori dall'area delimitata dal lavoro, c'è libertà personale. Quindi, per garantire la libertà personale occorre garantire la libertà dal lavoro, cioè da ciò che non costituisce obbligo contrattuale.

Questo vuol dire che non si tratta di una libertà personale protetta in modo assoluto. Tutt'altro. Se proviamo a leggere al contrario la norma dello *Statuto* (come qualsiasi altra norma analoga) questa consente indagini sulle opinioni dei lavoratori se sono rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale. Quindi, anche queste specifiche libertà personali possono essere limitate se rientrano nell'ambito dell'obbligazione di lavoro subordinato, cioè se sono rilevanti per l'esatto adempimento della prestazione di lavoro. Questo vuol dire che queste libertà personali possono essere limitate quando il loro esercizio compromette l'esatto adempimento della prestazione di lavoro²⁸.

Come si vede, la libertà personale è protetta nell'area esterna alla subordinazione per com'è definita dall'oggetto del contratto di lavoro; quando invece la libertà personale influisce sull'adempimento allora può essere limitata. Come si vede, quanto più l'area della subordinazione è precisa e delimitata tanto più precisa e delimitata sarà l'area di esercizio della propria libertà.

b) La libertà «dal» lavoro come libertà nel tempo libero

Questo discorso sulla libertà «dal» lavoro intesa come precisa delimitazione dell'area della subordinazione rispetto all'area di esercizio della libertà del lavoratore vale anche quando pensiamo al tempo in cui un lavoratore può esercitare la sua personale libertà rispetto al tempo in cui è assoggettato al potere del datore di lavoro. A tal proposito non sembra fuori luogo citare un passo della *Filosofia del diritto* di Hegel allorché scrive: «l'uso delle mie forze è diverso da esse stesse e quindi da me, soltanto in quanto esso è quantitativamente limitato» (par. 67). Se richiamiamo quanto detto all'inizio sulla funzione li-

²⁷ A proposito di diritto francese, l'art. L. 1121-1 del *Code du travail* così recita «niente può apportare restrizioni ai diritti delle persone e alle libertà individuali e collettive che non siano giustificate dalla natura delle mansioni da compiere o proporzionate al risultato atteso».

²⁸ Che poi ci debba essere l'effettivo inadempimento oppure la mera lesione del vincolo fiduciario è altra questione che ho avuto modo di trattare in uno studio di molti anni fa: «Ideologia e contratto di lavoro subordinato», DLRI, 2003193 sgg. Quanto alla libertà assoluta di opinione/identità, a quanto mi risulta, la sola eccezione, in Italia, che sancisce una libertà assoluta mi pare riguardi l'obiezione di coscienza del personale medico nel caso di adibizione alle procedure per l'interruzione di gravidanza; non a caso si tratta di una espresa previsione di legge.

beratoria che ha avuto il libero contratto di lavoro rispetto al rapporto servile, già Hegel valorizza la dimensione oggettivata dello scambio fra lavoro e salario come unica giustificazione di un libero contratto (rispetto alla perpetuità illimitata della soggezione servile). Ebbene, fin da allora unica condizione perché il lavoro possa essere oggetto di contratto è la sua determinazione quantitativa. Per legittimare l'assoggettamento dei liberi, al pensiero liberale delle origini non bastava solo appellarsi alla libera volontà di assoggettarsi (perché in tal caso saremmo stati come nel lavoro servile medievale) ma occorreva delimitare l'assoggettamento oggettivando in modo determinato il lavoro. Il lavoro oggetto di libero scambio contrattuale deve essere determinato nella quantità, cioè nel suo tempo, proprio per separare il tempo della libertà del lavoratore dal tempo della sua soggezione.

L'oggettivazione contrattuale del lavoro (in questo caso attraverso la determinazione dell'orario) non libera il lavoro ma libera il lavoratore dal lavoro smisurato; l'oggettivazione contrattuale lo libera per la parte della sua vita in cui non è al lavoro.

Ecco perché nel diritto del lavoro si pongono limiti massimi alla durata della giornata di lavoro, della settimana lavorativa, limiti massimi alla durata del lavoro supplementare; ecc. La predeterminazione del tempo di lavoro è sinonimo di maggiore garanzia della libertà dei lavoratori di godere pienamente del tempo libero. Quando un lavoratore è vincolato anche nel tempo di non lavoro per esempio mediante la c.d. reperibilità, i contratti collettivi prevedono una remunerazione aggiuntiva proprio perché serve a compensare la ulteriore limitazione della libertà di quel lavoratore di godere del suo tempo libero.

Più rigido è il confine fra tempo di lavoro e tempo libero, più certo e determinato è il confine che separa subordinazione e libertà più effettivo sarà il godimento di quella libertà. Questo confine, però, può essere elastico, flessibile: allora il grado di protezione della libertà del lavoratore varia in base al grado di rigidità/flessibilità del confine fra tempo di lavoro e tempo libero.

In tal senso, però, può diventare importante determinare come può esercitarsi il potere di variare/flessibilizzare quel confine fra subordinazione e libertà. Voglio dire che se la variazione dipendesse dalla volontà del lavoratore di modificare i tempi di lavoro in base alle sue esigenze, essa costituirebbe un rafforzamento della sua libertà perché il godimento del tempo libero dipenderebbe dalla volontà del lavoratore (pensiamo al caso del lavoro agile dove non avere «precisi vincoli di orario» costituisce una flessibilità agita dal lavoratore); invece, se la variabilità dei tempi di lavoro dipendesse dalla volontà del datore di lavoro l'esercizio della libertà del lavoratore sul tempo di non-lavoro si ridurrebbe perché il godimento del tempo libero sarebbe condizionato dalla volontà altrui (pensiamo alla disciplina della flessibilità oraria, nelle sue varie forme).

Insomma, l'oggettivazione contrattuale del lavoro realizza una de-limitazione del potere del datore di lavoro che protegge lo spazio di libertà dei lavoratori, declinata come libertà dalla subordinazione nel lavoro. Anche in questo caso, la libertà «dal» lavoro non nega il rapporto di potere cioè la libertà limitata (o finanche negata) «nel» lavoro subordinato ma si esercita nel diritto si sottrarsi alla subordinazione.

c) la libertà «dal» lavoro come libertà di sospendere il lavoro

Questa declinazione della libertà dei lavoratori come diritto di sottrarsi all'obbligazione di lavoro subordinato, ci offre un'ulteriore prospettiva nella concezione della libertà «dal» lavoro. Prendiamo ad esempio il diritto alla sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia. In questo caso un lavoratore ammalato ha il diritto di curarsi senza essere obbligato a lavorare. È vero che il diritto al congedo per malattia è espressione del diritto fondamentale alla tutela della salute *ex art. 32 Cost.*; nondimeno, il diritto alla salute dei lavoratori sarebbe frustrato se non vi fosse corrispondentemente il diritto di un lavoratore ammalato alla libertà dall'obbligazione di lavorare. Peraltro, si tenga presente che si tratta proprio di un atto di libera volontà dal momento che un lavoratore non è obbligato alla sospensione della prestazione in caso di malattia se non è la sua volontà a rivendicare la sospensione: infatti, nessuno può impedire a un lavoratore di andare ugualmente al lavoro pur avendo febbre alta. Resta fermo che egli ha il pieno diritto di liberarsi dall'obbligazione di lavorare per curarsi.

Questo discorso vale anche per tutti gli altri diritti a congedi e permessi grazie ai quali un lavoratore, in determinate condizioni può essere libero dall'obbligazione di lavorare.

Questa concezione della libertà «dal» lavoro ci permette anche di apprezzare un ulteriore elemento che valorizza la scelta dell'ordinamento di proteggere la libertà «dal» lavoro così concepita: mi riferisco alle ipotesi di sospensione della prestazione nel qual caso resta fermo il diritto alla retribuzione o all'equivalente funzionale (per stare all'esempio, l'indennità di malattia). Non che senza conservare la retribuzione durante il periodo di assenza giustificata dal lavoro non sarebbe garantita la libertà dal lavoro (pensiamo ai diritti di congedo senza diritto alla retribuzione); tuttavia, l'ordinamento giuridico sostiene la libertà «dal» lavoro se la scelta di un lavoratore di esercitare quella libertà di sottrarsi all'adempimento contrattuale non provoca un sacrificio economico-retributivo: in questo senso, favorire l'integrazione della indennità di malattia fino al 100% della retribuzione ordinaria di un lavoratore, come fanno molti contratti collettivi, è una norma inderogabile di origine contrattuale che sostiene la libertà «dal» lavoro. Quindi, attraverso questi diritti, la libertà «dal» lavoro subordinato si sostanzia non solo nella libera volontà dell'individuo di sospendere la prestazione di lavoro per malattia ma anche nella sua promozione in termini di effettiva garanzia del diritto sociale alla salute.

Alla luce di questa casistica, possiamo dire che questa terza declinazione della libertà (la libertà «dal» lavoro) è una libertà che non nega la condizione di assoggettamento contrattuale al potere del datore di lavoro, cioè non nega la limitazione (o negazione) della libertà dei lavoratori, derivante a sua volta dall'esercizio della libertà «di» lavoro, ma che protegge la libertà del lavoratore sottraendolo al vincolo della obbligazione subordinata. Una libertà «dal» lavoro che si realizza delimitando la subordinazione, oggettivando la prestazione di lavoro, così separandola dalla condizione di libertà da quel vincolo.

6. Per concludere: quale libertà «del» lavoro?

Le tre preposizioni con le quali abbiamo declinato il rapporto fra libertà e lavoro («di», «nel» e «dal») ci permettono di indagare le diverse prospettive in cui rapportare diritti di libertà in un rapporto di potere, qual è quello di lavoro subordinato. Un rapporto di potere, beninteso, che deriva da un rapporto fra due libertà: la libertà del lavoratore di lavorare tramite contratto e la libertà del datore di lavoro che si esprime non soltanto nella volontà contrattuale ma – ecco il punto – nell’esercizio del potere gerarchico in quanto datore di lavoro. Due libertà contrapposte in cui una – quella del datore di lavoro – ha un *quid pluris* che attiene alla natura stessa della fattispecie: col contratto si istituisce una posizione di potere che esprime pienamente la libertà, a dispetto della posizione di subordinazione che esprime limitazione (o negazione) della libertà. Ecco l’ambivalenza del rapporto fra libertà e lavoro nel contratto: ad uguale libertà corrisponde diseguale potere.

Questo potrebbe indurci a dire, dunque, che il lavoro subordinato libero è un ossimoro perché il lavoro subordinato è alienato, è estraniato. Le tre preposizioni del rapporto fra lavoro e libertà sembra che non intacchino questi connotati ontologici, strutturali del lavoro subordinato; cioè a dire che la libertà contrattuale «di» lavorare e la libertà «nel» lavorare intesa come libertà «dal» lavorare, non intaccano ancora l’alienazione e l’estraniamento del lavoro subordinato.

Si potrebbe obiettare che proprio la dottrina dell’autodeterminazione, dell’autorealizzazione è una possibile risposta alternativa: ciò sarebbe vero solo a condizione di definire cos’è il lavoro alienato, il lavoro estraniato. Il lavoro soggettivato rimuove l’alienazione del lavoro subordinato? L’alienazione, l’estraniamento sono fattori su cui è possibile agire sul piano della dimensione individuale della determinazione della prestazione di lavoro? Insomma, un lavoratore agile che può scegliere quando e come organizzare il suo tempo di lavoro può dirsi un lavoratore meno alienato? In questa prospettiva, un cassiere di supermercato, come potrà reimpossessarsi del suo lavoro? In che modo, cioè, il Lavoro come fattore produttivo (e non già il mero «lavorare») può recuperare una componente di libertà?

In un saggio poco noto di un intellettuale sovietico, intitolato *Il lavoro e la libertà*, si legge che lavoro non-libero è lavoro assoggettato al controllo del potere, ma che «il problema non sta tanto nel controllo, quanto nella forma sociale in cui questo controllo si realizza» (Davidov 1966, 72). Si tratta di una notazione molto utile perché ci offre una prospettiva diversa sulla liberazione «del» lavoro collocando la lotta contro l’alienazione e l’estraniamento a un livello superiore alla questione individuale del rapporto fra potere e libertà, a un livello macro-organizzativo del processo produttivo, su un piano che prova a diversificare la questione gerarchica individuale dalla questione della estraneità al processo di direzione e organizzazione della produzione.

Si tratta di una prospettiva che potrebbe rendere utile sviluppare una quarta declinazione del rapporto fra lavoro e libertà usando una quarta preposizione: la libertà «del» lavoro come soggetto produttivo. Tornando alla domanda da cui

si è partiti in questo discorso, stimolati dal verso finale del canto delle mondine quando rivendicano di «lavorare in libertà», se ci chiediamo qual è la libertà rivendicata da queste mondine, si potrebbe rispondere col ritornello di un'altra canzone abbastanza famosa, risalente al 1973, intitolata *La libertà* il cui ritornello recita così: «La libertà non è star sopra un albero / Non è neanche il volo di un moscone / La libertà non è uno spazio libero / Libertà è partecipazione».

Riferimenti bibliografici

- Arendt, H. 2001. *Vita Activa. La condizione umana*. Milano: Bompiani.
- Auzero, G., Baugard, D., Dockès, E. 2023. *Droit du travail*. Paris: Dalloz.
- Ballestrero, M.V. 2010. «Le «energie da lavoro» tra soggetto e oggetto.» *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.IT, 99.
- Ballestrero, M.V., De Simone, G. 2022. *Diritto del Lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Bavaro, V. 2012. *Azienda, Contratto e Sindacato*. Bari: Cacucci.
- Bavaro, V. 2013. «Laziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro.» *LD 2*: 213-42.
- Bloch, E. 2004. *Lavoro e tecnica nel medioevo*. Roma-Bari: Laterza.
- Bodei, R. 2019. *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*. Bologna: il Mulino.
- Boltansky, L., Chiapello, E. 1999. *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris: Gallimard.
- Ciucciiovino, S. 2023. «Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica.» *DRI*, 89 sgg.
- Corazza, L. 2022. «La condizionalità 'relazionale': reddito di cittadinanza, mercato del lavoro, esclusione sociale.» *DRI 1*: 174 sgg.
- Cristofori, A. 2018. «Lavoro libero e lavoro non libero nel mondo romano: quale libertà?» In *Libertà e coercizione: il lavoro in una prospettiva di lungo periodo*, a cura di G. Bonazza, G. Ongaro, 35-36. Palermo: Società italiana di storia del lavoro, Quaderno 3, New Digital Frontiers.
- D'Antona, M. 1991. «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro.» *DLRI*, 458 sgg.
- Davidov, J. 1966. *Il lavoro e la libertà. Una teoria della società comunista*. Torino: Einaudi.
- De Masi, D. 2018. *Il lavoro nel XXI secolo*. Torino: Einaudi.
- Del Punta, R. 2019. «Is the Capability Approach Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?» In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille, 82 sgg. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R. 2021. «A proposito di E. Mingione (a cura di) *Lavoro: la grande trasformazione*, Feltrinelli, 2020.» *DLRI*, 579 sgg.
- Del Punta, R. 2022. «Lavoro e libertà (rileggendo «La libertà viene prima» di Bruno Trentin).» *LDE 1*.
- Del Punta, R. 2022. «Contratto di lavoro (teorie filosofiche).» In *Contratto di lavoro - vol. 6 Enciclopedia del diritto*, a cura di S. Ciucciiovino, G. Pacchiana Parravicini, P. Ichino, F. Salerno, L. Zappalà, G. Cazzetta, et al. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Ermanno, V. 2004. *Ius migrandi*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Fossier, R. 2002. *Il lavoro nel Medioevo*. Torino: Einaudi.
- Fraser, N., Honnet, A. 2007. *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica*. Roma: Meltemi.
- Garbuio, C. 2023. *Politiche del lavoro e condizionalità*. Torino: Giappichelli.

- Jünger, E. 1991. *L'Operaio. Dominio e forma*. Parma: Guanda.
- Lyon-Caen, G. 1951. "Les fondements historiques et rationnels du droit du travail." *Droit Ouvrier* (ripubblicato in *Droit Ouvrier*, 2004, 50 ss.).
- Marcuse, H. 1969. "Sui fondamenti filosofici del concetto di lavoro nella scienza economica." In *Cultura e Società. Saggi di teoria critica 1933-1965*, 171 sgg. Torino: Einaudi.
- Mari, G. 2019. *Libertà nel lavoro. La sfida della rivoluzione tecnologica*. Bologna: il Mulino.
- Mari, G. 2023. "Valori e paradigmi del diritto del lavoro in discussione: Riccardo Del Punta e Bruno Trentin." *LDE* 1.
- Martelloni, F. 2020. "L'accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale, tra diritto e prassi." In *Migranti e lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri, 111-32. Bologna: il Mulino.
- Marx, K. 2012. *Grundrisse. Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, vol. I. Milano: PGreco.
- Marx, K. *Il Capitale*, Libro I, Terza sezione, Cap. V, Processo lavorativo e processo di valorizzazione.
- Mazzotta, O. 2016. *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mozolier Boutang, Y. 1998. *De l'esclavage au salariat. Économie historique du salariat bridé*. Paris: PUF.
- Nogler, L. 2017. "Libertà di lavorare." In *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, 283 sgg. Milano: Giuffrè.
- Novella, M. 2009. *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*. Milano: Giuffrè.
- Orlandini, G. 2017. "Libertà di circolazione e dimensione sociale europea: storia di un'integrazione mancata." *RDSS*, 655 sgg.
- Perulli, A., Speziale, V. 2022. *Dieci tesi sul diritto del lavoro*. Bologna: il Mulino.
- Recchia, G.A. 2020. "L'accesso al lavoro dei migranti economici." In *Migranti e lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri, 93-110. Bologna: il Mulino.
- Sartori, A. 2022. "La condizionalità tra coercizione ed 'empowerment' del disoccupato." *VTDL* 4: 735 sgg.
- Sennett, R. 2008. *L'uomo artigiano*. Milano: Feltrinelli.
- Simitis, S. 1990. "Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo." *DLRI*, 105 sgg.
- Somma, A. 2024. *Abolire il lavoro povero*. Roma-Bari: Laterza.
- Stanziani, A. 2022. *Le metamorfosi del lavoro coatto. Una storia globale, XVIII-XIX secolo*. Bologna: il Mulino.
- Supiot, A. 1994. *Critique du droit du travail*. Paris: PUF.
- Supiot, A. 2019. *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI siècle*. Paris: Collège de France.
- Trentin, B. 1997. *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*. Milano: Feltrinelli.
- Trentin, B. 2021. *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale*, a cura di S. Cruciani. Firenze: Firenze University Press.

Gli scritti di Riccardo Del Punta sul diritto sindacale: la memoria del passato, l'intelligenza del presente, la volontà di riformare

Franca Borgogelli

1. Un dialogo che continua

La raccolta degli scritti di Riccardo Del Punta promossa da Maria Luisa Vallauri e William Chiaromonte (Chiaromonte, Vallauri 2024) ci aiuta a ricordare nel modo più adeguato la sua figura e il ruolo importante da lui svolto nella comunità scientifica, trasformando in un dialogo che non si interrompe il rimpianto per il contributo di idee, analisi, riflessioni che avrebbe potuto ancora offrirci. Tale raccolta di scritti ci consente infatti di considerare la sua produzione scientifica non come una eredità definita e conclusa, ma come l'opportunità di continuare in un confronto e discussione con lui, guardando al futuro.

In questa prospettiva vengono qui 'riletti' i suoi lavori sul diritto sindacale, ovvero quelli sulla partizione della disciplina giuslavorista che, a prima vista, meno sembra appassionarlo; e che, oltre ad essere quantitativamente meno rilevanti, possono apparire più lontani dal 'cuore' dei suoi interessi. Eppure tali lavori, per quanto non occupino un posto centrale nella attività scientifica di Del Punta, presentano con evidenza quelle caratteristiche positive già messe in luce da tutti coloro che lo hanno ricordato.

Si riscontra infatti in tutti gli scritti di diritto sindacale, anche nei più risalenti, l'approccio metodologico da lui assunto nelle riflessioni sulla regolazione del lavoro e sul ruolo della disciplina giuslavorista. Da un lato, l'attenzione al legame tra l'analisi teorica, volta a indagare i fondamenti epistemologici e gli aspetti valoriali, e i profili tecnici; dunque, la proiezione della riflessione teorica nella

Franca Borgogelli, University of Siena, Italy, franca.borgogelli@unisi.it, 0000-0002-4106-4778

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Franca Borgogelli, *Gli scritti di Riccardo Del Punta sul diritto sindacale: la memoria del passato, l'intelligenza del presente, la volontà di riformare*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.09, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 131-150, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

ricerca di soluzioni (interpretative e applicative) che tengano conto dell'effettività e dell'efficacia della norma in relazione alla evoluzione dei processi reali a cui i valori si rapportano, e al configurarsi del contesto di riferimento. Dall'altro lato, l'attenzione al dialogo interdisciplinare con riguardo alle relazioni e alle reciproche influenze, perché, come lui stesso sostiene, «dentro e intorno “al lavoro” e “all’opera” si coagula come in un crogiuolo l'intero sapere sociale». Ancora, si manifesta la capacità di ricostruire con acume di indagine e di comprensione le diverse teorie interpretative di dottrina e giurisprudenza, tenendo altresì sempre presente l'inquadramento storico e il profilo valoriale.

Su un piano più generale, emerge quello che non credo eccessivo chiamare 'il coraggio' di esprimere con nettezza la propria opinione, senza conformismo ma anche senza arroganza (per quanto sapesse essere, talvolta, icastico e pungente), così dimostrando la sua onestà intellettuale. Al riguardo, significativo è ciò che scrive nella conclusione di un saggio del 2006: «Se amiamo questa materia, e se vogliamo che rifiorisca, dobbiamo creare le condizioni per la germinazione di un pensiero “nuovo”, nonché (guardando soprattutto ai più giovani) libero da condizionamenti ambientali rivolti, anche in buona fede, alla delineaazione di vecchie e nuove ortodossie» (Del Punta 2006, 279).

La lettura dei suoi contributi sui temi di diritto sindacale riportati nel Secondo Volume degli «Scritti» – di tutti, a prescindere dalla posizione nell'arco temporale, che va dal 1990 al 2014 – è utile a ricostruire l'evoluzione della disciplina, è necessaria per comprendere il presente, offre spunti di riflessione importanti per individuare e valutare le scelte da proiettare nel futuro. Si tratta altresì di letture da raccordare poi con le riflessioni di carattere generale sui fondamenti – teorici e assiologici – del diritto del lavoro che hanno caratterizzato, con particolare rilievo negli ultimi anni, il pensiero di Del Punta, contenuti nel Primo Volume degli Scritti.

2. Gli scritti sul diritto sindacale

2.1. Il filo conduttore

Volgendo lo sguardo sull'insieme degli scritti sul diritto sindacale si può individuare una sorta di filo conduttore che si sviluppa nel succedersi dei contributi e ci guida sino alle analisi più recenti: la valutazione critica delle cause e degli effetti della mancanza di regole certe per il sistema sindacale, il rilievo della loro necessità, i suggerimenti in ordine alla fonte e ai contenuti di quelle che a suo avviso dovrebbero essere introdotte.

In altri termini, si può dire che leggendo i suoi scritti si ripercorrono le tappe più significative dell'evoluzione della disciplina delle relazioni sindacali in Italia osservate dal punto di vista di quella che Del Punta considera come una insostenibile situazione di «anomia»¹; per superare la quale – pur nell'apprez-

¹ L'uso di questo termine è ricorrente nei suoi saggi.

zamento dei passi avanti compiuti dagli accordi sindacali, in specie quelli del periodo 2011-14 da lui positivamente valutati – l'unica soluzione è una disciplina legislativa, seppur rispettosa delle scelte dell'autonomia collettiva².

Comunque la si pensi al riguardo, le sue analisi offrono elementi importanti di riflessione sui problemi del sistema sindacale che sono ancora irrisolti; l'importanza di tali analisi anche oggi, e guardando al futuro, è evidente, anche solo considerando le gravi conseguenze dell'anomia con riguardo alla moltiplicazione dei contratti collettivi e agli effetti sul regime salariale.

L'opzione di Del Punta in favore di un intervento legislativo per regolare il sistema sindacale, che emerge dalla lettura degli scritti sino al 2014, viene ribadita successivamente, quando la sua opinione sul sistema sindacale diventerà solo parte di un ragionare più ampio, avente ad oggetto il ruolo e la sorte del diritto del lavoro nel contesto delle trasformazioni tecnologiche; e quindi della proposta di rivisitazione dell'intera disciplina giuslavoristica contenuta ne «Il Manifesto» scritto con Bruno Caruso e Tiziano Treu (2020). Ma anche tra le righe delle riflessioni sui fondamenti filosofici e sui valori del diritto del lavoro contenute negli ultimi scritti possiamo trovare assunti rilevanti a proposito del ruolo della dimensione collettiva in relazione a quella riscoperta della soggettivizzazione dei lavoratori e quindi della valorizzazione della dimensione individuale che connota il pensiero di Del Punta (si veda *infra*, par. 3).

2.2. Il confronto con i temi classici del diritto sindacale

Il tema del «Contratto collettivo aziendale» è l'oggetto del primo saggio riproposto negli Scritti: fu pubblicato nel volume «Lezioni di diritto sindacale» del 1990 curato da D'Antona e offre un'approfondita analisi ad ampio raggio dei profili problematici, seguendo il percorso evolutivo. È pregevole in particolare la puntuale ricostruzione e disamina critica delle letture della dottrina e delle interpretazioni giurisprudenziali, nel contesto del problema «eternamente irrisolto» dei rapporti tra Ordinamento statale e Ordinamento intersindacale (Del Punta 1990a).

Tale tema si intreccia con quello della rappresentanza e rappresentatività, già oggetto di interessanti osservazioni nell'«Intervento» alle Giornate di studio Aidlass di Macerata del maggio 1989 (Del Punta 1990b) e quindi sviluppato in un approfondito saggio pubblicato nel 1993 su «La rappresentanza sindacale e la rappresentanza dei lavoratori nel quadro degli sviluppi del diritto comunitario» (Del Punta 1993).

Si tratta di una puntuale analisi critica comparata sulla sinergia tra regole e funzioni della rappresentanza, dove già esprime con nettezza la sua argomentata valutazione negativa della persistente «anomia». Pur prendendo atto delle grandi difficoltà che qualsiasi riforma prospetterebbe, osserva che il sistema normativo post statutario si è mosso in una direzione tale «da dar luogo ad un quadro di relazioni (e, in ultima analisi, di relazioni tra fonti) estremamente

² Chiaromonte 2024, 23-4, mette efficacemente in rilievo la centralità negli scritti di Del Punta del tema della necessità di una regolazione legislativa del sistema sindacale.

complesso, le quali comportano un crescente coinvolgimento del sindacato nel perseguimento di finalità di natura pubblicistica, che attende di essere inserito in una cornice istituzionale compiuta, anche se caratterizzata dalla massima limitazione possibile dei suoi contenuti regolativi» (Del Punta 1993, 187, richiamando D'Antona 1990, XXXV sgg.). Emblematica, anche considerando i suoi lavori più recenti, è poi l'attenzione rivolta all'istituto della partecipazione, ben rappresentata dal titolo interrogativo dell'ultimo paragrafo del saggio: «Integrazione europea, Stato ed autonomia collettiva: verso un modello istituzionale partecipativo?» (Del Punta 1993, 198 sgg.).

Continuando il percorso diacronico, ritroviamo la riflessione sul sistema della contrattazione collettiva nel saggio del 2006 «Una riforma impossibile?», in cui riflette sulla disciplina del sistema sindacale commentando il discusso libro di Pietro Ichino del 2005 (dal titolo «A cosa serve il sindacato. Le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino»). In tale saggio Del Punta tratta di quella che ritiene essere la crisi «a un tempo della *contrattazione* come sistema e del *contratto collettivo* come istituto riconosciuto dall'ordinamento statale», che è «anzitutto (anche se non esclusivamente) una crisi delle *regole* della contrattazione». Perché, afferma, «le «regole» del sistema sindacale italiano hanno funzionato in una accezione prettamente sociologica, ossia come fattori di tendenziale stabilizzazione delle aspettative di comportamento, ma mai [...] in un'accezione più giuridicamente pregnante, e se del caso cogente» (Del Punta 2006, 265-66). Invita quindi «a tornare a guardare in faccia la fondamentale *contraddizione istituzionale* del sistema: quella che nasce dalla combinazione tra l'attribuzione ad ogni previsione dei contratti collettivi, sino al più minuscolo contratto aziendale, del carattere dell'inderogabilità e l'assenza di regole sulla produzione degli *input* normativi» (Del Punta 2006, 267); nonché a «smascherare la fallacia dell'equazione più regole = meno libertà sindacale» (Del Punta 2006, 268). Precisa, peraltro, che i suoi assunti presuppongono «naturalmente che si coltivi una visione della contrattazione collettiva come tassello fondamentale della regolazione dell'economia e non già come mera organizzazione del contropotere collettivo» (Del Punta 2006, 273).

Come è noto, i problemi «esplodono» con le vicende della Fiat di Pomigliano e del conflitto con la Fiom-Cgil, su cui ricadono gli effetti degli accordi sindacali separati. Troviamo la riflessione di Del Punta sulla prospettiva loro antisindacalità in un commento del 2011 alle sentenze in merito, dal titolo «Gli accordi 'separati' sono antisindacali? Il sistema sindacale 'di fatto' nell'era della disunità sindacale». Del Punta, ricostruite le vicende nel primo paragrafo non a caso intitolato «Cronache da una battaglia», ritorna sul tema dell'anomia, richiamando più volte adesivamente le parole di Umberto Romagnoli. E chiude lo scritto affermando che:

Ve n'è abbastanza comunque per concludere che non siamo davanti a una battaglia epocale, o comunque risolutiva, ma soltanto ad una scaramuccia neppure troppo appassionante, nonché per rammentare una volta di più [...] che non sarà il ricorso alla via giudiziaria a sciogliere una situazione che sembra essersi drammaticamente incartata. Una situazione, le cui cause profonde,

tuttavia, si sono andate accumulando durante tutta la (troppo glorificata) epoca post costituzionale, dalla quale, oltre al bene che sappiamo, è scaturito, per tornare a citare Umberto Romagnoli – anche un «tale cumulo di imperfezioni e approssimazioni, reticenze e lacune, ammiccamenti ed autocensure, che non ne ha riscontro in esperienze sindacali confrontabili con la nostra» (Romagnoli 2011). (Del Punta 2011, 699)

Ancora, nel 2012, conclude la puntuale analisi ricostruttiva e la riflessione critica – intitolata emblematicamente «Cronache da una transizione confusa» – sul controverso art.8 della legge 148/2011 e sulle vicende degli accordi sindacali, in particolare sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, auspicando che politica, sindacato e dottrina, nei limiti delle rispettive competenze, operino «in modo che la nebbia di questa confusa trasformazione cominci a diradarsi, facendo intravedere i contorni di un sistema sindacale disponibile ad una ragionevole regolazione, al netto di improvvisi interventi del legislatore». Manifesta tuttavia un certo pessimismo, nel momento in cui precisa di temere che l'occasione non sia di quelle «che si presenteranno una seconda volta» (Del Punta 2012, 52).

L'intervento della Corte costituzionale – con la sentenza n.231 del 2013 – sulla disciplina della rappresentanza sindacale aziendale contenuta nell'art.19 Statuto dei lavoratori dopo la modifica conseguente al referendum del 1995 viene commentato da Del Punta, in uno scritto destinato agli Studi in memoria di Gianni Garofalo, valutando già nel titolo del contributo la pronuncia come «condivisibile ma interlocutoria» (Del Punta 2013). L'analisi – a cui premette una esplicitazione delle proprie «precomprensioni» che si conclude con l'affermazione che «le doglianze della Fiom erano, nella circostanza, del tutto fondate» (Del Punta 2013, 529³) – ricostruisce ed evidenzia con acume la valenza e gli effetti, con riferimento ai rapporti tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale e al mutare nel tempo del contesto fattuale delle relazioni sindacali, degli esiti del referendum del 1995. Il lettore è reso puntualmente consapevole delle conseguenze dell'«equilibrio perduto» e degli «effetti paradossali» del 'nuovo' criterio selettivo dell'art.19 S.L., messi in risalto dalla vicenda Fiat; nonché della sua «irragionevolezza», «perché il diritto di rappresentanza è un *prius* rispetto al diritto di contrattazione collettiva, e non può essere sospensivamente condizionato a un certo esito del processo contrattuale» (Del Punta 2013, 534). Condivisa l'opinione della dottrina (Ghera 2013, 193-94) che «l'impresa più ardua per la Corte, non era quella di concludere per l'illegittimità del criterio posto, bensì quella di individuare un criterio alternativo» (Del Punta 2013, 535-36), offre una interessante disamina della decisione della Corte con riguardo al criterio della partecipazione alle trattative e alla valorizzazione della tutela del dissenso, anche richiamando le preveggenti osservazioni di Garofalo

³ Lo scritto – «L'art.19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria» – è stato pubblicato anche in *Lavoro e diritto* 2013, 527 ss, a cui si riferiscono le indicazioni delle pagine delle citazioni riportate nel testo.

(1995, 665). E in conclusione torna l'auspicio per una regolazione – «di fonte legale, per quanto con la massima sinergia con le parti sociali» – di un nuovo sistema sindacale, nel quale anche la disciplina della rappresentanza dei lavoratori dovrà essere riconsiderata, auspicabilmente secondo il modello della Rsu recepito per legge come nel lavoro pubblico, e non secondo quello ormai superato della Rsa (Del Punta, 2013, 538).

Nel 2014 sono tre⁴ i contributi che hanno come oggetto specifico temi di diritto sindacale.

Nello scritto «Tre domande e una chiosa sulla legge sindacale» Del Punta ribadisce le sue posizioni sul sistema di relazioni sindacali e sulla necessità di garantire quella certezza delle regole sui nodi cruciali che ancora manca, evidenziando come le diverse opinioni in materia dipendano dalle diverse concezioni del ruolo dell'impresa (Del Punta 2014a, 160). In particolare, torna a sottolineare come la sentenza della Corte Costituzionale n.231/2013 non risolva in via definitiva il problema della rappresentanza sindacale, essendo la costruzione di un sistema stabile «altra e più complessa cosa»; e individua la causa del tasso di incertezza, a suo avviso «oltre il livello di guardia», nell'oscillazione tra il criterio del mutuo riconoscimento e criteri di legittimazione diversi, che «oggi non possono non fondarsi su meccanismi di verifica del consenso»⁵ (Del Punta 2014a, 161-62).

Alla domanda su quali siano le vie di una possibile riforma, risponde che tra contratto o legge non c'è una «risposta sacrosanta», ma ritiene preferibile «una soluzione legislativa recettiva degli indirizzi contrattuali o debole sussidiaria recettiva [...]» perché «le regole non debbono confondersi con il gioco, ma debbono essere poste prima che esso cominci e non essere ogni volta rinegoziate» (Del Punta 2014a, 162). Precisa che questo non vuol dire tuttavia «che l'ordinamento sindacale si sia estinto: l'immagine veritiera è quella di una fisarmonica, ossia di un gioco continuo di interazione tra ordinamento intersindacale e ordinamento statutale. Una legge contrattata, nelle procedure e nei contenuti, è ad esempio un formidabile riconoscimento di importanza dell'Ordinamento intersindacale». Osserva d'altra parte, con una constatazione rilevante anche con riferimento alla situazione odierna, che per difendere la sindacalizzazione ci vogliono regole che non siano scritte sulla sabbia e non dipendano dai rapporti di forza; i quali, quando non sono favorevoli al sindacato, aprono la porta ad una desindacalizzazione strisciante (Del Punta 2014a, 163).

Nelle «Note sparse sul testo unico sulla rappresentanza» Del Punta esprime apprezzamento per la stipulazione del Testo Unico del gennaio 2014, che autorizzerebbe a pensare «che sia finalmente giunto, per le relazioni sindacali [...] il tempo delle regole [...] sia pure di fonte rigorosamente non legislativa». Precisa

⁴ E anche gli ultimi riportati nel Secondo Volume degli Scritti: si veda Parte II «Scritti di diritto sindacale», 55-259.

⁵ Apprezza la regola sull'efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali stipulati su base maggioritaria, che «è la meno imperfetta delle regole, per quanto piena di difetti» (Del Punta 2014a, 164).

altresi come il salto di qualità che ha caratterizzato tutto il processo negoziale dal 2011 al 2014 (Accordo 28 giugno 2011, Protocollo d'intesa 31 maggio 2013, T.U. 10 gennaio 2014) consista «nel passaggio da un'accezione "debole" di regolazione – secondo la quale le regole sindacali si risolvono in mere direttive rivolte alla stabilizzazione dei comportamenti, ma non sono in grado di produrre effetti giuridici non altrimenti recuperabili – ad una concezione in virtù della quale le regole, pur mantenendo la maggiore flessibilità inerente alla genesi contrattuale delle stesse, assumono un profilo normativo più forte, come tale capace di produrre una selezione tra vincitori e sconfitti a prescindere dagli aspetti di merito del confronto sindacale» (Del Punta 2014b, 673-74). Non risparmia tuttavia rilievi critici per il persistente favore per «l'incertezza», con riferimento sia al ricorso alla «politica giudiziaria» da parte della Fiom sia a una «dottrina che continuava a cullarsi nella sua pensosa certezza dell'incertezza»; mentre rileva positivamente come sia stato proprio l'ordinamento intersindacale ad avere, sia pure quasi *in extremis*, una reazione regolatrice (Del Punta 2014b, 675).

Il favore per una regolazione eteronoma del sistema sindacale viene ancora ribadito nelle «Conclusioni» di una riflessione a più voci su «Consenso e dissenso nella rappresentanza e nel conflitto collettivo»⁶, affermando l'ineludibilità di una legge, sia pure concertata con le parti sociali e di recezione degli indirizzi da questa espressi. «Ciò anche per contrastare la regressiva abitudine, tutta italiana, a sovrapporre il gioco e le regole che dovrebbero disciplinarlo; per evitare che le regole divengano parte, ogni volta, del merito della negoziazione». Aggiunge peraltro che, qualunque sia la scelta sulla fonte, «il sistema non potrà che essere imperniato al principio maggioritario, che è notoriamente il peggiore tra i meccanismi di scelta sociale, ad eccezione di tutti gli altri» (Del Punta 2014c, 268-69).

Il quadro degli scritti in materia sindacale si deve completare con un, seppur sintetico, richiamo alle analisi e alle riflessioni sul diritto di sciopero.

Innanzitutto, va segnalato come nei contributi, già richiamati, in cui commenta le nuove regole definite dagli accordi sindacali del 2011-2014 Del Punta si soffermi anche sul rapporto tra il diritto di rappresentanza e le regole dello sciopero, in riferimento alle clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva⁷. «Prende atto» del compromesso sindacale a cui si è arrivati, con il «contrappeso» dell'affermazione, in omaggio al postulato della titolarità individuale del diritto di sciopero, che tali clausole non hanno effetto per i singoli lavoratori; e osserva come tuttavia ciò non dovrebbe inibire la discussione sulla possibilità di regolare lo sciopero per via convenzionale. La sua opinione è che «non possiamo più permetterci il lusso, non già del conflitto in sé, quanto di un conflitto non regolabile neppure

⁶ Si tratta delle «Conclusioni» della seconda sessione di un Convegno dal titolo «Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali», svoltosi a Venezia il 26 e 27 ottobre 2014.

⁷ Ci si riferisce: all'ultimo paragrafo, intitolato «Postilla (su diritto di rappresentanza e regole dello sciopero)» di Del Punta 2012, 50 ss, a Del Punta 2014 b, 684 ss, a Del Punta 2014c, 270.

a livello di autonomia collettiva. Occorre garantire la *voice* della rappresentanza, ma anche far sì che l'impresa possa contare su un effettivo rispetto degli impegni assunti dagli organismi sindacali». A suo parere per garantire tale risultato occorre superare il dogma della titolarità individuale – che non è costituzionalmente imposto, come le oscillazioni del dibattito post-costituzionale dimostrano – e accettare la possibilità di un'auto-regolazione, purché ragionevole e proporzionata, del ricorso al conflitto (Del Punta 2012, 50-2). E nelle «Conclusioni» del Convegno del 2014 – premesso che a suo parere «la titolarità individuale, con esercizio collettivo, del diritto di sciopero, è sempre stato nulla più che un brillante *escamotage* dottrinale, affatto imposto dalla Costituzione», con il quale si è voluto sottrarre un fenomeno fondamentalmente sindacale a qualunque governabilità a tale livello – afferma: «Credo [...] che il tema della titolarità meriti comunque un ripensamento non troppo costretto dal rispetto della tradizione [...] in un'ottica che, pur senza soffocare il dissenso in nome dell'istanza di governo, non comporti però neppure una svendita della seconda nel nome di un conflitto elevato a valore assoluto» (Del Punta 2014c, 270).

Peraltro il tema della titolarità – individuale, collettiva, sindacale – del diritto di sciopero era già stato trattato da Del Punta, con la valutazione critica di tutti i profili problematici, nell'ampia e approfondita disamina delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di sciopero pubblicata nel Trattato di diritto civile diretto da Bessone (Del Punta 2007). Nel merito delle sue riflessioni non è possibile qui entrare; ci si limita a sottolineare l'attenzione rivolta anche alle valenze simboliche, e dunque alle relazioni con le «teorie della società», analizzate nel paragrafo introduttivo, ove esplicita anche le proprie «precomprensioni» e la sua «opzione culturale» per quanto concerne la concezione dello sciopero, della quale trova riscontro nella crescente integrazione dello sciopero nel sistema costituzionale (Del Punta 2007, 149-55).

Una approfondita trattazione del tema dello sciopero e della sua disciplina la ritroviamo anche nelle quindici edizioni del suo Manuale, che peraltro assegna ampio spazio a tutta la partizione sindacale della materia.

Per quanto riguarda la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali – su cui Del Punta era intervenuto al Congresso Aidlass di Fiuggi del 1988 commentando i progetti di regolazione legislativa allora in discussione (Del Punta 1989) – è rilevante, anche a conferma della perdurante attualità del suo pensiero, uno scritto del 2005 su «Sciopero generale e servizi essenziali», in cui commenta proprio quella delibera della Commissione di Garanzia del settembre 2003, la n.134, a cui si è richiamata l'attuale Commissione nella sua delibera del 9 novembre 2023 che ha suscitato molte perplessità. Trattando della legittimità dello sciopero generale, e riflettendo in particolare sui limiti in cui possa essere configurabile una disciplina speciale del suo esercizio nei servizi pubblici essenziali, Del Punta dà risposte che appaiono in sintonia con le (condivisibili a parere di chi scrive) critiche rivolte da una parte della dottrina alla delibera della Commissione del novembre 2023 (Scarpelli, Zoppoli 2023); e svolge interessanti osservazioni anche sulle questioni definitorie. È significativo richiamare in particolare l'affermazione che «appare non solo legittimo, ma doveroso,

tenere conto delle caratteristiche intrinseche che, su un piano di tipicità sociale, l'azione di sciopero tradizionalmente assume», poiché «non v'è dubbio che l'interprete della legge n. 146/1990 è stato implicitamente sollecitato dal legislatore a rispettare il grande caposaldo della tradizione interpretativa in ordine all'articolo 40 Cost., ovvero l'essere lo sciopero – e quindi il diritto di sciopero – identificato dall'esperienza sociale medesima [...]» (Del Punta 2005, 425). Da rimarcare altresì che, a suo avviso, le peculiarità dello sciopero generale, con la relativa eccezionalità, giustificano un sacrificio proporzionalmente maggiore dei diritti dell'utenza, pur comunque da proteggere attraverso la garanzia delle prestazioni indispensabili⁸.

2.3. Sul rapporto tra individuale e collettivo

La sintetica ricostruzione qui svolta dei principali contributi di Del Punta aventi i temi del diritto sindacale come specifico oggetto (collocati nell'arco temporale 1990-2014) si chiude con una sua riflessione 'di fondo', pubblicata nel 2008⁹ e significativamente intitolata «Individuale e collettivo: una coppia da ripensare?». Questa scelta è dovuta al fatto che tale riflessione può essere letta come una sorta di ponte con i riferimenti all'autonomia collettiva contenuti nei suoi scritti più recenti: sebbene questi rivolgano lo sguardo a progetti generali relativi all'evoluzione del diritto del lavoro nel nuovo contesto tecnologico e digitale, con l'obiettivo in particolare di conciliare interessi e valori, oltre che di dare rilevanza alla dimensione individuale, al loro interno tuttavia il filo conduttore del suo pensiero sul diritto sindacale non si interrompe.

Del Punta non ritiene più soddisfacente il modo in cui è spesso presentata la coppia individuale-collettivo, secondo la tradizione del pensiero giuslavorista. Si riferisce «alla rappresentazione del rapporto individuale e collettivo come una *contrapposizione*, teorica, culturale e politica: là dove l'individuale è identificato con il mercato, quindi con il 'neoliberalismo'; il collettivo, invece, con una regolazione sociale, quanto invasiva non importa qui, del mercato. Quasi due mondi l'un contro l'altro armati, e il secondo è quello da difendere [...] visto che il collettivo è una sorta di marchio di fabbrica del diritto del lavoro, che ne incarna anche il fascino» (Del Punta 2008, 305). Rileva, considerando il ruolo di protezione attribuito alla legge, come essa si rivolga fundamentalmente agli individui prima che ai soggetti collettivi; e come la stessa imputazione dei diritti soggettivi avvenga sempre su base individuale. Per cui non ritiene azzardato os-

⁸ Aggiunge «che lo sciopero sia generale non dovrebbe significare necessariamente che esso sia tale solo se proclamato con riferimento all'intero ambito nazionale, potendosi configurare anche scioperi generali limitati ad una certa area territoriale, ad es. una regione» (Del Punta 2005, 427).

⁹ Si tratta della rielaborazione dell'intervento al Convegno «Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro. Trasformazioni dell'impresa e mercato del lavoro» svoltosi a Bologna il 24-25 settembre 2007 in occasione del ventennale della pubblicazione della Rivista Lavoro e Diritto.

servare «che i diritti si collocano, e si muovono, su un piano che non è poi così lontano dall'individualismo liberale, anche se, nella misura in cui si atteggiano (dal punto di vista del contenuto) diritti come di «opposizione» all'iniziativa economica, ne rappresentano uno sviluppo, e anzi, per molti versi, un superamento» (Del Punta 2008, 306). Osserva altresì come a «correggere la barra» sia intervenuto il concetto di collettivo e in particolare di «interesse collettivo», «del quale il sindacato è ente rappresentativo». Il collettivo ha completato l'opera della legge «consentendo di trascendere davvero l'individualismo, e quindi mantenendo il diritto del lavoro in contatto culturale col proprio fondo: un fondo hegeliano prima che marxiano, organicistico, meta-liberale se non, più propriamente antiliberal» (Del Punta 2008, 306).

Interrogandosi poi su cosa si intenda – nel discorso lavoristico – per «collettivo», risponde che se pretendiamo di utilizzare il «collettivo» come fondamento dell'azione sindacale non può concedersi un'eccessiva distanza dalla realtà del lavoro, con le sue trasformazioni che hanno comportato un'«esplosione» dell'interesse collettivo, alla cui declinazione al singolare si è sostituito il «pluralismo degli interessi collettivi» di gruppi e sotto-gruppi, in potenziale conflitto tra loro. L'interesse collettivo si è frammentato e conflitti nuovi sono venuti sempre più in risalto: «conflitti rispetto ai quali il sindacato è sempre più chiamato a schierarsi, e dove c'è qualcuno che vince e qualcuno che perde» (Del Punta 2008, 307).

L'analisi prosegue con un'approfondita disamina del concetto di interesse collettivo, anche con riguardo al rapporto con il concetto di solidarietà; di questo non si può dar qui conto, ma va sottolineato come Del Punta sia netto nell'affermare che le sue valutazioni non portano a ritenere che l'utilità della regolazione collettiva sia venuta meno: quella collettiva rimane una dimensione essenziale, anche se non esclusiva, della regolazione, e come tale da difendere e da promuovere, «perché costituisce la migliore tecnica disponibile per riequilibrare certe imperfezioni del mercato del lavoro e prendere decisioni di allocazione di risorse scarse tenendo conto al meglio degli interessi dei principali *stakeholder*, che sono i lavoratori, nonché, più ampiamente, per realizzare forme di governo almeno in parte congiunto dell'impresa e delle reti d'impresa». Il collettivo, dunque, come «luogo della regolazione, piuttosto che dell'interesse, o di un valore altro rispetto a quello economico»; ne consegue che il problema principale è come gestire la regolazione collettiva (*rectius* sindacale) nell'epoca dei tanti e differenziati interessi collettivi (Del Punta 2008, 309). Se il «collettivo», in quanto plurale e «divisibile», non può vantare una «primazia automatica» sull'individuale, è tuttavia «chiamato, per un verso, a mostrarsi in grado di ospitare la crescente differenziazione interna agli interessi, aprendosi alle diversità individuali, e, per un altro, a riqualificarsi [...] tramite procedure non soltanto *esternamente* cogenti ed efficaci, nel rapporto con il titolare dell'interesse contrapposto, ma anche *internamente* rispettose di tutti gli interessi rappresentati [...] con selezioni il più possibile eque tra essi» (Del Punta 2008, 310-11).

La sua opzione è dunque per un collettivo «che non deve contrapporsi, bensì porsi *al servizio dell'individuale*, al fine di garantire a ciascuno dosi crescenti

di *capability*, e dei gruppi, per fornire ad essi condizioni di effettiva eguaglianza di opportunità». E conclude che quello così immaginato «non è un ritorno al contratto, bensì uno spostamento di baricentro, che tenga conto della realtà di un mondo del lavoro profondamente cambiato, il quale ha ancora bisogno della dimensione collettiva come strumento, ma che sempre più difficilmente potrà rispecchiarsi in essa. Un collettivo, in due parole, post-romantico e post-metafisico» (Del Punta 2008, 311).

3. Riflessione sui valori e dimensione collettiva negli scritti recenti.

Il saggio del 2008 da ultimo richiamato può essere collegato agli sviluppi successivi del pensiero di Del Punta sulle regole del sistema sindacale così come si dispiegherà nelle riflessioni del periodo più recente, che riguardano un «rinnovato diritto del lavoro». Sono due i profili su cui si intende concentrare l'attenzione: da un lato, è interessante osservare come le idee di Del Punta sulle regole del sistema sindacale si «incasellino» nel suo progetto generale di rivisitazione del diritto del lavoro; dall'altro, viene in evidenza la loro relazione con la valenza da lui attribuita alla valorizzazione della soggettività e quindi anche dell'autonomia individuale e con la sua riflessione sui «valori» nella prospettiva filosofica, in specie con riferimento alla teoria neo-repubblicana della libertà come non dominio.

Per quanto concerne il primo profilo, nel saggio del 2018 «Un diritto per il lavoro 4.0» – in cui riflette ad ampio raggio sul ruolo che può giocare il diritto del lavoro nei processi di trasformazione digitale (e non solo) che si avviano a coinvolgere tutti i settori e le realtà lavorative – in merito ai «modelli di azione collettiva adeguati a fronteggiare, e se possibile a co-gestire, questi complessi processi» (Del Punta 2018, 242 sgg.) Del Punta prospetta una nuova declinazione e rilevanza per il ruolo della partecipazione. Constatato come le relazioni sindacali siano «rimaste sospese tra le vecchie abitudini fordiste e i tentativi di tracciare nuove prospettive di collaborazione strategica, nonché costantemente esposte a fenomeni di destrutturazione», e come il sistema legale e sindacale sembri «essere in qualche modo in cerca, pur senza ancora trovarlo, di un *paradigma positivo*, capace di tenere insieme le istanze della crescita economica e della valorizzazione del lavoro, concepite non come contrapposte bensì come strategicamente complementari», rilevate altresì le criticità del sistema della contrattazione collettiva, pur «vitale e ramificato»¹⁰, Del Punta ribadisce la necessità del passaggio a uno stadio di maggiore istituzionalizzazione, perché non è più sostenibile «la lussuosa informalità» in cui l'azione collettiva ha potuto prosperare per decenni, cumulando «il meglio della libertà e il meglio dell'essere uno dei perni del governo pubblicistico del sistema» (Del Punta 2018, 238

¹⁰ Sottolinea in particolare l'importanza del contratto aziendale, quale «strumento congiunto di rinnovamento dei modelli organizzativi sotto il segno della digitalizzazione» (Del Punta 2018, 243).

e 243). Premesso che «la contrattazione collettiva resta una risorsa fondamentale di una «economia coordinata di mercato» come quella italiana» e che «resta peraltro aperta, a fare da connettore dell'insieme, la questione della filosofia dell'azione collettiva», a suo giudizio il contesto dell'economia 4.0 rende ancora più urgente «abbracciare» la prospettiva della «collaborazione strategica», mettendo in secondo piano, se non come strumento di ultima istanza, il ricorso al conflitto. Auspica dunque «una nuova cultura sindacale, che non abbia timore di partecipare in modo proattivo al governo delle aziende, e non soltanto nella gestione delle crisi ma anche, andando oltre un atteggiamento di mera «resilienza adattiva», nei processi di innovazione e di rilancio produttivo delle stesse nell'interesse comune delle imprese e dei lavoratori» (Del Punta 2018, 244).

La proposta (per il legislatore) di riforma del sistema sindacale nel contesto dei cambiamenti connessi alla globalizzazione e alla rivoluzione digitale, finalizzata a «innescare» processi di effettivo rinnovamento, viene poi precisata nel «Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile» scritto con Caruso e Treu, con riguardo sia alle strategie di innovazione del sindacato, elencate in sei punti, sia al rafforzamento dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi (si rinvia per questa parte a Caruso, Del Punta, Treu 2020, 51 sgg.).

Il secondo profilo su cui si intende portare l'attenzione concerne il collegamento tra le analisi e le proposte di Del Punta sui temi del diritto sindacale e le riflessioni che caratterizzano i suoi scritti più recenti in merito alla «rivisitazione» dei valori del diritto del lavoro e alle «intersezioni» tra discorso filosofico e diritto del lavoro (in particolare l'approccio delle *capabilities* e la concezione neo-repubblicana della libertà come non dominio). Non potendo peraltro entrare in questa sede nel merito di tali complesse questioni, ci si limita a mettere in evidenza come da quegli scritti si possano trarre suggestioni anche per ripensare al rapporto tra dimensione collettiva e dimensione individuale e alla sua declinazione nel contesto delle trasformazioni tecnologiche e delle loro conseguenze in ordine in particolare all'esercizio dei poteri datoriali, considerando altresì il rilievo da attribuire alla soggettività dei lavoratori. Ci si riferisce in particolare agli scritti di Del Punta: «Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato» (2020), «Diritto del lavoro e valori» (2022a), «Lavoro e libertà (rileggendo «La libertà viene prima», di Bruno Trentin)» (2022b), «Contratto di lavoro (Teorie filosofiche)» (2023).

Dal primo degli scritti dianzi citati deriva la conferma del riconoscimento attribuito da Del Punta al ruolo dell'autonomia collettiva anche quando questa non solo non è direttamente al centro delle sue disamine ma, come nel caso di specie, nello studio assume rilievo la valorizzazione del ruolo dell'autonomia individuale. In questo saggio, premessa la «connaturata storicità del diritto del lavoro», egli svolge un importante discorso sui valori del diritto del lavoro e sulla loro «filosofia»¹¹, adottando il metodo di «miscelare *realismo storico e tensione normativa*» per delineare una «*rivisitazione costruttiva*» dei valori al fine di ren-

¹¹ Si vedano in particolare le prime pagine del saggio: Del Punta 2020, 27 sgg.

derli maggiormente consoni ai processi di trasformazione intervenuti; ma che rappresenti «anche il modo di impostare nei termini più appropriati e fruttuosi il rapporto tra il diritto del lavoro e l'economia di mercato» (Del Punta 2020, 31-3).

Non è ovviamente possibile in alcun modo dar conto della approfondita disamina condotta da Del Punta della «storia intrigante» dei valori; e neppure delle sue proposte di «reinterpretazione» di quei valori «che definiscono la base fondamentale che sorregge il discorso giuslavoristico nelle sue molteplici forme e manifestazioni» (Del Punta 2020, 34) e che vanno «intesi come concetti che lungi dall'originare da generalizzazioni filosofiche, emergono dall'esperienza viva della materia in un nesso co-evolutivo con essa» (Del Punta 2020, 50-1; di questo si occupa specificamente nel par. 5 del saggio). Qui rileva evidenziare come nel contesto di tale analisi venga da lui prospettato il ruolo dell'autonomia collettiva e il suo rapporto con l'autonomia individuale, considerando che all'interrogativo su come i fattori di trasformazione e la torsione che hanno impresso al diritto del lavoro si riflettano «sul patrimonio assiologico della materia», risponde che tali processi «postulano un lavoratore non più mero recettore passivo di protezione ma al contrario attivo nel mercato del lavoro, sia interno sia esterno» (Del Punta 2020, 52 sgg.).

Respinto l'approccio basato su «un'idea tendenzialmente conflittuale dell'azione collettiva, con una speculare svalutazione della filosofia partecipativa», riconducibile «all'*identikit* del tipico giuslavorista *no-market*» (Del Punta 2020, 36-7), Del Punta configura la partecipazione come «prospettiva strategica» dell'azione collettiva (Del Punta 2020, 40), facendo riferimento all'indirizzo politico culturale in cui meglio si riconosce, da lui definito «*dell'economia sociale di mercato*»¹². E per quanto riguarda il rapporto tra dimensione individuale e collettiva, quando illustra il compito della regolazione, che deve sostenere il lavoratore «tramite un apparato di misure di tipo «capacitante», ispirato a un'immagine di lavoratore non più soltanto come «paziente» ma come «agente», il riferimento per il sostegno al lavoratore è sia all'azione pubblica sia all'azione collettiva; dunque, prospetta un rapporto di «collaborazione» e non certo una contrapposizione.

Ancora, nell'auspicare, per la regolazione, un riferimento assiologico che sappia guardare al di là della prospettiva difensiva per proiettarsi verso l'obiettivo positivo della soggettivizzazione del lavoratore, da considerarsi come il più profondo dei valori sottesi alla materia, si preoccupa di sottolineare nel contempo la necessità di tener fermo il concetto dell'impegno sociale dello stato in una con l'essenziale funzione di intermediazione svolta dai sindacati» (Del Punta 2020, 54). E nell'indicare, quali riferimenti teorici della prospettiva tracciata, il *Capabilities Approach* sviluppato da Amartya Sen e Martha Nussbaum e il rilievo attribuito alla libertà sostanziale di ciascuna persona, si preoccupa di precisare che il liberalismo seniano coltiva «un individualismo etico ma non ontologico,

¹² Tale indirizzo politico culturale è da lui definito «*dell'economia sociale di mercato*» in quanto ispirato all'idea della conciliazione tra mercato (concepito però come ordine istituzionale e non naturale come nel liberalismo classico) e giustizia sociale (Del Punta 2020, 37).

per cui non implica alcuna negazione della dimensione collettiva dell'azione sociale» (Del Punta 2020, 55)¹³.

La necessità di evitare che il discorso sui valori finisca, per come è svolto, «con il riferirsi essenzialmente alla dimensione legislativa, dove c'è un legislatore che può giocare il ruolo di padrone dei valori», mentre «ovviamente riguarda, *mutatis mutandis*, anche la dimensione dell'azione collettiva», è ribadita nello studio pubblicato nel volume da lui curato (Del Punta 2022a, 24), ove riepiloga la sua opinione sul tema della «rivisitazione» dei valori. Si limita tuttavia ad avvertire che non si può dimenticare la duplice dimensione, legislativa e collettiva, del diritto del lavoro e non entra nel merito della «nuova» configurazione dei valori con riferimento all'autonomia collettiva.

Per quanto concerne il pensiero di Del Punta sulla teoria neo-repubblicana della libertà come non dominio di Philip Pettit, e sul concetto di libertà sostanziale, per seguire il filo rosso dei rimandi alla dimensione collettiva contenuti nelle sue analisi e riflessioni al riguardo il riferimento è al suo ultimo scritto (Del Punta 2023). Qui sviluppa una approfondita e complessa disamina delle molteplici «intersezioni» tra discorso filosofico e diritto del lavoro, focalizzando l'attenzione su quelle che «concernono un eventuale impiego delle teorie filosofico-politiche per illuminare le idee politiche e morali che animano, sebbene mediate da principi e concetti giuridici, il diritto del lavoro». Ritiene che questo si configuri come «un fruttuoso approccio al diritto del lavoro e non una fuga più o meno elusiva verso l'astrazione», perché se il giuslavorista si apre «a una concezione non puramente positivista del diritto» i valori politici ed etici non possono essere tenuti fuori dal discorso giuridico, in quanto rilevanti per il farsi della legge e per la sua interpretazione e applicazione; e perché la connessione con i valori è una componente chiave del DNA del diritto del lavoro «a causa del suo originario differenziarsi (in senso profondamente correttivo) dal diritto privato, in quanto esempio paradigmatico del weberiano diritto materiale, rivolto al perseguimento di obiettivi sociali» (Del Punta 2023, 204 sgg.).

Un aiuto per seguire il suo pensiero con riguardo in particolare al rapporto tra eguaglianza e libertà (sostanziale) e al concetto di libertà come non dominio, al fine di individuare il posto che può occupare la dimensione collettiva nel disegno da lui tracciato, può venire da un suo scritto precedente, dedicato alla rilettura del saggio di Trentin «La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale» in occasione della sua ripubblicazione¹⁴ (Del Punta 2022b). Sono al riguardo significativi i passaggi in cui Del Punta evidenzia come Trentin metta «al cuore» del suo progetto «un valore forte ed a suo modo

¹³ Precisa, peraltro, che il liberalismo seniano «contrasta invece un collettivismo ontologico, che tenda a negare l'individuale e riassorbirlo nel collettivo, secondo un approccio che in effetti trova riscontro in una parte importante della tradizione giuslavoristica», una prospettiva per la quale a suo avviso non esistono più le condizioni sociologiche di base a livello di condizioni di classe, «ammesso e non concesso che essa possa essere accettabile» (p.55, nota 32).

¹⁴ Il saggio di Trentin, del 2004, è stato ripubblicato, con altri scritti e pagine inedite dei Diari, in Trentin 2021.

rivoluzionario per il mondo del lavoro: la libertà della persona, concepita come valore «che viene prima», e dunque come prioritario rispetto agli obiettivi di realizzazione del benessere dei lavoratori e di sradicamento della miseria, nonché più ampiamente rispetto all'orizzonte dell'eguaglianza» (Del Punta 2022b, 4-5). Non perché quegli obiettivi non siano da perseguire, ma perché tra essi «emerge come *prius inter pares* il tema della lotta contro il dominio, che Trentin scorge nello stesso patrimonio genetico del movimento dei lavoratori [...] e che deve essere posto al centro del progetto politico-sociale che egli reputa necessario» (Del Punta 2022b, 5). Richiamandosi alle diverse e adesive citazioni che Trentin dedica al concetto di libertà sostanziale come «capacitazione» della persona introdotto da Amartya Sen (divenuto la base dell'approccio delle *capabilities*), Del Punta osserva come la prospettiva seniana per la quale «l'eguaglianza da perseguire è quella delle capacità in quanto opportunità di scelta messe a disposizioni di ciascuno», rapportata al lavoro subordinato inglobi «concettualmente anche la libertà come non dominio sostenuta dalla concezione neo-repubblicana di Philip Pettit, che tende a divenire la priorità delle priorità nel contesto di un rapporto caratterizzato dal dominio, al quale deve essere contrapposto, pertanto, un solido contropotere» (Del Punta 2022b, 5). È in particolare qui da richiamare ciò che Del Punta sottolinea, dopo aver messo in evidenza la lettura data da Trentin alla dialettica tra libertà ed eguaglianza: «In questo movimento, tendente verso la libertà e i diritti, il concetto di collettivo certamente non scompare – ci sarebbe da stupirsi del contrario, in un uomo con la storia di Trentin – ma si de-ontologizza, facendosi pragmaticamente aperto alla realtà viva delle singole persone e del loro lavoro concreto e riqualificandosi in termini di solidarietà protesa verso la meta dell'eguaglianza delle capacità» (Del Punta 2022b, 6).

Tornando alla trattazione sistematica del tema del rapporto tra teorie filosofiche e contratto di lavoro, oggetto della sua ultima pubblicazione, tra i tanti rilevanti elementi di riflessione e confronto dialettico che essa offre, qui si 'segnala' – come semplice rinvio – il rilievo che le considerazioni di Del Punta sul tema della «libertà dal dominio» rivestono nella fase attuale della storia del diritto del lavoro, chiamato a mantenere saldi i suoi valori e i suoi principi fondativi nel radicalmente nuovo contesto, caratterizzato dall'informatizzazione dei processi decisionali e dal peculiare configurarsi dei poteri datoriali nell'era dell'intelligenza artificiale.

Ci si riferisce in particolare alle sue riflessioni sul come la teoria della libertà come non dominio abbia consentito di superare e accantonare il concetto di libertà negativa come non interferenza, propria del liberalismo neoclassico, e di evidenziare la rilevanza della libertà sostanziale, riportando l'attenzione su questa, quale premessa indispensabile anche per l'affermazione del principio di eguaglianza (prima anteposto); ponendo in luce come ora la libertà, «oscurata» in passato dal principio di eguaglianza, si prospetta come precondizione per garantire l'eguaglianza e assume un rilievo particolare nella nuova realtà che «riscopre l'individuo» e dà un particolare rilievo alla dimensione soggettiva del lavoratore (parr. 6 e 7).

Dunque l'interrogativo riguarda il se e il come la teoria della libertà come non dominio – vista come la base teorica della storia del diritto del lavoro, come un

modo di raccontare quella storia nei suoi passaggi, diversi nei mezzi ma non nel fine, e come legittimazione teorica degli interventi volti a riequilibrare lo squilibrio di potere che da sempre connota il contratto di lavoro – possa offrire inquadramento, sostegno e indicazioni utili per la nuova storia che il diritto del lavoro necessariamente deve costruire, per poter continuare a svolgere, anche a fronte di una realtà radicalmente mutata, articolata e molto complessa da indagare, il compito di garantire il rispetto dei propri valori e dei principi base, costituzionali innanzitutto, adeguando le tecniche e gli strumenti per mantenerli integri.

La risposta è positiva, perché la teoria può utilmente sottendere la riflessione sul futuro del contrasto al dominio arbitrario di una parte negoziale – il datore di lavoro nell'esercizio del suo potere – sull'altra parte, anche oggi nella nuova realtà. Anche se abbiamo la Costituzione che garantisce la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, la riflessione filosofica continua ad aiutare a trovare la misura del bilanciamento auspicata da Riccardo Del Punta. Ciò vale, nel nuovo mondo digitalizzato, sia nei contesti in cui si affermano modelli di *empowerment* fondati sulla responsabilizzazione e valorizzazione dei lavoratori nei processi aziendali e sulla condivisione degli obiettivi, sia nelle situazioni in cui lo strumento digitale accentua le possibilità di dominio sui lavoratori e diminuisce le loro opportunità di tutela. Le modalità di esercizio del potere datoriale sono ben diverse, ma in entrambi i casi bisogna considerare le possibilità di arbitrio e la necessità di individuare e introdurre limiti adeguati alle diverse situazioni.

Lo dimostrano le analisi della – copiosa, accurata, ricca di spunti interessanti – dottrina che ha approfonditamente indagato il fenomeno: il problema riguarda tutti, per quanto assumendo forme diverse, con riferimento sia alle professionalità più elevate sia alle più basse. Dunque il rischio dell'opacità del potere si estende progressivamente, per entrambi i profili di condizioni di lavoro, riguardando non solo quei contesti e situazioni – gig economy e varie modalità di lavoro su piattaforma – in cui il rischio che si accentui il divario tra il potere nebuloso da un lato e la debolezza dei lavoratori dall'altro è altissimo (citando Rodotà); pericoli, pur di tipo peculiare, si configurano anche per le situazioni nuove ed evolute, che interrogano sulla causa del contratto, i rapporti con l'organizzazione, nuove forme partecipative e di non conflitto.

In questo ambito, per quanto concerne la regolazione l'attenzione è rivolta principalmente alla fonte eteronoma, nazionale ed europea, per le misure (e tra queste un posto di rilievo è attribuito all'informazione e alla trasparenza) volte a garantire i diritti dei lavoratori, in specie sotto il profilo dell'effettività, nell'era della intelligenza artificiale; ma non si può trascurare la fonte collettiva, anche se il legislatore sembra tendere a marginalizzarla, perché la contrattazione collettiva potrebbe rivestire un ruolo importante, come evidenziato in dottrina¹⁵.

¹⁵ Le analisi della dottrina sono troppo numerose per poter essere qui compiutamente indicate; ci si limita pertanto a rinviare (anche per gli ulteriori richiami bibliografici) ad alcuni degli studi più recenti che si occupano in particolare del ruolo delle parti sociali: Treu 2022; Forlivesi 2022; Saracini e Gargiulo, Purificato, Lamannis, 2023; Zappalà 2024.

Al riguardo si confermano rilevanti le osservazioni e le proposte di Riccardo Del Punta. Innanzitutto, le sue analisi critiche che mettono in evidenza le conseguenze negative dell'anomia, preconizzandone anche i rischi per la tenuta del sistema sindacale¹⁶, e comunque l'indebolimento del ruolo delle organizzazioni sindacali, come risulta dalla ricostruzione qui condotta dei suoi scritti sul diritto sindacale. D'altro lato, per quanto concerne gli spazi di intervento per la dimensione collettiva nel nuovo contesto lavorativo, è significativo ciò che afferma nel suo ultimo scritto, dedicato al contratto collettivo e le teorie filosofiche. Avviandosi verso la conclusione del saggio, dopo la riflessione sulle affinità tra la teoria della libertà repubblicana di Pettit e la teoria delle capacità di Amantya Sen e l'individuazione degli agganci teorici per un collegamento tra le due teorie, con riferimento alle trasformazioni dei modelli organizzativi e produttivi caratterizzati dall'avvento del lavoro digitale, che involgono potenziali profondi mutamenti del ruolo del lavoratore nelle organizzazioni del lavoro, afferma: «Deve essere innanzitutto considerata l'azione collettiva rivolta a implementare forme di partecipazione alla gestione dell'impresa, anche tramite lo sviluppo di contrattazione decentrata innovativa, nonché sulla scia dei diritti di rappresentanza e partecipazione previsti per legge in speciali situazioni» (Del Punta 2023, 226).

Riccardo Del Punta ha invitato la dottrina giuslavorista «a cogliere il senso profondo di un processo di trasformazione già in atto nella materia per distillarne le componenti di positività e volgerle verso un orizzonte valoriale progressivamente nuovo, nel quale possano identificarsi tanto le istanze di socialità quanto quelle di efficienza, sì da dare un fondamento più solido al diritto del lavoro del XXI secolo» (Del Punta 2020, 57); e ha fornito indicazioni e suggerimenti con riguardo sia alle teorie sia agli strumenti per attuarle, preziosi in particolare per i più giovani.

Egli possedeva le tre «potenze», ovvero «capacità», che secondo i pensatori del passato devono guidare l'agire umano: la «memoria» del passato, «l'intelligenza» del presente, la «volontà» di agire per «riformare» (ovvero «trasformare» la realtà); e con riferimento a tali tre «potenze» (che sapeva esprimere appieno anche nel settore della disciplina apparentemente meno frequentato del suo itinerario intellettuale) il lavoro scientifico di Riccardo continua a offrire un contributo essenziale.

Riferimenti bibliografici

- Caruso, B. 2017. "La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione." WP CSDLE "Massimo D'Antona" - 326.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." WP CSDLE "Massimo D'Antona" - 20 maggio.
- Chiaromonte, W. 2024. "Riccardo Del Punta, interprete e innovatore." In *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, voll. I e II, 21-38. Firenze: Firenze University Press.

¹⁶ Cfr. Caruso 2017, Tullini 2018, Magnani 2019.

- D'Antona, M. 1990. *Diritto sindacale in trasformazione*. Napoli: Jovene.
- Del Punta, R. 1989. "Intervento." In *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico. Atti del IX Congresso nazionale di diritto del lavoro, Fiuggi, 8-9-10 aprile 1988*, 154-58. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 1990a. "Contratto collettivo aziendale." In *Lecture di diritto sindacale*, a cura di M. D'Antona, 281-338. Napoli: Jovene. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 55-93. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 1990b. "Intervento." In *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato*. AIDLaSS, Atti delle Giornate di Studio di Macerata, 5,6 maggio 1989, 194-98. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 1993. "La rappresentanza sindacale e la rappresentanza dei lavoratori nel quadro degli sviluppi del diritto comunitario." *Diritto delle relazioni industriali*, 183-203. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 95-125. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2005. "Sciopero generale e servizi essenziali." *Diritto delle relazioni industriali*, 423-429. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 127-32. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2006. "Una riforma impossibile?" *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I: 259-279. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 133-47. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2007. "Lo sciopero." In *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XXIV, Tomo I, 393-436. Torino: Giappichelli. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 149-192. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2008. "Individuale e collettivo: una coppia da ripensare?" *Lavoro e diritto*: 305-12. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 193-98. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2011. "Gli accordi «separati» sono antisindacali? Il sistema sindacale 'di fatto' nell'era della disunità sindacale." *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II: 690-99. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 199-208. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2012. "Cronache da una transizione confusa (su art.8, legge n.148/2011, e dintorni)." *Lavoro e diritto*, 31-53. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 209-27. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2013. "L'art.19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una decisione condivisibile ma interlocutoria." *Lavoro e diritto*, 527-38 e in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari: Cacucci, 2015, 283-90. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 229-38. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2014a. "Tre domande e una chiosa sulla legge sindacale." In *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte cost. n.231/2013*, a

- cura di F. Carinci, 159-64. Adapt University Press. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 239-43. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2014b. "Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza." *Diritto delle relazioni industriali*, 673-86. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 249-59. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2014c. "Consenso e dissenso nella rappresentanza e nel conflitto collettivo." In *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, a cura di M. Barbera e A. Perulli, 267-70. Padova: Cedam. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. II, 245-48. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2018. "Un diritto per il lavoro 4.0." In *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, 237-62. Firenze: Firenze University Press. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. I, 591-615. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2020. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, 27-62. Bologna: Il Mulino (e in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – 395/2019). Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. I, 647-71. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2022a. "Lavoro e libertà (rileggendo «La libertà viene prima», di Bruno Trentin)." *LavoroDirittiEuropa* 1: 1-9. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. I, 729-36. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2022b. "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 21-8. Firenze: Firenze University Press. Ora anche in *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, Vol. I, 737-44. Firenze: Firenze University Press, 2024.
- Del Punta, R. 2023. "Contratto di lavoro (Teorie filosofiche)." In *Contratto di lavoro*, a cura di R. Del Punta, R. Romei, F. Scarpelli, diretto da, in *Enciclopedia del diritto – I Tematici*, vol. VI, 204-26. Milano: Giuffrè.
- Forlivesi, M. 2022. "Sindacato." In *Lavoro digitale*, a cura di M. Novella, P. Tullini, 153 sgg. Torino: Giappichelli.
- Garofalo, M.G. 1995. "Rappresentanze aziendali e referendum." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 659 sgg.
- Ghera, E. 2013. "Sull'art.19 dello Statuto dei lavoratori." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 185 sgg.
- Ichino, P. 2005. *A cosa serve il sindacato? Le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino*. Milano: Mondadori.
- Lamannis, M. 2023. "La contrattazione collettiva aziendale alla prova del management algoritmico." *Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati* 15: 163 sgg.
- Magnani, M. 2019. "Nuove tecnologie e diritti sindacali." *Labour & Law Issues* 5, 2: 4.
- Purificato, I. 2023. "Governare l'innovazione tecnologica: il rilancio del metodo partecipativo in rapporto sinergico con la contrattazione collettiva." *Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati* 15: 121 sgg.

- Romagnoli, U. 2011. "È ora di attuare la Costituzione sul sindacato." *Eguaglianza & Libertà*, maggio.
- Saracini, P., Gargiulo, U. 2023. "Riflettendo su parti sociali e innovazione tecnologica: contenuti, ratio e metodo." *Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati* 15: 9 sgg.
- Scarpelli, F. 2023. "Sciopero generale e prestazioni indispensabili: i dubbi sul provvedimento della Commissione di garanzia." *RGLgiurisprudenza online*, Newsletter 11, "L'argomento del mese."
- Treu, T. 2022. "La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca." *federalismi.it* 9: 190 sgg.
- Tullini, P. 2018. "L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo." *Labour & Law Issues* 1: 4 sgg.
- Zappalà, L. 2024. "Intelligenza artificiale, sindacato e diritti collettivi." In *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, a cura di M. Biasi, 173 sgg. Milano: Giuffrè.
- Zoppoli, L. 2023. "Lo sciopero generale tra diritto e conflitto (politico-istituzionale)." *RGLgiurisprudenza online*, Newsletter 11, "L'argomento del mese."

Delega di funzioni e delega di firma nel lavoro pubblico contrattualizzato e in quello privato tra obblighi, diritti e responsabilità

Alessandro Boscati

1. Premessa. L'ambito di indagine

Tra i poliedrici ambiti di studio del Professore Riccardo Del Punta quello relativo al rapporto tra esigenze (o meglio scelte) organizzative del datore di lavoro, obblighi e diritti del lavoratore ha sempre occupato un ruolo centrale. Una problematica che Egli ha affrontato, con l'indiscusso acume che lo ha contraddistinto, sia nelle opere di diritto sindacale, sia in quelle sul rapporto individuale (chiedendosi anche in termini generali se collettivo ed individuale fosse una coppia da ripensare), avendo riguardo a tutte le fasi del rapporto di lavoro, quella genetica (si pensi, tra gli altri, agli scritti sul patto di prova), quella funzionale (qui il richiamo è ai pregevoli e copiosi lavori concernenti la sospensione del rapporto di lavoro) e quella estintiva (con l'inevitabile riferimento agli approfondimenti in materia di licenziamento, individuale e collettivo). Nei lavori più recenti tale riflessione si è sempre più intrecciata con i temi della qualificazione e dei valori del lavoro, nell'ambito di una diversa organizzazione d'impresa e dei connessi apparentemente meno delineati obblighi e diritti del prestatore di lavoro, in un contesto di progressivo superamento della rigida dicotomia autonomia/subordinazione. Una riflessione che è stata svolta in prevalenza con riguardo al lavoro privato, mentre il lavoro pubblico non ha certamente occupato una posizione centrale nelle sue opere. Nondimeno si devono ricordare alcuni importanti lavori, quali il commento alle disposizioni dei primi contratti collettivi di comparto in materia di sospensione del rapporto (Del Punta 1997, 333

Alessandro Boscati, University of Milan, Italy, alessandro.boscatti@unimi.it, 0000-0002-5210-6769

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Alessandro Boscati, *Delega di funzioni e delega di firma nel lavoro pubblico contrattualizzato e in quello privato tra obblighi, diritti e responsabilità*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.10, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 151-170, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

sgg.), un'acuta nota sull'applicabilità dell'art. 18 riformato dalla legge Fornero al lavoro pubblico ove, con grande equilibrio, esprimeva la propria posizione con riguardo ad una complessa questione che divideva la comunità scientifica (Del Punta 2013, 416 sgg.), nonché il volume sulla Riforma Madia di cui è stato co-curatore [Corpaci, Del Punta, Monaco (a cura di) 2018].

Proprio dalla rilettura di quest'ultimo volume, e segnatamente dal richiamo ivi operato alle pronunce della Corte costituzionale che evidenziano la permanenza di profili di specialità nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato, e del saggio del 2011 su «Modelli organizzativi di impresa e diritto del lavoro», ove l'Autore opera un'approfondita riflessione in merito alla «gamma del possibile atteggiarsi delle regole del lavoro, e dell'elaborazione teorica che le sostiene, nei confronti dei mutamenti organizzativi» (Del Punta 2011, 113), affermando che «le scelte di modello organizzativo operate dall'imprenditore si avvalgono di un canale diretto di penetrazione nel contenuto del contratto di lavoro, con il corollario che la sfera debitoria del lavoratore subordinato viene modulata – *rectius*, hanno sempre notato i critici, ampliata – in dipendenza dalle logiche organizzative imperanti in una certa impresa» (Del Punta 2011, 114), è emersa l'idea di dialogare con il Professore Del Punta, in un parallelo pubblico privato, in relazione al tema della delega nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Muovendo dalla sollecitazione contenuta nello scritto del 2011, si intende investigare come nel settore pubblico e privato modelli organizzativo-gestionali improntati alla delega di funzioni e di firma incidano sulla definizione dell'oggetto dell'obbligazione contrattuale del dipendente e delle connesse responsabilità al fine di cercare, per quanto possibile, di operare un confronto tra le dinamiche dei due settori, anche allo scopo di verificare la sussistenza di possibili analogie sul piano delle strategie organizzative (ma anche delle patologie).

In questa prospettiva lo scritto dapprima ricostruisce la disciplina della delega di funzioni e di firma nel settore pubblico, per poi passare al settore privato e, infine, prima delle brevi riflessioni conclusive, procede all'analisi degli obblighi, diritti e responsabilità del delegante e delegato quali prestatori di lavoro subordinato, ponendo in luce i profili di identità/diversità tra settore pubblico e privato.

2. Il sistema delle deleghe. Generalità

Sul piano delle nozioni di inquadramento generale, la delega, quale atto di conferimento di poteri a soggetto diverso da quello individuato dalla legge come suo titolare, si presenta, nei vari rami del diritto, come atto dispositivo di un soggetto nei confronti di un altro. L'istituto della delega trae la sua origine da un'esigenza elementare di funzionalità delle organizzazioni e tende a salvaguardare il principio di legalità, pur garantendo una certa flessibilità operativa in un contesto sostanzialmente rigido. Tale connotazione può dirsi comune al settore pubblico e privato.

L'istituto di cui si discorre non riveste natura dichiarativa e neanche autorizzativa, perché la competenza del delegato non deriva direttamente dalla legge, ma è l'effetto dell'esercizio del potere di delega da parte del delegante, presup-

ponendo nel delegante una propria competenza, in mancanza della quale non si avrebbe delega in senso proprio, bensì «attribuzione» di competenze a titolo originario. Essa dà vita ad un rapporto particolare tra delegante e delegato, da non confondersi con un possibile rapporto di gerarchia eventualmente già esistente tra i due soggetti e sul quale si innesta. In particolare il rapporto nascente dalla delega è un rapporto di supremazia, in cui il delegante è titolare di alcuni poteri e diritti sul delegato, il quale a sua volta è in posizione di soggezione e di obbligo. Per la delega, infatti, non si richiede in linea di principio il consenso del delegato, il quale non può né rifiutare né restare inerte, tant'è che è previsto il potere sostitutivo del delegante in caso di inerzia del delegato. Solo in presenza di motivate e circostanziate ragioni il delegato si può rifiutare di accettare la delega.

La delega deve essere, peraltro, distinta dalla supplenza, che consiste in un fenomeno di duplice legittimazione ad esercitare la competenza, ossia una legittimazione primaria del titolare ed una legittimazione secondaria del vicario. È un istituto previsto dalla legge, che diventa operativo al verificarsi di un solo presupposto di fatto, cioè l'impedimento o l'assenza del titolare. La supplenza non modifica l'ordinamento delle competenze, bensì la legittimazione ad agire. Come evidenziato dalla giurisprudenza nell'ipotesi di impossibilità di esercizio delle funzioni da parte di soggetti preposti ad enti pubblici, allorché specifiche disposizioni di legge oppure i relativi statuti prevedano la figura del vicario, quest'ultimo, ove si verifichino le condizioni previste, è autorizzato ad esercitare tutte le attribuzioni proprie del sostituito, senza necessità di apposita delega, specificando nell'atto amministrativo posto in essere tale qualità, il "titolo" (assenza, impedimento temporaneo o altro) che legittima l'esercizio della potestà; quando, tuttavia, tale esplicitazione non emerga in alcun modo dall'atto, deve presumersi, con presunzione "iuris tantum", che egli abbia esercitato la potestà di sostituzione nel rispetto delle condizioni previste dalla norma o dallo statuto, con la conseguenza che sono i terzi interessati a doverne dedurre e provare l'insussistenza, dovendo tra essi ricomprendersi anche lo stesso ente rappresentato, laddove dimostri di avere un concreto interesse a negare la legittimazione sostanziale del vicario al compimento del negozio impugnato (cfr. Cass., sez. III, 12 maggio 2017, n. 11776).

Diverso ancora è l'istituto della reggenza previsto dall'art. 20 del D.P.R. 8 maggio 1987, n. 266 che consente la sostituzione del titolare assente o impedito «in attesa della destinazione del dirigente titolare», sì da essere connotato dai requisiti della straordinarietà e della temporaneità. In dottrina si è evidenziato come la reggenza sia «l'istituto mediante il quale un soggetto, titolare di altro ufficio viene nominato, secondo procedimenti stabiliti dalla legge, a ricoprire l'ufficio per il tempo necessario» e che ad esso «si provvede, ai sensi di legge, laddove non sia previsto, con riferimento alla titolarità di determinati uffici, l'istituto della supplenza», mentre la supplenza «è l'istituto mediante il quale un soggetto, titolare di altro ufficio nell'ambito dell'Amministrazione... ovvero preventivamente designato con questo specifico compito (i membri supplenti di organi collegiali, ad esempio eletti o nominati contestualmente ai membri effettivi) subentra al titolare nella titolarità dell'ufficio durante la temporanea

vacanza di questo». E si è ulteriormente precisato che «Il titolare temporaneo dell'ufficio, supplente o reggente, subentra nella pienezza delle funzioni dell'ufficio stesso, con la stessa ampiezza del titolare, salvi alcuni correttivi, intesi a far sì che la sua azione non pregiudichi l'azione del titolare una volta che questi abbia ripreso possesso dell'ufficio» (Cerulli Irelli 2019, 184 sg.; in giurisprudenza Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4063; Cass. S.U. 16 febbraio 2011, n. 3814; Cass. S.U. 14 maggio 2014, n. 10413 che indicano nella straordinarietà e nella temporaneità le caratteristiche essenziali dell'istituto).

Sulla scorta degli evidenziati principi generali, nei paragrafi che seguono si procederà dapprima a ricostruire la disciplina della delega di funzioni per il settore pubblico contrattualizzato, anche con riferimento a quanto previsto dal comma 1-*bis*, dell'art. 17 del d.lgs. n. 165/2001, e della delega di firma per poi passare all'analisi dell'istituto nel settore privato, qui con peculiare riferimento alla delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro in parallelo con la delega gestoria possibile a favore degli organi sociali.

3. La delega di funzioni amministrative

Com'è noto, nell'ambito delle attività svolte dalla pubblica amministrazione, la nozione di competenza amministrativa è retta dal principio della c.d. inderogabilità *ex art. 97 Costituzione* ed indica una sfera di poteri e di funzioni assegnata ad un organo. Ed il complesso di poteri e di funzioni che un organo della pubblica amministrazione può esercitare presuppone, a monte, un puntuale conferimento normativo a favore dello stesso soggetto pubblico. Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo i principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, sì da definire le competenze dei singoli uffici (cfr. art. 2, comma 1, d.lgs n. 165/2001). L'organizzazione amministrativa è, dunque, composta da una serie di elementi individuati nelle *funzioni*, cioè nei compiti cui l'apparato è tenuto per la realizzazione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura; nel *disegno organizzativo*, che esprime l'organizzazione in senso stretto e che si concretizza nell'affidamento della funzione ad una articolazione organizzativa, l'ufficio, il quale a sua volta viene dotato di specifici poteri; nel *personale*, di cui è dotata ciascuna struttura per l'esercizio delle funzioni che le competono; negli *strumenti finanziari*, conferiti alle strutture in relazione ai compiti da svolgere; e, infine, nelle *procedure*, nelle quali si articola l'esercizio delle funzioni (cfr. Benvenuti 1987, 85; Casse 1990, 2). L'articolazione delle funzioni, il loro affidamento ad un ufficio ed il conferimento dei poteri all'ufficio per lo svolgimento delle funzioni rappresentano gli elementi stabili ed originari di ogni organizzazione pubblica che preesistono alla provvista di personale – e, dunque, alla stipulazione del contratto di lavoro e all'assegnazione degli incarichi – e sono determinati, stante la riserva costituzionale dell'art. 97, con atto di natura pubblicistica. Si fa così riferimento alla nozione di ufficio per descrivere l'articolazione dei pubblici poteri (e, dunque, per definire le aree di competenza), considerando, altresì, l'ufficio

quale strumento per l'esercizio del potere, in quanto «ufficio e funzione appaiono essere di identico significato, in quanto la funzione è la trasformazione in atto, cioè è esercizio del potere in concreto, ed è perciò adempimento dell'ufficio» (Pastori 1967, 63).

Nell'ufficio – ed è il profilo che interessa in questa sede – è stato identificato il collegamento fra l'attività e la struttura organizzativa e, come tale, è l'ufficio il titolare dei poteri per l'esercizio della funzione. Sotto questo profilo la persona fisica rappresenta solo lo «strumento», al pari delle altre risorse, ad es. finanziarie, che servono all'ufficio per la concretizzazione di detto collegamento e, dunque, per l'attuazione da parte dell'ufficio della funzione. Pertanto, i poteri sono conferiti dalla legge o da altri atti normativi direttamente all'ufficio per lo svolgimento dell'attività di competenza e non ai soggetti, cioè ai pubblici dipendenti, così da qualificare l'organizzazione e non il personale. Al centro di tale ricostruzione c'è l'aspetto oggettivo della funzione quale attività diretta ad un fine pubblico, indipendentemente dall'entità soggettiva che la pone in essere. Il concetto di ufficio è «neutro rispetto all'ordine delle imputazioni, nel senso che serve solo a spiegare la distribuzione delle funzioni nell'organizzazione dell'ente» (Giannini 1981, 49), ma non le ragioni per cui il personale debba collaborare nell'amministrazione.

Con la privatizzazione dei rapporti di lavoro si è sancita una chiara alterità tra l'esercizio della funzione da parte dell'organizzazione amministrativa e l'obbligo del dirigente di eseguire una certa prestazione lavorativa (che si concretizza anche nell'esercizio di poteri pubblici). Ne è derivata la necessità di mantenere separati il piano dell'esercizio della funzione da quello che vede il dirigente quale prestatore di lavoro assunto con contratto e obbligato al suo adempimento. Tuttavia poiché l'ufficio rappresenta l'unità organizzativa abilitata ad adottare atti e provvedimenti che si imputano all'apparato e che il titolare dell'ufficio è un dipendente con qualifica dirigenziale la regola diviene quella per cui l'esercizio dei poteri spetta al dirigente. È la legge stessa ad attribuire al dirigente preposto ad un ufficio (ed in conseguenza di ciò) la competenza ad esercitare i poteri pubblicistici propri dell'ufficio per l'esercizio della funzione.

Posto quanto sopra, esistono, tuttavia, istituti mediante i quali – con provvedimento amministrativo e nei casi previsti dalla legge – pur non operandosi un trasferimento della titolarità della competenza, è possibile determinare lo spostamento del suo esercizio. La delega amministrativa è proprio uno di questi istituti ed ha la finalità di garantire la continuità dell'azione amministrativa qualora il dirigente non sia in grado di svolgere tutti i compiti assegnatigli. Essa consiste in un provvedimento amministrativo con cui un «organo» trasferisce ad altri l'esercizio di potestà o facoltà inerenti a proprie prerogative, non comportando un trasferimento definitivo di competenza in ordine all'atto (o agli atti) che ne è oggetto. La delega amministrativa rientra, dunque, tra i meccanismi di deroga alla sfera delle attribuzioni e competenze disciplinate e individuate dal legislatore ed è ammissibile solo nei casi in cui sia espressamente prevista dalla legge e deve essere conferita con atto scritto. La giurisprudenza amministrativa ritiene che poiché il potere di delega «altera l'ordine delle competenze degli

organi abilitati ad emettere atti con efficacia esterna, necessita di un supporto normativo di valore almeno pari a quello attributivo della competenza ordinaria, in quanto diversamente si renderebbe l'amministrazione arbitra di spostare, caso per caso, e senza alcuna previsione di limiti oggettivi e soggettivi, le competenze precostituite, con l'effetto di privare l'amministrato delle garanzie che sono insite nelle attribuzioni di uno specifico organo» (Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 1979, n. 20). In maniera analoga, il giudice ordinario ha affermato che «per principio generale il soggetto preposto a un organo [...] non può delegare ad altri le proprie attribuzioni, se non nei casi in cui norme specifiche (rispettivamente dell'ordinamento generale o dell'ordinamento particolare dell'amministrazione) espressamente o implicitamente lo consentano» (Cass., sez. I, 12 luglio 2001, n. 9441).

Mediante lo strumento qui in esame l'autorità delegante demanda al delegato esclusivamente l'esercizio dei poteri, senza perderne la titolarità e conservando nell'attività delegata poteri di ingerenza, quali quelli di direttiva, di sorveglianza e di avocazione, nonché di revoca. Peraltro con l'atto dispositivo possono essere precisati gli ambiti ed i modi d'esercizio dell'attività oggetto del provvedimento di delega ed il delegante potrà riservarsi adeguati spazi per ulteriori interventi, attraverso direttive od ordini o in altre forme ritenute opportune. Per effetto della delega, il delegato viene a trovarsi, rispetto all'esercizio del potere, nella medesima posizione del delegante, sicché esercita il potere in nome proprio e gli atti compiuti nell'espletamento dell'attività delegata sono a lui imputabili.

La giurisprudenza, recependo il concetto di delega elaborato dalla dottrina, ha affermato che «la delegazione è un rapporto giuridico caratterizzato da ciò che una figura soggettiva (ente o organo delegante) titolare di un determinato potere o complesso di poteri finalizzati alla cura di determinati interessi pubblici (funzione), attribuisce ad altra figura soggettiva (delegato) con proprio atto (atto di delegazione o più semplicemente delega) l'esercizio del potere stesso, definendone la durata, le modalità, gli obiettivi... la delega trasferisce al titolare l'esercizio del potere che...viene esercitato dal delegato in nome proprio...per cui è lui ad esserne direttamente responsabile» (Cass., sez. lav., 5 agosto 1998, n. 7672). Ed ha ulteriormente precisato che «l'esistenza e la validità della delega possono essere contestate e verificate in sede giurisdizionale, implicando l'indagine e l'accertamento sul tema un controllo non già sull'organizzazione interna della pubblica amministrazione, ma sulla legittimità dell'esercizio della funzione amministrativa e degli atti integranti la relativa estrinsecazione» (Cass., sez. V, 27 ottobre 2000, n. 14195).

Sul piano sistematico-ricostruttivo occorre poi sottolineare come la delega possa essere esercitata da parte del titolare di un ufficio a favore di titolari di uffici che già hanno una propria differente competenza con rilevanza esterna, oppure a favore di titolari di uffici privi di propria competenza o a soggetti non titolari di un ufficio. Si ha, invece, una delega intersoggettiva, detta anche impropria, qualora venga attribuita da un ente ad un altro ente la stessa titolarità di una competenza astrattamente rientrante nella sfera giuridica del primo. Il c.d. delegante si priva, invero, di tale competenza, che non può quindi esercitare se non, ecce-

zionalmente, in termini di sostituzione o avocazione per inerzia del delegato. Occorre uno specifico provvedimento legislativo che la preveda e la disciplini. Non è ammessa la revoca della delega se non con altra legge. Ne sono esempi la delega di funzioni tra Stato e Regioni ovvero tra Regioni ed enti locali minori.

4. La delega di funzioni dirigenziali disciplinata dal d.lgs n. 165/2001

La delega di funzioni dirigenziali trova nel settore pubblico contrattualizzato una propria specifica disciplina nel comma 1-*bis* dell'art. 17 del d.lgs n. 165/2001 che, nell'integrare le regole generali ricostruite nel precedente paragrafo, ne delimita il legittimo esercizio. La norma dispone che «I dirigenti, per specifiche e comprovate ragioni di servizio, possono delegare per un periodo di tempo determinato, con atto scritto e motivato, alcune delle competenze comprese nelle funzioni di cui alle lettere b), d), ed e) del comma 1 a dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati» e precisa che «Non si applica in ogni caso l'art. 2103 del codice civile». Giova fin da subito precisare come il rinvio all'art. 2103 cod. civ. a prima vista possa apparire incongruo, posto che la disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico contrattualizzato è da rinvenire nell'art. 52 del d.lgs n. 165/2001 secondo cui si ha, in particolare, svolgimento di mansioni superiori unicamente nel caso in cui il dipendente svolga in prevalenza, sotto il profilo quantitativo, qualitativo e temporale, compiti riferibili alla superiore area di inquadramento. Tuttavia il riferimento alla norma codicistica trova la propria ragion d'essere nella circostanza che il cennato articolo 52 concerne il personale del comparto, mentre nel caso in questione ciò che in astratto si pone è la eventuale richiesta del delegato del riconoscimento dello svolgimento di fatto di mansioni dirigenziali qualora le funzioni delegate assumano un rilievo assorbente (o anche solo prevalente) rispetto a quelle dell'area di inquadramento. Vi è, dunque, un rinvio, alla stessa norma codicistica indicata nel primo comma dell'art. 19 del d.lgs n. 165/2001 che, nel disciplinare il conferimento degli incarichi dirigenziali, stabilisce espressamente all'ultimo periodo che «al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'art. 2103 cod. civ.». L'intenzione del legislatore è chiara ed è nel senso di escludere che la delega di funzioni possa originare nel delegato alcun diritto ad un superiore inquadramento e alcuna richiesta di carattere economico ad esso riferita. Tuttavia a parere di chi scrive resta il fatto che lo svolgimento delle funzioni dirigenziali non possa assumere un valore prevalente poiché, ferma l'impossibilità dell'inquadramento nella categoria dirigenziale (posto il rispetto del principio dell'accesso del concorso che non trova alcuna deroga) non può essere aprioristicamente esclusa un'azione risarcitoria in capo al delegato qualora lo svolgimento in via predominante di funzioni dirigenziali ne comprima indebitamente la sfera soggettiva, ad esempio obbligandolo ad un orario di lavoro tale da impedirgli una adeguata conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. E questo a prescindere all'eventuale maggior importo del trattamento economico accessorio riconosciuto al delegato inidoneo a legittimare indebite limitazioni della sfera personale.

Posto quanto sopra, le funzioni dirigenziali delegabili da parte dei dirigenti riguardano l'attuazione dei progetti e delle gestioni loro assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate [lettera b)], la direzione, il coordinamento e il controllo dell'attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia» [lettera d)]; la gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici, anche per quanto concerne il concorso nella definizione di misure idonee a prevenire e contrastare i fenomeni di corruzione e a controllarne il rispetto da parte dei dipendenti dell'ufficio cui sono preposti [lettera e)]. Dalla riportata elencazione emerge come la delega di compiti dirigenziali possa riguardare sia l'esercizio di pubblici poteri, sia lo svolgimento di prerogative datoriali privatistiche, con un'attrazione nel primo caso all'ambito del diritto pubblico e nel secondo caso alle regole del diritto privato da esercitarsi nel rispetto dei profili di specialità che ineriscono al lavoro pubblico contrattualizzato.

Il comma 1-*bis* dell'art. 17 nel consentire la delega a personale non dirigenziale, come visto, ne indica come possibili destinatari i «dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati». Tali dipendenti in base alla più recente evoluzione normativa devono intendersi quelli inquadrati nell'area della elevata qualificazione. Il testo del comma 1-*bis* dell'art. 52 del d.lgs n. 165/2001 è stato, infatti, novellato dall'art. 3 del d.l. n. 80/2021 che, nel confermare l'inquadramento dei dipendenti pubblici in almeno tre distinte aree funzionali secondo il sistema di classificazione definito dalla contrattazione collettiva, ha demandato alla fonte collettiva l'individuazione di un'ulteriore area per l'inquadramento del personale di elevata qualificazione. Tale previsione è stata recepita da tutti i contratti di comparto della tornata 2019-2021 che, ancorché con soluzioni non sempre coincidenti¹, hanno individuato tale area come quella che comprende il personale con un livello di conoscenze, abilità e competenze professionali più elevate. In particolare il contratto Funzioni centrali, nel definire la declaratoria dell'area delle elevate professionalità (cioè l'insieme dei requisiti indispensabili per l'inquadramento nell'area) tra le specifiche professionali ha espressamente ricompreso, tra le altre, «le responsabilità amministrative derivanti dalle funzioni organizzate affidate e/o conseguenti ad espressa delega di funzioni da parte del dirigente in conformità agli ordinamenti delle amministrazioni», si da confermare che i destinatari della delega di funzioni possono essere i dipendenti in essa inquadrati. Senonché l'area per espressa previsione normativa è «nata» vuota; ne consegue che nelle more della sua effettiva costituzione, prevista tramite assunzione di esterni e eventuali progressioni di carriera di interni secondo la disciplina nor-

¹ In particolare nel comparto Funzioni locali ed in quello Istruzione e ricerca, Sezione Scuola per il personale ATA è stata prevista una unitaria area dei Funzionari e dell'Elevata Qualificazione.

mativa (e non secondo quella contrattuale per la prima applicazione), la delega di funzioni possa essere legittimamente esercitata a favore di coloro che risultano inquadrati nell'area apicale secondo il precedente sistema di inquadramento. Si ritiene, peraltro, che quale effetto dell'effettiva costituzione della nuova area dell'elevata qualificazione vi dovrà essere la cessazione delle deleghe già conferite al personale apicale; e questo a prescindere dal fatto che il delegato sia o meno transitato per progressione di carriera nella nuova area. Qualora lo sia ciò avverrà quale conseguenza della sottoscrizione di un nuovo contratto individuale di lavoro e del modificato perimetro dei compiti esigibili che potrebbe in parte comprendere anche una parte di quelli già delegati e che quindi dovrebbero essere svolti in ragione di attribuzioni proprie e non in virtù della delega²; qualora non lo sia, in maniera ancora più intuitiva, in quanto non rivestirebbe più la posizione di inquadramento apicale richiesta dal comma 1-bis dell'art. 17 del d.lgs n. 165/2001 per la delega.

La delega oltre ad essere limitata alle funzioni indicate alle lettere b), d) ed e) – peraltro riferibili ad una molteplicità di compiti, e di portata generale rispetto alle specifiche deleghe di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro di cui all'art. 16 del d.lgs n. 81/2008 (su cui *amplius* par. 7) e di quella a favore del responsabile del procedimento prevista dall'art. 5 della legge n. 241/1990 – è altresì soggetta alla presenza di alcune concorrenti condizioni: devono sussistere specifiche e comprovate ragioni di servizio connesse a determinati procedimenti amministrativi e/o attività di gestione privatistica anche del personale e deve essere conferita a tempo determinato con atto scritto e motivato. Con tutta evidenza la forma scritta, peraltro già prescritta in via generale dalla giurisprudenza per tutti gli atti di delegazione (Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 1984, n. 540; T.A.R. Campania, sez. I, 10 gennaio 1986, n. 7; Cass., sez. I, 26 aprile 1991, n. 4618), risponde ad una duplice ragione: per la prova dell'effettivo rilascio della delega qualora venga contestato l'esercizio di certe funzioni da parte del delegato e per la verifica della sussistenza delle ragioni che ne hanno comportato il rilascio. Si ritiene, infatti, che lo spirito della norma sia chiaro nel senso di indicare la delega come atto di natura strettamente transitoria, di cui è indubbia conferma anche l'esplicitazione del dover essere conferita a tempo determinato, non potendone costituire l'utilizzo massivo una modalità di gestione ordinaria da parte del dirigente. Se è, infatti, vero che la temporaneità non può essere rigidamente intesa con riferimento ad un predeterminato arco temporale, dovendosi piuttosto intendere come relativa a tutto il periodo in cui sussiste una data esigenza organizzativa e, dunque, anche per un arco temporale potenzialmente ampio, è del

² La declaratoria contrattuale del Ccnl Funzioni centrali del 2019-21 afferma espressamente che «Appartengono a quest'area i lavoratori strutturalmente inseriti nei processi produttivi e nei sistemi di erogazione dei servizi che, ai fini del raggiungimento degli obiettivi stabiliti, svolgono funzioni di elevato contenuto professionale e specialistico e/o coordinano e gestiscono processi articolati di significativa importanza e responsabilità assicurando la qualità dei servizi e dei risultati, l'ottimizzazione delle risorse eventualmente affidate, attraverso la responsabilità diretta di moduli o strutture organizzative».

pari indubbio che eventuali carenze di ordine strutturale che abbiano indotto all'utilizzo dello strumento della delega debbano essere colmate con soluzioni aventi pari carattere strutturale. In altri termini, a titolo di esempio, laddove la delega sia dovuta alle troppe competenze assegnate ad un ufficio dirigenziale, tali da impedirne al titolare il completo svolgimento, occorrerà procedere ad una revisione organizzativa volta ad una diversa distribuzione di compiti; del pari laddove la delega sia l'effetto di un *deficit* di competenza del dirigente a svolgere certe attività, occorrerà procedere o con attività formative volte a colmare dette lacune oppure ad un avvicendamento del dirigente.

Alla luce di quanto fin qui evidenziato deve essere interpretato anche l'obbligo di motivazione che assume nel contempo la finalità di specificare sul piano oggettivo le ragioni delle delega, al fine della verifica della loro sussistenza e sul piano soggettivo di far emergere l'idoneità del delegato a svolgere i compiti assegnatigli. Con tutta evidenza la mancanza delle condizioni prescritte dalla legge renderà inefficace la delega, con conseguente responsabilità in capo al soggetto delegante (su cui *amplius* par. 8). In applicazione dei principi generali deve, invece, ritenersi che ai fini della legittimità dell'atto compiuto dal delegato non occorra l'espressa menzione della delega, essendone sufficiente l'effettiva esistenza (cfr. T.A.R. Pescara, 20 dicembre 1985, n. 531; T.A.R. Palermo, 27 gennaio 1986, n. 103; T.A.R. Latina, 3 dicembre 1986, n. 861 e T.A.R. Bari, 20 maggio 1987, n. 269).

Infine la delega di funzioni non deve essere confusa con lo svolgimento di funzioni dirigenziali da parte del personale apicale non dirigenziale negli enti locali in cui non sono previste in organico figure dirigenziali. Il comma 2 dell'art. 109 del d.lgs n. 267/2000 (c.d. TUEL) prevede che le funzioni dirigenziali possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici e dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, fatte salve quelle conferite dallo stesso sindaco al Segretario comunale. Tale disposizione normativa è da leggere in stretta connessione con la previsione della contrattazione collettiva secondo cui «Negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale, i responsabili delle strutture apicali, secondo l'ordinamento organizzativo dell'ente, sono titolari delle posizioni organizzative» (art. 17, comma 1, Ccnl comparto Funzioni locali 2016-18). Una previsione che trova conferma in quella dell'ultimo contratto collettivo in cui, nell'ambito di un rinnovato sistema di classificazione del personale, conforme a quanto previsto dall'art. 3 del d.l. n. 80/2021, si è introdotta la nuova area dei Funzionari e dell'Elevata qualificazione (EQ) e si è previsto, da un lato, che «Negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale, le posizioni di responsabile di ciascuna struttura apicale, secondo l'ordinamento organizzativo dell'ente, sono automaticamente individuate come posizioni di lavoro oggetto di incarichi di EQ» (art. 19, comma 1) e dall'altro lato che «Gli incarichi di posizione organizzativa in essere alla data di entrata in vigore del presente Titolo sono, in prima applicazione, automaticamente ricondotti alla nuova tipologia di incarichi di EQ» ed ancora che «Gli incarichi di posizione organizzativa conferiti secondo la predetta disciplina proseguono fino a naturale scadenza» (art. 13, comma 2). Dunque, negli enti locali

privi di dirigenti i titolari delle posizioni organizzative svolgono le funzioni dirigenziali (e nel futuro le svolgeranno i titolari di incarichi di elevata qualificazione) non quale effetto di un atto di delega, bensì di attribuzioni di compiti, al pari di quanto avviene per la dirigenza con l'atto di conferimento dell'incarico.

5. La delega di firma

Diversa dalla delega di funzioni è la delega di firma che risponde a mere esigenze di deconcentrazione dell'attività amministrativa e non crea particolari rapporti tra delegante e delegato, trattandosi semplicemente di un atto che serve a definire l'organizzazione del lavoro all'interno di un ufficio. Mentre, come visto, con la delega di funzioni si trasferisce temporaneamente ad altri la competenza ad esercitare poteri propri per l'adozione, in autonomia, di provvedimenti con rilevanza anche esterna, come tale «suscettibile di alterare il regime dell'imputazione dell'atto e di porre in capo al delegato l'assunzione esclusiva della responsabilità» (Cass., sez. V, 19 aprile 2019, n. 11013), con la delega di firma, di carattere meramente interno, il delegante consente al delegato, appartenente alla stessa amministrazione, l'adozione (o meglio la sottoscrizione) di determinati provvedimenti di propria competenza a carattere essenzialmente vincolato, cioè di contenuto predeterminato dal delegante a cui ne restano imputati gli effetti (Cerulli Irelli 2019, 205; in giurisprudenza cfr. Cass., sez. V, 14 settembre 2021, n. 24652; Cass., sez. V, 29 marzo 2019, n. 8814; Cass., sez. lav., 25 maggio 2000, n. 6882; in senso conforme cfr. Cass., sez. lav., 22 marzo 2005, n. 6113; per la giurisprudenza amministrativa si veda Cons. Stato, sez. III, 24 marzo 2015, n. 1573; T.A.R. Genova, sez. I, 28 novembre 2014, n. 1755; T.A.R. Roma, sez. II, 1° luglio 2011, n. 5787; T.A.R. Genova, sez. I, 24 marzo 2011, n. 446; T.A.R. Brescia, sez. II, 20 maggio 2010, n. 2070; T.A.R. Toscana, 18 dicembre 2002, n. 3372; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 30 maggio 1995, n. 182 e, in un *obiter dictum*, T.A.R. Piemonte, 17 marzo 2000, n. 309). Come ha bene evidenziato il Consiglio di Stato, la delega di firma «realizza un mero decentramento burocratico, poiché il delegato non esercita in modo autonomo e con assunzione di responsabilità poteri che rientrano nelle competenze amministrative riservate al delegante, ma agisce come sua *longa manus* ossia quale mero sostituto materiale del soggetto persona fisica titolare dell'organo cui è attribuita la competenza» (Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2019, n. 7418). Ciò ha portato, altresì, a ravvisare l'irriducibilità della delega di firma alla fattispecie della rappresentanza civilistica a cui può essere, invece, accostata la delega di funzioni. Ciò in quanto tanto nella rappresentanza quanto nella delega di funzioni, la procura o l'atto di delega hanno una rilevanza esterna e servono anche a giustificare ai terzi i poteri conferiti, mentre quest'esigenza non si riscontra nella delega di firma che rileva solo sul piano dell'organizzazione amministrativa (Cass., sez. V, 9 settembre 2022, n. 26694).

La delega di firma risponde, dunque, all'esigenza della pubblica amministrazione di realizzare i principi generali di buon andamento, segnatamente di efficacia e di speditezza dell'azione amministrativa. Affinché sia legittima, si ri-

tiene debba sussistere una doppia condizione di forma e di sostanza, ancorché in ambito tributario vi siano alcune specificità: così sul piano formale la delega deve essere redatta in forma scritta, per poterne verificare la provenienza e la sussistenza dei requisiti di legge, e lo strumento più frequentemente utilizzato, tanto da divenire strumento ordinario, è costituito dall'ordine di servizio da cui deve emergere chiaramente la qualifica rivestita dal delegato sottoscrittore; sul piano sostanziale il soggetto delegato deve essere interno all'amministrazione di cui è parte il soggetto delegante, non essendo legittimo il conferimento della delega di firma ad un soggetto appartenente ad un settore amministrativo diverso da quello del delegante.

Peraltro dalla delega di firma (definita anche delega «interna pura») deve essere tenuta distinta la c.d. delega «interna mista» con cui un organo attribuisce a determinate figure soggettive interne all'amministrazione il potere di adottare autonomamente atti con un qualche livello di discrezionalità nell'an e/o nel contenuto. Tale forma di delega interna presenta caratteri misti che la avvicinano alla delega propria, da cui si distingue per la mancanza di una vera alterità organica e di una piena autonomia, trattandosi di un rapporto essenzialmente fiduciario tra organo di vertice ed altre figure organiche ad esso strettamente legate nella struttura amministrativa. Proprio tale relazione di dipendenza giustifica la possibilità per il delegante di imporre al delegato limiti sia di tempo che di contenuto nel concreto esercizio del potere discrezionale. Anche in questo caso non si realizza lo spostamento di una competenza, che rimane nella titolarità e nell'esercizio ordinario del delegante, il quale può ben revocare in ogni momento tale facoltà concessa. Tuttavia mentre la delega di firma (o delega meramente interna) non necessita di una disposizione normativa, che la preveda, la delega mista presuppone, invece, una previsione da parte dell'ordinamento generale ovvero di settore, quali statuti e regolamenti, che la consenta e eventualmente la delimiti (Corte dei conti, Sez. enti locali, 2 aprile 1993, n. 2).

6. La delega nel settore privato

L'attenzione viene ora rivolta al settore privato, nella consapevolezza di doversi limitare ad alcune riflessioni, finanche troppo assertive, per una problematica di ampio respiro e che meriterebbe ben altro spazio di analisi. Si porranno, dunque, in luce gli elementi qualificanti della delega a partire dall'enucleazione degli elementi che la contraddistinguono nel privato rispetto al pubblico.

Quale inquadramento generale occorre osservare che se nel rapporto di lavoro pubblico il tema della delega è strettamente intrecciato con l'esercizio di poteri pubblici e, dunque, con gli istituti di diritto amministrativo, in quello privato il dialogo è fondamentalmente con il diritto commerciale e, segnatamente, con quella parte più direttamente ascrivibile al diritto societario per la correlazione tra prerogative degli organi gestori e attribuzioni del personale. Una propria specificità assume, poi, la delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro disciplinata dall'art. 16 del d.lgs n. 81/2008, istituito, come visto, non estraneo al lavoro pubblico.

Sempre con riguardo alle considerazioni di carattere generale è parimenti evidente come nel settore privato la definizione giuridica di organizzazione presenti dei confini meno delineati rispetto al settore pubblico. Compare nella definizione di impresa, come attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e di servizi (art. 2082 cod. civ.), declinata sul piano soggettivo in termini di organizzazione e gestione delle risorse umane (art. 2086, comma 1, cod. civ.) e sul piano oggettivo in termini di organizzazione dei beni aziendali organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 cod. civ.). Proprio quello che è stato appena declinato come l'aspetto soggettivo di organizzazione e gestione delle risorse umane assume un rilievo prevalente ai fini del presente scritto. In questa prospettiva l'attenzione deve essere focalizzata sull'art. 2086 e, segnatamente, sul suo primo comma, ove si afferma che «L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori». Il ruolo di capo dell'impresa si riferisce ai rapporti personali, con un rinvio «gerarchico» che è innanzitutto al lavoratore subordinato il quale ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. deve collaborare alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore. Ed in questa prospettiva deve essere visto l'istituto della delega che anche nel privato trae origine da un'esigenza di funzionalità dell'organizzazione e che deve essere esercitato dal titolare del potere nel rispetto del principio di legalità (cfr. *supra* par. 2). Anche nel settore privato il modello organizzativo rigorosamente gerarchico, con forte verticalizzazione ed accentramento decisionale, ha ceduto il passo ad un nuovo concetto di gerarchia fondato non più solo sul concetto di qualifica funzionale, quanto sulle competenze sempre più specialistiche che si coordinano per il perseguimento degli obiettivi dell'impresa (si veda Perulli 2012, 56 sgg.). In sostanza la delega è esplicazione dei poteri di direzione e di controllo che si giustificano sulla base del principio gerarchico insito nell'organizzazione dell'impresa così come disegnata dall'impianto del codice in una prospettiva di maggiore efficienza e tempestività d'azione. Un modello in cui al centro vi è sempre la libertà di iniziativa economica privata in cui l'esercizio dei poteri datoriali è soggetto al rispetto dei limiti esterni costituiti dalle norme legislative e contrattuali poste a tutela del prestatore di lavoro che rappresentano l'esplicitazione sul piano del rapporto di lavoro del principio di legalità. Nonostante la diversa posizione autorevolmente prospettata in dottrina non si ritiene, infatti, desumibile dal secondo comma dell'art. 2086, introdotto dall'art. 375 del d.lgs n. 14/2019 – che pone a carico dell'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva «il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa», anche in vista della tempestiva rilevazione della crisi e dell'attivazione degli strumenti idonei al recupero della continuità aziendale – «una regola (almeno potenzialmente) generale e connaturata alla nozione stessa d'impresa» per cui «la dimensione organizzativa risulta sottratta al regime d'insindacabilità e l'intervento del giudice può spingersi sino alla verifica della struttura interna (le funzioni, le procedure, gli atti datoriali)» (Tullini 2020, 142). L'accoglimento della riportata e non condivisa tesi implicherebbe la possibilità di sindacare anche il sistema di deleghe definite nell'ambito dell'organizzazione.

La delega, come nel settore pubblico, può essere meramente interna o avere ad oggetto anche compiti di gestione e/o di rappresentanza esterna qualora si traduca nel conferimento del potere di agire in nome e per conto dell'impresa nei confronti di terzi, rendendosi in questo caso necessaria un'adeguata forma di pubblicità. Anche nel privato è possibile differenziare tra una delega di funzioni che si caratterizza per l'attribuzione di autonomi poteri ed una delega di mera esecuzione, tra cui rientra la delega di firma, in forza della quale sono affidati compiti meramente attuativi delle decisioni assunte dal titolare.

Sul piano del rapporto di lavoro la delega di compiti deve confrontarsi con la disciplina dell'inquadramento e delle mansioni, segnatamente con le previsioni della contrattazione collettiva di categoria, molte delle quali prevedono per le posizioni apicali non dirigenziali il possibile svolgimento di compiti delegati, senza ovviamente predefinire in che cosa consista il possibile oggetto della delega³. Una delega che, di regola, promana dalla dirigenza in ragione del ruolo rivestito all'interno dell'organizzazione e dei poteri conferiti, ma che può provenire dall'imprenditore o da un organo societario e che deve essere univoca, specifica ed espressa, richiedendosi, altresì, il consenso del delegato che può essere manifestato in modo tacito con l'esecuzione dei compiti delegati.

Per la delega, che per natura presenta il carattere della temporaneità e deve avere quale destinatario un soggetto idoneo al compito per competenza tecnica ed esperienza, e la cui revoca non è ascrivibile ad un mutamento di mansioni, valgono i principi di carattere generale, già visti per il settore pubblico, della titolarità dei poteri in capo al delegante, della delegabilità del compito e dell'assegnazione di adeguati strumenti tecnici, finanziari ed organizzativi nonché, ove richiesto, dei necessari poteri di spesa.

Un profilo che tocca tangenzialmente il tema della delega, che può essere qui solo enunciato, è quello relativo al cumulo di attribuzioni in capo ad un soggetto, nel contempo amministratore e dipendente (di regola di qualifica dirigenziale) cui sono stati delegati compiti propri dell'organo sociale.

7. Segue: La delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro (in parallelo con la delega gestoria)

Una propria specificità assume l'istituto della delega di funzioni disciplinato dall'art. 16 del d.lgs n. 81/2008 (c.d. TUSL), ovvero lo strumento con il quale il datore di lavoro (e non anche il dirigente, pure investito a titolo originario come il preposto dal TUSL di compiti a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro) trasferisce i poteri e le responsabilità per legge connessi al proprio ruolo ad altro soggetto che diventa garante a titolo derivativo, con conseguente riduzione e mutazione dei doveri facenti capo al soggetto delegante. Giova ricordare come

³ Cfr. Ccnl 5 febbraio 2021 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti Campo A – Ruoli di gestione del cambiamento e dell'innovazione: livello A1 Livello A1.

nel settore pubblico per datore di lavoro «si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa» [art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs n. 81/2008].

L'art. 16, di rilievo poiché dallo stesso si ricavano alcuni principi di carattere generale, richiede che la delega risulti da atto scritto recante data certa, che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, che essa assegni al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate, che sia accettata dal delegato per iscritto (art. 16, comma 1). La delega per essere operativa deve essere resa conoscibile mediante adeguata e tempestiva pubblicità (art. 16, comma 2). Permane in capo al datore di lavoro delegante l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite e tale obbligo si intende assolto in caso di adozione ed attuazione efficace del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, dello stesso d.lgs n. 81/2008 (art. 16, comma 3). Quest'ultima disposizione stabilisce che il modello di organizzazione e gestione (c.d. Mog) debba prevedere un idoneo sistema di controllo sulla sua attuazione e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate, con obbligo di riesame e di eventuale modifica del modello organizzativo qualora siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. Il legislatore ha escluso la delegabilità della valutazione dei rischi, della redazione del relativo documento (che resta nella sua responsabilità anche quando venga conferito ad altri l'incarico della materiale stesura) e della nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione in quanto obblighi inerenti all'essenza della figura del datore di lavoro e propri della sua posizione di garante all'interno del contesto produttivo (art. 17). Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro, delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni previste per la delega; il soggetto ulteriormente delegato non può, invece, delegare le funzioni delegate. Si esplicita che la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite (art. 16, comma 4).

In merito all'assetto così definito le Sezioni Unite penali hanno affermato che la delega «nei limiti in cui è consentita dalla legge, opera una traslazione dal delegante al delegato di poteri che sono propri del delegante medesimo» e come tale «ridetermina la riscrittura della mappa dei poteri e delle responsabilità», residuando, tuttavia, in capo al delegante «un obbligo di vigilanza alta che riguarda il corretto svolgimento delle proprie funzioni da parte del soggetto delegato» non potendosi esservi «effetto liberatorio senza attribuzione reale di

poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa pertinenti all'ambito delegato» (Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343).

La giurisprudenza penale ha, altresì, avuto modo di evidenziare la differenza tra la delega di funzioni di cui all'art. 16 del d.lgs n. 81/2008 e la delega gestoria di cui all'art. 2381 cod. civ. Quest'ultima disposizione permette al Consiglio di amministrazione, qualora lo statuto o l'assemblea lo consentano, di delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. In tal caso il Consiglio di amministrazione deve determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega; sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Sono espressamente indicate come non delegabili alcune attribuzioni (quelle indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501 ter e 2506-bis cod. civ.). Gli organi delegati sono tenuti a curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e devono riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. Ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

La giurisprudenza di legittimità ha, così, affermato che «mentre nel caso della delega di funzioni contemplata dall'art. 16 del d.lgs n. 81/2008 viene in rilievo la traslazione di alcuni poteri e doveri di natura prevenzionistica, nel caso della delega gestoria vengono in rilievo criteri di ripartizione dei ruoli e delle responsabilità tra gli amministratori in ambito societario caratterizzato da strutture più o meno articolate». Ne viene fatto così discendere che con la delega di funzioni il datore di lavoro «trasferisce i poteri e responsabilità per legge connessi al proprio ruolo ad altro soggetto» e «questi diventa garante a titolo derivativo, con conseguente riduzione e mutazione dei doveri facenti capo al soggetto delegante»; mentre con la delega gestoria si realizza la «ripartizione delle attribuzioni e delle responsabilità nelle organizzazioni complesse» in quanto l'istituto «è preordinato ad assicurare un adempimento più efficiente della funzione gestoria (in quanto evidentemente più spedita) ed al contempo la specializzazione delle funzioni, tramite valorizzazione delle competenze e delle professionalità esistenti all'interno dell'organo collegiale». In sostanza la delega di funzioni ex art. 16 presuppone un trasferimento di poteri e correlati doveri obblighi dal datore di lavoro verso altre figure non qualificabili come tali e che non lo divengono nemmeno per effetto di tale delega; viceversa nella delega gestoria, un obbligo si trasferisce dal consiglio di amministrazione (datore di lavoro) a un delegato componente del consiglio stesso, cioè ad un soggetto già investito della qualifica datoriale.

8. Obblighi, diritti e responsabilità del delegante e del delegato

A questo punto, delineate le caratteristiche fondamentali della delega di funzioni e di firma nel settore pubblico e privato l'attenzione è rivolta all'analisi degli obblighi, diritti e responsabilità del delegante e delegato quali prestatori di lavoro subordinato, senza occuparci delle deleghe tra organi societari la cui disciplina è stata richiamata solo per completezza ricostruttiva. Obblighi, diritti e responsabilità rappresentano tre profili tra loro strettamente connessi da affrontare partendo da una sintetica ricognizione di ordine generale delle non del tutto coincidenti forme di responsabilità da inadempimento contrattuale dei dipendenti pubblici e privati dovute ad alcune significative differenze tra i due settori; una ricostruzione che risulta necessariamente propedeutica all'analisi del come dette forme di responsabilità si rapportino all'esercizio del potere di delega e all'adempimento dei compiti delegati.

Come è noto, la responsabilità disciplinare è propria di ogni prestatore di lavoro subordinato, privato e pubblico, dirigente e non. Vi sono, tuttavia, alcune rilevanti differenze tra settore pubblico e privato. La prima attiene alla doverosità dell'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico, funzionale nelle intenzioni del legislatore all'accrescimento dell'efficienza dell'azione dell'amministrazione e alla riduzione dell'assenteismo e che ha portato alla definizione di una speciale disciplina legislativa (art. 55 e sgg. d.lgs n. 165/2001) che annovera anche la tipizzazione di una serie di condotte tali da comportare l'irrogazione del licenziamento o l'applicazione di sanzioni conservative. La seconda concerne l'aver previsto, sempre nel settore pubblico, a fianco di un codice disciplinare, anche un codice di comportamento che definisce precisi doveri per tutti i dipendenti pubblici, la cui violazione è sanzionata disciplinarmente. La terza riguarda la dirigenza pubblica, assoggettata ad un recesso necessariamente causale, tutelata in caso di licenziamento illegittimo con la tutela reintegratoria al pari del personale del comparto, passibile anche di sanzioni disciplinari conservative, alcune, come detto, espressamente previste *ex lege*; e questo a differenza del settore privato ove per la dirigenza non sono contemplate sanzioni conservative e vige un regime legale di libera recedibilità, con supplenza della contrattazione collettiva che ha previsto nel caso di recesso ingiustificato (con una nozione di giustificatezza più ampia di quella di giusta causa e di giustificato motivo) il diritto del dirigente a percepire un'indennità risarcitoria secondo i parametri dalla stessa definiti.

Nel settore pubblico vi è, poi, per i soli dirigenti, una forma aggiuntiva e specifica di responsabilità, la responsabilità dirigenziale, riferita al doppio ruolo del dirigente pubblico, di dipendente e di datore di lavoro, e connessa all'attuazione degli obiettivi assegnati e alle modalità di gestione del personale.

Delineate le caratteristiche di carattere generale delle responsabilità «privatistiche», occorre ora analizzare come si correlino agli istituti della delega di funzioni e di firma avendo riguardo agli obblighi e ai diritti del delegante e del delegato. L'aspetto centrale, e comune a pubblico e privato, è la necessità che il delegato sia un soggetto idoneo a svolgere i compiti delegatigli e che sia posto

nelle condizioni di poter adempiere. Si realizza così una posizione di obbligo per il delegante (di esercitare la delega nel rispetto di tali presupposti) ed una corrispondente posizione di diritto per il delegato (al loro rispetto). Nel caso in cui ciò si realizzi e la delega abbia come destinatario un dipendente “delegabile” in base al sistema di inquadramento, il delegato dovrà adempiere all’obbligazione contrattuale comprensiva anche dei compiti delegati, non potendo vantare alcun diritto ad un incremento della retribuzione tabellare, con un rilievo dei compiti delegati solo sul piano del trattamento economico accessorio.

Qualora, invece, il dipendente in ragione del proprio inquadramento non rientri tra i soggetti potenzialmente delegabili o, pur rientrandovi non possieda idonee competenze tecniche, la questione che si pone è se possa rifiutarsi di svolgere i compiti delegati facendo leva sull’eccezione di inadempimento *ex art. 1460 cod. civ.* In merito non si può che richiamare il rigoroso orientamento della Suprema Corte che la ritiene ammissibile solo nel caso di completo inadempimento da parte del datore di lavoro dei propri obblighi contrattuali (Cass., sez. lav., 18 aprile 2023, n. 10227). Ciò, peraltro, non toglie che l’inidoneità del delegato a svolgere i compiti delegatigli sia tale da escludere nei suoi confronti una responsabilità disciplinare, soprattutto nel caso in cui l’abbia tempestivamente evidenziata. Pare chiaro come la questione si ponga nel caso di delega di compiti amministrativi e/o gestionali che implichino l’esercizio di prerogative in autonomia e non nel caso di una mera delega di firma in cui il delegato agisce in qualità di mero sostituto materiale del titolare dei poteri, ragion per cui ravvisare l’incapacità e/o l’assenza di idonee strumentazioni e risorse appare ipotesi alquanto remota.

Per quanto concerne il delegante l’incongruo esercizio del potere di delega comporta una sua responsabilità disciplinare sia nel caso in cui sia stato individuato un delegato inidoneo, sì da configurarsi una sua *culpa in eligendo*, sia nel caso in cui non gli siano state assegnate risorse adeguate, sì da non consentirgli di svolgere i compiti delegati. Qualora si tratti di delegante dirigente pubblico egli potrà rispondere anche per responsabilità dirigenziale, posto che detta responsabilità concorre con quella disciplinare stante il chiaro disposto dell’art. 21 del d.lgs n. 165/2001 che, nel regolamentare la responsabilità dirigenziale, esplicita «fermo restando l’eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo».

La questione delle responsabilità si pone in maniera più articolata nel caso in cui il delegato sia soggetto “idoneo” e gli siano state attribuite risorse adeguate. Si devono analizzare partitamente le posizioni del delegato e del delegante.

Quanto al delegato, si è già posto in luce come in questa ipotesi nel perimetro dei suoi obblighi contrattuali siano compresi anche i compiti delegati. Si deve, tuttavia, precisare come nel valutare l’eventuale inadempimento occorrerà preliminarmente determinare quale sia la prestazione oggettivamente esigibile, anche sulla scorta dell’autonomia riconosciuta, e sulla base di ciò verificare l’eventuale violazione degli obblighi propri del prestatore di lavoro, prima fra tutte la mancanza di diligenza.

Non è, invece, configurabile, nel settore pubblico, una responsabilità dirigenziale *strictu sensu* intesa posto che essa postula, come visto, il riconoscimento

della qualifica dirigenziale e la delega è prevista, di regola, a favore del personale del comparto. Ovviamente il discorso è diverso nel caso di delega da parte del dirigente incaricato della direzione di un ufficio dirigenziale generale ad un dirigente incaricato della direzione di un ufficio dirigenziale non generale.

Per il dirigente delegante (ma più in generale per qualsiasi delegante) la questione della responsabilità ruota attorno alla qualificazione del rapporto che si instaura con il delegato. Tre sono le possibili soluzioni. In base ad una prima ricostruzione in capo al delegante permarrebbe un dovere di vigilanza continua e un obbligo di intervento in presenza di situazioni, di incongrua attività da parte del delegato, con conseguente sua responsabilità in caso di mancata attivazione. In senso diverso il delegato rimarrebbe l'unico responsabile dei compiti delegati, senza che via sia la necessità di alcun intervento da parte del delegante che, dunque, anche in caso di inerzia non sarebbe responsabile. Secondo una posizione intermedia assumerebbe rilievo il fatto che il delegante con l'esercizio della delega limiterebbe i propri doveri, confidando che il delegato in ragione dell'idoneità allo svolgimento dei compiti delegati adempia in maniera diligente, dovendosi attivare solo allorquando venga a conoscenza di eventuali inosservanze.

Mi pare che non si possa prescindere dal ravvisare una *culpa in vigilando* in capo al delegante, con contestuale suo obbligo di attivazione (revocando la delega e/o provvedendo direttamente) in caso di inattività o di manifestata incapacità del delegato. Ciò anche in ragione del rapporto gerarchico interoccorrente nella struttura organizzativa tra delegante e delegato, senza possibilità, però, per il delegante di interferire fisiologicamente sull'attività del delegato (che comporterebbe di fatto una revoca della delega). Peraltro, per il delegante dirigente pubblico è possibile ravvisare anche in questo caso una concorrente responsabilità disciplinare e dirigenziale.

9. Riflessioni conclusive

In chiusura della ricostruzione in chiave critica della disciplina della delega di funzioni e di firma pare possibile evidenziare, da subito, come sul piano del rapporto di lavoro, quanto a poteri, diritti e responsabilità del delegante e del delegato, tra settore pubblico e privato gli elementi di comunanza prevalgano, con l'unica rilevante specificità data dalla responsabilità dirigenziale, effetto della peculiare connotazione del dirigente pubblico. La matrice privatistica del rapporto di lavoro rappresenta il collante forte tra i due «mondi».

Ma si può soprattutto ritenere, più per la delega di funzioni che non per quella di firma, che l'affermazione di Riccardo Del Punta, riportata in premessa di questo scritto, secondo cui la sfera debitoria del lavoratore subordinato viene modulata in dipendenza di logiche organizzative, abbia trovato piena conferma. La delega ne è, infatti, una espressa riprova; e lo è sia nel settore pubblico che in quello privato, pur in presenza di discipline non del tutto sovrapponibili. Tuttavia se è evidente che l'istituto della delega non possa essere utilizzato dal delegante per tentare di circoscrivere (o, meglio limitare) la propria responsa-

bilità, non potendo costruire lo strumento per trasferire sul delegato il rischio del mancato svolgimento di una certa attività (*in primis*, per il datore di lavoro privato quello relativo all'adempimento dell'obbligo di sicurezza; per il dirigente pubblico la responsabilità dell'azione complessiva dell'ufficio), del pari è evidente come un utilizzo massivo delle deleghe possa assumere rilievo sintomatico di una criticità dell'assetto organizzativo o di un'incapacità del delegante a svolgere in proprio certi compiti, sì da implicare la necessità di delegarli ad altri. In altri termini sul piano organizzativo occorre differenziare la delega quale utile strumento di flessibilità gestionale dalla delega quale patologica modalità di distribuzione di compiti in un contesto mal progettato o che non contempla personale adeguatamente professionalizzato.

Riferimenti bibliografici

- Benvenuti, F. 1987. *Appunti di diritto amministrativo*. Padova: Cedam.
- Cassese, S. 1990. Voce "Amministrazione statale (organizzazione dell)". *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. II.
- Cerulli Irelli, V. 2019. *Lineamenti del diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli.
- Corpaci, A., Del Punta, R., Monaco, M.P. (a cura di). 2018. *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*. Milano: Franco Angeli.
- Del Punta, R. 1997. "La sospensione del rapporto (Malattia e infortuni – Maternità – Servizio militare – Permessi e aspettative)." In F. Carinci, diretto da, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. I contratti collettivi. Commentario*, 333 sgg. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2011. "Modelli organizzativi di impresa e diritto del lavoro." *Sociologia del diritto* III: 113 sgg.
- Del Punta, R. 2013. "Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico." *RIDL* II: 416 sgg.
- Giannini, M.S. 1981. Voce "Organi (teoria generale)." In *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXI, 37 sgg. Milano: Giuffrè.
- Pastori, G. 1967. *La burocrazia*. Padova: Cedam.
- Perulli, A. 2012. "La responsabilità del dirigente: deleghe, funzioni e responsabilità, licenziamento disciplinare." *Ricerche giuridiche* 1: 56 sgg.
- Tullini, P. 2010. "Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura." *RIDL* I: 135 sgg.

L'art. 2103 c.c. dopo il *Jobs Act* e la latitudine dell'obbligo datoriale di *repêchage*

Luca Calcaterra

1. Premessa. La ricerca della flessibilità nella gestione della manodopera e i suoi effetti collaterali

Questo breve studio è dedicato alla memoria di Riccardo del Punta, studioso non solo estremamente prolifico nell'attività di ricerca e punto di riferimento per i giovani e in genere per tutti i colleghi, ma che ha avuto un notevole peso anche sul piano tecnico normativo, avendo contribuito a disegnare una delle più rilevanti riforme degli ultimi decenni, quella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori operata dalla l. 92/2012 (cd. legge Fornero). Il tema che si affronta nelle pagine che seguono è un tema sul quale Riccardo aveva in diverse occasioni speso delle riflessioni. Da ultimo, nel contributo «Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico», pubblicato nel volume curato da Adalberto Perulli nel 2017 su «Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo», era riuscito con poche pennellate e con la consueta chiarezza ad individuare i problemi conseguiti alla riforma dell'art. 2103 c.c., peraltro ridimensionandone il peso rispetto alla definizione dell'ambito di estrinsecazione dell'obbligo di *repêchage*¹. Il presente lavoro, pur nella condivisione di alcune riflessioni di Riccardo del Punta, mira a sottolineare e ad approfondire gli aspetti più spinosi della riforma dello *ius variandi* datoriale nei suoi riflessi sulla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

¹ Del Punta 2017, sul punto 44 sgg. e part. 46 prime righe.

La ricerca di nuovi orizzonti di flessibilità organizzativa e gestionale per le imprese, com'è noto, ha sostenuto l'idea di una riforma della disciplina delle mansioni, che ha trovato attuazione nell'ambito del cd. Jobs Act del 2015². La già complessa regolamentazione del potere datoriale di assegnare compiti e funzioni al lavoratore³ si è così ulteriormente complicata e ramificata, pur nell'intento di semplificare la vita alle imprese riducendo i vincoli allo *ius variandi*. Vincoli che, vale bene ricordarlo, erano intesi a presidiare, secondo interpretazione graniticamente consolidata, il bene fondamentale della professionalità del lavoratore e della sua dignità⁴.

Le modifiche ad alcune strutture chiave di una normativa, come spesso accade, si riverberano sugli istituti che a quelle sono connessi, senza che il legislatore ne abbia sempre piena consapevolezza e, sovente, senza che intervenga per «gestire» compiutamente gli «effetti collaterali» delle riforme.

Questo contributo mira a indagare alcune ricadute indirette della riforma del 2015 dell'art. 2103 c.c. e a discuterne le possibili linee interpretative a fronte di una sostanziale noncuranza del legislatore rispetto al problema della definizione degli inquadramenti contrattuali, che nella nuova disciplina non hanno più mera valenza sul piano economico retributivo, diventando gli argini del potere datoriale e, al tempo stesso, rischiando di essere considerati indice di presunte, del tutto teoriche, capacità del prestatore di lavoro.

2. L'art. 2103 c.c. come antecedente logico della disciplina del *repêchage*, la responsabilità del legislatore e il ruolo della contrattazione collettiva

Come sempre è necessario prendere le mosse dal testo normativo. Dopo la riforma, la norma consente di adibire il lavoratore a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, nonché a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore rientranti nella medesima categoria legale se vi siano modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore⁵.

Il legislatore lega lo *ius variandi* all'inquadramento contrattuale, senza preoccuparsi del fatto che all'interno del singolo livello di inquadramento possano essere ricomprese mansioni del tutto eterogenee sul piano professionale, parte di percorsi di carriera distinti e non collegati, frutto di una diversa formazione:

² Per la disciplina delle mansioni nelle sue varie versioni resta fondamentale la lettura di Giugni 1963; Liso 1982; Pisani 1996; Broilo 1997. Tra le monografie più recenti si segnalano Gargiulo 2008; Ferluga 2012; nonché, da ultimo, Gramano 2022.

³ Sulla complessità, anche a livello definitorio, della disciplina delle mansioni cfr., tra i molti, Magnani 2004, 168 e 177, e Loy 2003, 765.

⁴ Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572 in *RIDL*, 2006, II, 687; Cass., 13 aprile 2004, n. 7043; Cass., 26 maggio 2004, n. 10157. In dottrina, tra i tanti, cfr. ancora Magnani 2004, 177; più di recente, si veda Casillo 2020; Gramano 2021, sul punto part. 262 sgg.; ma soprattutto Lazzari 2017.

⁵ Questo in base al testo dei primi due commi dell'art. 2103 c.c.

mansioni, dunque, che il prestatore ben può non essere in grado di svolgere⁶. La nuova disciplina lascia quindi esposto il lavoratore al rischio di assegnazioni potenzialmente dannose, quando non ritorsive o discriminatorie.

In realtà la latitudine del potere attribuito al datore di lavoro desta qualche perplessità. La stessa pretesa libertà del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni, che sono considerate equivalenti sol perché ricomprese nel medesimo livello contrattuale, si scontra con una potenziale impossibilità di porre in essere nei fatti decisioni in questo senso, poiché del tutto improduttivo sarebbe affidare al prestatore compiti che questi non sarebbe in grado di svolgere.

Inoltre, è immaginabile che il lavoratore possa opporre un rifiuto all'adibizione a mansioni che non ha le competenze per eseguire, rifiuto che assai difficilmente potrebbe dirsi ingiustificato⁷. L'assegnazione al lavoratore di compiti siffatti, del resto, è suscettibile di essere qualificata come atto discriminatorio o ritorsivo (a seconda delle fattispecie e del contesto), di fronte al quale è legittimo il rifiuto in autotutela dell'esecuzione della prestazione. Ciò tuttavia non elimina il rischio di sanzioni disciplinari, nonché quello di essere ritenuto inadempiente in giudizio ove sia diversamente valutata la compatibilità sul piano professionale tra le mansioni di provenienza e quelle di destinazione.

L'attuale ampiezza delle declaratorie contrattuali non solo espone il lavoratore al rischio di cui si sta dicendo, ma in fondo non giova neanche al datore di lavoro, che concretamente potrebbe vedere sue decisioni organizzative qualificate come illegittime per fattori che sono estranei all'impianto normativo dell'art. 2103 c.c., secondo il quale sarebbero invece formalmente legittime le assegnazioni a mansioni ricomprese nel medesimo livello contrattuale.

È quindi ben comprensibile l'auspicio della dottrina, che sottolinea l'esigenza di modifiche radicali ai livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi, che dovrebbero raccogliere le diverse mansioni in aree omogenee sul piano funzionale e professionale⁸. Ciò è ancor più rilevante in quanto, come si diceva in apertura, l'art. 2103 c.c. rappresenta l'antecedente logico necessario della disciplina del *repêchage* o, se si vuole, uno specchio della latitudine del potere datoriale di recesso: laddove c'è il potere di adibire a mansioni diverse, c'è anche il dovere di considerare il lavoratore impiegabile in quelle mansioni come alternativa al licenziamento.

⁶ Come all'indomani della riforma del 2015 già rilevava, tra gli altri, Falsone 2016, 18 (poi pubblicato anche in Gramano Zilio Grandi 2016, 62 e 73 sgg.).

⁷ Cfr. Brollo 2019, 488 per la sottolineatura del «pericolo di un uso discriminatorio, vessatorio o ritorsivo del mutamento di mansioni in danno al lavoratore»; Gramano 2021, 269 sgg. valorizza l'obbligo di formazione di cui al terzo comma dell'art. 2103 c.c. quale obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento per «bilanciare» il riflesso della latitudine dell'inquadramento sulla posizione del lavoratore/debitore.

⁸ Tomassetti 2019, 1153 sgg. Sul ruolo della contrattazione collettiva e degli altri «attori» nel quadro del «nuovo» art. 2103 c.c. cfr. Caruso 2018.

Non sembra tuttavia che i pur apprezzabili sforzi di valorizzazione della professionalità⁹ consentano di affermare che la contrattazione collettiva sia riuscita a risolvere il problema in tutti i settori produttivi¹⁰.

Parte della dottrina rileva come in alcuni settori la contrattazione collettiva abbia tentato di valorizzare la professionalità attraverso sistemi di inquadramento basati su competenze, ruoli e comportamenti organizzativi (Tomassetti 2019, 1159). In questi casi, nei livelli di inquadramento vengono evidenziate principalmente *soft skills* quali la propensione all'innovazione, al *problem solving* e all'orientamento al risultato, alla *leadership*, al *team working*, nonché la flessibilità professionale, l'inclinazione al trasferimento delle competenze e la capacità di adattarsi a differenti contesti lavorativi.

In realtà, proprio il fatto che in questi settori si mettano in luce le *soft skills*, le attitudini, assai più che le capacità professionali del lavoratore, mostra quanta strada vada ancora percorsa verso un inquadramento ancorato alla professionalità e alle competenze cd. *hard*, quelle cioè specificamente legate al percorso formativo del lavoratore.

In altri settori, tuttavia, la contrattazione collettiva è riuscita a compiere passi notevoli e a costruire sistemi di inquadramento armonici con il nuovo ruolo che le deriva dalla riforma dell'art. 2103 c.c. (Gramano 2021, 213), giungendo, sulla linea già indicata in dottrina¹¹, a separare la classificazione delle mansioni finalizzata alla fungibilità sul piano professionale da quella finalizzata alla quantificazione della retribuzione. Tra i più interessanti, l'Accordo di rinnovo del sistema di classificazione del personale per il settore Occhiali industria del 17 maggio 2017 – che contempla aree professionali omogenee – l'Accordo integrativo 26 maggio 2021 del Ccnl Credito e Assicurazioni del 18 dicembre 2017 (Agenzie assicurazione – Unapass) – il cui art. 17 prevede delle aree professionali «multilivello», che cioè inglobano più livelli retributivi, facendo espresso riferimento alla fungibilità tra le mansioni incluse nelle aree professionali, escludendo solo le posizioni di capo ufficio e di vice capo ufficio – e il Ccnl Intersettoriale Commercio, Terziario, Distribuzione, Servizi, Pubblici esercizi del 20 luglio 2020, il cui Allegato I contiene l'impegno delle parti all'adozione di un sistema di classificazione dei lavoratori basato sulle competenze ed elenca una serie di profili professionali articolati in livelli.

Il contratto collettivo più avanzato nella costruzione di un inquadramento fondato sulla professionalità sembra quello dei metalmeccanici, sottoscritto il 5 febbraio 2021 al termine di un lungo percorso iniziato nel 2016 con l'accordo

⁹ Il VI rapporto Adapt sulla contrattazione collettiva del 2019 segnala che due terzi degli accordi di rinnovo del 2019 hanno previsto modifiche al sistema di classificazione e inquadramento (Adapt University Press, 2019, 13, reperibile online all'indirizzo https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/55627/mod_resource/content/3/2020_rapporto_contrattazione_VI.pdf).

¹⁰ Cfr. ancora Brollo 2019, 486 sgg. per una valutazione critica sull'operato della contrattazione collettiva.

¹¹ Cfr. Pisani 2016, 159 sgg., nonché Pisani 2015, 51 sgg.

sulla costituzione di una commissione paritetica per la elaborazione di un nuovo sistema di classificazione e poi integrato con l'accordo del 3 maggio 2021¹². L'articolo 3 del titolo II della Sezione Quarta del Ccnl Metalmeccanici recita: «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti al livello superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti, *in coerenza con i criteri di professionalità di riferimento*, alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione». Questa norma, unitamente ai criteri di individuazione della professionalità, costituisce l'architrave della nuova classificazione, che mira a rendere l'inquadramento contrattuale coerente con la rilevanza che l'art. 2103 c.c. gli assegna nel quadro della disciplina delle mansioni¹³.

Quanto precede mi sembra confermato da una lettura congiunta dell'art. 3 citato con il punto 1.1 dell'art. 1 del titolo II della sezione quarta del Ccnl Metalmeccanici¹⁴. Questo secondo prevede infatti che «Le declaratorie sono definite sulla base dei seguenti criteri di professionalità: autonomia – responsabilità gerarchico/funzionale, *competenza tecnico-specifica*, competenze trasversali, polivalenza, polifunzionalità, miglioramento continuo ed innovazione correlati ai nuovi sistemi integrati di gestione». Come si vede il contratto valorizza in questo punto, oltre a caratteristiche comuni a diverse professionalità, le stesse competenze tecniche attinenti al ruolo, vale a dire specificamente necessarie per ricoprire quel ruolo e svolgere quelle mansioni o, per usare le parole del contratto¹⁵, «le conoscenze e le capacità tecniche operative, di processo, di prodotto e di requisiti di certificazione, studio e/o esperienza, direttamente connesse allo specifico ambito di azione nel contesto aziendale». Dunque il Ccnl Metalmeccanici non fonda l'ancoraggio dei livelli contrattuali alla professionalità solo su *soft skills* ed elementi trasversali (come per es. competenze in campo linguistico o digitale, autonomia e responsabilità sul piano gerarchico funzionale), ma costruisce profili legati alle competenze «*core*» sul piano della formazione¹⁶. In questo modo la di-

¹² Sul nuovo Ccnl Metalmeccanici si veda Bavaro, Focareta, et al. 2023; Zilio Grandi 2021; Treu 2022. Cfr. inoltre, per un approfondimento, le opinioni di Alvino, Imberti, et al. 2022, 470 sgg. per il nuovo sistema di classificazione dei lavoratori.

¹³ In dottrina si è registrato il contrasto tra chi ritiene che la norma contrattuale abbia ristretto la libertà attribuita al datore di lavoro dall'art. 2103 c.c. nuovo testo e chi ritiene invece ferma la libertà di esercizio dello *ius variandi* datoriale all'interno dei singoli livelli di inquadramento. In quest'ultimo senso cfr. Maresca 2022; per la prima opzione si veda Barbieri 2022, secondo il quale, in definitiva, «si deve perciò escludere che dove si applichi il Ccnl industria metalmeccanica si possano adibire i lavoratori a mansioni inferiori, poiché le previsioni contrattuali sono chiaramente deroghe *in melius* di quelle di legge» (la cit. è tratta da pagina 332).

¹⁴ Cfr. 70 del pdf del contratto.

¹⁵ Cfr. il glossario al punto 1.4 di 78 del Ccnl Metalmeccanici.

¹⁶ In questo senso cfr. Ciucciiovino 2022, nonché Ciucciiovino 2023, secondo cui «La norma ha consentito ai contratti collettivi che hanno saputo cogliere la portata dell'innovazione, come ad esempio ha fatto il Ccnl del settore metalmeccanico e della installazione di impianti con il rinnovo del 2021, di rideterminare l'oggetto stesso della prestazione, non più descritta attraverso

screzionalità datoriale nell'assegnazione a nuove mansioni viene sostanzialmente limitata sia quanto all'eventuale demansionamento a parità di settore di attività e competenza, come avverrebbe di fronte a una riduzione sul piano dell'autonomia o della responsabilità gerarchica a parità di «settore di competenza» (per es. il marketing o la produzione), sia quanto all'eventuale spostamento in altro settore a parità di autonomia e responsabilità gerarchica, che potrebbe mettere in seria difficoltà il lavoratore che non abbia esperienza alcuna in quel settore.

Inoltre, il nuovo inquadramento costruito dal Ccnl Metalmeccanici prevede «una classificazione unica articolata in nove livelli di inquadramento ricompresi in quattro campi di responsabilità di ruolo»: Ruoli Operativi; Ruoli Tecnico Specifici; Ruoli Specialistici e Gestionali e, infine, Ruoli di Gestione del cambiamento e Innovazione¹⁷. Anche questo metodo di classificazione per campi di responsabilità di ruolo che raggruppano i diversi livelli aiuta a definire l'area di possibile impiego e reimpiego dei lavoratori.

Esiste, in sostanza, una relazione di proporzionalità inversa tra numero dei livelli contrattuali e latitudine dello *ius variandi* datoriale. Dunque, meno sono i livelli contrattuali, più essi saranno ampi e, di conseguenza, meno saranno idonei a definire in modo utile i confini del potere datoriale, sicché ove, invece di costruire un nesso tra inquadramento e professionalità (come nel caso del ccnl metalmeccanici di cui si è detto nelle pagine che precedono), la contrattazione collettiva lavori nel senso di semplificare l'inquadramento riducendo i livelli contrattuali ne deriverà inevitabilmente la necessità di indicare la professionalità del lavoratore quale punto di riferimento per l'esercizio del potere datoriale. Così è, per esempio, nel caso del CCSL del gruppo FCA (oggi come noto confluito nel gruppo Stellantis), che già dal 2015 prevede all'art. 6bis una classificazione sperimentale in appena tre macro aree professionali, con la naturale conseguenza di dover riconoscere che in relazione all'applicazione del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. «resta fermo il rispetto del principio giurisprudenziale della compatibilità professionale».

3. La rilevanza dell'obbligo di formazione previsto dal terzo comma dell'art. 2103 c.c.

Nel quadro della regolamentazione del nuovo art. 2103 c.c. l'impegno delle parti collettive nella rivisitazione dei sistemi di classificazione del personale è di particolare rilievo. Ciò specie se si tiene conto della formulazione del terzo comma dell'art. 2103 c.c., che prevede sì un obbligo di assicurare al lavoratore la formazione necessaria allo svolgimento delle nuove mansioni, ma lo priva di qualsiasi apparato sanzionatorio, dichiarando espressamente che il mancato as-

so le mansioni, ma attraverso il ruolo, la professionalità e il livello di responsabilità. Sicché la prestazione dovuta e il relativo trattamento contrattuale dipende non solo da ciò che il lavoratore fa, quanto invece da come lo fa, dal suo bagaglio competenziale e dalle modalità con cui la prestazione viene integrata nell'impresa e interrelata organizzativamente con quella degli altri lavoratori» (la cit. è tratta da pagina 96). Nello stesso senso cfr. Maresca 2022, 37 sgg.

¹⁷ Cfr. 65 del Ccnl.

solvimento del suddetto obbligo formativo «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

L'esclusione della nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni in assenza dell'assolvimento dell'obbligo formativo, vale a dire in mancanza della formazione necessaria a svolgere le nuove mansioni, sembra frutto di un compromesso ambiguo dal quale deriva un potenziale corto circuito esegetico. La norma è invero criticabile, sia perché non si comprende come potrebbe il lavoratore essere tenuto a svolgere i nuovi compiti assegnati se non abbia la formazione necessaria ad adempiere correttamente, sia perché sul piano giuridico un obbligo sfornito di sanzione è una contraddizione in termini. Salvo, appunto, a non voler ritenere che, ferma restando la validità dell'atto di adibizione alle nuove mansioni, il lavoratore possa rifiutarsi di svolgere la propria attività *ex art. 1460 c.c.* finché non riceva la formazione necessaria. Una distinzione che ha ovvie ricadute in termini di potenziale contenzioso, mentre la nullità dell'atto datoriale avrebbe potuto salvaguardare assai meglio la certezza del diritto.

L'eccezione di inadempimento opposta dal lavoratore alla richiesta della esecuzione di mansioni che non abbia la formazione per svolgere sembra una soluzione valida sicuramente nel caso in cui la stessa contrattazione collettiva applicabile rafforzi la previsione di legge imponendo l'assolvimento di specifici obblighi formativi, che anzi aprirebbero la via anche a richieste di risarcimento del danno da parte del lavoratore di fronte all'inadempimento del datore di lavoro. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, sebbene una clausola esplicita della contrattazione collettiva semplifichi indubbiamente il quadro, legittimando l'eventuale eccezione di inadempimento del lavoratore, il fatto che la norma escluda la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni non significa necessariamente che il lavoratore sia tenuto ad eseguirle quando il contratto collettivo applicabile non abbia previsto specifici obblighi formativi e il datore non eroghi od organizzi le attività formative necessarie. L'atto di assegnazione potrebbe cioè essere valido, ma avere efficacia sospesa, condizionata alla fruizione da parte del lavoratore della formazione necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti affidatigli. Ciò, se non altro, in virtù del principio della buona fede *in executivis*, che impedirebbe al datore di richiedere un adempimento che il lavoratore non è in grado di assicurare e per il quale non possiede le competenze tecniche necessarie¹⁸. Na-

¹⁸ Si prescinde volutamente dall'entrare nel dibattito relativo alla qualificazione della posizione del datore di lavoro che ha in passato animato la dottrina. Nei fatti, che si arrivi al risultato valorizzando un obbligo di protezione *ex art. 2087 c.c.* (Montuschi 1986, 75-7; nello stesso senso mi paiono anche le riflessioni di Alessi 2004, 137 sgg.), oppure un obbligo di cooperazione all'adempimento (Galantino 2005; Cester 2007) o ancora, come si dice nel testo, la correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, non sembra determinante (nell'ultimo caso, come noto, secondo parte della dottrina non si potrebbero fondare autonome posizioni debitorie, ma in questa sede non sembra che le conseguenze di un comportamento contrario a correttezza e buona fede risentano della configurazione in parola). Ciò che conta ai fini del discorso che si fa nel testo sono gli effetti che discendono da un comportamento del datore difforme da quello necessario a garantire che il lavoratore abbia le competenze necessarie allo svolgimento delle mansioni che egli stesso gli sta assegnando.

turalmente la stessa buona fede andrà osservata dal lavoratore, che non potrà artatamente rifiutarsi di prestare attività che nei fatti è in grado di svolgere pur non essendo stato specificamente formato allo scopo.

A ridosso della fattispecie di cui si discute resta il problema più generale dell'inclusione della professionalità e, soprattutto, della formazione nell'oggetto del contratto di lavoro, che molto ha fatto discutere in passato la dottrina¹⁹. In un'ottica «progressista» potrebbe dirsi che l'inserimento nell'oggetto contrattuale di un obbligo relativo alla formazione a carico di entrambe le parti, quanto meno come estensione della correttezza e buona fede nell'esecuzione dello stesso, garantisce l'interesse del lavoratore alla crescita professionale e, al contempo, quello del datore di lavoro al costante aggiornamento dei dipendenti e, in definitiva, alla maggiore «reattività» dell'organizzazione produttiva rispetto alle sopravvenienze.

Tuttavia, una simile soluzione esporrebbe entrambe le parti al rischio di un notevole aggravamento dei propri obblighi contrattuali. Ove la formazione e l'aggiornamento professionale fossero inclusi nell'oggetto del contratto di lavoro il lavoratore si troverebbe esposto a un dovere di formazione continua e di aggiornamento costante delle proprie competenze. Un simile aggiornamento può concepirsi come rientrante nelle obbligazioni gravanti sul prestatore solo in limiti abbastanza ristretti, quando cioè sia teso ad aggiornare la professionalità necessaria allo svolgimento delle mansioni di origine, non certo quando sia finalizzato allo svolgimento di altre mansioni. Dall'altro lato, il datore di lavoro potrebbe essere ritenuto obbligato a garantire al lavoratore strumenti di formazione continua, con conseguenti costi e carico gestionale.

Resta dunque assai più plausibile ed equilibrata una ricostruzione che veda l'obbligo di formazione scaturire da situazioni specifiche, come le modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore. Va però indagato quali siano la natura e la funzione di un simile obbligo nel quadro della regolamentazione delle mansioni e del licenziamento.

4. I disabili e gli accomodamenti ragionevoli. La logica di fondo della disciplina e le linee evolutive della regolamentazione del *repêchage*

Nel dare seguito a quanto ci si è appena proposti, vale a dire nell'indagare natura, funzione e limiti dell'obbligo formativo previsto a carico del datore di lavoro dal terzo comma dell'art. 2103 c.c., è di fondamentale importanza un'a-

¹⁹ Per una parte della dottrina ciò rischierebbe di comportare una dilatazione eccessiva e incontrollabile degli obblighi del prestatore di lavoro: Carabelli 2004 (che trovo online nella Biblioteca 20 maggio del Centro Studi Massimo D'Antona <https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/Articoli/2003-1_Carabelli.pdf>); Balandi 2006, 385; Loy 2003, 771. Sul piano dogmatico poi va ricordato come l'ingresso della professionalità e della formazione nell'oggetto del contratto di lavoro rischino di collidere con il requisito di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale, oltre i già citati scritti di Carabelli e Balandi, cfr. Napoli 1995; Alessi 2004, 81-107, e D'Onghia 2009, 273-4.

nalisi delle altre fattispecie nelle quali un obbligo formativo o un obbligo di adattamento dell'organizzazione produttiva, finalizzati alla conservazione del rapporto di lavoro, possono ritenersi sussistenti a prescindere dal terzo comma dell'art. 2103 c.c. Ciò accade in particolare nella disciplina del rapporto di lavoro dei prestatori disabili e in quella, affine, del rapporto di lavoro nel caso della sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore.

Va precisato che la ricostruzione della logica di fondo della disciplina nulla ha a che vedere con l'applicazione analogica, che presuppone una lacuna nell'ordinamento. «L'analogia è un procedimento mediante il quale l'interprete del diritto, qualora vi sia una lacuna (ovvero quando un caso o una materia non siano espressamente disciplinati), applica le norme previste per casi simili o materie analoghe (art. 12 disp. prel. c.c.)»²⁰. Nel caso che ci occupa nessuna lacuna è rinvenibile nell'ordinamento.

Il percorso di analisi che si propone nulla ha dunque a che vedere con l'applicazione analogica, ma mira, al contrario, a ricostruire la logica retrostante le diverse norme esistenti, che disciplinano fattispecie diverse, ma che, a mio avviso, rispondono a una medesima funzione e intendono assolvere a quella funzione sulla base di principi di fondo comuni.

Fulcro della proposta di lettura di questa normativa è la nozione di accomodamenti ragionevoli. La nozione è introdotta nella normativa italiana della l. 68/99 e del d.lgs. 216/2003²¹ sulla base dell'art. 2, quarto capoverso, della Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità e dell'art. 5 della Dir. 2000/78. Per accomodamento ragionevole si intendono «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati *che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo* adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali» (così testualmente l'art. 2, 4 cpv. della Convenzione ONU)²².

²⁰ Cfr., per tutti, la voce Analogia su www.treccani.it.

²¹ Cfr. art. 14, comma 4 lett. b, che peraltro usa il termine accomodamenti ragionevoli senza chiarire in quale accezione sia accolto, come del resto fa anche l'art. 3, comma 3bis d.lgs. 216/2003 (introdotta dall'art. 9, c. 4-ter, D.L. n. 76/2013, conv. con modd. nella L. n. 99/2013, in attuazione dell'art. 5 della dir. 2000/78) rinviando alla Convenzione ONU, di talché va necessariamente fatto riferimento alla Convenzione ONU e all'art. 5 della Dir. 2000/78, intitolato «Soluzioni ragionevoli per i disabili», secondo il quale «Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste *soluzioni ragionevoli*. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro *un onere finanziario sproporzionato*. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

²² Sulla nozione di accomodamenti ragionevoli cfr., da ultimo, Di Carluccio 2022, 216 sgg. e 226 sgg.

In ossequio alla ratifica della Convenzione ONU e alla direttiva 2000/78, l'art. 9, c. 4-ter, D.L. n. 76/2013, conv. con modificazioni nella L. n. 99/2013, dopo la condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia per insufficiente trasposizione della direttiva²³, aggiunge il comma 3bis all'art. 3 del d.lgs. 216/2003²⁴, introducendo la nozione di *accomodamento ragionevole* anche nella normativa italiana, con riguardo a quelle modifiche organizzative che consentono di neutralizzare lo svantaggio che al soggetto disabile deriva dal suo stato di salute²⁵.

L'art. 11, comma 1 lett. b del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 ha poi modificato l'art. 14, comma 4, lett. b della l. 68/99, che, occupandosi del Fondo regionale per l'occupazione dei disabili, stabilisce che lo stesso eroga, tra l'altro, «contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di *accomodamenti ragionevoli* in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento, incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro o la rimozione delle barriere architettoniche che limitano in qualsiasi modo l'integrazione lavorativa della persona con disabilità, nonché per istituire il responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro».

Nel quadro della l. 68/99 il disabile è in sostanza quello «certificato», come emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 1, comma 1. Per l'impiego dei disabili così intesi i datori di lavoro potranno fruire, a condizione che la riduzione della capacità lavorativa sia superiore al 50%, di contributi del Fondo regionale per l'occupazione dei disabili. Gli stessi datori, peraltro, sono «tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità» (art. 1, comma 7, l. 68/99). Il fatto che l'affermazione dell'obbligo datoriale di conservazione del posto di lavoro non sia accompagnata, nel testo dell'art. 1, comma 7, da alcuna indicazione circa i limiti di questo obbligo potrebbe anche significare che per questi lavoratori vadano adottati non solo *accomodamenti ragionevoli*, ma qualsiasi misura sia

²³ Cfr. Cgue 4 luglio 2013, C-312/1114, naturalmente reperibile su www.curia.eu. Secondo la Corte, il d.lgs. 216/2003 non attua pienamente la Direttiva 2000/78/CE e in particolare il suo art. 5, poiché non impone «un sistema di obblighi a carico dei datori di lavoro», ma si limita a costruire incentivi o aiuti pubblici, insufficienti a sostituire i primi nell'attuazione della direttiva. La sentenza è anche in *DRI*, 2014, 1, 263 sgg., con nota di M. Agliata, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di «handicap» e «soluzioni ragionevoli» ai sensi della direttiva 2000/78/CE*.

²⁴ Per comodità di lettura si riporta il testo del comma 3bis dell'art. 3 d.lgs. 216/2003: «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare *accomodamenti ragionevoli*, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori».

²⁵ La stessa logica, improntata al principio di eguaglianza sostanziale, guida oggi quella giurisprudenza che impone di valutare diversamente il superamento del periodo di comporto per i soggetti disabili (cfr., tra le ultime, Cass. 31 marzo 2023, n. 9095 e A. Napoli 17 gennaio 2023, n. 168, entrambe in *RIDL*, 2023, II,238 sgg. con nota di A. Donini).

necessaria alla conservazione del posto di lavoro. È stato ipotizzato²⁶, peraltro, che l'art. 1, comma 7 si riferisca a soggetti che, pur divenuti disabili per infortunio sul lavoro o malattia professionale, mantengano la idoneità rispetto alle mansioni loro assegnate e siano dunque tutelati non in quanto inidonei alle mansioni, bensì in quanto disabili, parificandoli ai lavoratori assunti tramite il collocamento obbligatorio²⁷. Se si accoglie l'idea che l'art. 1 comma 7 l. 68/99 si occupi di lavoratori divenuti disabili ma non inidonei allo svolgimento delle proprie mansioni, non è ovviamente necessario alcun accomodamento e, dunque, la fattispecie è irrilevante ai nostri fini.

Secondo una diversa impostazione²⁸ la disposizione dell'art. 1 comma 7 l. 68/99 andrebbe letta in combinato disposto con l'art. 4, comma 4 della stessa l. 68/99, a norma del quale per «i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia [...], l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. *Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori*, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, *presso altra azienda*, in attività compatibili con le residue capacità lavorative [...]». La lettura congiunta delle due norme implicherebbe che quello indicato dal comma 1 dell'art. 7 non sarebbe un obbligo senza limiti e la *impossibilità* dell'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori di cui all'ultima parte del comma 4 dell'art. 4 l. 68/99 potrebbe essere letta nell'ottica degli *accomodamenti ragionevoli*, che, come si è visto poco sopra, non devono, ai sensi dell'art. 2, quarto capoverso, della Convenzione ONU del 2006 e dell'art. 5 della direttiva 2000/78, imporre al datore di lavoro *un onere sproporzionato o eccessivo*²⁹.

²⁶ Da Nogler 2011, 478 sgg.

²⁷ Si veda De Mozzi 2018, 145 sgg. cui si rinvia anche per un approfondimento della questione dei rapporti tra le due norme in relazione alle varie forme di disabilità.

²⁸ Cfr. D. Garofalo 2009, II colonna e36, I colonna.

²⁹ In dottrina sul punto, tra i tanti, cfr. anche Giubboni 2016 ed Pasqualetto 1999. Secondo A. Avio, *Sub art. 4 l. 68/99*, in De Luca Tamajo, Mazzotta 2018, 1469, II colonna, la lettura dell'art. 1 comma 7 per cui il lavoratore non potrebbe essere licenziato neppure allorquando non sia più in alcun modo utilmente impiegabile «accollerebbe oneri a carattere prettamente assistenziale al datore, cosa che dovrebbe essere esclusa dall'interpretazione data dalla C. Cost. 87/622». In giurisprudenza, tra le ultime, si veda A. Bologna 31 luglio 2015, n. 909, in *Giuraemilia*, per la quale «alla luce del disposto di cui all'art. 4 comma 4 richiamato, dunque, non si può che ritenere che l'inidoneità lavorativa derivata da infortunio sul lavoro non costituisce giustificato motivo di licenziamento solo nel caso in cui il lavoratore possa essere assorbito dall'organizzazione aziendale del datore di lavoro con assegnazione di mansioni equivalenti o anche inferiori, salvo il diritto al mantenimento del miglior trattamento economico. La valutazione integrata delle disposizioni richiamate induce a ritenere che l'obbligo di conservazione del posto di lavoro per il lavoratore divenuto inabile in corso di rappor-

Quale delle due impostazioni si intenda seguire, rilevante ai nostri fini è solo cosa vada inteso come possibile, come ragionevole per il *repêchage* del lavoratore divenuto disabile e inidoneo a svolgere le mansioni alle quali è adibito. Due sono quindi gli elementi della fattispecie di interesse per il discorso che si sta svolgendo: in primo luogo, la nozione di disabile e, in secondo luogo, la natura e la misura degli adattamenti organizzativi necessari a consentire la prosecuzione del suo impiego.

Quanto al primo elemento, va rimarcato che mentre nel sistema della l. 68/99 il disabile è solo quello il cui deficit sia stato accertato dalle competenti commissioni o dall'Inail (cfr. art. 1 lett. a e b l. 68/99)³⁰, nella normativa europea e in altri settori di quella nazionale che fa riferimento alla nozione (per es. sulle discriminazioni) il disabile non è solo quello «certificato». La normativa europea della dir. 2000/78 e quella internazionale accolgono infatti un concetto assai più ampio di disabilità, che si potrebbe definire bio-psicosociale e che prescinde da un accertamento medico preventivo da parte di organi pubblici³¹. L'art. 1, com-

to per infortunio o malattia professionale previsto dall'art. 1 comma 7, incontri il proprio limite, come espressamente previsto dall'art. 4 comma 4, nella possibilità per il datore di lavoro di ritrarre un'utilità (seppure diversa ed inferiore) dalla prestazione del lavoratore divenuto disabile e dunque nella possibilità di assegnargli mansioni equivalenti od anche inferiori salvo il mantenimento del trattamento economico. D'altronde l'interpretazione dell'art. 1 comma 7 nel senso di un obbligo assoluto al mantenimento del posto di lavoro in favore del lavoratore divenuto disabile in conseguenza di infortunio sul lavoro o di malattia professionale non potrebbe essere ritenuta ammissibile per contrarietà con il principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.: laddove, infatti, il datore di lavoro non possa ritrarre dalla prestazione del lavoratore alcuna utilità all'interno della propria organizzazione aziendale e debba comunque mantenere servizio tale soggetto, si comprimerebbe in misura inaccettabile il principio di libertà di iniziativa economica assegnando al datore di lavoro una funzione di assistenza sociale che, invece, l'art. 38 Cost. riserva allo Stato [...].» La sentenza bolognese è stata poi confermata da Cass. 4316/17, ma essenzialmente per ragioni processuali, dato che i motivi di ricorso in Cassazione non potevano essere accolti, per quanto qui interessa, essenzialmente perché relativi al fatto: «si censura l'accertamento del fatto effettuato dal giudice del merito, in particolare relativamente alla impossibilità della ricollocazione del lavoratore nella struttura aziendale, accertamento di fatto censurabile nella sede di legittimità unicamente sotto il profilo del vizio della motivazione», rispetto al quale il ricorso era carente: «il motivo difetta della identificazione del preciso fatto storico il cui esame sarebbe stato omesso nonchè del «come» e del «quando» tale fatto sia stato portato alla attenzione del giudice del merito; il ricorrente indica più elementi di fatto senza alcun riferimento agli atti processuali ed alle risultanze di causa».

³⁰ Sulla maggiore rigidità che connota la nozione di disabilità per l'accesso protetto al lavoro cfr. Di Carluccio 2022, 138 sgg., la quale pur rimarcandone il forte ancoraggio al dato medico intravede una significativa apertura alla dimensione psicosociale, ancor più dopo l'adozione delle Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità con d.m. 11 marzo 2022, n. 43.

³¹ Cfr. De Mozzi 2020, 5. Sulla nozione bio-psicosociale di disabilità si veda anche Di Carluccio 2022, 204 sgg. La Corte di giustizia si è più volte pronunciata in materia: cfr. C. giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C- 337/11, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*; C. giust. 18 gennaio 2018, causa C- 270/16, *Ruiz Conejero c. Ferroser Servicios Auxiliares SA*; C. giust. 18 marzo 2014, causa C-363/12, *Z. c. Government department e al.*;

ma 2 della Convenzione ONU del 2006 sui diritti delle persone con disabilità le individua espressamente in quelle che «presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri». Non vi è dunque una tutela limitata a coloro la cui disabilità sia in qualche modo accertata da organi ufficiali, ma al contrario la tutela viene estesa a chiunque abbia delle limitazioni durature sul piano fisico, mentale, intellettuale e sensoriale che ne ostacolino la partecipazione sociale in condizioni di uguaglianza con gli altri.

Il secondo elemento, l'obbligo del datore di lavoro di adottare «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo», riguarda entrambe le «tipologie» di disabili, certificati e bio-psicosociali, e consta di adattamenti necessari al fine di tutelare i diritti delle persone disabili, dunque di adattamenti indispensabili, e di misure appropriate, vale a dire effettivamente in grado di garantire condizioni di parità o comunque di tutelare l'interesse dei disabili, alla conservazione del rapporto di lavoro, nel caso che ci occupa. Ma deve anche trattarsi di misure che non impongano al datore di lavoro un onere eccessivo o sproporzionato. Insomma di misure che non siano eccessivamente onerose: la realtà è che la nozione degli accomodamenti ragionevoli riporta al concetto di ciò che si possa o meno chiedere al datore di lavoro come sacrificio tollerabile nell'interesse alla conservazione in vita del rapporto di lavoro.

Siamo di fronte, ancora una volta, alla logica dell'eccessiva onerosità.

La stessa logica sostiene la disciplina per i lavoratori divenuti inidonei alla mansione specifica di cui all'art. 42 del TU 81/2008, secondo cui «il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, [...] attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, *ove possibile*, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza». Sembra evidente che la «possibilità» di cui tratta l'art. 42 del TU 81/2008 ad altro non possa essere riferita che alla ragionevolezza di modifiche e adattamenti «necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo», quindi alla non eccessiva onerosità degli accomodamenti necessari a consentire la prosecuzione dell'impiego del lavoratore divenuto inidoneo alla mansione specifica.

La medesima logica dovrebbe guidare l'analisi dei comportamenti datoriali che in generale consentono il *repêchage* e, dunque, permettono di evitare il licenziamento di qualsiasi lavoratore, ivi incluso l'assolvimento dell'obbligo formativo di cui al nuovo testo dell'art. 2103 c.c. Quale che sia la strumentazione giuridica alla quale si vuole

C. giust. 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *FOA c. KL*; C. giust. 1° dicembre 2016, causa C-395/15, *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus SL*. Nella giurisprudenza nazionale, tra le ultime ad affrontare il tema della nozione di disabilità rilevante, cfr. Cass. 19 marzo 2018, n. 6798, part.6 sg. del pdf della sentenza.

fare riferimento, buona fede *in executivis*, obblighi di protezione, obbligo di cooperazione all'adempimento *ex art. 1206 c.c.*³², il ragionamento di fondo non cambia. Il datore deve secondo correttezza e buona fede fare quanto possibile per conservare in vita il rapporto di lavoro. E quanto possibile non può che essere quanto non sia eccessivamente oneroso, sulla falsariga di quanto vale del resto per tutti i contratti a esecuzione continuata o periodica ai sensi dell'art. 1467 c.c., commi 1 e 3. L'obbligo di formazione introdotto nel terzo comma dell'art. 2103 c.c. è manifestazione di questa stessa logica e va dunque letto come un accomodamento ragionevole.

Naturalmente ove si tratti di esigenze datoriali o di affrontare la mera inidoneità psicofisica del lavoratore non si potrà fruire dei fondi che la legge italiana mette a disposizione per l'occupazione dei disabili e, nella specie, di quelli del Fondo regionale previsto dal già citato art. 14 della l. 12 marzo 1999, n. 68 e destinati al «rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento», riduzione che evidentemente dovrà essere certificata. Ciò significa che diversa dovrà essere la valutazione della «possibilità» (art. 42 TU 81/08), della ragionevolezza (art. 14, comma 4, lett. b l. 12 marzo 1999, n. 68) o della non eccessiva onerosità (Convenzione ONU e art. 5 dir. 2000/78, nonché art. 3, comma 3*bis* d.lgs. 216/03), se non altro perché la ragionevolezza sul piano economico degli accomodamenti da adottare andrà considerata tenendo conto della possibilità o meno di fruire del rimborso forfetario parziale di cui all'art. 14, comma 4, lett. b l. 12 marzo 1999, n. 68, possibile solo quando la disabilità del lavoratore sia certificata e superi il 50 per cento della capacità lavorativa. Ciò in armonia, del resto, con l'art. 5 della Dir. 2000/78, secondo il quale l'onerosità della soluzione che consenta la prosecuzione del rapporto di impiego non potrà dirsi eccessiva o sproporzionata tutte le volte in cui il carico finanziario sopportato dal datore sia «compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

L'assioma dell'intangibilità dell'organizzazione imprenditoriale si è ormai in qualche modo sgretolato. Il datore di lavoro deve fare quel che può, deve impegnare delle risorse per rendere possibile la conservazione del rapporto di lavoro, purché il ripescaggio del lavoratore non si riveli eccessivamente oneroso. Nel nuovo quadro normativo «l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore» non è più né così «fermo», né così insindacabile³³ com'era secondo

³² Cfr. la dottrina citata *supra* alla nota 19.

³³ La giurisprudenza è ormai orientata decisamente, in armonia con le indicazioni che provengono dalla legislazione nazionale ed europea, nel senso di un sindacato penetrante sulla possibilità di trovare soluzioni alternative al licenziamento dei lavoratori inidonei o disabili in senso lato, anche eventualmente modificando l'organizzazione produttiva. Per fare due esempi, si veda Cass. 19 marzo 2018, n. 6798, secondo la quale il datore di lavoro deve anche modificare l'assegnazione delle mansioni di altri lavoratori ove ciò possa servire al reinserimento del lavoratore inidoneo; secondo Cass. 8 maggio 2023, n. 12132 il datore di lavoro deve considerare ai fini del *repêchage* anche le posizioni che si libereranno in un periodo di tempo ragionevole. Si veda poi anche Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896 e Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, commentate in De Falco

la storica pronuncia n. 7755/98 delle Sezioni Unite³⁴. E l'art. 2103, comma terzo, c.c. è lo specchio di questo nuovo sistema, l'ultimo tassello che compone un quadro normativo armonico nell'individuare nell'eccessiva onerosità delle misure da adottare il vero limite dell'onere datoriale, superando il dogma dell'intangibilità.

Dunque il datore dovrà formare il lavoratore non disabile se possa servire a evitarne il licenziamento, nei limiti in cui ciò non risulti eccessivamente oneroso. La logica di fondo, come si diceva, è esattamente la stessa degli accomodamenti ragionevoli per i disabili. E, potrebbe dirsi, la formazione è l'accomodamento ragionevole per eccellenza, che si tratti di lavoratore disabile o non disabile.

5. La pretesa correlazione del *repêchage* alla capacità del lavoratore di svolgere le mansioni di destinazione senza necessità di formazione

Una lettura dell'art. 3 l. 604/1966 che tenga conto del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. restringe in misura rilevante la latitudine del giustificato motivo oggettivo di licenziamento e grava il datore di lavoro di un obbligo accessorio di formazione dai contorni indeterminati. Per questa ragione una parte della giurisprudenza tende a limitare l'impatto della riforma dell'art. 2103 c.c. sulla configurazione della giustificazione oggettiva del licenziamento, affermando che l'obbligo di *repêchage* non avrebbe ad oggetto tutte le mansioni astrattamente assegnabili al lavoratore *ex art. 2103 c.c.*, ma solo quelle per lo svolgimento delle quali egli possiede le competenze professionali³⁵. L'obbligo formativo di cui al

2021, n. 3. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497 è anche in Alessi 2021. In dottrina, per riflessioni sui limiti dell'intangibilità della discrezionalità datoriale rispetto alle esigenze di tutela dell'impiego dei lavoratori disabili cfr. Ferraro 2009 e, più di recente, Spinelli 2017.

³⁴ Cass. S.U. 7 agosto 1998, n. 7755, in *RIDL*, 1999, 170 con nota di G. Pera, *Dalla licenziabilità o non del lavoratore divenuto totalmente inabile*. Sul tema del *repêchage* negli ultimi anni si veda, tra i tantissimi, Del Punta 2018 e Romei 2018; Ferraresi 2016; Villa, 2020; in particolare, in relazione alla inidoneità psicofisica, cfr. Forlivesi 2014; Giubbboni 2016.

³⁵ Cfr. T. Roma 24 luglio 2017, giud. Cosentino, che si può leggere sul sito di LDE all'indirizzo <https://www.lavorodirittieuropa.it/sentenze/sentenze-jobs-act/81-tribunale-di-roma-ordinanza-26-luglio-2017>: «deve ritenersi che ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*, il datore di lavoro sia tenuto a dimostrare l'indisponibilità di posti di lavoro di livello corrispondente a quello in cui è inquadrato il lavoratore: la scomparsa del riferimento alla categoria dell'equivalenza nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. determina una maggiore ampiezza e flessibilità dell'ambito di utilizzazione orizzontale del dipendente»; tuttavia, secondo il Tribunale, il datore può limitarsi a provare «la mancata disponibilità di posizioni dello stesso livello e categoria di inquadramento del lavoratore, purché però si tratti di mansioni libere, che non necessitano di idonea formazione in quanto l'obbligo formativo è stato configurato nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. come conseguenza della scelta unilaterale del datore di lavoro». Al contrario «in un contesto relativo alla sussistenza di ragioni organizzative e produttive idonee a giustificare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'obbligo di attribuire al lavoratore mansioni che necessitino di adeguata formazione significherebbe infatti imporre al datore un ulteriore costo economico». Nel senso della valorizzazione del bagaglio professionale del lavoratore come limite al *repêchage* cfr. anche Cass. 17 novembre 2022, n. 33892, che limita l'onere del datore di lavoro alla prospettazione al dipendente della «possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo *bagaglio professionale*».

terzo comma del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. resta dunque confinato, in questa lettura, alle sole fattispecie di mutamento discrezionale delle mansioni non determinato dall'esigenza di evitare il licenziamento.

Questa interpretazione, seppur caratterizzata dall'apprezzabile intento di individuare un argine oggettivo all'estensione dell'obbligo di *repêchage*, non sembra in realtà in grado di superare sul piano logico il nesso tra quest'ultimo e l'oggetto del contratto. Se il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. ha dilatato l'area delle mansioni esigibili, sembra innegabile che la stessa area valga a definire il perimetro di quella che potremmo individuare come «impiegabilità» del lavoratore medesimo e dunque a delimitare il diritto del lavoratore a continuare a svolgere le mansioni che a lui possono essere richieste. E infatti non sono mancate anche in giurisprudenza voci in questo senso³⁶.

Va d'altronde evidenziato che, a fronte delle attuali forme di inquadramento presenti nella contrattazione collettiva, in genere tendenzialmente non coerenti con i profili professionali, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. produce un effetto «esplosivo» sulla latitudine dell'obbligo datoriale di *repêchage*, corredato dall'obbligo formativo di cui al terzo comma.

La sensazione è che la giurisprudenza di merito abbia molto rapidamente percepito e valorizzato le conseguenze che la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. ha sulla disciplina del licenziamento e in particolare sul *repêchage*, nella misura in cui grava il datore di lavoro dell'onere di valutare la possibilità di un reimpiego del lavoratore anche su mansioni inferiori. Una parte della giurisprudenza ha dunque tentato di supplire all'inefficienza delle classificazioni contrattuali collettive individuando un limite all'obbligo datoriale in attesa che le parti sociali provvedano a una congrua «ristrutturazione» del sistema classificatorio che tenga conto del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., «iniettando» nell'inquadramento quell'elemento di coerenza sul piano professionale che oggi manca.

Così, questa giurisprudenza individua il limite dell'onere datoriale di *repêchage* nel fatto che per lo svolgimento delle mansioni di destinazione non sia necessaria alcuna formazione. Con ciò indirettamente l'orientamento in parola restituisce rilievo alla professionalità nella disciplina delle mansioni, rilievo che il legislatore della riforma aveva nei fatti voluto, se non eliminare, almeno confinare nei limiti in cui fosse stato oggettivato nelle classificazioni contrattuali.

Se quello appena illustrato, vale a dire la individuazione di un limite oggettivo all'obbligo datoriale di *repêchage*, sembra l'obiettivo pratico di questa giurisprudenza, leggendo nelle pieghe di queste sentenze si ha il dubbio che vi sia, pur nella consapevolezza del mutamento del testo normativo di riferimento, anche una resistenza ad abbandonare il parametro della professionalità come punto di riferimento nell'applicazione della disciplina delle mansioni.

³⁶ Trib. Lecco, sez. lav., 31 ottobre 2022, n. 159, in *ADL*, 2023, 4, 811 sgg. con nota di A. Bebbler, *L'obbligo di repêchage si estende alla formazione del lavoratore? Un altro obiter dictum.*

In ogni modo, l'impostazione che limita la «proposta» di mansioni inferiori a quelle sole per le quali non sia necessaria attività formativa costruisce degli argini a un obbligo di *repêchage* altrimenti «ad applicazione infinita» e indubbiamente fornisce una linea guida per individuare quale sforzo possa essere richiesto al datore di lavoro e possa quindi essere considerato «non eccessivo», dunque tollerabile ai fini della conservazione del contratto. In altri termini, si è di fronte a un tentativo di individuare il limite, il punto di equilibrio oltre il quale la conservazione in vita del rapporto di lavoro diventa eccessivamente onerosa per il datore di lavoro.

L'indicazione che proviene da questa giurisprudenza ha tuttavia dei punti di fragilità.

In primo luogo, essa contraddice il disposto dell'art. 2103, comma terzo c.c., secondo il quale *Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo* e ciò senza alcuna distinzione né sulla base del livello delle mansioni di destinazione in rapporto a quelle originarie, né sulla base della unilateralità o della bilateralità dell'adibizione alle nuove mansioni.

In secondo luogo, essa trascura la circostanza, al contrario di fondamentale rilievo, che, nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. (e fino a quando i sistemi di classificazione contenuti nei contratti collettivi non saranno integralmente rivisti prevedendo livelli professionali invece che retributivi), un'attività formativa ben potrebbe essere necessaria anche per lo svolgimento di mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento.

Sembra dunque inevitabile riconoscere che la valutazione dell'eccessiva onerosità del *repêchage* debba restare rimessa al giudizio del caso concreto, senza pretesa di individuare nella legge un argine oggettivo e predefinito all'obbligo datoriale. Del resto, se ne converrà, diversi datori di lavoro, a seconda della dimensione della propria organizzazione e delle attività formative normalmente programmate per i dipendenti, avranno diverse possibilità di assolvere all'obbligo formativo di cui tratta il terzo comma dell'art. 2103 c.c. nuovo testo. Di talché un limite all'obbligo datoriale, che sia oggettivamente individuato nell'essere il lavoratore già in grado di svolgere le mansioni che gli verrebbero assegnate a seguito di *repêchage*, pare eccessivo e forse anche foriero di distorsioni.

In definitiva l'orientamento in parola, pur apprezzabile nell'intento, rischia di andare oltre il segno, facendo di tutt'erba un fascio e ritenendo di per sé eccessivamente onerosa ogni attività formativa finalizzata al *repêchage*, mentre ben potrebbe accadere, da un lato, che un'attività formativa del dipendente non risulti eccessivamente onerosa per il datore e, viceversa, che il *repêchage* di un lavoratore risulti eccessivamente oneroso anche quando non sia necessario provvedere a formarlo.

Riferimenti bibliografici

- Alessi, C. 2004. *Professionalità e contratto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
 Alessi, C. 2021. "Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori." *RIDL* II: 597 sgg.

- Alvino, I., Imberti, L., Maresca, A., Moia, S., & Pero, L. 2022. "Ccnl metalmeccanici 2021: il rinnovamento compiuto... alla prova dell'applicazione." *DLRI* 457 sgg.
- Balandi, G.G. "Formazione e contratto di lavoro." In Aa.Vv., *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa. Atti del XV Congresso nazionale di diritto del lavoro, S. Margherita di Pula, 1-3 giugno 2006*, 385.
- Barbieri, M. "Sub art. 3." In V. Bavaro et al. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, 329 sgg. Milano: Futura.
- Bavaro, V. et al. (a cura di). 2023. *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Milano: Futura.
- Brollo, M. 1997. "La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c." In *Commentario Schlesinger*, 673 sgg. Milano: Giuffrè.
- Brollo, M. 2019. "Tecnologie digitali e nuove professionalità." *DRI* 2: 468 sgg.
- Carabelli, U. 2004. "Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo." *DLRI* 17 e 101 sgg.
- Caruso, B. 2018. "Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0." *DLRI* 157: 81 sgg.
- Casillo, R. 2020. *Diritto al lavoro e dignità*. Napoli: ES.
- Cester, C. 2007. "La diligenza del lavoratore." In C. Cester & M.G. Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104*. In F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, 152. Milano: Giuffrè.
- Ciucciovino, S. 2022. "Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale." *Federalismi.it* 9: 129 sgg.
- Ciucciovino, S. 2023. "Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica." *DRI* 1: 89 sgg.
- D'Onghia, M. 2009. "Un itinerario sulla qualità del lavoro." *RGL* 2, I: 257 sgg.
- De Falco, M. 2021. "L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'Inail." *LDE* 3: 2 sgg.
- De Luca Tamajo, R., Mazzotta, O. 2018. *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Padova: Cedam.
- De Mozzi, B. 2018. *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*. Padova: Cleup.
- De Mozzi, B. 2020. "Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento." *LDE* 2, par. 1 e 2.
- Del Punta, R. 2017. "Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico." In *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. Perulli, 31 sgg. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 2018. "Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico." In *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, a cura di M. Confortini, tomo II, 1189 sgg. Torino: Giappichelli.
- Di Carluccio, C. 2022. *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Falsone, M. 2016. "Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva." *WP CSDLE M. D'Antona* 308 sgg.
- Ferluga, L. 2012. *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*. Milano: Giuffrè.
- Ferraresi, M. 2016. "L'obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione." *DRI* 845.
- Ferraro, G. 2009. "Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali." In *Disabilità e lavoro*, a cura di C. Lamacchia, 335 sgg. Roma: Ediesse.

- Forlivesi, M. 2014. "Brevi riflessioni su sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni, repêchage e «patto di dequalificazione»." *RIDL* 10.
- Galantino, L. 2005. "Le politiche formative e la qualità del lavoro." In Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, 997. Padova: Cedam.
- Gargiulo, U. 2008. *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*. Soveria Mannelli: Rubettino.
- Garofalo, D. 2009. "Disabili (lavoro dei)." *DDP, Sez. Comm.*, Utet, 35, II colonna e 36, I colonna.
- Giubboni, S. 2016. "Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento." *RGL* II: 621 sgg.
- Giubboni, S. 2016. "Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento." *RGL* II: 621 sgg.
- Giugni, G. 1963. *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*. Napoli: Jovene.
- Gramano, E. 2021. "Jus variandi e formazione nel rapporto di lavoro subordinato." *Labor* 3: 259 sgg.
- Gramano, E. 2022. *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*. Milano: Franco Angeli.
- Gramano, E., Zilio Grandi, G. 2016. *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*. Milano: Giuffrè.
- Lazzari, C. 2017. "La tutela della dignità professionale del lavoratore." *DLRI* 4: 663 sgg.
- Liso, F. 1982. *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*. Milano: Franco Angeli.
- Loy, G. 2003. "La professionalità." *RGL* I: 763 sgg.
- Loy, G. 2003. "La professionalità." *RGL* I: 764 sgg.
- Magnani, M. 2004. "Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro." *DLRI* 101: 165 sgg.
- Maresca, A. 2022. "Il nuovo sistema di classificazione: valori ispiratori e tecniche applicative." In T. Treu (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, 37 sgg. Torino: Giappichelli.
- Montuschi, L. 1986. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*. Milano: Franco Angeli.
- Napoli, M. 1995. "Contratto e rapporti di lavoro, oggi." In Aa.Vv., *Le ragioni del Diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, tomo II, 1120 sgg. Milano: Giuffrè.
- Nogler, L. 2011. "Art. 42. Provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione specifica." In *Principi comuni* a cura di C. Zoli. In L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro. d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, vol. I, 472 sgg. Bologna: Zanichelli.
- Pasqualetto, E. 1999. "La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili." *QDLRI* 102.
- Pisani, C. 1996. *La modificazione delle mansioni*. Milano: Franco Angeli.
- Pisani, C. 2015. *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*. Torino: Giappichelli.
- Pisani, C. 2016. "Dall'equivalenza all'inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti «orizzontali» delle mansioni." *DLRI*, 149 sgg.
- Romei, R. 2018. "La regola del repêchage alla luce della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c." *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, a cura di In M. Confortini, tomo II, 1269 sgg. Torino: Giappichelli.
- Spinelli, C. 2017. "La sfida degli «accomodamenti ragionevoli» per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act." *DLM* I: 39 sgg.
- Tomassetti, P. 2019. "Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale." *DRI* 4: 1149 sgg.

- Treu, T. (a cura di). 2022. *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*. Torino: Giappichelli.
- Villa, E. 2020. "Fondamento e limiti del repêchage nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo." *DRI* 116.
- Zilio Grandi, G. (a cura di). 2021. *Commentario al Ccnl metalmeccanici 5 febbraio 2021*. Torino: Giappichelli.

Appalti e nuove tecnologie: una ‘nuova vita’ per il divieto di interposizione

Giovanni Calvellini

1. Le ragioni di un titolo

Anche io, come molti, ho avuto il primo incontro con il Professor Del Punta attraverso i suoi scritti. Nel 2012 lavoravo alla tesi di laurea sulla somministrazione di lavoro e nell’elenco delle letture suggerite dal mio relatore c’era *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, pubblicato nel n. 2 del 2008 della RIDL (Del Punta 2008). Ricordo che mi impressionò particolarmente la capacità dell’Autore di rendere chiari – senza tuttavia banalizzarli – profili molto complessi per il più inesperto tra i dilettanti quale ero.

Rileggendo oggi quel saggio sono naturalmente molti altri gli aspetti che me lo fanno apprezzare, come la lucidità e il rigore del ragionamento o il carattere talvolta pungente del dialogo con la giurisprudenza e la dottrina in materia che rivela tanto l’abilità (e il piacere) del Professor Del Punta di stimolare il dibattito scientifico, quanto il suo essere convinto della solidità della ricostruzione proposta. Da quest’ultimo punto di vista va detto, d’altronde, che il saggio citato è solo l’ultimo di una serie di interventi dell’Autore sul tema. Nei tre lustri precedenti egli si era infatti molto dedicato allo studio del divieto d’interposizione (Del Punta 1995; Del Punta 2002; Del Punta 2005; Del Punta 2007), sempre – bisogna sottolinearlo – mantenendo una posizione assolutamente coerente e mai contraddittoria di fronte ai grandi cambiamenti che avevano interessato in quegli anni detto precetto e il fenomeno interpositorio

Giovanni Calvellini, University of Siena, Italy, giovanni.calvellini@unisi.it, 0000-0002-8272-7646

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giovanni Calvellini, *Appalti e nuove tecnologie: una ‘nuova vita’ per il divieto di interposizione*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.12, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 191-206, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

in sé¹; una posizione che, in linea con l'evoluzione giurisprudenziale² e normativa³ in materia, valorizzava la sussistenza di un'autonoma organizzazione d'impresa da parte dell'appaltatore quale flessibile⁴ elemento di discriminare tra appalto genuino e interposizione illecita, in polemica con chi, invece, faceva coincidere l'indagine sulla violazione del divieto in parola con l'accertamento della titolarità del rapporto di lavoro subordinato in capo all'asserito committente o al formale datore di lavoro (Mazzotta 1979; Scarpelli 1990, 54-9).

Per queste mie riflessioni voglio però prendere spunto dal titolo del saggio del 2008 e dall'idea che richiama: quella di un divieto «duro a morire», fuggito dalla soffitta delle anticaglie in cui alcuni avrebbero voluto riporlo⁵, per rifiorire nel lavoro degli interpreti, che del suo contenuto minimo rimarcano il ruolo di corollario dell'art. 2082 (Carinci 2000, 81-5; Vallauri 2003, 740-1; Corazza 2004, 15-6; Del Punta 2008, 134 e 144-45) e, in vario modo, il collegamento sistematico con l'art. 2094 (De Simone 1995, 22; Carinci 2000, 574-76; Del Punta 2002, 297-98; De Luca Tamajo 2002, 52-3; Esposito 2002, 23-51; Mazzotta 2003, 274-78). Il Professor Del Punta, quando parlava di «molte vite», alludeva in primo luogo alla capacità del divieto di interposizione di resistere all'abrogazione nel 2003 della previsione di legge in cui era formulato; ma si riferiva, probabilmente, anche alla straordinaria capacità dello stesso di adattarsi, per il tramite del diritto vivente, agli epocali processi di trasformazione del modo di fare impresa che hanno messo al centro della scena l'economia dei servizi, l'immaterialità della produzione e l'uso della tecnologia. Ebbene, in questa seconda prospettiva mi pare che il divieto di interposizione possa tornare protagonista del dibattito scientifico, oltre che del contenzioso giudiziale, per il prevedibile

¹ Riguardo a questi cambiamenti della fattispecie sotto esame voglio riportare un passaggio con cui si aprivano alcune delle riflessioni di Del Punta (1995, 625): «[...] la normativa in esame [legge n. 1369/1960] vive in una sorta di sospensione tra passato e futuro. Il passato è lo sfruttamento selvaggio della manodopera, il caporalato, la sottoprotezione. Il futuro è la rivoluzione tecnologica, la telematica, l'«immaterialità». Tutte cose che si ritrovano già, fianco a fianco, nel nostro presente destrutturato, nel quale, magari a due passi dalle *enclaves* dell'alta tecnologia, continuano a verificarsi [...] gravi fenomeni di sfruttamento [...]». Ebbene, mi pare si possa affermare che la realtà del fenomeno sia oggi ancora più complessa, dal momento che, non di rado, quelle sue due dimensioni si intrecciano al punto da giungere a configurare una nuova forma di caporalato c.d. digitale. In proposito, si vedano Loffredo (2020), Corso (2021), Inversi (2021) e Aa.Vv. (2022, 38-43).

² V., per tutte, Cass. 21.5.1998, n. 5087, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1999, II: 252-259 e Cass. 27.1.2005, n. 1676, in *DeJure*.

³ Art. 29, d.lgs. n. 276/2003.

⁴ Flessibile in quanto capace di adattare l'indagine del giudice sulla legittimità della fattispecie concreta all'oggetto dell'appalto. In relazione a quest'ultimo, secondo Del Punta (1995, 634 e, analogamente, 2008, 145), l'interprete avrebbe il compito di individuare la «soglia minima di «imprenditorialità»» che l'appaltatore dovrebbe superare per essere ritenuto genuinamente tale.

⁵ Non mi riferisco solo alle letture che negavano che il divieto di interposizione fosse sopravvissuto alla formale abrogazione della legge n. 1369/1960 (Romei 2006, 435-36), ma anche alle severe critiche mosse al medesimo precetto già prima del 2003 (Ichino 2000a).

diffondersi di forme di esternalizzazione caratterizzate dall'impiego significativo di strumenti tecnologici, di proprietà dell'asserito committente e/o da questi programmati e governati, per l'organizzazione e la gestione più o meno automatizzate delle prestazioni del personale coinvolto. A questa «nuova vita» del divieto, di cui si hanno già tracce nella giurisprudenza di merito, sono dedicate le riflessioni che seguono con l'intento di chiarire se la questione possa essere risolta facendo uso delle elaborazioni ormai classiche sull'autonomia organizzativa dell'appaltatore o se, invece, essa riveli inediti profili critici.

2. Decentramento produttivo e decisori algoritmici

Che la *contractual integration* tra imprese preveda talvolta il ricorso da parte del committente a piattaforme digitali e *software* per la gestione della forza-lavoro interessata è cosa nota. È degno di rilievo, però, il fatto che tale fenomeno si verifichi soprattutto in settori, come la logistica, il *food delivery* e quello dei *call centre*, in cui le esternalizzazioni hanno, già di per sé, connotati tali da rendere più incerta la linea di confine tra lecito e illecito.

L'elevata frammentazione dei processi produttivi – con il frequente ricorso a catene di subappalti –, l'alta intensità di manodopera richiesta per l'esecuzione dell'attività oggetto di decentramento – con il corrispondente scarso apporto di beni materiali – e l'elementarità delle mansioni assegnate ai lavoratori sono caratteristiche tipiche delle esternalizzazioni in questi settori che complicano l'accertamento di quella autonomia organizzativa che, assieme al rischio d'impresa, deve necessariamente far capo all'appaltatore se non si vuole incorrere nella violazione del divieto di interposizione. Su questo schema, poi, sempre più spesso si innesta – come dicevo – l'impiego di strumenti tecnologici gestiti dal committente che guidano in tutto o in parte l'attività dei dipendenti dell'appaltatore con la dichiarata pretesa di conformare il servizio esternalizzato all'obiettivo produttivo dedotto nel contratto commerciale. Si hanno così appalti nella logistica in cui la movimentazione e lo stoccaggio delle merci nei magazzini sono organizzati in modo automatizzato e avvengono secondo le indicazioni elaborate da un *software* governato dal committente che i lavoratori ivi impiegati ricevono attraverso terminali mobili⁶; o il decentramento dei servizi di *call centre* che prevede l'utilizzo da parte del personale dell'appaltatore di sistemi informatici controllati dal committente attraverso cui passa una parte dell'organizzazione del servizio medesimo⁷; oppure, ancora, piattaforme di *food delivery* (*rectius*, gli algoritmi da esse elaborati) che ingeriscono nella gestione dell'attività di consegna esternalizzata a terzi interagendo tramite una *app* con i lavoratori addetti all'appalto stesso⁸.

⁶ Trib. Padova 16.7.2019, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2019: 1135-1137; Trib. Padova 3.3.2023 e App. Venezia 30.3.2023, entrambe in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023: 1072.

⁷ Trib. Catania 4.11.2021, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022: 1128.

⁸ App. Torino 25.11.2022, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2023, II, giurisprudenza online – newsletter, n. 2: 2.

Acquista importanza in tutti questi casi la definizione all'insegna della flessibilità del concetto di «organizzazione dei mezzi necessari» di cui all'art. 29 co. 1, d.lgs. n. 276/2003; un concetto identificato non più – come voleva la lettera dell'art. 1 co. 3, legge n. 1369/1960 – sulla base di indici di portata assoluta, ma in ragione di elementi che possono variare da un caso all'altro, «in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto», in modo tale che «si dà appalto «genuino» sol che l'impresa appaltatrice organizzi in proprio quei fattori della produzione che è «necessario», ma anche «sufficiente», utilizzare per eseguire, in concreto, l'attività dedotta in appalto» (Del Punta 2008, 145; analogamente, *ex multis*, Chieco 2006, 531 e Garofalo 2017, 9-10⁹). Negli appalti *labour intensive* questo *minimum* di autonomia organizzativa richiesto non può che tradursi nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo verso i lavoratori coinvolti¹⁰. In questi casi, dunque, è nell'accertamento della titolarità sostanziale del rapporto di lavoro subordinato in capo all'asserito appaltatore, formale datore di lavoro, che si esaurisce l'indagine relativa al requisito della «organizzazione dei mezzi necessari» (resta comunque da verificare su chi gravi il «rischio d'impresa»). Non essendo l'approntamento di mezzi materiali e/o immateriali un elemento caratterizzante dell'attività oggetto del contratto, l'attenzione deve insomma concentrarsi sull'organizzazione del fattore lavoro.

Se quindi è certamente vero che – diversamente da quanto avverrebbe per un decentramento produttivo a bassa intensità di manodopera – il mancato apporto di strumenti da parte dell'appaltatore non può mettere in discussione la genuinità di un appalto «leggero», è però altrettanto innegabile che l'esercizio da parte dell'asserito committente dei poteri del datore di lavoro costituisce sempre, senza distinguo, un indice di violazione del divieto di interposizione¹¹. Può sostenersi, anzi, che l'indagine sull'effettiva provenienza dei tipici poteri datoriali esercitati sulla forza-lavoro interessata costituisca proprio il contenuto minimo essenziale o, se si preferisce, il minimo comune denominatore di tutte le operazioni di accertamento relative al requisito della «organizzazione dei mezzi necessari», indipendentemente dal tipo di appalto.

Ebbene, non mi sembra che questo schema subisca sensibili alterazioni quando, come nelle fattispecie che ho richiamato *supra*, la gestione della manodopera nell'appalto avviene, in tutto o in parte, per mezzo di meccanismi decisiona-

⁹ In giurisprudenza v., da ultimo, Cass. 27.12.2023, n. 36000, in *DeJure*.

¹⁰ Quando l'attività oggetto di appalto deve essere eseguita attraverso mansioni veramente semplici non mi sembra sia necessario – come invece ha provato a sostenere Alleva (2004, 173-76) – neppure l'apporto di un certo *know-how* da parte dell'appaltatore. In questo senso anche Cangemi (2019, 1140).

¹¹ D'altronde, una volta appurato che è il committente a esercitare i poteri datoriali, diviene «del tutto ultronea – sostiene la giurisprudenza – qualsiasi questione inerente al rischio economico e l'autonoma organizzazione dell'appalto, né rileva che l'impresa appaltatrice sia effettivamente operante sul mercato» (così, Cass. 10.7.2019, n. 18554; prima, *ex multis*, Cass. 20.5.2009, n. 11720, Cass. 17.5.2016, n. 10057 e Cass. 27.11.2017, n. 28260, tutte quante in *DeJure*).

li automatizzati o semi-automatizzati, anche dotati di intelligenza artificiale; quando, in altri termini, nell'ambito dei processi di decentramento produttivo ci si affida alla tecnologia per organizzare il fattore lavoro, secondo modalità che possono arrivare a configurare anche forme più o meno avanzate di *management* algoritmico (Lee, Kusbit, Metsky, Dabbish 2015; Aloisi, De Stefano 2020, 76-93; Wood 2021; Aa.Vv. 2022, 150-57).

Entro quali limiti questa circostanza, ove imputabile al committente, sia espressione del legittimo potere di coordinamento di quest'ultimo o sia, al contrario, da ricondursi all'esercizio di poteri datoriali e, quindi, testimoni la violazione del divieto di interposizione, sarà oggetto di attenzione nel prossimo paragrafo. Qui voglio solamente evidenziare come la prassi in esame non incida significativamente sulle modalità di accertamento della genuinità dell'appalto. In particolare, non mi pare che essa comporti «*de facto* un potenziale ripristino della presunzione di cui all'art. 1, terzo comma, della l. n. 1369/1960» (così De Michiel 2023, 1078) o, all'opposto, la necessità di ridurre il livello di organizzazione della manodopera richiesto all'appaltatore, formale datore di lavoro, per potersi parlare di appalto genuino (Lorea 2020, 232-34). È certamente vero che i *software* di gestione del lavoro possono assumere, specie in relazione a mansioni semplici, un elevato grado di pervasività e che in appalti da realizzarsi in contesti aziendali sempre più automatizzati non residua molto spazio per la direzione e il controllo della prestazione da parte degli esseri umani (e, nello specifico, dei referenti dell'appaltatore). Tuttavia, questi rilievi non sono in grado di influenzare le operazioni qualificatorie di fattispecie interpositive. Da un lato, infatti, l'impiego di mezzi tecnologici attraverso cui sono impartite dal committente delle disposizioni al personale impiegato nell'appalto non esonera da un'attenta valutazione complessiva del caso concreto con la quale – come meglio dirò nel prossimo paragrafo – devono essere prese in considerazione la natura di quelle istruzioni e le prerogative datoriali eventualmente esercitate dall'appaltatore¹² (analogamente, Tagliabue 2022, 1134; Covelli 2023, 523-524; Picunio 2023, 1057¹³). Dall'altro, è illusorio pensare che in contesti lavorativi automatizzati la

¹² V., ad esempio, Cass. 2.11.2021 nn. 31127 e 31128, in *DeJure*, in cui l'utilizzo da parte del committente di un *software* che serviva a predeterminare le modalità operative del servizio di *help desk* appaltato è stato giudicato recessivo rispetto al fattore, del tutto autonomo, di organizzazione del servizio stesso (gestione turni, orari, permessi e ferie degli operatori) e al relativo *know-how* dell'appaltatore.

¹³ In realtà, De Michiel (2023, 1074-79), quando parla di ripristino di fatto della presunzione di cui all'abrogata legge n. 1369/1960, non vuole negare la necessità dell'accertamento sull'esercizio dei poteri datoriali. Mi sembra che piuttosto intenda dire che la «pregnanza qualificatoria attribuibile a strumenti tecnologici in grado di controllare, dirigere e permeare la prestazione lavorativa» rende decisivo stabilire chi, tra committente e appaltatore, abbia la proprietà del mezzo o la sua disponibilità esclusiva. Questa constatazione, certamente condivisibile, non implica però l'operatività di una presunzione, cioè di un meccanismo in base al quale si desume da un fatto provato l'esistenza di uno ignoto; l'aver verificato la riconducibilità al committente dell'esercizio dei poteri datoriali, infatti, significa proprio aver dimostrato in maniera diretta tutti gli elementi costitutivi della fattispecie interpositiva vietata.

prestazione sia diretta e controllata dalle macchine e che queste comprimano i margini di esercizio dei poteri datoriali. A mio modo di vedere, questa affermazione si scontra con due constatazioni, una più scontata, l'altra meno. La prima è che dietro le macchine c'è sempre l'essere umano, che le programma e decide di impiegarle; la tecnologia, per quanto avanzata, autonoma e intelligente, resta uno strumento fatto funzionare da qualcuno che ne fa uso ai propri fini. Pertanto, nella prospettiva giuridica, come gli illeciti civili causati da una macchina sono imputabili alla persona (fisica o giuridica) che se ne avvale e ne gestisce il funzionamento, anche le decisioni che da quella tecnologia promanano dovranno essere attribuite allo stesso soggetto (cfr. Donini 2020, 8-9; Covelli 2023, 525; Gargiulo 2023, 174-75; Ciucciuvino 2024, 5-6).

La seconda osservazione è che, a ben vedere, l'inserimento di un lavoratore in un'organizzazione marcatamente automatizzata, in certi casi, può non solo non ridurre la sua soggezione ai poteri datoriali, ma addirittura determinare un'inversione della tendenza – tradizionalmente tipica del lavoro meno qualificato – all'attenuazione della subordinazione¹⁴. Se fino a non molto tempo fa il lavoro del magazziniere poteva farsi rientrare tra quelli in cui l'etero-direzione sfumava, oggi è frequente che nella logistica l'attività del personale sia guidata e monitorata passo dopo passo tramite sistemi informatici. Casomai, nel quadro di un appalto, a ridursi può essere lo spazio per i poteri datoriali dell'asserito appaltatore, occupato dal committente che lo sfrutta attraverso la mediazione tecnologica. Ma non si può dire che una tale dinamica richieda di abbassare l'asticella della «organizzazione dei mezzi necessari» (*sub specie*, dell'organizzazione del fattore lavoro) oltre la quale l'appalto è genuino; al contrario, mi sembra che ipotesi di tal fatta delineino proprio il prototipo versione 4.0 di ciò che l'ordinamento vuole evitare prescrivendo il divieto di interposizione.

Insomma, l'utilizzo di un sistema decisionale algoritmico in un appalto non muta i termini dell'indagine sulla liceità dell'operazione di decentramento produttivo¹⁵ se non per il fatto che all'interprete è richiesto, quale ulteriore passaggio del processo qualificatorio (Ingrao 2020a, 108), di appurare la provenienza delle direttive e quindi di attribuire il sistema stesso al committente o all'appaltatore onde stabilire se il secondo sia titolare della necessaria (ma anche sufficiente, per citare di nuovo Del Punta 2008, 145) autonomia organizzativa. A tal fine, è da escludere che possa essere valorizzata la proprietà del *software* o qualsiasi altra relazione di carattere giuridico con esso. Piuttosto, l'attenzione dovrebbe essere

¹⁴ Su mediazione tecnologica e ri-accenuazione del potere direttivo sono del mio stesso avviso Donini (2020, 9) e De Michiel (2023, 1078). Invece, sulla «crisi del potere direttivo» riferita in generale agli appalti *labour intensive* da eseguirsi tramite mansioni elementari si veda Alvino (2011, 22).

¹⁵ Di opinione diversa è Esposito 2022, secondo il quale «L'esercizio del tipico potere datoriale, nei cicli produttivi digitalmente integrati, diventa [...] marginale rispetto all'influenza della mediazione e, quindi, all'apporto immateriale delle dotazioni informatiche». A me pare però che, nella prospettiva giuslavoristica, per pesare questo apporto si debbano valutare qualità e quantità dei poteri che attraverso la tecnologia vengono esercitati.

focalizzata sul collegamento di fatto che si instaura tra impresa e strumento tecnologico, dal momento che, come sempre nelle indagini sulla subordinazione, il dato fattuale deve prevalere su quello formale. Non a caso la (esigua) giurisprudenza di merito che ha già avuto modo di esprimersi sul punto in questione ha riconosciuto rilievo alla «disponibilità esclusiva» del *software* da parte – in quei casi – del committente¹⁶, da intendersi – mi pare – come potere di materiale gestione del funzionamento dello strumento informatico al quale sono delegate alcune delle prerogative datoriali (cfr. anche Cangemi 2019, 1142). Una gestione, quella del programma, che si presenta tanto meno evidente quanto più è avanzata la tecnologia su cui esso si basa, fino ad arrivare ai sistemi più sofisticati di intelligenza artificiale in cui le capacità di auto-apprendimento della macchina rendono apparentemente inconsistente la relazione con l'impresa che ne fa uso, rintracciabile, però, nell'autonoma decisione di adottare quella tecnologia, nella titolarità della facoltà di rinunciarvi e nell'iniziale importazione dei dati.

3. Il committente in bilico tra legittimo coordinamento e organizzazione del lavoro

Come ho già avuto modo di dire, non si può pensare che il ricorso da parte del committente a sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati o semi-automatizzati nell'ambito dell'appalto integri di *default* una violazione del divieto di interposizione. Come per le disposizioni e il controllo provenienti dal committente in carne e ossa, anche per quelli delegati a un *software* occorre distinguere tra attività che sono espressione del legittimo coordinamento ai sensi degli artt. 1661 e 1662 cod. civ. e attività che, invece, costituiscono esercizio dei poteri datoriali.

In linea di principio, il discrimine fra le due fattispecie andrebbe individuato in chi risulta essere il destinatario delle disposizioni del committente: la controparte contrattuale, quindi l'appaltatore, per il potere di coordinamento; i lavoratori impiegati nell'appalto, per i poteri datoriali. Il che renderebbe illecito ogni appalto in cui vi fosse un qualsiasi tipo di indicazione del committente rivolta direttamente al personale interessato anziché all'appaltatore, il quale, nell'esercizio della sua autonomia organizzativa, deve poter valutare se e come trasmettere ai dipendenti le istruzioni ricevute.

Tuttavia, questa lettura *prima facie*, che evidentemente sconta un eccesso di rigido formalismo, è addolcita dalla giurisprudenza, la quale entro certi limiti ammette che i dipendenti dell'appaltatore ricevano istruzioni e siano soggetti a controllo direttamente da parte del committente. È infatti orientamento consolidato quello secondo il quale per accertare un'interposizione vietata di manodopera è necessario verificare se le disposizioni impartite dal personale del committente agli ausiliari dell'appaltatore siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al solo risultato produttivo di tali prestazioni, il

¹⁶ Trib. Padova 16.7.2019, cit.; Trib. Padova 3.3.2023, cit.; App. Venezia 30.3.2023, cit.

quale può formare oggetto di un genuino contratto di appalto¹⁷. E al medesimo criterio – alla stregua del quale occorre sostanzialmente guardare se l'esercizio del potere si inserisca in una logica di esecuzione della relazione contrattuale con l'impresa appaltatrice o in quella di gestione del rapporto con il lavoratore – si deve ricorrere per ascrivere l'eventuale attività di controllo del committente al potere di verifica dell'art. 1662 cod. civ. o alle prerogative in fatto di vigilanza del datore di lavoro.

Il confine tra illecito e lecito, in altre parole, risiede nella distinzione tra, da un lato, le attività che sono espressione della direzione e del controllo della prestazione lavorativa del personale impiegato nell'appalto e, dall'altro, le indicazioni e le verifiche utili ad attuare quell'integrazione produttiva che è indispensabile per conseguire il risultato finale dedotto in appalto. Con tutta evidenza si tratta di una linea di demarcazione tanto chiara a livello concettuale, quanto sottile e incerta sul piano pratico. Basti pensare che è ritenuta legittima pure la pre-determinazione delle modalità temporali e tecniche di esecuzione del servizio o dell'opera oggetto dell'appalto che dovranno essere rispettate dall'appaltatore¹⁸; l'esercizio da parte del committente dei poteri di conformazione e controllo in ordine a tali aspetti potrà pertanto tradursi anche in istruzioni e verifiche estemporanee concernenti i tempi e i modi della prestazione lavorativa, ancorché, naturalmente, nei limiti di ciò che è strettamente funzionale alla corretta esecuzione dell'appalto. Nella pratica, perciò, in casi di forte integrazione dell'attività esternalizzata nel ciclo produttivo del committente – come quando dal risultato della fase appaltata dipendono l'esito della produzione o la qualità del prodotto finito –, il compito dell'interprete rischia di essere davvero irto di insidie¹⁹.

Distinguere concretamente tra legittimo coordinamento e illegittima ingerenza nell'organizzazione della prestazione lavorativa può poi essere operazione ancor più spinosa quando le indicazioni che i dipendenti dell'appaltatore ricevono sono elaborate in modo automatizzato o semi-automatizzato tramite un *software* nella «disponibilità» del committente. Ciò non tanto perché cambino le coordinate normative di riferimento – come ho cercato di spiegare nel paragrafo precedente, i parametri dell'indagine non mutano sensibilmente a causa dell'impiego di un sistema algoritmico –, quanto a causa delle diverse modalità con le quali in concreto si realizza l'asserito coordinamento.

La mediazione tecnologica, infatti, consente al committente di impartire disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore anche in assenza di contiguità fisica con loro; indipendentemente dal fatto che l'appalto sia endoaziendale o da eseguirsi in ambienti estranei alla disponibilità del primo. Ad esempio, può verificarsi che in uno stabilimento dell'appaltatore e alla presenza di un referente di

¹⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. 6.6.2011, n. 12201, Cass. 15.7.2011, n. 15615, Cass. 12.4.2018, n. 9139, Cass. 20.6.2018, n. 16259, Cass. 11.5.2021, n. 12413, Cass. 28.12.2022, n. 37885, tutte quante in *DeJure*.

¹⁸ Cass. 15.7.2011, n. 15615, cit.; Cass. 20.6.2018, n. 16259, cit.

¹⁹ In argomento si vedano *amplius* le riflessioni di Lozito (2013, 72-91).

quest'ultimo, l'attività dei lavoratori addetti all'appalto sia in tutto guidata da un algoritmo progettato o comunque gestito dal committente. Un'eventualità, questa, che, se anche non incide sui criteri di qualificazione della fattispecie elaborati dalla giurisprudenza, certamente devia dalle dinamiche di decentramento produttivo tipiche dell'economia industriale e post-industriale, richiedendo all'interprete un notevole sforzo di adattamento ai nuovi modi attraverso cui può avvenire la *contractual integration* tra imprese.

E ancora, l'indagine sulla genuinità dell'appalto «ad alta intensità algoritmica» può essere resa più complessa dalle difficoltà di conoscere e valutare il funzionamento dell'algoritmo medesimo²⁰, specie laddove il modello di intelligenza artificiale eventualmente adottato contenga una qualche forma di continuo auto-apprendimento. Nella prospettiva che qui interessa, gli ostacoli non riguardano solo il disvelamento delle modalità e del contenuto delle istruzioni impartite ai lavoratori, ma – come anticipato – pure la riconducibilità di esse a una parte o all'altra del contratto di appalto. Si tratta infatti pur sempre di direttive partorite più o meno autonomamente da un sistema, che, ad esempio, potrebbe essere programmato dal committente ma alimentato anche da *input* forniti dall'appaltatore.

Primo fondamentale passo verso l'accertamento della liceità dell'appalto è pertanto diradare la nebbia che circonda il funzionamento dell'algoritmo e un assist al lavoratore in questo senso potrebbe essere offerto dal nuovo art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997²¹. Questa previsione – che anticipa alcune delle garanzie contemplate da proposte in discussione in sede eurounitaria²² – dimostra come anche il legislatore – nonostante il passo indietro fatto con l'art. 26, d.l. n. 48/2023 – stia prendendo coscienza delle possibili ripercussioni negative che l'opacità dei sistemi in questione può avere sulla posizione del lavoratore. L'introduzione di un obbligo di informazione non è però che un primo approccio alla materia; non si può pensare che esso sia risolutivo, soprattutto se si considera l'elevatissima complessità tecnica dei meccanismi di funzionamento dei sistemi e le conseguenti difficoltà per il lavoratore, per le organizzazioni sindacali e finanche per il giudice di comprendere il significato delle informazioni comunicate²³. Mi sembra allora che l'esigenza di scongiurare il rischio che detti obblighi informativi

²⁰ Su opacità algoritmica e rapporto di lavoro si veda Gaudio 2020, 22-28, al quale rinvio anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

²¹ Sui limiti della disposizione si vedano Corti 2023 e Ciucciiovino 2024. Per una posizione meno critica può leggersi Renzi 2022.

²² Alludo al capo III della proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforma, nonché agli artt. 13, 29 (spec. par. 5-*bis*) e 29-*bis* della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale nel testo risultante a seguito degli emendamenti approvati dal Parlamento europeo nel giugno 2023 (cfr. Renzi 2022, 72-4; Lazzeroni 2024, 213-16). Su questi documenti mi limito a rinviare a Tebano 2021, Barbieri 2021 e Alaimo 2023.

²³ Fermo restando che, soprattutto nel caso di impiego di intelligenza artificiale c.d. generativa (cioè quella che può essere utilizzata per creare nuovi testi, immagini, video, audio, codici o dati sintetici), è tecnicamente impossibile seguire e, quindi, descrivere il percorso che dagli *input* originali porta agli *output*.

configurino una tutela della trasparenza fine a sé stessa e, pertanto, meramente formale e apparente richieda che essi rappresentino solo un tassello di un sistema protettivo più articolato che coinvolga anche attori collettivi e autorità pubbliche di vigilanza e garanzia (Tebano 2021, 52-53).

4. La subordinazione dall'etero-direzione all'etero-organizzazione: riflessi sulla nozione di appalto genuino

Come ho già detto, nel giudizio sulla genuinità dell'appalto e, in particolare, nell'indagine relativa al requisito della «organizzazione dei mezzi necessari», un passaggio fondamentale è rappresentato dall'esame circa l'imputabilità dei rapporti di lavoro in capo all'appaltatore. Negli appalti *labour intensive* questo tipo di accertamento addirittura esaurisce le verifiche sul citato requisito. Entrano in gioco, dunque, i criteri di qualificazione del lavoro subordinato e, primo tra questi, l'elemento dell'etero-direzione, tradizionalmente ritenuto dalla giurisprudenza il profilo caratterizzante della subordinazione.

Questo significa che sulla valutazione della liceità dell'appalto finisce per riflettersi lo scolorimento del potere direttivo cui si assiste da sempre per alcuni tipi di mansioni (quelle più elementari e quelle a più elevato contenuto professionale) e che l'economia delle piattaforme ha accentuato. Non credo ci sia bisogno di indugiare nella descrizione di una realtà ben nota (si veda per tutti Tufo 2021a). È sufficiente evidenziare che l'uso della tecnologia può, sì, in certi casi, determinare una riespansione del potere direttivo laddove tradizionalmente l'esercizio dello stesso si era affievolito (l'ho già sottolineato *supra*), ma può anche favorire forme di organizzazione dell'impresa, come per l'appunto quelle tipiche della *gig-economy*, in cui il lavoratore resta libero (ancorché, talvolta, solo in apparenza²⁴) di rifiutarsi di eseguire la prestazione richiesta o comunque non è soggetto a ordini e direttive puntuali e vincolanti.

Il dibattito sui problemi qualificatori di alcune fattispecie riferibili a quel mondo è stato alimentato anche dall'emanazione e dalla modifica dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 ed è sostanzialmente incentrato sul rilievo da attribuirsi al criterio dell'etero-organizzazione in difetto di un'attività di etero-direzione strettamente intesa della prestazione. Nell'economia di questo contributo non è possibile dar conto della varietà delle posizioni espresse al riguardo e degli argomenti a supporto di ciascuna. Personalmente ritengo siano più convincenti quelle letture che, pur con diverse sfumature e implicazioni, negano l'esistenza di una differenza qualitativa tra etero-direzione ed etero-organizzazione (si vedano, *ex multis*, Santoro-Passarelli 2015, Razzolini 2020 e Tufo 2021b; *contra*, per tutti, Del Punta 2019 e Perulli 2020), finendo in questo modo per identificare nella seconda il «fulcro minimo» (Mazzotta 2020) intorno al quale ruota un concetto di subordinazione ricalibrato alla luce dei cambiamenti economico-produttivi in atto.

²⁴ Cfr. spec. Trib. Torino 15.11.2022, in *Newsletter Wikilabour*, 2023, n. 3.

Ma se così è, l'etero-organizzazione rappresenta anche il *minimum* di autonomia organizzativa richiesto all'appaltatore ai fini della liceità dell'appalto. Nelle operazioni di decentramento produttivo, specie se *labour intensive*, essa può dunque diventare l'ago della bilancia. Ancora una volta, viene in rilievo la nozione flessibile, relativa, di «organizzazione dei mezzi necessari»: se, in base al tipo di attività dedotta in appalto, la prestazione lavorativa può essere svolta in assenza di stringenti istruzioni, sarà sufficiente verificare che essa è effettivamente organizzata dall'appaltatore per ritenere integrato – sotto il profilo dell'organizzazione delle risorse umane – il requisito in parola. Si tratta di una conclusione ricca di importanti implicazioni pratiche per una molteplicità di casi: da quelli «classici», in cui l'appalto ha per oggetto servizi che per essere svolti richiedono mansioni elementari o, all'opposto, altamente qualificate, fino a quelli «di ultima generazione», nei quali il modello d'impresa adottato dalla piattaforma committente esclude l'etero-direzione in senso stretto ma contempla una rigida organizzazione della prestazione che passa anche per l'uso di tecnologie algoritmiche; tutte fattispecie per le quali, nell'ambito del giudizio sulla genuinità dell'appalto, l'indagine su chi sia il reale datore di lavoro dovrà concentrarsi sulla ricerca di colui che risulti in concreto titolare del potere organizzativo, a nulla rilevando che l'esercizio di esso sia delegato a un *software*. Come credo di aver chiarito *supra*, infatti, l'eventualità della spersonalizzazione dei poteri datoriali, tipica del settore del *food delivery* e della *platform economy* in generale, non è di per sé in grado di incidere sulle coordinate di riferimento per l'accertamento della liceità dell'appalto, imponendo «solo», quale elemento aggiuntivo del giudizio, di attribuire la «disponibilità» del programma a committente o appaltatore.

Piuttosto, nel caso specifico dei *riders*, l'osservazione del fenomeno reale porta alla luce un diverso problema ermeneutico che può essere riassunto nel seguente interrogativo: posto che il reclutamento dei ciclo-fattorini da parte dell'asserito appaltatore avviene spesso nella forma della collaborazione autonoma, l'esercizio da parte della piattaforma committente del potere organizzativo (o anche del potere direttivo) verso i lavoratori costituisce una violazione del divieto di interposizione o va trattato come una questione di accertamento della natura del rapporto di lavoro tra *riders* e piattaforma? In altre parole, l'applicazione del divieto di interposizione presuppone necessariamente l'esistenza a monte di un contratto di lavoro subordinato (o al più di un rapporto di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015) tra lavoratore e soggetto che si assume interposto?

Si tratta di una problematica non certo inedita²⁵, ma tornata d'attualità proprio nel settore del *food delivery*, dove è capitato che interposizione di manodopera e formale carattere autonomo dei rapporti di lavoro con i *riders* si accompagnas-

²⁵ Già sotto il vigore della legge n. 1369/1960 era stata affrontata. Cfr., *ex multis*, Cass. 8.1.1987, n. 59, in *DeJure* e Cass. 7.10.2000, n. 13338, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, II: 402-6. In dottrina, si vedano Mazzotta 1979, 427, Del Punta 1995, 636-38, Carinci 2000, 74-5, Ichino 2000b, 422-423, Bonardi 2001, 66-75 e Marinelli 2001.

sero²⁶. Ebbene, in uno di questi casi, la Corte d'Appello di Torino ha recentemente fatto applicazione del divieto di interposizione²⁷, smentendo sul punto – senza troppo argomentare – la sentenza di primo grado, la quale, invece, aveva risolto il caso direttamente ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. e considerato un mero elemento accidentale la circostanza che, nella specie, vi fossero contratti di collaborazione *ex art. 2222 cod. civ.* dei lavoratori con un soggetto diverso da quello che essi assumevano essere il loro effettivo datore di lavoro; elemento che, però, secondo il giudice, era decisivo nell'escludere l'applicabilità della disciplina in tema di interposizione, che presupporrebbe «la sussistenza, *ex ante*, di un contratto di lavoro subordinato fra un lavoratore ed un datore di lavoro formale che si afferma non essere quello effettivo»²⁸.

Ora, va detto che, in ipotesi come quella affrontata a Torino, il dilemma si pone solo sotto il profilo teorico dell'individuazione della norma di riferimento (art. 2094 cod. civ. o art. 29, d.lgs. n. 276/2003?), perché, dal punto di vista pratico, «tutto confluisce comunque verso la subordinazione» (Del Punta 1995, 638). Nessun problema neppure nel caso in cui il rapporto tra appaltatore e lavoratore, formalmente qualificato come autonomo, sia in realtà subordinato e l'appalto sia illecito per difetto di altro requisito: la soluzione va trovata con un giudizio in due passaggi, cioè riqualificazione del rapporto verso l'appaltatore e conseguente applicazione dell'art. 29. Ma *quid iuris* se la relazione tra appaltatore e lavoratore è genuinamente autonoma e ciononostante l'appalto è illecito per mancanza, ad esempio, del rischio d'impresa?

A me pare che quantomeno l'esistenza di un'autentica collaborazione autonoma (anche *sub specie* di collaborazione *ex art. 409 n. 3 cod. proc. civ.*) osti all'applicazione del divieto di interposizione²⁹. Independentemente da considerazioni legate al dato letterale³⁰, non si può infatti trascurare la circostanza che creare dal nulla un rapporto di lavoro subordinato imputandolo al committente costituirebbe una sanzione non solo eccessiva, ma pure incoerente con la *ratio*

²⁶ Cfr. Trib. Milano, Sez. Misure prevenzione, 27.5.2020, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2020, II: 639, nonché Trib. Torino 18.11.2021, in *Labor*, 2022: 213-231 e App. Torino 25.11.2022, cit.

²⁷ App. Torino 25.11.2022, cit.

²⁸ Trib. Torino 18.11.2021, cit. Nel medesimo senso, sulla normativa vigente, già Cassar 2014, 61.

²⁹ Propendono per una radicale incompatibilità tra autonomia e divieto di interposizione Garilli, De Marco (2022, 235-7). Secondo Ingraio (2020b), invece, il divieto di interposizione non sarebbe del tutto inapplicabile al lavoro autonomo, operando piuttosto per le collaborazioni etero-organizzate. Evidentemente, però, la prima parte dell'asserzione è vera solo ove – come fa l'Autrice – si accolga la tesi – che io invece non condivido – della riconducibilità delle fattispecie *ex art. 2*, d.lgs. n. 81/2015 al mondo del lavoro autonomo.

³⁰ Rileva, tra l'altro, il fatto che l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 – a mio modo di vedere – richiede in prima battuta di andare in cerca di chi abbia esercitato il potere direttivo e organizzativo nei confronti dei lavoratori, quale contenuto minimo del requisito della «organizzazione dei mezzi necessari». Un potere che non può aversi se il rapporto è davvero autonomo.

alla base del divieto, il quale, comunque la si pensi sulla natura della sua connessione con l'art. 2094 cod. civ., deve essere ritenuto un tassello dello statuto protettivo del lavoro subordinato.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. 2022. *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*. Torino: Giappichelli.
- Alaimo, A. 2023. "Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?". *Federalismi.it*, Focus lavoro persona tecnologia, 18 ottobre: 133-49.
- Alleva, P. 2004. "La nuova disciplina degli appalti di lavoro". In *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di G. Ghezzi, 165-76. Roma: Ediesse.
- Aloisi, A., De Stefano, V. 2020. *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*. Bari: Laterza.
- Alvino, I. 2011. "Profili problematici della distinzione fra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza". *Il lavoro nella giurisprudenza* suppl. al n. 11: 20-7.
- Barbieri, M. 2021. "Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma". *Labour & Law Issues* 2: 1-20.
- Bonardi, O. 2001. *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*. Milano: Franco Angeli.
- Cangemi, V. 2019. "L'appalto labour intensive nell'era della quarta rivoluzione industriale". *Il lavoro nella giurisprudenza*: 1137-45.
- Carinci, M. T. 2000. *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*. In *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, sub art. 2127. Milano: Giuffrè.
- Cassar, S. 2014. *Il sistema delle tutele del lavoro nell'appalto tra politiche del diritto e scelte organizzative*. Torino: Giappichelli.
- Chieco, P. 2006. "I tratti salienti della somministrazione di lavoro, del distacco e dell'appalto labour intensive". In *Percorsi di diritto del lavoro*, a cura di D. Garofalo, M. Ricci, 513-34. Bari: Cacucci.
- Ciucciiovino, S. 2024. "La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro". *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Corazza, L. 2004. "Contractual integration" e rapporti di lavoro. Padova: Cedam.
- Corso, S. M. 2021. "I riders e il c.d. caporalato (a margine della vicenda Uber Italia)". *Variazioni su temi di diritto del lavoro*: 411-38.
- Corti, M. 2023. "L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale". *Federalismi.it*, Focus lavoro persona tecnologia, 13 dicembre: 163-70.
- Covelli, R. 2023. "L'interposizione alla prova degli strumenti digitali: l'uso del software del committente come prova per l'accertamento di appalto non genuino". *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* II: 516-26.
- De Luca Tamajo, R. 2002. "Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura". In *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, 9-69. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- De Michiel, F. 2023. "Ancora sul rapporto tra appalto, tecnologia e poteri datoriali". *Diritto delle relazioni industriali*: 1072-79.

- De Simone, G. 1995. *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*. Milano: Franco Angeli.
- Del Punta, R. 1995. "Appalto di manodopera e subordinazione". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 625-55.
- Del Punta, R. 2002. "Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera". *Argomenti di diritto del lavoro*: 289-302.
- Del Punta, R. 2005. "Le nuove regole dell'outsourcing". In *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o irregolazione?* a cura di C. Serra, 145-61. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2007. "Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto". *Diritto delle relazioni industriali*: 503-8.
- Del Punta, R. 2008. "Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro". *Rivista italiana di diritto del lavoro I*: 129-60.
- Del Punta, R. 2019. "Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente". *Rivista italiana di diritto del lavoro II*: 358-67.
- Donini, A. 2020. "Chi governa le strumentazioni digitali è datore di lavoro, anche in caso di appalto". *Giustiziacivile.com*, nota a sentenza, 17 febbraio.
- Esposito, M. 2002. *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*. Napoli: Jovene.
- Esposito, M. 2022. "Ciclo produttivo digitalmente integrato e responsabilità datoriali: appunti sull'effettività delle tutele". *Federalismi.it*, Focus lavoro persona tecnologia, 5 ottobre: 95-103.
- Gargiulo, U. 2023. "Intelligenza Artificiale e poteri datoriali: limiti normativi e ruolo dell'autonomia collettiva". *Federalismi.it*, Focus lavoro persona tecnologia, 13 dicembre: 171-91.
- Garilli, A., De Marco, C. 2022. "La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro". *Labor*: 232-46.
- Garofalo, D. 2017. "Il perdurante divieto di interposizione". In *Appalti e lavoro. Volume secondo. Disciplina lavoristica*, a cura di D. Garofalo, 3-21. Torino: Giappichelli.
- Gaudio, G. 2020. "Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo". *Labour & Law Issues* 2: 19-71.
- Ichino, P. 2000a. "La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro". In *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle Giornate di Studio Aidlass (Trento 4-5 giugno 1999)*, Aa.Vv., 3-86. Milano: Giuffrè.
- Ichino, P. 2000b. "Il contratto di lavoro". Vol. I. In *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo. Milano: Giuffrè.
- Ingrao, A. 2020a. "Marchandage du travail tra appalto e distacco illeciti. Quando il datore di lavoro è un software nella logistica 4.0". *Rivista italiana di diritto del lavoro II*: 105-12.
- Ingrao, A. 2020b. *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*. Milano: Giuffrè.
- Inversi, C. 2021. "Caporalato digitale: il caso *Uber Italy Srl*". *Lavoro e diritto*: 335-46.
- Lazzeroni, L. 2024. *Responsabilità sociale d'impresa 2.0 e sostenibilità digitale. Una lettura giuslavoristica*. Firenze-Siena: Firenze University Press – USiena Press.
- Lee, M. K., Kusbit, D., Metsky, E., Dabbish, L. 2015. "Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers". *Proceedings of CHI 2015*: 1603-12.
- Loffredo, A. 2020. "Siamo uomini o multinazionali?". *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale II*: 639-650.

- Lorea, L. 2020. "Sulla distinzione tra appalto di manodopera c.d. *labour intensive* e somministrazione di lavoro: un confine che diventa più sottile nell'impresa tecnologicamente organizzata". *Argomenti di diritto del lavoro*: 225-34.
- Lozito, M. 2013. *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*. Bari: Cacucci.
- Marinelli, M. 2001. "Appalto di manodopera e lavoro autonomo". *Rivista italiana di diritto del lavoro* II: 402-5.
- Mazzotta, O. 1979. *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mazzotta, O. 2003. "Il mondo al di là dello specchio. La delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori". *Rivista italiana di diritto del lavoro* I: 265-82.
- Mazzotta, O. 2020. "L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali". *Labor*: 5-25.
- Perulli, A. 2020. "Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative, e subordinazione: come 'orientarsi nel pensiero'". *Diritto delle relazioni industriali*: 267-311.
- Picunio, M. L. 2023. "Appalti tecnologici nella logistica: è sufficiente l'utilizzo della piattaforma per escludere la genuinità dell'appalto?". *Argomenti di diritto del lavoro*: 1050-57.
- Razzolini, O. 2020. "I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura". *Diritto delle relazioni industriali*: 345-80.
- Renzi, S. 2022. "La trasparenza dei sistemi algoritmici utilizzati nel contesto lavorativo fra legislazione europea e ordinamento interno". *La nuova giuridica* 2: 60-77.
- Romei, R. 2006. "Il contratto di somministrazione di lavoro". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 403-39.
- Santoro-Passarelli, G. 2015. "I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.". *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 278.
- Scarpelli, F. 1990. "Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici". In *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*, a cura di O. Mazzotta, 43-119. Milano: Giuffrè.
- Tagliabue, I. 2022. "L'impatto delle nuove tecnologie sulla legittimità giuridica del contratto di appalto: note a margine di una sentenza del Tribunale di Catania". *Diritto delle relazioni industriali*: 1128-34.
- Tebano, L. 2021. "La digitalizzazione del lavoro tra intelligenza artificiale e gestione algoritmica". *Ianus* 24: 43-53.
- Tufo, M. 2021a. *Il lavoro digitale a distanza*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Tufo, M. 2021b. "La qualificazione del rapporto di lavoro su piattaforma digitale nel diritto vivente: *old wine in a new bottle?*". *Ianus* 24: 1-20.
- Vallauri, M. L. 2003. "Outsourcing e rapporti di lavoro". *Digesto delle discipline privatistiche - Sez.com.*, Aggiornamento: 722-44.
- Wood, A. J. 2021. "Algorithmic Management. Consequences for Work Organisation and Working Conditions". *JRC WP on Labour, Education and Technology*, n. 7.

Qualità del processo produttivo nell'industria della carne: le debolezze della filiera, le ricadute sul lavoro

Piera Campanella

Mikolas è operaio specializzato...
lui fai il disossatore, un mestieraccio
specie se lavorate a cottimo
e cercate di metter da parte
un po' di soldi per sposarvi:
le mani viscido, il coltello altrettanto,
voi che ci date sotto come un matto [...]

Del lavoro Jurgis parlava
con gran leggerezza perché era giovane.
Certo, gli erano giunte all'orecchio storie
di uomini distrutti dalla fatica,
lì nei macelli di Chicago,
e di quanto era successo loro dopo,
come conseguenza -
storie da fare accapponare la pelle [...]

(Upton Sinclair, *La giungla*, prefazione e traduzione
di Mario Maffi. Milano: PGreco 2019, 35 e 46)

1. È così, «*La giungla* di ieri [...] ci parla di un oggi ben visibile [...]» (Maffi 2019, 19). Ben visibile soprattutto da quando una patologia come il Covid-19, riconducibile, secondo i più, alla categoria delle zoonosi (Worobey et al. 2022; Worobey et al. 2024), ha fatto irruzione negli impianti di macellazione e lavorazione delle carni, già di per sé esposti a rischio zoonotico, mettendone a nudo ogni debolezza (Effat 2020; Mc Sweeney, Young 2021).

Col suo rapido e violento propagarsi, il Covid-19 ha squarciato il velo dell'invisibilità che ha da sempre interessato il lavoro nel settore, causa la perifericità spaziale degli stabilimenti produttivi (Lever, Milbourne 2017, 306 sgg.; Urbinati 2017-2018)¹ e la strutturale marginalità sociale della manodopera, in larga parte

¹ Secondo Urbinati 2017-2018, 10-11, storicamente «la scelta del luogo dove far sorgere i mattatoi, e cioè ai margini delle città, era dettata principalmente dall'idea che ciò avrebbe messo in sicurezza i cittadini e soprattutto avrebbe reso più pulite le città [...]. Ma la dislocazione

di origine straniera (Campanella, Dazzi 2020). Questa invisibilità non è stata purtroppo scalfita, nel tempo, neppure dalla mobilitazione sindacale.

«Rendere visibile l'invisibile», è stato detto - parafrasando un efficace slogan del sindacato latino-americano (Perini 2024) - per indicare ciò a cui dovrebbe tendere l'azione collettiva. Ed è quello a cui certamente ha mirato anche l'iniziativa dei lavoratori della carne. In effetti, «the history of the [...] poultry industry is a history of class struggle», è stato osservato in riferimento agli U.S. (Freshour 2019, 124), Paese ove per primo è andato sperimentandosi quel connubio su larga scala tra consumo di carne e produzione a livello industriale del prodotto.

In un tale contesto, non v'è dubbio che la lotta organizzata abbia consentito di smascherare e combattere le forme più estreme di sfruttamento nel settore. Tuttavia, essa non è riuscita ad eliminarle del tutto e neppure liberare le condizioni lavorative del settore dai tratti di particolare penosità che la contraddistinguono, per l'oggettiva brutalità di un'attività connessa all'uccisione in massa di esseri viventi e la inevitabile gravosità di un'organizzazione del lavoro deputata a garantire con estrema precisione e razionalità quel risultato produttivo².

Una tale gravosità – espressa dalla costante intensificazione dei ritmi produttivi (Fontana 2018; Rete Nazionale Lavoro Sicuro 2023)³, mista a politiche di bassi salari – ha teso a crescere da ultimo, per effetto della montante pressione competitiva interna alla filiera⁴ e di una certa difficoltà del sindacato ad organizzare le maestranze, sempre più segmentate da un uso spinto dell'*outsourcing* e dei contratti flessibili (Effat 2013; Wagner, Refslund 2015, 335 sgg.; Wagner 2015, 201 sgg.; Lillie, Wagner 2015, 157; McGauran 2016, 19 sgg.; Dorigatti, Mori 2016, 190 sgg.; Carchedi, Franciosi 2016, 141 sgg.; Dorigatti 2019, 51 sgg.;

di questi edifici [...] poteva essere anche (dovuta) (al)l'esigenza di celare alla maggior parte delle persone ciò che avveniva all'interno dei mattatoi [...] con l'obiettivo, seppur inespreso», di sollevare da ogni responsabilità sociale la popolazione; la perifericità spaziale delle *meat-processing factories* è indagata, invece, particolarmente, in Lever, Melbourne 2017, 311, con riferimento al caso gallese, e da questi autori intrinsecamente connessa alla c.d. liminalità dei lavoratori migranti ivi impiegati: «[...] migrants employed in these factories were outside cut off from the rest of society [...]. The factories they worked within are detached from place in very particular ways, located 'out of sight and out of mind' in bland industrial parks on the edge of urban centres [...]».

² Upton Sinclair pone bene in evidenza la lucida spietatezza di quell'ingranaggio produttivo, nella parte in cui narra della prima visita al macello di Jurgis, il protagonista di *The Jungle*: «It was so all very businesslike that one watched it fascinated. It was porkmaking by machinery, porkmaking by applied mathematics [...]» (Sinclair 1906).

³ Sulla scorta di un'inchiesta operaia condotta in due stabilimenti modenese di lavorazione della carne suina, la Rete Nazionale Lavoro Sicuro afferente al SiCobas ha lamentato significativi problemi a riguardo e avanzato alcune proposte: si veda anche SiCobas 2023; Rete nazionale lavoro 2024; in tema si veda già Collettiva 2017; Punto Sicuro 2016.

⁴ Eppure non manca, tra i player del settore, chi si distingue per i propri profitti: dopo un anno di assenza, è, ad esempio, rientrato nella classifica Forbes degli uomini più ricchi del mondo Luigi Cremonini che, con il suo Gruppo Inalca S.p.A. (Modena) rifornisce di carne marchi come Mc Donald's e Burger King: è 72°, con un patrimonio di un miliardo di dollari: Novarini 2024.

Campanella, Dazzi 2020; Campanella 2020, 935 sgg.; Battistelli 2020, 974 sgg.; Battistelli, Campanella 2020, 135 sgg.; Battistelli e al. 2020a, 1 sgg.; Piro 2020, 53 sgg.; Piro, Sacchetto 2020, 515 sgg.; Franciosi 2022, 51 sgg.; Piro 2022, 446 sgg.; Theunissen, Zanoni, e Van Laer 2023, 934 sgg.; Campanella 2024, 332 sgg.; Terra! 2024, 50 sgg.) nonché da politiche di «compartimentalizzazione» sulla base della nazionalità (Lever, Milbourne 2017, 308; Piro 2020, 53 sgg.). Stando così le cose è, dunque, innegabile come la filiera della carne rappresenti non solo un contesto di morte e dolore per gli animali, ma anche una dimensione produttrice di tanta sofferenza e devastazione per gli esseri umani (García Pereira 2019; Di Fiore 2021)⁵. Questo, anche al netto dei pregiudizi provocati all'ambiente (IPCC 2023; Altreconomia 2019; Terra! 2018) ed ai consumatori, sarebbe già sufficiente a suggerire un netto cambio di passo rispetto allo stato di cose presenti.

L'esplosione dell'emergenza pandemica negli impianti del settore ha dato, del resto, una palese rappresentazione della pessima situazione in cui versano i lavoratori: il fenomeno della pandemia ha interessato particolarmente l'industria della carne degli Stati Uniti (Press 2023, 194 sgg.; Douglas 2020; Freshour 2020)⁶, del Brasile (Mano 2020), dell'Australia (BIS Oxford Economics 2021), ma anche dell'Europa (Mc Sweeney, Young 2021; Stolton 2020; Effat 2020). Qui il primato è andato soprattutto a Paesi, come la Germania (Ban, Bohle, e Naczyk 2022)⁷ o l'Inghilterra (Chen et al. 2023), in cui grandi stabilimenti produttivi, capaci di integrare al loro interno tutte le fasi produttive, hanno funzionato da importanti vettori per la diffusione del virus. Meno significativo, anche se non del tutto inconsistente (Terra! 2024, 52), è stato, invece, l'impatto del Covid-19 per la manodopera italiana occupata nel comparto. Il motivo va forse ricercato nella maggiore frammentazione organizzativa di certe filiere (Barberis et al. 2020, 41 sgg.; Terra! 2024, 52), con una prevalenza delle piccole imprese (Comito 2023, 143; Battistelli et al. 2020b, 143), meno esposte alla diffusione del virus, non certo invece nel modello organizzativo del lavoro, che l'industria della carne del nostro Paese condivide con il resto del mondo occidentale. È il c.d. «*subcontracting model*» a ragione indicato come il responsabile principale dello scadimento delle condizioni di lavoro e di salute del personale e, dunque,

⁵ Questo giustifica la scarsissima attrattività di questa industria, lamentata come serio problema da parte imprenditoriale: si veda Evans 2021 con particolare riferimento al caso inglese.

⁶ V. Press 2023, 194 sgg. per una visione molto critica della gestione della pandemia negli impianti di macellazione da parte della presidenza Trump, che ha invocato il *Defense Production Act* per qualificare i lavoratori del settore come «*essential workers*» e, così, vietare la chiusura degli impianti nonostante l'esplosione del virus al loro interno; in tema si veda anche Freshour 2020, sulla scorta di una considerazione dell'industria della carne come osservatorio privilegiato di quelle forme di capitalismo razziale che, a partire dalla vecchia economia delle piantagioni di cotone del Sud del Paese, tuttora connotano la società americana.

⁷ Sulle dinamiche di sfruttamento dei lavoratori rumeni negli stabilimenti della tedesca Tönnies attraverso schemi intermediatori, si veda G4Media.ro 2020; AK-24 2020.

della propagazione incontrollata dell'infezione nelle linee produttive della carne (Mc Sweeney, Young 2021; per il caso italiano, Terra! 2024, 54 sgg.).

In un contesto come quello italiano, di significativa parcellizzazione della filiera e, conseguentemente, di accentuato dominio dei grandi *retailers*, un simile modello - forte di quell'ampio «esercito industriale di riserva» dato dalla manodopera migrante (Piro 2022, 446 sgg.) - garantisce un consistente risparmio sul costo del lavoro. Secondo quanto è stato notato, l'industria alimentare del nostro Paese, se, da un lato, rappresenta un segmento importante del settore manifatturiero, dall'altro, si trova, infatti, di fronte a molteplici sfide che suggeriscono politiche di taglio dei costi, tanto più verso gli attori più vulnerabili della filiera (Piro 2019, 18).

Ora, rispetto a questo quadro, il *business* della carne non fa «eccezione» (Piro 2020, 53). È senz'altro il segmento «a monte», quello dell'allevamento, a risentire dell'ineguale distribuzione di valore lungo la catena produttiva, stretto com'è tra incrementi delle spese di produzione (mangimi, animali, approvvigionamento energetico) e bassi prezzi dell'industria di trasformazione e della GdO⁸. Quest'ultima, attraverso il sistema delle c.d. *private labels* (Campanella 2024, 327), è giunto a impadronirsi della stessa fase della produzione, sì da accrescere ulteriormente il proprio potere nell'ambito, per di più, di un gioco competitivo interno esasperato, tanto più dopo l'ascesa dei *discount*, spesso afferenti a grandi gruppi multinazionali.

Stando così le cose, si capisce perché la riduzione dei costi di produzione divenga un imperativo irrinunciabile nella filiera della carne. E la spinta in tale direzione può essere così forte da sortire gravi effetti patologici, dando vita a vicende di palese violazione della normativa fiscale, previdenziale, commerciale e del lavoro («frodì carosello», elusioni contributive, caporalato, inottemperanza della legislazione prevenzionistica, falsa etichettatura di prodotti Dop) presso i segmenti più vulnerabili della catena del valore⁹.

2. Per quanto concerne l'organizzazione del lavoro, sul banco degli imputati è finito l'*outsourcing*, soprattutto in quei segmenti della catena - come la macellazione e lavorazione della carne nel comparto suinicolo - più schiacciati rispetto

⁸ Su tali prezzi, del resto, poco ha inciso, il pur innovativo d.lgs. n. 198/2021, che in attuazione della c.d. Direttiva Castro, ha sì messo al bando alcune prassi commerciali patologiche particolarmente invasive ai produttori, ma non ha posto limiti a quelle fisiologiche e purtroppo asimmetriche dinamiche *business to business* da cui in fondo dipendono le fragilità delle filiere alimentari, incluso quella della carne (Iannarelli 2021; si veda anche Campanella 2024, 331). Men che meno il decreto ha individuato un qualche raccordo tra buone pratiche commerciali e ulteriori prassi virtuose in materia fiscale, sociale e del lavoro (Canfora, Leccese 2022, 149).

⁹ Per il caso Fileni, <https://www.centropagina.it/attualita/fileni-bufer-a-inchiesta-report-lavazienda-risponde-bio-autentico/>; per la c.d. Prosciuttopoli, <https://www.parmatoday.it/cronaca/sequestrati-oltre-50-chili-di-falso-prosciutto-di-parma-3-denunce-per-frode-in-commercio.html>; il Rapporto Eurispes rileva, del resto, a più riprese come la criminalità organizzata manifesti un forte interesse verso il mercato delle carni: Eurispes, Coldiretti, Fondazione Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare 2019: 72.

ad altri dal regime del basso costo della GdO. A tal riguardo, può essere importante verificare soprattutto attraverso quali meccanismi negoziali - patologici e/o fisiologici - tale tecnica si sia di regola espressa, considerato che una riduzione dei sopracitati costi è realizzabile anche quando le esternalizzazioni si mantengono entro i confini della legalità, così contribuendo parimenti alla crescita del «lavoro povero».

Per quanto riguarda, invece, l'organizzazione della filiera, l'attenzione è caduta su quelle forme di integrazione verticale che consentono ad alcuni *players* della catena la concentrazione presso di sé del valore del prodotto a completo scapito di altri soggetti - nello specifico caso del comparto avicolo, i produttori di materia prima - destinati, pertanto, ad una condizione marginalità» nella catena produttiva.

Più nel complesso, colpisce che all'interno di simili modelli organizzativi, tipici dell'intrapresa economica odierna, si assista - come s'ebbe lucidamente a osservare già molto tempo addietro (Del Punta 2002, 289) - a un sì «complesso intreccio di relazioni sistematiche» tra alcune fattispecie, come l'interposizione di manodopera, il lavoro subordinato, «ed altre [...] anche non strettamente lavoristiche»: nel nostro caso, il contratto di appalto, i contratti associativi agrari, la subfornitura, la prestazione d'opera. Risalta altresì la estrema contiguità di dette figure, il difficile distinguo tra schemi contrattuali genuini e fittizi, distinguo che, pur decisivo sul piano del rapporto di lavoro e di quello previdenziale, nonché sul versante fiscale e commerciale, è reso oltremodo arduo dall'intervento deregolamentativo del legislatore o, talora, al contrario dal suo consapevole astensionismo.

2.1. Con la sua alta concentrazione territoriale (Giacomini, De Francesco, Rossetto 2004, 75 sgg.) e un mercato sostanzialmente autosufficiente (Giacomini, De Francesco, Rossetto 2004, 129; Piro 2019, 13), il comparto avicolo vede sostanzialmente tre player - Aia, Amadori e Fileni - dividersi la scena. Si tratta di grandi gruppi, la cui storia affonda le radici nel segmento più «a monte» della catena, quello della mangimistica e dell'allevamento di animali, rispetto a cui tutti e tre mantengono legami strettissimi. Ciò è reso possibile da una stretta integrazione verticale della filiera e anche dai peculiari tratti strutturali di taluni di detti gruppi societari, costituiti da un insieme ampio e variegato di cooperative agricole. Questo consente la almeno formale ascrizione dei medesimi al settore primario, come allevatori diretti di polli e tacchini, invece che al settore industriale, dove, in realtà, essi effettivamente operano quali trasformatori della materia prima¹⁰.

Trova così ragione anche quanto già segnalato in letteratura circa i contratti collettivi di riferimento del comparto: di norma è il Ccnl della cooperazione agricola a venire applicato al personale in produzione¹¹, se non addirittura

¹⁰ Come è nel caso del gruppo Amadori.

¹¹ È sempre il caso del gruppo Amadori.

quello dei lavoratori agricoli¹², ancor meno favorevole in termini salariali e normativi¹³. Peraltro, la possibilità offerta da tali accordi collettivi di reclutare una grossa quota di «avventizi» e «stagionali» attribuisce margini importanti di flessibilità (e di risparmio) alle aziende¹⁴ e spiega perché il ricorso all'*outsourcing* in funzione riduttiva dei costi rivesta qui una valenza tutto sommato marginale (Piro 2019a, 30).

A propria volta, lo stretto legame dei grandi gruppi avicoli con il settore della produzione primaria dà altresì ragione di un'altra peculiarità della filiera in questione e cioè il diffuso ricorso, da parte di questi stessi gruppi - che agiscono nella fase della macellazione e della lavorazione delle carni, controllando, però, anche la produzione «a monte» di mangimi, nonché la selezione, riproduzione, incubazione delle uova - a contratti di integrazione verticale, stipulati con la miriade frammentata degli allevatori posti «a monte» della catena, contratti formalmente qualificati come "soccide". Si tratta di negozi associativi, prevalenti nell'avicolo, ma ormai presenti anche in ambito suinicolo e dei bovini da ingrasso, sopravvissuti alla legislazione speciale sui contratti agrari quantomeno nella forma della soccida semplice, con lo scopo di consentire a un soccidante (che conferisce in godimento il bestiame) e a un soccidario (che si impegna ad allevarlo secondo le direttive del soccidante) di associarsi per l'allevamento e lo sfruttamento dei capi, sì da ripartirne poi l'accrescimento, nonché gli altri prodotti e utili che ne derivano.

È subito d'uopo notare come la qualificazione di tali accordi in termini di "soccida" porti con sé quantomeno due vantaggi: da un punto di vista tributario, il regime applicabile segue la disciplina di maggior favore della fiscalità agricola; da un punto di vista civilistico, il contratto, riguardando attività di allevamento senza trasferimento di proprietà dei capi, rimane essenzialmente disciplinato dalle sole norme del codice civile (artt. 2170 sgg. c.c.), senza alcun rilievo, ad esempio, di tutta quella legislazione vincolistica, che, in funzione di tutela del produttore agricolo «contraente debole», ha cercato via via di sottoporre a limiti (quantomeno) formali e contenutistici i contratti di coltivazione, di allevamento e fornitura¹⁵.

Si capisce, allora, come mai, anche solo in un'ottica privatistica, il contratto di soccida si sia tanto diffuso nella prassi aziendale: guardato dal versante del con-

¹² È il caso dei lavoratori del gruppo Fileni.

¹³ Diversamente accade, invece, nel caso del gruppo Aia, che da tempo applica ai propri dipendenti il più favorevole Ccnl industria alimentare: Pellizzon 2017, 12; Campanella 2024, 339.

¹⁴ Questo rende ancor più complessa la gestione, ad esempio, di eccedenze di personale, poiché gli avventizi hanno minori possibilità di accedere a forme di sostegno al reddito: v., ad ultimo, la vertenza Avi.coop Monteriggioni (gruppo Amadori), dove, peraltro, gli avventizi sono 189 e i lavoratori stabili solo 20: <https://www.facebook.com/watch/?v=1531906604024507>.

¹⁵ Si veda ad es. il vecchio art. 62, d.l. n. 1 del 2012, convertito in l. n. 27/2012, ora abrogato, però dall'art. 12 del d.lgs. n. 198 del 2021 sul divieto di pratiche commerciali sleali lungo la filiera agroalimentare, che sottoponeva a simili limiti i contratti di coltivazione, di allevamento e fornitura, solo ove comportanti, però, il trasferimento della proprietà dei beni.

traente «forte», e cioè l'impresa di trasformazione, la figura contrattuale appare ampiamente modulabile nei contenuti, per la sua sostanziale «libertà» di disciplina e, dunque, in grado di accogliere appieno tutte quelle esigenze attinenti alla garanzia di un flusso costante di prodotto, rigidamente controllato nella qualità e nei costi in rapporto al prezzo delle carni sul mercato all'ingrosso; valutato dal punto di vista del contraente «debole», e cioè l'impresa di allevamento, lo schema negoziale riduce sì autonomia e profitti, ma, al tempo stesso, attenua il rischio di mercato, assicurando, per un certo tempo, la collocazione certa della produzione presso le imprese trasformatrici, per di più a un prezzo prestabilito.

Diffusasi, pertanto, nei rapporti tra trasformatori e allevatori, la soccida è riuscita anche a trainare l'innovazione tecnologica della filiera, quell'innovazione che, però, al momento appare foriera di drammatici problemi, relativi alla salute degli animali, delle persone e dell'intero ecosistema. In effetti, poiché nei contratti di soccida, la valorizzazione della carne avicola è legata «a un prezzo di base che può oscillare all'interno di una forcella delimitata dai risultati conseguiti dall'allevatore in termini di indice di conversione dei mangimi in carne e tasso di mortalità degli animali» (Rossetto 2004, 75), gli allevatori/soccidari hanno puntato proprio sull'abbattimento di tale indice di conversione e sulla riduzione della mortalità degli animali per accrescere le proprie remunerazioni. Hanno così accolto di buon grado, già negli anni '80 dello scorso secolo, le sollecitazioni, provenienti dai trasformatori/soccidanti, verso innovazioni di processo - cui si affiancherà, poi, anche la selezione di specie avicole a rapido accrescimento - per uno sfruttamento il più possibile intensivo di polli e tacchini, specie nei territori del nord Italia. Detti trasformatori/soccidanti, desiderosi così di accrescere la produttività e agevolati dall'assenza di vincoli amministrativi alla realizzazione di grandi impianti, hanno finito per incentivare la formazione di allevamenti senza terra proprio a mezzo di contratti di soccida. Grazie a questi, oltre a garantire il prezzo e il collocamento del prodotto, hanno fornito altresì assistenza tecnica e aiuti economici a quegli allevatori/soccidari disponibili a transitare verso modelli di allevamento intensivo (Rossetto 2004, 75).

In tempi più recenti, poi, la soccida ha favorito anche la diffusione della produzione biologica (Rossetto 2004a, 102) all'interno dei grandi gruppi industriali del settore: si tratta, infatti, di uno schema contrattuale che permette «una razionalizzazione dell'alimentazione e dell'approvvigionamento dei mangimi», nel caso di specie biologici, perché prevede che il soccidante garantisca a propria cura e spese non solo la fornitura degli animali da immettere in allevamento, ma anche degli stessi mangimi, oltre che dei prodotti farmaceutici, nonché dell'assistenza tecnica e sanitaria necessaria al funzionamento della produzione¹⁶.

Da ultimo, tuttavia, i risultati economici degli allevatori, poggianti sulle sopradescritte strategie di specializzazione e «efficientamento» produttivo, hanno subito una battuta d'arresto per effetto dell'emergere di nuovi fattori di contesto.

¹⁶ Una raccolta di contratti di soccida è contenuta in Giacomini, Defrancesco, Rossetto 2004, 155.

Intanto, ha pesato l'incremento dei costi di produzione (energia, cereali, mangimi, fitofarmaci, pulcini ecc.). Poi, ha inciso la «crisi» della tecnologia in uso (l'allevamento intensivo), che, dopo aver garantito massimi incrementi di produttività¹⁷, ha cominciato a risentire pesantemente delle sue stesse «esternalità negative». Ci si riferisce, da un lato, al diffondersi di epidemie, come l'influenza aviaria, con un tasso di mortalità degli animali drammaticamente incidente sui costi (Rossetto 2004, 96) e sulla stessa produttività - in un contesto, peraltro, segnato dal necessario rispetto di precisi standard qualitativi del prodotto - con (in più) un rischio di zoonosi sempre più preoccupante¹⁸. Dall'altro lato, si allude alle conseguenze ambientali in senso lato delle produzioni intensive, che hanno indotto le istituzioni pubbliche a vincolarle in qualche modo, accrescendone, però, (anche qui) i sopra indicati costi¹⁹.

Ha, infine, contato il mutamento delle dinamiche del *business* e la stessa evoluzione dei rapporti di filiera, con la tendenza a una marcata compressione, in termini di valore, della fase di allevamento rispetto ad altri segmenti della catena. In particolare, già a partire dai primi anni del secolo, si è assistito a un «progressivo incremento dell'offerta interna e internazionale» che «ha migliorato le opportunità di auto approvvigionamento» dell'industria avicola, a tutto svantaggio, però, dei produttori locali (Rossetto 2004a, 99)²⁰. Nello stesso tempo, la crescita della produzione ha condotto il settore all'autosufficienza rispetto alla domanda, con «un progressivo appesantimento del mercato» (Rossetto 2004, 75) che ha nuociuto agli allevatori nei loro rapporti con i grandi trasformatori. Questi ultimi, anche in ragione della loro posizione oligopolistica sul mercato, hanno potuto così imporre ai primi le proprie condizioni contrattuali, peraltro influenzate in negativo dalla necessità di scaricare sulla fase «a monte» i rischi legati al peso preponderante della GdO (Giacomini 2004, 125) e delle sue politiche *low cost* sulla fase finale della distribuzione.

Da un punto di vista giuridico, è stata proprio la soccida a finire sotto i riflettori, per la sua idoneità a suggellare un sì grave squilibrio tra le parti.

¹⁷ Sul tema della produttività, si veda ora la nuova frontiera dell'editing genetico - indagata in senso critico da *Food for Profit* (2024), documentario di Giulia Innocenzi e Paolo D'Ambrosio - su cui L'UE sta ancora discutendo (Sanchez Manzanari 2024), a partire da uno studio presentato già nel 2021: cfr. *Commission Staff Working Document: Study on the status of new genomic techniques under Union law and in light of the Court of Justice ruling in Case C-528/16*, Brussels, 29.4.2021 SWD(2021) 92 final.

¹⁸ Sul preoccupante passaggio, intanto, dell'influenza aviaria dagli uccelli alle vacche si veda <https://www.marionegri.it/magazine/influenza-aviaria-nuova-pandemia>.

¹⁹ Ma sul destino incerto del Green Deal dopo la c.d. protesta dei trattori, che ha costituito solo occasione per un rinvio dei provvedimenti sul clima, senza alcun intervento sul tema delle disegualianze economiche e sociali nell'agricoltura, si veda Piketty 2024.

²⁰ L'autore, già nel 2004, scriveva di questa tendenza, osservabile, a suo avviso, negli stessi nuovi contratti di soccida, dove poteva riscontrarsi una riduzione del numero annuale di cicli di produzione riconosciuti all'allevatore («(es., da 5 a 4 nei polli da carne)»: Rossetto 2004a, 99).

In una prospettiva *de iure condendo*, ne è conseguito il fiorire di vari disegni di legge, alcuni orientati verso una riforma dell'istituto, sì da adeguarlo al mutato contesto economico di riferimento²¹, altri diretti a proporla, al contrario, la totale abrogazione, in un'ottica promozionale di nuovi modelli contrattuali, maggiormente sensibili alle esigenze di equilibrio interno della filiera²².

In una prospettiva *de iure condito*, invece, si è teso da più parti ad affermare l'improprietà di una riconduzione di simili operazioni negoziali allo schema della soccida, che è tipicamente un contratto associativo agrario secondo il codice civile (Canfora 2012, 16). Si tratterebbe, infatti (e piuttosto) di contratti di integrazione verticale distanti da quello schema (Tedioli 2021, 46). V'è stato chi, a fini distintivi, si è soffermato sulle caratteristiche dei contraenti di tali negozi, sottolineando la veste sostanzialmente industriale (invece che agricola) del polo integrante²³. Alcuni hanno posto, a propria volta, l'attenzione sulla natura dei conferimenti di ciascuna parte, talora riconducendo il negozio entro la fattispecie dell'associazione in partecipazione (art. 2549 c.c.) (Ferrucci 1989, 138; Pisciotta 2010, 560), giacché il soggetto integrato non conferisce solo lavoro, ma pone a disposizione pure gli impianti, e, a propria volta, quello integrante non conferisce solo bestiame, bensì fornisce altresì materia prima, nonché assistenza tecnica e veterinaria (Tedioli 2021, 46)²⁴. Altri ancora hanno messo l'accento sull'assenza di un'impresa comune (Germanò 2010, 369) e sulla mancanza dello stesso rischio imprenditoriale, specie quando gli accordi prevedano l'attribuzione al soggetto integrato di acconti in denaro sull'accrescimento²⁵ o sulla commercializzazione del prodotto, con conseguente riqualificazione del contratto alla stregua di un appalto di servizi (Jannarelli 1984, 271; Romagnoli 1995, 73)²⁶. In generale, poiché non è infrequente, come visto, che il soggetto integrato versi in posizione di dipendenza economica nei confronti dell'integrante, è stata talora invocata la disciplina della subfornitura industriale (l. n. 192/1998), sul presupposto di una sua applicabilità anche ai rapporti negoziali di integrazione verticale in agricoltura²⁷. In effetti, siamo di fronte ad operazioni negoziali che il più delle volte sottendono un rapporto estremamente asimmetrico tra le parti: «tutte le decisioni di natura strategico-imprenditoriale sono appannaggio del soccidante», sicché, secondo un'ultima opinione, l'allevatore perderebbe, di fat-

²¹ V., ad esempio, la proposta di legge AC n. 1768 della XVII legislatura, presentata il 13 novembre 2013.

²² Si veda il ddl Dozzo del 13 maggio 2008, C. 985 e il ddl S. 1592 del 18 dicembre 2022.

²³ Lo sottolinea, ad esempio, lo stesso ddl Dozzo e il ddl S. 1592 del 18 dicembre 2022.

²⁴ Per Cass., 29 agosto 2013, n. 19738, tuttavia, non compromette la funzione economico-sociale del contratto l'integrale corresponsione del mangime da parte del soccidante.

²⁵ In giurisprudenza, la previsione è ritenuta, tuttavia, compatibile con lo schema della soccida: Cass., 11 dicembre 2013, n. 2769.

²⁶ Cass., 10 marzo 1982, n. 1540; Cass., 8 novembre 1986, n. 6555; *contra* Cass., 11 dicembre 2013, n. 27679, cit.; in tema si veda anche Gioia 2016, 51.

²⁷ Biscontini 2013, 28, sulla scorta di Cass., S.U., 25 novembre 2011, n. 24906.

to, persino natura imprenditoriale, trasformandosi in un «lavoratore per «conto terzi» al quale non è richiesta, né consentita, alcuna autonomia decisionale»²⁸.

Infine, simili incertezze si sono scaricate tutte sul versante tributario, che è assolutamente centrale nell'economia della materia specie in ordine al regime Iva. Qui l'Amministrazione finanziaria non ha lesinato interventi di riqualificazione del contratto, che, però, sono stati puntualmente sottoposti al vaglio giurisdizionale da parte degli interessati, con esiti nient'affatto scontati per l'ente accertatore, avendo i giudici prediletto un'analisi caso per caso del negozio di soccida nel tentativo di verificarne, di volta in volta, la natura genuina o, al contrario, simulata²⁹.

2.2. All'interno del comparto suinicolo, invece, gli squilibri tra imprese incidono soprattutto sulla fase di macellazione e sezionamento delle carni. In quest'ambito, essi rappresentano il riflesso del costo rilevante delle materie prime e degli animali, tanto più in periodi contrassegnati dal dilagare, anche qui, di malattie, come la peste suina africana, nonché dal potere delle grandi imprese della salumeria di fissare il prezzo della merce, a propria volta condizionato dalle politiche di *low cost* della GdO (Terra! 2024, 53 sgg.; Campanella 2024, 322 sgg.).

Nel campo della macellazione/lavorazione del prodotto, le politiche di riduzione dei costi coinvolgono anzitutto il versante della manodopera e si realizzano a mezzo di un intricato sistemi di appalti e subappalti di servizi, prevalentemente endoaziendali, a bassa intensità di capitale e ad alta intensità di forza lavoro, relativi anche ad attività *core* delle imprese, come la macellazione, il sezionamento e il dissosso, propedeutiche ai processi di trasformazione e di confezionamento della carne (Battistelli 2020, 974 sgg.; Dorigatti 2018, 51 sgg.; Dorigatti, Mori 2016, 190 sgg.). In questo modo, attività di esiguo contenuto professionale e ad alto rischio per la salute³⁰ vengono affidate a lavoratori indiretti, per lo più migranti, alle dipendenze di cooperative³¹ di logistica o multiservizi - a propria volta facenti capo ad appositi consorzi - ovvero, più di recente, al servizio di società a responsabilità limitata in forma semplificata.

La scelta, da parte degli appaltatori, della forma giuridica cooperativa non è ovviamente casuale, ma trova giustificazione nella serie di vantaggi che vi sono correlati ai sensi di legge: modalità costitutive più agili; possibilità di accedere ad agevolazioni sul piano contributivo-previdenziale; possibilità di inquadrare le maestranze alla stregua di soci, con conseguente attenuazione delle protezioni

²⁸ Si veda il ddl Dozzo del 13 maggio 2008.

²⁹ Cass., 6 novembre 2013, n. 24914 in tema di c.d. soccida monetizzata; si veda anche Cass., 11 dicembre 2013, n. 2769, cit.

³⁰ Come si legge in Terra! 2024, 57, «l'appalto alle cooperative, a volte integralmente composte da lavoratori della stessa etnia, è più diffuso in linee produttive particolarmente faticose e maggiormente soggette all'aleatorietà del mercato, oltre che nei segmenti finali della lavorazione, come la pulizia dei tagli o il lavaggio della strumentazione».

³¹ Analogo fenomeno è, peraltro, rinvenibile nell'industria della carne spagnola: si veda Riesco-Sanz 2021, 63 sgg.

classiche del lavoro subordinato, direttamente *ex lege* e anche tramite regolamento interno, ovvero delibere assembleari istitutive, all'occorrenza, di piani di crisi aziendale, con possibilità di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi dei soci lavoratori, divieto di distribuzione di eventuali utili ovvero richiesta di apporti, da parte degli stessi, proporzionatamente alle loro capacità e disponibilità finanziarie in funzione risolutiva della crisi (l. n. 142/2001).

Anche la scelta della «logistica» come settore di posizionamento del *business* degli appalti relativi alla macellazione e alla lavorazione delle carni appare frutto di scelte ben precise alla luce del quadro normativo di riferimento: da un lato, il d.p.r. n. 602/1970 inserisce, infatti, espressamente le cooperative di facchinaggio tra quelle meritevoli delle summenzionate agevolazioni contributive; dall'altro, il d.m. 3 dicembre 1999, nello specificare cosa debba intendersi per «facchinaggio» ai sensi di quel d.p.r., vi ricomprende anche la «mattazione, scuoiatura, toelettatura e macellazione», annoverandole tra le «attività preliminari e complementari alla movimentazione delle merci e dei prodotti» (Battistelli 2020, 984 sg.; Centamore, Dazzi 2020, 66; De Blasis 2019, 26). Così stando le cose, è stato, a quel punto, facile, per le imprese appaltatrici, farne conseguire anche un ulteriore vantaggioso corollario: l'applicazione, al proprio personale, di Ccnl, quali quelli della «logistica» o «multi servizi», da cui può derivare una forte decurtazione dei costi della manodopera. Talora, si è assistito perfino all'impiego di ccnl «pirata», sottoscritti da sindacati di dubbia rappresentatività se non addirittura da soggetti collettivi costituiti *ad hoc*, proprio allo scopo di introdurre discipline al «ribasso» rispetto ai consueti standard della categoria. Non è un caso, del resto, se il legislatore, conscio della necessità di porre almeno un minimo argine a tale fenomeno, abbia a un certo punto sancito che «in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le cooperative [...] applicano ai propri soci lavoratori [...] 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» (art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007 conv. in l. n. 31/2008).

Neppure è infrequente che i processi di *outsourcing* diano vita a fenomeni patologici a partire dallo stesso versante societario. Ciò accade, ad esempio, in presenza di «false cooperative», o, più di recente, di s.r.l. semplificate, prive di reale struttura imprenditoriale, o comunque di consorzi costituiti al precipuo fine di conseguire, talora anche su iniziativa del committente, una serie di vantaggi economici illeciti a livello previdenziale e fiscale (Gagnoli 2018, 341 sgg.; Greco 2017, 367 sgg.). Così è quando, all'interno di operazioni evidentemente fraudolente, un'azienda di macellazione/lavorazione di carni appalti le proprie attività produttive non solo per realizzare finalità tutto sommato consentite dalla legge - «scaricare», almeno in parte, le responsabilità del personale lungo la catena produttiva, sottrarsi al versamento dell'Irap sull'imponibile previdenziale previsto per i dipendenti diretti, maturare un credito d'Iva da parte dello Stato - ma soprattutto per ottenere fornitura di manodopera a prezzi bassissimi da parte di società appaltatrici capaci di assicurare ciò attraverso operazioni fraudolente. In particolare, tali società, dopo aver omesso il versamento di Iva, Irap

e contributi Inps, vengono successivamente poste in liquidazione, così da poter uscire di scena, quali vere e proprie «scatole vuote», costituite per frodare la collettività e lasciare dietro di sé una scia non irrilevante di debiti. È sui lavoratori che ricade, poi, il peso dell'operazione illecita, per le grosse incognite che incombono sulle operazioni di recupero dei crediti retributivi, previdenziali, nonché delle quote sociali, versate in qualità di soci lavoratori (Franciosi 2022, 51 sgg.; Centamore, Dazzi 2020, 65 sg.).

Meccanismi di tal fatta sono a tutt'oggi osservabili in molte realtà italiane. Da ultimo, ha fatto notizia il caso della cessione di un'azienda di macellazione in provincia di Asti (Ruggiero 2023), seguita da scioperi ad oltranza, volti a contrastare l'ennesimo cambio di Ccnl, con un passaggio, stavolta, dal Ccnl «multi servizi» a quello della «agricoltura», dopo che ai lavoratori, nei precedenti appalti, era già stato applicato il Ccnl della «cooperazione agricola» e, ancor prima, il Ccnl dell'«artigianato».

Tutto questo, peraltro, è accaduto non senza ritorsioni aziendali: azioni di crumiraggio, giustificate dalla minaccia imminente della perdita di un importante cliente della GdO, e licenziamenti degli scioperanti. Anche in questo caso, si è assistito, peraltro, all'intervento della Guardia di Finanza. Questa, proprio nel corso delle giornate di lotta - successivamente culminate con una vittoria dei lavoratori e un accordo sindacale per l'applicazione del Ccnl «industria alimentare» (Ravarino 2024) - ha chiuso le proprie indagini accusando l'originario titolare di aver attinto manodopera da false società appaltatrici, prive di mezzi e costituite al solo scopo di eludere le norme di legge (c.d. caporalato industriale).

Operazioni di questo tipo, del resto, sono state al centro, già nel 2018, di una serie di importanti vertenze dei lavoratori del comparto suinicolo della provincia di Modena, guidate, talora, dalla Flai-Cgil (Carchedi, Franciosi 2016, 141 sgg.; Franciosi 2018, 127 sgg.), talaltra, dai SiCobas (SiCobas 2017, 63 sgg.)³² e culminate in scioperi della fame e vicende giudiziarie particolarmente dolorose per i lavoratori (Battistelli ed al. 2020, 139 sgg.). I dipendenti furono a suo tempo in grado di porre bene a nudo il sistema illecito, al punto di dimostrare anche in sede giudiziale la presenza di veri e propri rapporti interpositori tra le imprese della filiera finalizzati allo sfruttamento dei lavoratori³³. Grazie alla mobilitazione sindacale, la questione degli appalti - talora illeciti anche laddove certificati ai sensi del d.lgs. n. 276/2003 - è venuta all'attenzione altresì delle istituzioni locali, determinando il ripristino della legalità nell'industria della carne loca-

³² Le vertenze operaie nel settore carni sono state parte del percorso di lotta che ha interessato, in generale, la logistica del centro-nord Italia: si veda Bologna, Curi 2019, 125 ss; Campanella 2020, 475 sgg.; il percorso è stato a più riprese accompagnato da azioni penali da parte dello Stato (v. lo stesso caso Alcar Uno nel settore carni a Modena) fino alla imputazione di «associazione per delinquere» a carico di alcuni esponenti di vertice dell'organizzazione di Piacenza (Pallavicini, Floris 2023; D'Ancona 2022; Sirianni 2022), imputazione poi caduta: Cass. pen., 18 maggio 2023, n. 21400; Trib. Bologna, 12 settembre 2022.

³³ Si veda Trib. Modena, 14 febbraio 2022, sul caso Castelfrigo, culminato, sia pur dopo molti anni, in una condanna di parte datrice per interposizione di manodopera vietata.

le, solo dopo la costituzione di apposita Commissione di studio³⁴ (Centamore, Dazzi 2020, 67 sgg.) e l'emanazione di una legge regionale di contrasto del fenomeno (l.r. Emilia-Romagna n. 18/2016).

Resta, comunque, che anche quando l'esternalizzazione è genuina, la riduzione del costo del lavoro appare comunque garantita dalle vigenti disposizioni di legge. Da un lato, rileva quella nozione ampia e «dematerializzata» di appalto che, inaugurata dal d.lgs. n. 276/2003, ha eroso spazi all'interposizione di manodopera vietata³⁵ o, per dirla con le parole di autorevole dottrina, ha quantomeno «spostato la linea di confine» tra le due fattispecie, a tutto vantaggio della prima (Del Punta 2008, 144). Dall'altro, risalta l'eliminazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori diretti e indiretti, un tempo sancita dalla vecchia l. n. 1369/1960 per gli appalti endoziendali. Nel complesso, simili previsioni hanno sostanzialmente finito per sdoganare «forme di esternalizzazione finalizzate alla mera riduzione del costo del lavoro» (Speciale 2024, 10), rendendo per di più assai problematica la gestione del c.d. cambio appalto. In detta fase i lavoratori esternalizzati si trovano, infatti, stretti tra il rischio di perdita del posto di lavoro, che diventa concreto in assenza di «clausole sociali», e la prospettiva di un deterioramento ulteriore delle proprie condizioni di lavoro, per l'applicazione, da parte dell'appaltatore subentrante, di un nuovo e diverso Ccnl, peggiorativo rispetto al precedente. Ciò può accadere allorquando l'esternalizzazione di servizi a carattere *labour intensive* risponda all'esigenza di assicurare un contenimento dei costi attraverso un regime delle maestranze fatto di alta produttività e di bassi salari. In effetti, le tecniche di *outsourcing* puntano a spostare il baricentro regolativo della materia dal contratto di lavoro a quello commerciale e, così facendo, finiscono per incidere surrettiziamente sulle stesse condizioni dei prestatori, determinandone un aggravio. Così è quando, ad esempio, gli accordi di produzione prevedano, a carico dell'appaltatore, la consegna di così ingenti quantitativi di carne lavorata da costringere il personale in appalto a carichi e ritmi lavorativi davvero insostenibili (Rete Nazionale Lavoro Sicuro 2023): ad esempio, lo scarico di duemila prosciutti in circa 80 minuti da parte di due soli lavoratori, affinché altri ulteriori due dipendenti possano procedere ad operare mille tagli su quei pezzi e a spostarli, infine, sul nastro trasportatore (Rete nazionale lavoro sicuro 2024).

Allorché, in certe situazioni, i lavoratori decidano, poi, di scioperare, può succedere di assistere a pratiche di sostituzione degli scioperanti con altre maestranze *esterne* a garanzia della continuità della produzione. Si tratterebbe, in teoria, di atti dall'incerta legittimità per il nostro ordinamento, che vieta rico-

³⁴ Commissione speciale di ricerca e di studio sul fenomeno delle «cooperative spurie»: delibera regionale n. 133 del 21 dicembre 2017.

³⁵ Secondo D'Onghia, Faleri 2024, 7, la sopramenzionata nozione di appalto «ha legittimato il c.d. [...] «appalto a regia» dove il committente si riserva un intenso potere di ingerenza che, pur formalmente indirizzato alla controparte commerciale, di fatto si tramuta nell'organizzazione dell'attività dei lavoratori».

nosce lo sciopero come diritto costituzionale (art. 40 Cost.)³⁶. Solo che la presenza di un contratto di appalto rende questa conclusione viepiù incerta, almeno quando la ditta appaltatrice, invece di assumere personale alla bisogna, decida di impiegare dipendenti già presenti nel proprio organico (magari di regola impiegati in altri appalti), dando luogo ad un'azione di crumiraggio interno, qualificabile come lecita ai sensi del nostro ordinamento³⁷.

3. Posto sul banco degli imputati, il sistema degli appalti è stato oggetto, peraltro, di alcuni interventi, anzitutto, da parte sindacale. Si segnala, intanto, un tentativo, benché dai risultati incerti, di sviluppare forme di coordinamento tra organizzazioni sindacali interne alla catena produttiva della carne, in vista della sperimentazione di nuovi accordi di filiera³⁸. Poi, vi è stato un intervento limitativo «a monte» dell'*outsourcing* da parte della stessa contrattazione collettiva nazionale, che, nel settore dell'industria alimentare ha introdotto clausole negoziali finalizzate a vietare l'appalto di determinate lavorazioni in funzione di tutela del lavoro dignitoso³⁹.

Tuttavia, è evidente che, a fronte di discipline legislative di sostegno così ampio e incondizionato alle esternalizzazioni, le clausole di matrice negoziale possono poco nel porre argini al fenomeno (Battistelli 2020, 989 sgg.; Campanella 2020, 952 sg.; Pigliararmi 2020, 4 sgg.; Speciale 2024, 32 sgg.). Né pare destinato a maggior successo l'impiego di strumenti di *soft law*, ispirati alla logica dell'autonormazione (Bianchi 2022), come ad esempio la certificazione degli appalti, i codici di condotta, le certificazioni di qualità, messe a punto sulla scorta di norme tecniche (Iannuzzi 2018), i modelli di organizzazione e gestione, chiamati in causa quali esimenti di quella responsabilità penale degli enti, che trova nello sfruttamento del lavoro (art. 603bis c.p.) uno dei suoi reati-presupposto (Campanella 2023, 1 sgg.; Inversi 2023, 204; Peruzzi 2020, 141 sgg.). Purtroppo, la realtà ci consegna casi di deplorabile violazione delle leggi, perpetrate a danno della collettività e dei lavoratori, da parte di aziende italiane in possesso delle migliori certificazioni e dei più avanzati modelli gestionali: il caso di Castelfrigo (Franciosi 2018, 127 sgg.), ma anche quello più recente dei Fratelli Beretta, parimenti a capo, secondo la Guardia di Finanza, di un sistema di appalti illeciti a favore di cooperative c.d. spurie, sono solo due esempi paradigmatici di ciò (Zaccardi 2022).

³⁶ Trib. Milano, 13 marzo 2012; Cass., 9 maggio 2006, n. 10624; *contra* Trib. Firenze, 9 luglio 2018; Cass., 29 novembre 1991, n. 12822; il d.lgs. n. 81/2015 vieta in ogni caso la stipula di contratti a termine, intermittenti e di somministrazione di lavoro a fini sostitutivi di lavoratori in sciopero.

³⁷ Già a partire da Corte Cost., 23 luglio 1980, n. 125, v., tra le altre, Cass., 26 settembre 2007, n. 20164; Trib. Udine, 7 febbraio 2024.

³⁸ Si veda il protocollo intercategoriale *La forza dell'Agire Comune – le regole per Appalti e Legalità*, sottoscritto il 26 marzo 2018 da Filcams-Cgil, Filt-Cgil, Flai-Cgil per la costituzione di coordinamenti nazionali, territoriali e dei delegati aziendali nell'ambito della filiera agroalimentare

³⁹ V. art. 4 Ccnl per i lavoratori dell'industria alimentare firmato da Fai-Cisl, Flai-Cgil e Uila-Uil.

Qualche segnale diverso sembra venire, invece, dalla Germania, dove l'emergenza pandemica, esplosiva nell'industria delle carni, ha indotto il governo federale a intervenire nel settore con una legge in materia di salute e sicurezza sul lavoro. La legge non solo innalza il numero delle ispezioni in tutti i settori produttivi, ma trova il proprio fulcro nel divieto di impiegare personale in appalto nella macellazione, nel sezionamento e nella lavorazione del prodotto. Anche il ricorso ad agenzie interinali è stato limitato drasticamente e reso possibile, ma solo fino al 2024, con riguardo alla fase di lavorazione della carne, nei limiti massimi dell'8% del carico di lavoro annuale e nel rispetto del principio di parità di trattamento (Erol, Schulten 2022).

L'intervento legislativo - che tra l'altro incide anche su altri aspetti, come gli orari di lavoro e le condizioni alloggiative della manodopera - non ha comunque, posto del tutto fine alle situazioni di sfruttamento (Aigner 2023). Da ultimo, si segnala una grossa operazione di perquisizione di una dozzina di aziende di macellazione di polli, parte di una rete illegale e mafiosa, con ingaggio di stranieri clandestini e inflizione di brutali sofferenze agli animali (Schönherr 2023). Tuttavia, il bilancio della legge non è irrilevante nel suo complesso (Faire Mobilität 2021; Decker 2022). Ciò specie in considerazione del fatto che molti lavoratori sono stati assunti alle dirette dipendenze delle grandi imprese di carni e lo stesso sindacato è riuscito indirettamente a rafforzare la sua posizione. Lo dimostra l'avvenuta sottoscrizione, nel settore, di apposito contratto collettivo nazionale, dopo anni di totale *empasse* e di dilagante aziendalizzazione delle relazioni sindacali al limite del sindacalismo di comodo (Effat 2023).

In Italia, invece, sono state una serie di drammatiche vicende di cronaca, riguardanti esternalizzazioni irregolari e correlate morti sul lavoro, ad aver indotto il legislatore a intervenire sulla condizione dei lavoratori in appalto. L'occasione è stata offerta, in particolare, dalla emanazione dell'ultimo «decreto PNRR», nel cui ambito è stata inserita una disposizione, la quale, riformando la normativa già esistente (art. 29 d.lgs. n. 276/2003), ha disposto l'obbligo di corrispondere «al personale impiegato nell'appalto di opere o servizi e nel subappalto [...] un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto» (nuovo art. 29, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 276/0023, introdotto dall'art. 29, comma 2, d.l. n. 19/2024 convertito in l. n. 56/2024).

La previsione assume un rilievo non trascurabile, per il tentativo di arginare quei deprecabili fenomeni di *dumping* contrattuale, fondati, come visto, proprio sull'applicazione ai lavoratori indiretti di contratti collettivi nazionali molto distanti dalle attività oggetto dell'appalto in funzione riduttiva del costo del lavoro. Può essere, inoltre, salutata positivamente anche la formulazione finale della disposizione, che, nel corso della conversione in legge, ha abbandonato l'originaria e problematica formulazione di rinvio al contratto collettivo «maggiormente applicato» per abbracciare quella ben più tradizionale di richiamo al contratto collettivo *leader* [...].

Tuttavia, a fronte di tale nuovo quadro normativo, persistono comunque una serie di perplessità non trascurabili. Ciò resta vero anche a voler prescindere dalle più complessive questioni di costituzionalità che la norma ha sollevato ai sensi dell'art. 39, seconda parte, Cost. - per il suo richiamo a trattamenti non solo economici, ma anche *normativi* complessivamente non inferiori a quelli dei contratti collettivi *leader* - (Tufo 2024, 7 sgg.) e pure a voler soprassedere su alcune incertezze interpretative connesse ai concetti di «settore» e soprattutto di «zona» spesi dal legislatore a riguardo (Poiani Landi 2024; Falasca 2024).

Anzitutto, va chiarito che la norma non ripristina affatto quel principio di parità di trattamento da più parti invocato come necessario nell'ambito della catena produttiva degli appalti (in tema Bellavista 2022, 178; per rilievi problematici Bonardi 2018, 35). Essa si limita, infatti, solo a vincolare la libertà di scelta dell'appaltatore/subappaltatore in ordine agli *standard* minimi applicabili al proprio personale per garantirne la conformità a quelli previsti dai contratti collettivi *leader* per le attività oggetto dell'appalto/subappalto. Così facendo, il disposto appare ben lungi dall'imporre trattamenti economico-normativi parametrati su uno stesso contratto collettivo lungo tutta la filiera. Nulla esclude, infatti, che il contratto collettivo applicato o comunque preso a riferimento dall'appaltante sia diverso da quello richiamato dall'art. 29, comma 1-bis, d.lgs. n. 276/2003, considerato che detto articolo si preoccupa di imporre obblighi solo agli appaltatori e subappaltatori, non certo all'appaltante (Tufo 2024, 8).

Più in generale, la tecnica del rinvio al contratto collettivo *leader* strettamente inerente all'attività oggetto dell'appalto/subappalto non sembra in grado di assicurare con sufficiente certezza l'obiettivo voluto dal legislatore. Ciò è evidente se si guarda, ad esempio, proprio alla filiera della carne, dove l'applicazione del Ccnl merci e logistica a maestranze impiegate nella macellazione e lavorazione del prodotto si giustifica, come visto, esattamente in ragione della riconduzione, perlomeno a fini contributivi, della «macellazione, scuoiatura, toelettatura e macellazione» tra le «attività preliminari e complementari alla movimentazione delle merci e dei prodotti».

Infine, la summenzionata tecnica lascia in ogni caso aperto il campo a quei fenomeni di *dumping* sociale connessi a pratiche di *shopping* contrattuale, rese a propria volta possibili dall'incessante fiorire di ccnl all'interno dei vari settori. Se per «settori» si intendono quelli definiti dal Cnel per la riorganizzazione dell'archivio dei contratti nazionali, elevando così questi ultimi a ambiti utili per la selezione del ccnl *leader*, ci si accorgerà dell'esistenza, al loro interno, di una pluralità di testi contrattuali, con differenziazioni tanto sul piano dei soggetti firmatari, quanto delle categorie e/o ambiti di applicazione. In più, molti di questi accordi appaiono sottoscritti dagli stessi sindacati *leader*, com'è, per stare al settore agricolo, nel caso del Ccnl per gli operai agricoli e florovivaisti e del Ccnl per i lavoratori dipendenti di cooperative e consorzi agricoli, oppure, per stare al settore alimentaristi, nel caso del Ccnl industria alimentare e del (più «povero») Ccnl per la piccola e media industria alimentare (Recchia 2023, 568). Tutti questi contratti, come visto, si trovano, purtroppo, al centro di complesse vicende di «cambio d'appalto» afferenti all'industria delle carni; e ciò confer-

ma che la compressione del costo del lavoro può realizzarsi anche ponendo in concorrenza ccnl ascrivibili allo stesso mondo dei sindacati più rappresentativi. Stando così le cose, l'imposizione ad appaltatori e subappaltatori di trattamenti minimi conformi ai ccnl *leader* del settore (e zona) relativi all'attività appaltata si rivela, allora, un'arma spuntata nella lotta al lavoro povero e insicuro. Meglio sarebbe stato cogliere l'opportunità di un intervento di legge (se non in materia di contrattazione collettiva, quanto meno) sulla giusta retribuzione, senz'altro capace di porre un argine minimo al proliferare di contratti collettivi. Si sarebbe trattato, sotto tal profilo, di un intervento meritorio, idoneo - com'è stato osservato già anni or sono - a favorire, più che a danneggiare l'azione della contrattazione collettiva, «nel contempo proteggendo meglio alcune fasce deboli o debolissime del mondo del lavoro» (Del Punta 2019, 140).

Riferimenti bibliografici

- Aigner, S. 2023. "Fleischindustrie an der Grenze: Ausbeutung und Mafia-Methoden." <<https://www.telepolis.de/features/Fleischindustrie-an-der-Grenze-Ausbeutung-und-Mafia-Methoden-8982672.html>> 28 April 2023 (2024-06-11).
- AK-24. 2020. "Deutsche Welle: sforarul de Dambovită care duc macelari la Tonnieș." <<https://www.aktual24.ro/deutsche-welle-sfোরarul-de-dambovită-care-duce-macelari-la-tonnieș/>> 30 iunie, 2020 (2024-06-14).
- Altreconomia (a cura di). 2019. *Le debolezze della carne. Gli attori della filiera e i diritti in gioco*. Como: New Press, <https://www.nexusemiliaromagna.org/wp-content/uploads/2019/09/InseritoAltreconomia_Le-debolezze-della-carne_VociMigranti_AE2019-1.pdf> (2024-06-12).
- Ban, C., Bohle, D., and Naczyk, M. 2022. "A perfect storm: COVID-19 and the reorganisation of the German meat industry." *Transfer: European Review of Labour Law and Research* 28, 1: 101-18.
- Barberis, E., et al. 2020. "Structural characteristics of the European pork value chain: a quantitative analysis." In *Meat-up Ffire. Fairness, freedom and industrial relations across Europe: up and down the meat value chain*, a cura di P. Campanella, e D. Dazzi, 17-46. Milano: Franco Angeli.
- Battistelli, S. 2020. "Legittimità e criticità delle esternalizzazioni in Italia: il caso dell'industria della carne." *Diritto delle relazioni industriali* 4: 974-99.
- Battistelli, S., Campanella, P. 2020. "Subcontracting Chain and Working Conditions in Italy: Evidence from the Food and Meat Industry." *Studies on Labour Law and Social Policy* 27, 2: 135-45.
- Battistelli, S., et al. 2020a. "Meat-up Ffire. Dentro le relazioni industriali: il caso della filiera della carne in Europa." *Bollettino Adapt* 21, <<https://www.bollettinoadapt.it/meat-up-ffire-dentro-le-relazioni-industriali-il-caso-della-filiera-della-carne-in-europa/>> 25 maggio 2020 (2024-06-11).
- Battistelli, S., et al. 2020b. "Structural characteristic and industrial relations in the pork value chain: the case of Italy." In *Meat-up Ffire. Fairness, freedom and industrial relations across Europe: up and down the meat value chain*, a cura di P. Campanella, e D. Dazzi, 139-94. Milano: Franco Angeli.

- Bellavista, A. 2022. "Appalti e tutela dei lavoratori" *Biblioteca '20 maggio'* 1: 175-87 <https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/Articoli/2022-1_Bellavista.pdf> (2024-06-11).
- Bianchi, D. 2022. *Autonormazione e diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- BIS Oxford Economics. 2021. "Impact of COVID-19 on the red meat processing industry." <https://ampc.com.au/getmedia/d24ce822-155e-48d7-a024-725c2a054092/AMPC_Covid_Report_WEB-> AMPC 26 ottobre 2021 (2024-06-11).
- Biscontini, G. 2013. "Contratti agroindustriali ed art. 62 d.l. n. 1 del 2012: luci ed ombre." *Comparazione e diritto civile* 1-31.
- Bologna, S., Curi, S. 2019. "Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 161, 1: 125-56.
- Bonardi, O. 2018. "Tra governance delle global value chains e frammentazione del tessuto produttivo nazionale: quale regolazione per il lavoro nel settore della logistica?" In *Logistica e lavoro* a cura di A. Allamprese e O. Bonardi *Quaderni della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 3: 20-37.
- Campanella, P. 2020. "Nuove sfide per le relazioni industriali in Europa: il caso della industria della carne in cinque contesti nazionali." *Diritto delle relazioni industriali* 4: 935-73.
- Campanella, P. 2023. "'Caporalato', responsabilità degli enti e compliance 231." *Lavoro e previdenza oggi* 1-2: 1-34.
- Campanella, P. 2024. "Filieri fragili, tutela del lavoro e relazioni sindacali nell'agroalimentare." In *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, a cura di M. Brolo, C. Zoli, P. Lambertucci, e M. Biasi, 332-45. Bergamo: Adapt University Press. <<https://www.adaptuniversitypress.it/prodotto/dal-lavoro-povero-al-lavoro-dignitoso-politiche-strumenti-proposte/>>
- Campanella, P., Dazzi, D., a cura di. 2020. *Meat-up Ffire: Fairness, freedom and industrial relations across Europe: up and down the meat value chain*. Milano: Franco Angeli. <<https://www.francoangeli.it/Libro/Meat-up-Ffire-Fairness,-freedom-and-industrial-relations-across-Europe:-up-and-down-the-meat-value-chain?Id=26382>>
- Canfora, I. 2012. "I contratti di coltivazione, allevamento e fornitura." *Rivista di diritto alimentare* 3: 1-17 <<http://www.rivistadirittoalimentare.it/rivista/2012-03/CANFORA>> (2024-06-11).
- Canfora, I., Leccese, V. 2022. "Pratiche sleali, equilibrio del valore e legalità dei rapporti di lavoro nella filiera agroalimentare." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 173, 1: 135-150.
- Carchedi, F., Franciosi, U. 2016. "Il contesto agro-zootecnico, il comparto della macellazione delle carni e le condizioni di ingaggio e di lavoro degli stranieri. Il caso di Modena (Emilia-Romagna)." In *Agromafie e caporalato. Terzo Rapporto*, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, 141-58. Roma: Ediesse.
- Centamore, G., Dazzi, D. 2020. "Tendenze delle relazioni industriali nel settore suinicolo: il caso italiano in un quadro europeo." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 165, 1: 57-71.
- Chen, Y., et al. 2023. "A COVID-19 Outbreak in a Large Meat-Processing Plant in England: Transmission Risk Factors and Controls." *International Journal of Environmental Research and Public Health* 20, 19:1-18.
- Collettiva. 2017. "Lavorazione delle carni, un addetto su 4 si fa male." *Collettiva* <<https://www.collettiva.it/archivio-storico/rassegnait/lavorazione-delle-carni-un-addetto-su-4-si-fa-male-or7z5vaw>> 15 marzo 2017 (2024-06-13).

- Comito, V. 2023. *Come cambia l'industria. I chip, l'auto, la carne*. Roma: Futura Editrice.
- D'Ancona, L. 2022. "Il caso Piacenza. Sindacati o associazioni a delinquere?" *Questione giustizia* <<https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-piacenza-sindacati-o-associazioni-a-delinquere>> 2 agosto 2022 (2024-06-13).
- D'Onghia, M., Faleri, C. 2024. "Regole e tecniche di tutela del lavoro agricolo tra vecchi "vizi" e nuove "virtù." *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* I, 1: di prossima pubblicazione.
- De Blasis, F. 2019. "Le "regole" del gioco e i diritti dei lavoratori. Una panoramica." In *Le debolezze della carne. Gli attori della filiera e i diritti in gioco* a cura di Altreconomia, 26-30, Como: New Press. <https://www.nexusemiliaromagna.org/wp-content/uploads/2019/09/InseritoAltreconomia_Le-debolezze-della-carne_VociMigranti_AE2019-1.pdf> (2024-06-12).
- Decker, P. 2022. "Horror-Arbeit in der Fleischindustrie: Eine alternative Bilanz." <<https://www.telepolis.de/features/Horror-Arbeit-in-der-Fleischindustrie-Eine-alternative-Bilanz-7363314.html?seite=all>> 4 Dezember 2022 (2024-06-11).
- Del Punta, R. 2002. "Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera." *Argomenti di diritto del lavoro* 2: 289-302.
- Del Punta, R. 2008. "Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro." *Rivista italiana di diritto del lavoro* I: 129-60.
- Del Punta, R. 2019. "La Costituzione del lavoro." In *La Costituzione, 70 anni dopo* a cura di C. Smuraglia, 137-44. Roma: Viella.
- Di Fiore, G. 2021. "Cosa succede a chi lavora nei macelli? Tra sofferenze animali, abuso di alcool, droghe e disturbo da stress post traumatico." <<https://animalequality.it/blog/lavorare-macello-psicologia-droghe-perche/>> 6 ottobre 2021 (2024-06-10).
- Dorigatti, L. 2019. "Ridotte all'osso. Disintegrazione verticale e condizioni di lavoro nella filiera della carne." *Meridiana* 93: 51-70.
- Dorigatti, L., Mori, A. 2016. "L'impatto delle scelte datoriali sulle condizioni di lavoro e sulle diseguaglianze: disintegrazione verticale, esternalizzazioni e appalti." *Sociologia del lavoro* 144:190-204.
- Douglas, L. 2020. "Mapping Covid-19 outbreaks in the food system." <<https://thefern.org/2020/04/mapping-covid-19-in-meat-and-food-processing-plants/>> April 22, 2020 (2024-06-11).
- Effat. 2013. "Putting meat on the bones: A report on the structure and dynamics of the European meat industry." <https://effat.org/wp-content/uploads/2022/07/EFFAT_PuttingMeatOnTheBones_EN.pdf> (2024-06-10).
- Effat. 2020. "Effat Report. Covid-19 outbreaks in slaughterhouses and meat processing plants: State of affairs and proposals for policy action at EU level." <<https://effat.org/wp-content/uploads/2020/06/EFFAT-Report-Covid-19-outbreaks-in-slaughterhouses-and-meat-packing-plants-State-of-affairs-and-proposals-for-policy-action-at-EU-level-30.06.2020.pdf>> June 30, 2020 (2024-06-10).
- Effat. 2023. "The reorganization of the German meat industry since the Labour Protection Control Law." <<https://effat.org/in-the-spotlight/the-reorganisation-of-the-german-meat-industry-since-the-labour-protection-control-law/>> January 31, 2023 (2024-06-11).
- Erol, Ş., Schulten, T. 2022. "An end to wage-dumping in the German meat industry?" *Social Europe* <<https://www.socialeurope.eu/an-end-to-wage-dumping-in-the-german-meat-industry/>> January 26, 2021 (2024-06-11).

- Eurispes, Coldiretti, Fondazione Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare. 2019. "Agromafie. 6° Rapporto sui crimini agroalimentari in Italia." Roma: Eurispes.
- Evans, J. 2021. "Labour shortages leave UK farms with 70,000 surplus pigs." *Financial Times*, August 26, 2021.
- Faire Mobilität. 2021. "Das Arbeitsschutzkontrollgesetz in der Praxis: Eine erste Bilanz aus der Perspektive." <<https://www.faire-mobilitaet.de/++co++8175fed8-c2ea-11eb-b373-001a4a160123>> 1. Juni 2021 (2024-06-11).
- Falasca, G. 2024. "Doppia verifica sui contratti da utilizzare negli appalti." *Il Sole 24 Ore* 24 maggio 2024 (2024-06-11).
- Ferrucci, N. 1989. *L'individuazione dell'impresa zootecnica e del suo statuto giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Fontana, D. 2018. "Intensificazione e salute nell'industria modenese del suino. Un'inchiesta multi strumento sulle condizioni di lavoro." <https://www.cgilmodena.it/wp-content/uploads/2018/03/ricerca_cgil_web_COMPLETO.pdf> (2024-06-10).
- Franciosi, U. 2018. "Il caso Castelfrigo." In *Logistica e lavoro* a cura di A. Allamprese e O. Bonardi *Quaderni della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 3: 127-34.
- Franciosi, U. 2022. "Lo sfruttamento nell'appalto e il subappalto di manodopera." In *Agromafie e caporalato. Rapporto 06*, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, 51-60. Roma: Futura Editrice.
- Freshour, C. 2019. "Cheap Meat and Cheap Work in the U.S. Poultry Industry: Race, Gender, and Immigration in Corporate Strategies to Shape." In *Global Meat: Social and Environmental Consequences of the Expanding Meat Industry*, a cura di B. Winders, E. Ransom, 121-40. Cambridge MA: the MIT Press.
- Freshour, C. 2020. "Poultry and Prisons. Towards a General Strike for Abolition." *Monthly Review* <<https://monthlyreview.org/2020/07/01/poultry-and-prisons/>> July 01, 2020.
- G4Media.ro. 2020. "Abatoarele din Germania – între "porcarii" și evaziune fiscală." <<https://www.g4media.ro/abatoarele-din-germania-intre-porcarii-si-evaziune-fiscal.html>> 28 iunie 2020, Redacția.
- García Pereira, M. 2019. *Maltrato animal, sufrimiento humano. El trabajador de un matadero la cuenta todo*. Barcelona: ediciones península.
- Germanò, A. 2010. *Manuale di diritto agrario*. VII ed. Torino: Giappichelli.
- Giacomini, C. 2004. "Contratti di integrazione e mercato avicolo." In G. Corrado, E. De Francesco, L. Rossetto, *La filiera avicola del Veneto*, 125-33. Legnaro: VENETO AGRICOLTURA.
- Giacomini, C., De Francesco, E., Rossetto, L. 2004. *La filiera avicola del Veneto*. Legnaro: VENETO AGRICOLTURA.
- Gioia, M. 2016. "I contratti della filiera agroalimentare nei mercati locali e internazionali." Dottorato di ricerca XXXII ciclo. Università degli Studi del Molise.
- Gragoli, E. 2018. "L'impresa illecita." *Variazioni su temi di diritto del lavoro* 2: 341-363.
- Greco, M. G. 2017. "Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamenti nella determinazione dei livelli retributivi nelle cooperative di produzione e lavoro." *Variazioni su temi di diritto del lavoro* 2: 367-389.
- Iannuzzi, A. 2018. *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Inversi, C. 2023. "Un lavoro di qualità per filiere agricole sostenibili: strumenti contrattuali e di autoregolazione." In *Lavoro sfruttato e caporalato. Una road map*

- per la prevenzione a cura di O. Bonardi, L. Calafà, E. Susanne, R. Salomone, 201-22. Bologna: il Mulino.
- IPCC. 2023. "Summary for Policymakers." In *Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II, and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, a cura di Core Writing Team, H. Lee, \J. Romero, 1-34. Geneva: IPCC. <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf> (2024-06-10).
- Jannarelli, A. 1984. "Soccida e contratti di integrazione verticale in agricoltura." *Foro italiano* I: 271.
- Jannarelli, A. 2021. "La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019." *Giustizia civile* 2: 199-242.
- Lever, J., Milbourne, P. 2017. "The Structural Invisibility of Outsiders: The Role of Migrant Labour in the Meat-Processing Industry." *Sociology* 51, 2: 306-22.
- Lillie, N., Wagner, I. 2015. "Subcontracting, insecurity and posted work: evidence from construction, meat processing and ship building." In *The Outsourcing Challenge: Organizing Workers across Fragmented Production Networks*, edited by J. Drahokoupil, 157-74. Brussels: ETUI <<https://www.etui.org/sites/default/files/15-The%20Outsourcing%20Challenge%20Web%20version.pdf>> (2024-06-10).
- Maffi, M. 2019. "Una storia soltanto di Chicago?" Prefazione e traduzione di U. Sinclair *La giungla*, 5-20. Milano: PGreco.
- Mano, A. 2020. "Special Report: How COVID-19 swept the Brazilian slaughterhouses of JBS, world's top meatpacker." <<https://www.reuters.com/article/idUSKBN25Z1I3/>> September 8, 2020 (2024-06-11).
- Mc Sweeney, E., Young, H. 2021. "'The whole system is rotten': life inside Europe's meat industry." *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/environment/2021/sep/28/the-whole-system-is-rotten-life-inside-europes-meat-industry>> 28 September 2021 (2024-06-10).
- McGauran, K. 2016. "The impact of letterbox-type practices on labour rights and public revenue: four case studies on the use of letterbox companies and conduit entities to avoid labour laws, social premiums and corporate taxes." Brussels: ETUC <https://www.etuc.org/sites/default/files/press-release/files/ces_letterbox_compagnies_gb_juin_ok_0.pdf> June 2016 (2024-06-10).
- Novarini, M. 2024. "Giovanni Ferrero è ancora il più ricco, poi Andrea Pignataro: la classifica dei 73 miliardari italiani." <<https://forbes.it/2024/04/02/miliardari-italiani-classifica-2024-ferrero-precede-pignataro/>> 2 aprile 2024 (2024-06-13).
- Pallavicini, C., Floris, F. 2023. "La muraglia umana. La lotta dei facchini nella logistica." Roma: Momo Edizioni.
- Pellizzon, R. 2017. "Una ricerca per il sindacato." In *Lavorare in AIA. Soggettività operaia, immigrazione e governo del lavoro* a cura di V. Soli <https://edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/books/978-88-6969-174-4/978-88-6969-174-4_3Y3PJq5.pdf> 11-13 Venezia: Edizioni Cà Foscari (2024-06-14).
- Perini, F. 2024. "Infortuni sul lavoro: rendere visibile l'invisibile." <<https://volerelaluna.it/lavoro/2024/04/19/infortuni-sul-lavoro-rendere-visibile-l-invisibile/#:~:text=%C3%88%20uno%20slogan%2C%20una%20battuta,hanno%20possibilit%C3%A0%20di%20renderli%20pubblici>> 19 aprile 2024 (2024-06-11).
- Peruzzi, M. 2020. "I modelli di organizzazione e gestione quali strumenti per garantire l'effettività delle norme di tutela della salute del lavoratore migrante." In *Lavoro*

- insicuro. *Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura* a cura di L. Calafà, S. Iavicoli, e B. Persechino, 135-50. Bologna: il Mulino.
- Pigliararmi, G. 2020. "I limiti alle esternalizzazioni posti dal contratto collettivo. Alcuni spunti critici." *Bollettino della Commissione di certificazione dell'Università di Modena e Reggio Emilia* 1: 4-6.
- Piketty, T. 2024. "Paysans: la plus inégale des professions." *Le Monde*, 11-12 février, 2024.
- Piro, V. 2019. "La filiera italiana della carne e i diritti dei lavoratori." In *Le debolezze della carne. Gli attori della filiera e i diritti in gioco*, a cura di Altreconomia, 13-19. Como: New Press. <https://www.nexusemiliaromagna.org/wp-content/uploads/2019/09/InseritoAltreconomia_Le-debolezze-della-carne_VociMigranti_AE2019-1.pdf> (2024-06-12).
- Piro, V. 2020. "La costruzione della "bianchezza" nelle linee di macellazione della carne." In *Oggetti contesi. Le cose nella migrazione* a cura di P. Ascari, 53-68. Milano-Udine: Mimesis.
- Piro, V. 2022. "L'intermediazione come infrastruttura. Caporali, cooperative e lavoro migrante." *Labor* 4: 437-50.
- Piro, V., e Sacchetto, D. 2020. "Segmentazioni del lavoro e strategie sindacali nell'industria della carne." *Stato e mercato* 120: 515-41.
- Piro, V., a cura di. 2019a. "Il caso particolare del settore avicolo." In *Le debolezze della carne. Gli attori della filiera e i diritti in gioco*, a cura di Altreconomia, 30. Como: New Press. <https://www.nexusemiliaromagna.org/wp-content/uploads/2019/09/InseritoAltreconomia_Le-debolezze-della-carne_VociMigranti_AE2019-1.pdf> (2024-06-12).
- Pisciotta, G. 2010. "Soccida." *Digesto civ. Agg. IV ed.*, 479-560. Torino: UTET.
- Poiani Landi, E. M. 2024. "Decreto PNRR: si arricchisce o si complica ulteriormente il quadro normativo vigente in materia di appalti e contrattazione collettiva?" *Bollettino Adapt* <<https://www.bollettinoadapt.it/decreto-pnrr-si-arricchisce-o-si-complica-ulteriormente-il-quadro-normativo-vigente-in-materia-di-appalti-e-contrattazione-collettiva/>> 10 aprile 2024 (2024-06-12).
- Press, Eyal. 2023³ (2021). *Dirty Work: Essential Jobs and the Hidden Toll of Inequality*. London: Head of Zeus Ltd.
- Punto Sicuro. 2016. "La tutela della salute e sicurezza nella lavorazione delle carni." <<https://www.puntosicuro.it/industria-alimentare-C-20/la-tutela-della-salute-sicurezza-nella-lavorazione-della-carne-AR-16359/>> 1° dicembre 2016 (2024-06-13).
- Ravarino, M. 2024. "«Al Macello di Baldichieri la battaglia vinta per i diritti»" <<https://ilmanifesto.it/al-macello-di-baldichieri-la-battaglia-vinta-per-i-diritti>> 7 gennaio 2024 (2024-06-12).
- Recchia, G. 2023. "Il prezzo del lavoro. Un'indagine sui salari nella contrattazione collettiva nazionale." *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* I, 4: 554-76.
- Rete Nazionale Lavoro Sicuro, a cura di. 2024. *Sicurezza sul lavoro: prevenire il giorno prima, per smettere di piangere il giorno dopo. La situazione nel comparto carni*, Sindacato intercategoriale Cobas.
- Rete Nazionale Lavoro Sicuro. 2023. "Le pesantissime condizioni di lavoro nell'industria delle carni a Modena." <<https://infoaut.org/sfruttamento/le-pesantissime-condizioni-di-lavoro-nellindustria-delle-carni-a-modena>> 8 giugno 2023 (2024-06-11).
- Riesco-Sanz, A. 2021. "Bogus cooperatives and bogus self-employment in the subcontracting chain of the Spanish meat industry." In *ETUC. Securing workers' rights*

- in subcontracting chains. Case studies 62-86* <https://www.etuc.org/sites/default/files/2021-10/Securing%20workers%20rights_EN_LR.pdf> Brussels: ETUC.
- Romagoli, E. 1995. "Contratti di allevamento tra soccida e appalto di servizi." *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente* 2: 69-74.
- Rossetto, L. 2004. "La produzione di carne avicola nel Veneto." In C. Giacomini, E. De Francesco, L. Rossetto, *La filiera avicola del Veneto*, 71-97. Legnaro: VENETO AGRICOLTURA.
- Rossetto, L. 2004a. "La redditività degli allevamenti avicoli: rischi produttivo e di mercato." In C. Giacomini, E. De Francesco, L. Rossetto, *La filiera avicola del Veneto*, 98-124. Legnaro: VENETO AGRICOLTURA.
- Ruggiero, C. 2023. "La macellazione del lavoro." *Collettiva* <<https://www.collettiva.it/copertine/lavoro/la-macellazione-del-lavoro-eopyp04o>> 23 settembre 2023 (2024-06-12).
- Sanchez Manzanaro, S. 2024. "Two major agri files EU Parliament will have to tackle in the next term." <<https://www.euractiv.com/section/agriculture-food/news/two-major-agri-files-eu-parliament-will-have-to-tackle-in-the-next-term/>> May 17, 2024 (2024-06-12).
- Schönherr, H.-P. 2023. "Geflügelschlachthof in Niedersachsen: Tierquäler müssen Peanuts zahlen." *Taz.de*, 28 Februar, 2023.
- SiCobas. 2017. *Carne da macello* Roma: Red Star Press.
- SiCobas. 2023. "Bilancio e prospettive della Rete Nazionale Lavoro Sicuro. Sui due incontri con i lavoratori macellazione carni." <<https://sicobas.org/2023/1214/italia-bilancio-e-prospettive-della-rete-nazionale-lavoro-sicuro-sui-due-incontro-lavoratori-macellazione-carni/>> 14 dicembre 2023 (2024-06-13).
- Sinclair, U. 1906. *The Jungle*, 1st ed., Double Page & Company, New York, (ristampato da) Milton Keynes: Ingram Content Group.
- Siranni, E. 2022. "La "pretesa" dell'oblio. Ancora note ad Ordinanza 2019/2022 del GIP di Piacenza." *Questione giustizia* <<https://www.questionegiustizia.it/articolo/pretesa-conflitto-oblio>> 10 novembre 2022 (2024-06-13).
- Speciale, V. 2024. "Il fenomeno dell'appalto nei suoi profili strutturali. Appalto lecito, illecito e intermediazione di mano d'opera." WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT <https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/Speciale_481_2024it.pdf> 481: 1-40 (2024-06-12).
- Stolton, S. 2020. "Working conditions in meat processing plants make them hotbed for Covid-19." <<https://www.euractiv.com/section/agriculture-food/news/working-conditions-in-meat-processing-plants-make-them-hotbed-for-covid-19/>> June 26, 2020 (2024-06-12).
- Tedioli, F. 2021. "Gli ambiti di applicazione del contratto di soccida." *Consulenza agricola*, 5: 35-48.
- Terra!. 2018. *Prosciutto nudo. I costi nascosti dell'allevamento industriale di maiali*. A cura di F. Cicone, e S. Liberti <<https://cdn.associazioneterra.it/media/files/prosciutto-nudo.pdf>> aprile 2018 (2024-06-11).
- Terra!. 2024. *Cibo e sfruttamento- made in Lombardia* <<https://www.associazioneterra.it/cosa-facciamo/filiere-e-caporalato/cibo-e-sfruttamento-lombardia>> (2024-06-11).
- Theunissen, A., Zanoni, P., Van Laer, K. 2023. "Fragmented Capital and (the Loss of) Control over Posted Workers: A Case Study in the Belgian Meat Industry." *Work, Employment and Society* 37, 4: 934-51.
- Tufo, M. 2024. "Dietrofront del Governo Meloni sugli appalti privati nel decreto PNRR: il ritorno del rinvio ai contratti collettivi leader." *Diritti&Lavoro Flash* 03: 7-9.

- Urbinati, G. 2017-18. "Uccidere per lavorare: il benessere lavorativo di chi lavora nei mattatoi." Laurea I ciclo (triennale). Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.
- Wagner, I. 2015. "EU posted work and transnational action in the German meat industry." *Transfer: European Review of Labour Law and Research* 21, 2: 201-13.
- Wagner, I., and Refslund, B. 2015. "Understanding the diverging trajectories of slaughterhouse work in Denmark and Germany: A power resource approach." *European journal of Industrial Relations* 22, 4: 335-51.
- Worobey, M., et al. 2022. "The Huanan Seafood Wholesale Market in Wuhan was the early epicenter of the Covid-19 pandemic." *Science* 377, 6609: 1-9.
- Worobey, M., et al. 2024. "Erratum for the Research Article "The Huanan Seafood Wholesale Market in Wuhan was the early epicenter of the Covid-19 pandemic." By M. Worobey et al. *Science* 383, 6688: 1.
- Zaccardi, M. 2022. "Fratelli Beretta, l'inchiesta per frode fiscale e la protesta Cobas: "Continua a usare lavoro in appalto con stipendi più bassi e meno tutele." *Il Fatto Quotidiano*, 19 giugno 2022.

Capability e diritto del lavoro: non solo teoria. Dialogando con Riccardo del Punta¹

Bruno Caruso

1. Il Capability Approach nell'itinerario di Riccardo Del Punta: il giurista accademico come intellettuale. Un ricordo dell'amico

È opportuno premettere un brevissimo ricordo della più complessiva figura di Riccardo Del Punta² che è utile per introdurre e mettere meglio a fuoco l'approccio che si seguirà nello svolgimento del tema. Non si scopre nulla dicendo che la figura di Del Punta riflette in pieno quella del professore intellettuale, giusta la definizione che ne ha dato di recente Robert Walzer (2013, 132). Scrive lapidariamente il filosofo liberale citando Lewis Coser: il professore, che è pure intellettuale accademico, è una persona «che si dedica a letture che vanno al di là del proprio campo».

Riccardo Del Punta, oltre che notoriamente fine giurista positivo, certamente rientrava in questa definizione ma non si limitava soltanto alla 'pratica delle letture oltre il proprio campo': esercitava una pratica diversa, il metodo inter-

¹ Il saggio riproduce in parte la relazione tenuta a Lucca nel Convento di San Cerbone il 23 settembre 2023 in occasione delle Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, intitolate «Lavoro Persona Mercato, Sulla strada tracciata da Riccardo Del Punta».

² Si rinvia alle commemorazioni di F. Scarpelli e R. Romei, *Ricordo di Riccardo Del Punta*, <https://giustiziacivile.com/lavoro/editoriali/ricordo-di-riccardo-del-punta>, di P. Ichino, <https://www.pietroichino.it/?p=62129> e di vari autori Focus "In memoriam per Riccardo Del Punta e Umberto romagnoli", Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'antona" (unict.it) ove mi piace segnalare i contributi di O. Mazzotta e di M. Pedrazzoli.

Bruno Caruso, University of Catania, Italy, bcaruso@lex.unict.it, 0000-0001-8312-3484

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Bruno Caruso, *Capability e diritto del lavoro: non solo teoria. Dialogando con Riccardo del Punta*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.14, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 231-244, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

disciplinare. Per cui, oltre a frequentare letture di puro piacere intellettuale (lo accomunava a chi scrive una vera passione per Marcel Proust), utilizzava il sapere interdisciplinare (l'economia, la filosofia, il grande pensiero politico) per riflettere sul diritto del lavoro: era questa disciplina la sua grande passione, quasi una sorta di fiamma faustiana.

Se si volesse individuare una sintesi, o un punto di caduta, del suo pensiero guizzante e del suo possente itinerario intellettuale con riguardo al diritto del lavoro, si potrebbe affermare che è consistito nel riposizionare, adattare e innovare i fondamenti teorici della disciplina (i suoi scopi, i valori ma anche il metodo), per mantenerli in costante comunicazione con i mutamenti della nostra epoca.

Poiché Egli era un intellettuale profondamente intriso di cultura liberale, si adoperava, in questa opera di costante rinnovamento, confutando, non solo e non tanto i dogmi e le ideologie, quanto piuttosto il pensiero pigro e rilassato che pure talvolta alligna nella disciplina: i luoghi comuni, le convinzioni sedimentate e sclerotizzate se non per interesse, per convenzione culturale. Dietro l'apparente rilassatezza e distacco dei toni e dell'approccio, non scervi a volte da graffi pungenti degni di Ennio Flaiano – un misto di humor british/toscano – ci stava una ricerca, se non ansiogena, sicuramente tormentata; che è quel che si addice a un uomo di grande e vissuta cultura, prima ancora che al freddo e raziocinante intellettuale.

Si è approfittato di questo breve saggio per rileggere i suoi scritti che racchiudere nell'etichetta «teorici» è allo stesso troppo: perché il collegamento con il diritto del lavoro positivo e il lavoro concreto emerge sempre; e troppo poco: perché non si tratta di elucubrazioni erudite e meramente concettuali ma di precise e orientate prese di posizione anche su temi e problemi di carattere etico, politico e sociale.

In chi scrive si è rafforzata la convinzione che effettivamente nella sua esplorazione oltre i confini del diritto del lavoro, il CA abbia costituito per lui un approdo sicuro, se non definitivo. La complessa costruzione di Amartya Sen e della Martha Nussbaum – soprattutto la grande sintesi contenuta nell'«Idea di giustizia» del premio Nobel, a cui Riccardo Del Punta dedicò uno dei suoi saggi in forma di recensione (Del Punta 2013a) –, oltre che essere un sicuro porto epistemologico, costituiva per lui la sintesi di una visione liberale al servizio dell'innovazione e di una concezione della giustizia sociale che ben si atteggiava alle sue già mature idee di riforma del diritto del lavoro; idee non scevre dalla preoccupazione di salvaguardare al contempo il patrimonio storico dei valori sedimentati³.

Questo impianto, a un tempo scientifico e ideale, gli consentiva di innovare il diritto del lavoro nella continuità, coniugando l'eguaglianza welfarista (l'eredità rawlsiana se si vuole, che non gli era affatto estranea) e le idee di libertà sostanziali declinate e focalizzate sulla persona, secondo la prospettiva di un altro giuslavorista a cui piace accomunarlo nel ricordo: Massimo D'Antona.

³ Del Punta, *Il «nuovo» giuslavorista*, DML, 3, 489; 1998; 2002a; 2020; Caruso, Del Punta 2016.

Ma di più: tale impianto teorico, gli consentiva di muoversi, sul versante della ricerca, intrecciando e rammendando il tessuto della scienza economica (con la predilezione per gli economisti istituzionali e neo-istituzionali), la sua passione per la speculazione filosofica, l'utilizzo del grande pensiero sociologico: si pensi alla sua frequentazione, in molti scritti, di Max Weber e soprattutto di Jurgen Habermas della teoria dell'agire comunicativo (Del Punta 2013b).

Riccardo Del Punta, è bene ricordarlo, non amava giocare al piccolo filosofo; le sue incursioni nelle grandi praterie del pensiero teorico non erano mai fine a sé stesse; non palesavano né tratti di autosservazione narcisista, né involuzioni erudite e/o autoreferenziali. La tensione tra pensiero teorico/speculativo e ordito giuslavorista è sempre costante e vibrante, soprattutto nella rielaborazione del CA; si direbbe più ancora in questo, piuttosto che nell'apertura di dialogo con la scienza economica che pure lo vide indiscusso protagonista.

Ma anche con riguardo al dialogo tra diritto del lavoro ed economia, se ne accenna soltanto, l'impronta di Riccardo Del Punta è visibile nell'approccio costruttivo e, che egli intendeva, reciprocamente rispettoso tra le due scienze⁴; ciò gli ha così consentito di dialogare con la scienza dirimpettaia con sobrietà discorsiva e senza traumi, suggerendoci più l'approccio metodologico della *Law and Economics* di Guido Calabresi e sconsigliando invece gli sgomenti e i mancamenti da ottovolante che sono dell'approccio dell'*analisi economica del diritto* applicata al diritto del lavoro della scuola di Chicago e, brillantemente, messa in circolazione in Italia da Pietro Ichino (Del Punta 2020a).

2. Il CA come teoria

Ma è tempo di dedicarsi al CA inteso quale sistema concettuale di riferimento nel riposizionamento teorico del diritto del lavoro.

Sono tre le domande che normalmente gli studiosi si pongono quando si apprestano a utilizzare questo apparato epistemologico in discipline settoriali come il diritto del lavoro⁵. Sono domande che richiedono risposte a specificazione progressiva.

La prima è la più semplice ma anche la più scontata: in cosa consiste, nel suo nocciolo, duro il CA; la seconda – che segue logicamente – è se il CA sia utilizzabile dai giuristi e in particolare dai giuristi del lavoro; e solo nel caso di risposta

⁴ Fondamentale Del Punta 2001; 2002a.

⁵ I giuslavoristi che a livello internazionale si sono direttamente confrontati con il CA, oltre a Del Punta 2016 e il saggio "Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?", contenuto in Langille 2019, certamente B. Langille, curatore del volume citato e autore di saggi ivi contenuti, e S. Deakin & A. Supiot, autori di vari interventi sul tema ma dei quali è d'obbligo citare il volume da essi curato, *Capacitas*, Hart, 2009, rinviando anche ai loro saggi ivi contenuti. Si veda pure applicazioni della teoria, in Deakin, Koukiadaki 2012; Deakin 2010. Altri autori si sono ampiamente confrontati con la teoria pur non assumendola come punto di riferimento privilegiato di ricerche e di relativi approdi, tra di essi certamente Davidov 2016, ma anche Freedland, Countouris 2005.

positiva, la successiva e ultima, ancor più specifica: come e perché è utilizzabile; detto altrimenti a cosa serve in pratica il CA per il giurista del lavoro⁶.

3. Che cos'è

Per ovvie ragioni non si proverà neppure a rispondere alla prima domanda vale a dire in cosa consiste, seppur in grandi linee, il CA: non basterebbe un saggio corposo per delimitare il perimetro del CA utilizzabile per il giurista del lavoro⁷. E questo in ragione del fatto che il Ca è un sistema di pensiero complesso e in rapida evoluzione e sedimentazione⁸.

Volendo provare a dare soltanto qualche input si potrebbe dire, con una certa ellissi, che costituisce una teoria economica dello sviluppo economico alternativa a quelle mainstream, sia neoclassica sia neo-istituzionale (per richiamare soltanto alcune grandi famiglie della scienza economica); una teoria dello sviluppo che pone al suo centro la persona situata, contestualizzata, non astratta (Sen elabora la sua teoria studiando empiricamente le grandi carestie e la deprivazione in India; si veda Sen 2002).

Tale teoria economica si ispira alla tradizione del grande pensiero liberale classico, sia politico sia filosofico, che mette la libertà e l'individualismo etico al centro della propria costruzione. In tal senso certamente una costruzione olistica e in parte autosufficiente.

Si tratta comunque di una dottrina economica che non esita, sin dalle origini, a dettare le agende politiche dei grandi decisori: alla fine del primo decennio del secolo, nel pieno della grande crisi finanziaria, il CA suggerisce per esempio, una diversa metodologica di calcolo del PIL (lo HDI, ISU: indice sviluppo umano) basato su indicatori di performance dell'economia diversi da quelli tradizionalmente economici monetari (la libertà e il benessere non utilitaristico delle persone, le *capacitas* individuali, la sostenibilità ambientale)⁹.

Ma il CA potrebbe essere ormai considerato, epistemologicamente, anche un sistema molto articolato di filosofia morale finalizzato alla costruzione di una idea forte di giustizia sociale; un sistema in grado di fungere da apparato fondativo, sia normativo sia metodologico, per le scienze sociali anche settoriali, similmente a quel che è stato, per il diritto del lavoro, il liberalismo classico

⁶ Sono i dubbi che anche di recente si è posto M. Pedrazzoli nel suo ricordo di Riccardo Del Punta cit. alla nota 1.

⁷ I punti di caduta del CA sul diritto del lavoro sono chiaramente indicati nei saggi di R. Del Punta citati alla nota 8; si consenta pure il rinvio a Caruso 2007.

⁸ I riferimenti superflui. Si rinvia comunque ai saggi contenuti nella rivista che ospita gli interventi degli autori che si ispirano al CA; le sue annate a partire dal fascicolo n. 1 del 2007, *Journal of human development and capabilities*.

⁹ Stiglitz, Sen, Fitoussi 2010. *Rapporto della Commissione Sarkozy sulla misura della performance dell'economia e del progresso sociale* Il Rapporto Stiglitz, I e II parte) 15 gennaio 2011 <http://www.comitatoscientifico.org/temi%20SD/documents/11%20Rapporto%20Stiglitz.pdf>.

o il marxismo, soprattutto nella versione socialdemocratica o, per altri versi, la dottrina sociale della Chiesa.

Al di là delle descrizioni sincretiche vale prendere atto che la teoria dello sviluppo umano basato sulla declinazione delle *capability*, sugli strumenti di conversione e sui funzionamenti, cioè su un'idea una accentuatamente umanista e post materialista di benessere e sostenibilità, è oggi una scuola di pensiero, ben oltre una semplice comunità accademica; una scuola organizzata e articolata al suo interno con diramazioni internazionali, con proprie riviste, appuntamenti, convegni, intellettuali riconosciuti, attività: non è da escludere un collegamento tra la scuola, i CEO e gli economisti che si danno appuntamento periodicamente al Forum di Danvos¹⁰.

Se questo è, in grandi linee, il CA (qualcosa che va ben oltre una mera corrente culturale) ai giuristi del lavoro che, come Riccardo Del Punta, sono adusi a interrogarsi su stessi, sul proprio ruolo e sulla disciplina – metodo, fini e valori – è venuto naturale andare oltre, chiedendosi a cosa serve il CA.

4. A che cosa serve il CA

Ridotto in pillole il CA, occorre chiedersi a cosa serva ai giuristi e in particolare ai giuristi del lavoro: il che conduce direttamente al dibattito attuale sul diritto del lavoro e alla risposta e *su perché e come* possa essere utilizzato, oggi, a scopi di ricerca, di proposta ermeneutica e di policy legislativa.

Una delle tradizionali obiezioni che si muove è che l'apparato teorico presupposto non serva molto al giurista e soprattutto al giurista del lavoro, il quale dovrebbe essere già attrezzato con propri e autonomi strumenti teorici e valoriali per confrontarsi con i temi della giustizia, del benessere welfaristico e dei diritti nei luoghi di lavoro. Si aggiunge che gli attrezzi del mestiere, per tutelare chi lavora attraverso la dinamica dei diritti, sono numerosi e ben rodati: la norma inderogabile, l'azione collettiva, il sistema di welfare e le politiche pubbliche di protezione; per cui il ricorso al CA nulla aggiungerebbe sul piano cognitivo e funzionale e finirebbe per essere una inutile complicazione o anche una artificiosa sovrapposizione di piani d'analisi.

Più in specifico l'idea che circola è che, a parte la conversione delle capacità primarie e secondarie in diritti fondamentali (di fatto una nuova e più elaborata tavolozza di diritti umani)¹¹, il giurista ha già a disposizione forti e convincenti apparati di teoria costituzionale (si pensi al neo costituzionalismo), oltre che una rodada elaborazione concettuale sui diritti fondamentali: si pensi, sul piano internazionale, alla teorica degli *human rights* soprattutto nella sistemazione –

¹⁰ Oltre alla rivista citata alla nota 11 si veda l'attività della Human Development & Capability Association HDCA Human Development and Capability Association | Development as Freedom (hd-ca.org)

¹¹ Proprio della versione delle *capability* della Martha Nussbaum che più ha attinto alla filosofia aristotelica rispetto a Sen che si mantiene più sul piano dei valori e delle obbligazioni etiche (diritti ma anche doveri): si veda soprattutto Nussbaum 2007; 2001, 53 sgg.

che sembra preferibile per i giuslavoristi – della collocazione sullo stesso livello di importanza di diritti politici, civili e sociali; il che in qualche modo giustifica la rinnovata attenzione europea ai diritti sociali a partire dal *social pillar*. E infine il giurista del lavoro è aduso a una disseminata e diffusa prassi di diritto vivente giurisprudenziale che ha a oggetto la tutela dei diritti; e ciò sia nei sistemi di *civil law* ma anche di *common law*: ne sono protagoniste le alte corti nazionali, sovranazionali e internazionali, basti pensare alla giurisprudenza della Corte cost. italiana che ha riscritto, in senso protettivo, le tutele crescenti senza mai ispirarsi al CA; ma anche i giudici di base: si pensi, per rimanere in Italia, alla giurisprudenza costituzionalmente orientata e alla giurisprudenza non solo italiana che si è formata sui lavoratori delle piattaforme, driver e riders.

Da cui la conclusione che il CA – come nuova epifania per legittimare i diritti del lavoro e umani fondamentali- si collocherebbe al margine, al più integrando ma non fondando il sistema di diritto del lavoro; ovvero, sarebbe del tutto inutile qualora si consideri la capacità fondativa dei riferimenti culturali tradizionali che si utilizzano per le operazioni di legittimazione: in primo luogo l'impostazione welfarista e socialdemocratica della asimmetria del contratto di lavoro e la funzione di riequilibrio della legge di tutela e del contropotere sindacale nei luoghi di lavoro; il tutto sotto l'ombrello delle grandi costituzioni, meglio se rigide.

Si aggiunge – come ha spiegato convincentemente un giurista del lavoro che ha applicato sapientemente i canoni dell'economia neo-istituzionale al diritto del lavoro, come Simon Deakin – che i diritti sociali rendono il mercato più efficiente e alla fine salvaguardano il capitalismo dalle sue stesse contraddizioni e il mercato dalle sue strutturali asimmetrie.

C'è dunque – si conclude – un apparato tradizionale di concetti, strumenti e valori, ormai rodato, che da Sinzheimer a Kahn Freund, passando per Giugni, o per ricordare due grandi giuristi italiani recentemente scomparsi, Umberto Romagnoli e Luigi Mariucci, che va semplicemente aggiornato magari adattandolo al capitalismo delle piattaforme.

In tale contesto ampiamente arato, fondato e ben strutturato, a cosa serve, allora, la teoria delle C.A? Questa obiezione potrebbe cogliere uno spicchio di verità se non fosse che il CA non pretende certamente di essere un sistema teorico completo e autosufficiente basato sui diritti sociali e umani fondamentali magari riallocati in nuove sinossi; né pretende di costituire soltanto un metodo di indagine per la costruzione di una base informativa adeguata a un programma di giustizia contestualizzata e situata anche nei luoghi di lavoro; ma neppure il CA può essere considerato un insieme di concetti o di prescrizioni normative da tradurre nei segni del linguaggio giuridico; né, si potrebbe aggiungere, costituisce la premessa valoriale (la tavolozza dei valori) da cui far scaturire meccanicamente una strategia ermeneutica, a disposizione dell'interprete dei fatti e del diritto vigente; né, infine, pretende di essere l'antefatto ideologico o politico di un programma di riforme su cui un legislatore debba muoversi *de iure condendo*.

Quella su riferita è evidentemente una litote, una figura retorica per affermare negando. Perché il CA non è nulla di tutto quello che si è detto se ci si limitasse a osservare e studiare i singoli assunti cognitivi e normativi della teoria. Ma è

tutto questo insieme, se lo si considera un sistema teorico complesso e articolato che, in alternativa ad altri, e con una precipua dinamicità, adattabilità e flessibilità consente anche ai giuristi del lavoro di utilizzare partitamente: un metodo di indagine rinnovato, una tavolozza di valori diversa da quella tradizionale di riferimento (i valori della persona considerati preminenti sulle identità collettive o di gruppo per esempio); una rideterminazione dei fini della disciplina e, a valle di tutto ciò, un adattamento consequenziale degli strumenti operativi, vale a dire la cassetta degli attrezzi del giuslavorista. In sintesi il CA consente un diverso approccio culturale, strumentale e metodologico, per altro pluralistico e differenziale¹².

Solo per fare un esempio, per il CA l'idea di benessere non è solo materiale, ma anche sociale, mentale e culturale e presuppone la diversità soggettiva e in parte identitaria come elemento necessario alla gestione dei processi e alla formulazione delle politiche. Le valutazioni, pertanto, non vanno fatte solo in termini monetari soprattutto quando coinvolgono considerazioni di efficienza e di gestione economica. Si veda per esempio la questione del salario minimo sulla quale si tornerà.

Con riguardo al metodo di ricerca il CA impone di riconsiderare con grande accuratezza la base informativa, come del resto suggerisce l'analisi economica del diritto ma su presupposti normativi e finalistici antitetici; la conoscenza dei dati economici e delle realtà su cui si pretende di incidere con gli strumenti del diritto del lavoro è centrale, anche nel CA. Sempre sul piano del metodo, il discusso consequenzialismo senniano (prevedere e studiare gli effetti della misura in concreto e non solo la configurazione in astratto) risulta molto utile e dotato di originalità rispetto ad altre simili posizioni (si pensi al consequenzialismo di Mengoni).

È un approccio che si ritiene importante per affrontare il tema dell'effettività regolativa, non solo della legge, ma anche di altri strumenti di regolazione, di nuovo conio e non solo tradizionali: si pensi al capitolo del diritto premiale e di induzione di comportamenti virtuosi che stanno entrando sempre più frequentemente nella cassetta degli attrezzi del giurista del lavoro¹³. Si tratta oltretutto di una opzione di metodo che va praticata prima ancora che teorizzata. Il che implica che l'analisi degli strumenti deve essere corroborata con la possibile analisi previsionale degli effetti prodotti dalle misure, anche legislative, programmate; il che significa valutare gli strumenti avendo possibilmente già chiara la ricaduta della loro applicazione con riguardo ai fini che ci si propone di raggiungere.

Non vale indugiare sul tema dei valori – su cui Riccardo Del Punta si è molto trattenuto anche sul piano teorico (Del Punta 2022) – se non per rimarcare che il pluralismo è un tratto distintivo del CA. È sufficiente ricordare che l'utilizzazione ad ampio spettro che se ne fa nelle scienze sociali deriva dal fatto che, co-

¹² Si rinvia al volume curato da B. Langille, nota 8.

¹³ Si veda ora, B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione; un contributo «oltre» il manifesto*, Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, Tiziano Treu (unict.it)

me si accennava, la teoria dello sviluppo economico è sostenuta da una filosofia morale che pone al centro la persona, non nelle sue astrazioni economiciste, spirituali o classiste, ma a partire dal soggettivo, unico e concreto progetto di vita, le sue aspirazioni, le vocazioni non astratte e universali, ma concrete e situate nei singoli contesti: soprattutto la diversità territoriale e, per quel che riguarda i giuslavoristi, i luoghi di lavoro sempre più differenziati (qui le assonanze con le comunità concrete di Adriano Olivetti sono evidenti¹⁴).

Da questo approccio seguono suggerimenti di concrete misure di policy e non solo costruzioni utopistiche. Si tratta di una teoria della persona e delle sue prerogative giuridiche (la *capacitas* richiamata da Deakin e Supiot¹⁵) che evita di collocare il soggetto in una dimensione di individualismo ontologico (Robeyns 2007): vale a dire l'individuo razionale che agisce nel mercato, nei diversi ruoli di chi offre o chiede lavoro perseguendo soltanto un orizzonte di felicità e dell'utilità individuale di tipo materiale; pur restando ovviamente il benessere economico (e quindi il contrasto alle privazioni) il presupposto di progetti di vita che valgono davvero di essere vissute.

Si è cercato, di recente, di applicare il CA nella rilettura del tema del soggetto nel pensiero di Massimo D'Antona¹⁶. Con riguardo al tema del soggetto, se si volesse indicare una lettura di iniziazione alla sostanza e al metodo delle capability, la scelta cadrebbe su un romanzo prima ancora che su un saggio e riguarda il capolavoro di Jack London, *Martin Eden* (almeno la sua prima parte)¹⁷.

Tutto questo non significa esagerare la portata ri-fondativa del CA del diritto del lavoro come qualcuno, nel dibattito accademico internazionale, tende a fare¹⁸.

La teoria delle C. non nasce dal nulla, ma si erge sulle spalle di noti giganti della filosofia della giustizia che hanno direttamente o indirettamente influenzato in parte la visione welfaristica e protettiva del diritto del lavoro: si pensi a John Rawls.

¹⁴ Il concetto/idea di comunità concreta appare quasi sempre nelle opere di Adriano Olivetti. Si veda Olivetti 2013; 2014a; 2014b con la bella presentazione di G. Zagrebelsky; 2014.

¹⁵ *Supra* nota 8.

¹⁶ B. Caruso, *Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro*, Biblioteca '20 Maggio', 1-2023_Caruso.pdf (unict.it)

¹⁷ Il personaggio, autobiografico, pratica la teoria della capability al servizio del suo percorso di libertà nella conquista di senso della propria vita e ciò a partire dall'esperienza esistenziale del lavoro, della cultura e della formazione come strumenti di realizzazione delle proprie capacità, intese quali vocazione o aspirazione anche alla bellezza. Quel che manca in quel libro, ambientato nella nuova frontiera della California di inizio secolo, sono proprio le istituzioni che dovrebbero aiutare la persona a realizzare il percorso di ricerca nel lavoro e che invece, nell'individualismo ontologico che permeava l'America della frontiera, lo lasciano solo o nella dimensione del successo commerciale, ovvero nella disperazione e nella depressione esistenziale fino all'autodistruzione.

¹⁸ Il saggio di B. Langille cit. alla nota 8 su cui le critiche di H. Collins, "What Can Sen's Capability Approach Offer to Labour Law", nel volume a cura di Langille. Si veda pure Guy Davidov, "The Capability Approach and Labour Law. Identifying the Areas of Fit".

5. Come utilizzare il CA nel diritto del lavoro in pratica

Come utilizzare il CA nel diritto del lavoro in pratica, vale a dire nel suo uso corrente soprattutto oggi, sia con riguardo al dibattito teorico sia alle misure regolative. La sinossi classica e generale è quella utilizzata anche da Riccardo Del Punta nel suo saggio del 2016¹⁹: le capability per il lavoro, per il rispetto e la dignità, per la professionalità soggettiva, per la conciliazione vita lavoro e per la partecipazione nell'impresa. All'interno di queste macro-direzioni, praticamente tutti gli istituti del diritto del lavoro sono rileggibili e filtrabili e anche risistemabili attraverso il CA.

Se il diritto del lavoro viene considerato uno strumento di conversione, nei luoghi di lavoro, dei funzionamenti in capacità, è evidente che i suoi strumenti e i suoi istituti nella loro singolarità e nel loro complesso, vanno riconsiderati come tali e curvati su un simile scopo: la centralità della persona, al di fuori di ruoli precostituiti, in un contesto concreto di sostenibilità economica, sociale e anche ambientale. E ciò sia nel mercato sia nel rapporto di lavoro.

5.1. La capability per il lavoro: il mercato del lavoro

Le prime applicazioni del CA hanno riguardato, in effetti, il mercato del lavoro prima ancora del rapporto (le *Capability per* il lavoro). Come evidenziato nella relazione al congresso Aidilass del 2006²⁰, che aveva ad oggetto un tema specifico, la formazione, il CA mette in guardia contro un approccio astratto ed economicistico.

Il mercato del lavoro è notoriamente un costruito regolativo e un mercato molto particolare perché riguarda processi di mobilità – possibilmente indotti e governati da istituzioni – riferiti a persone situate territorialmente e contestualizzate. Che tali istituzioni debbano essere nazionali, regionali o locali è oggi discusso posto che in Italia, come è noto, la scelta del regionalismo regolativo differenziato, al quale si è approdati con la riforma costituzionale del 2001, si è rilevata, a dir poco, eccessivamente ottimistica in chiave di efficienza ed efficacia sistemica. E tuttavia il fatto che queste istituzioni debbano, o dovrebbero, essere costruite e agire «a misura di persona» (ispirandosi ai canoni del CA), è il tratto che fa la vera differenza tra le istituzioni del mercato del lavoro funzionanti e quelle che non lo sono (al di là delle analisi di efficienza in senso stretto).

Ne segue che l'approccio situazionale ed empirico al tema della formazione, legittimerebbe una progettazione di tale politica attiva adeguata ai diversi e differenziati mercati del lavoro, ai diversi settori merceologici, alle diverse comunità concrete, ai reali bisogni di chi chiede e di chi offre lavoro. Il CA, applicato allo istituto formazione, presuppone, dunque, non solo massima efficienza nella gestione delle risorse pubbliche, con particolare riguardo agli indicatori di risultato e di efficacia, ma anche la finalizzazione a concreti percorsi lavora-

¹⁹ *Supra* nota 8; la distinzione risale al contributo di Bonvin 2012.

²⁰ *Supra* nota 10.

tivi di inserimento attivo personalizzati e riferiti ai diversi mercati transizionali soprattutto in una fase come l'attuale segnata da grandi trasformazioni e traumi sociali: la transizione green, tecnologica e l'autunno demografico. Per cui la stessa progettazione delle politiche attive – come avviene nei sistemi più avanzati – deve tener conto che il mercato del lavoro, sia sul versante dell'offerta sia della domanda, riguarda individui con programmi e interessi economici, ma anche vocazioni, aspirazioni esistenziali, bagagli professionali e culture del lavoro differenziati.

Come gli osservatori convengono, infatti, la distanza che intercorre tutt'oggi tra il sistema italiano di governo e regolazione dei mercati del lavoro e quelli europei più avanzati, non è di mera efficienza strumentale e di dotazioni di mezzi e risorse finanziarie – certamente anche; ma soprattutto di concezione e filosofia di gestione. I sistemi più avanzati dicono che i meccanismi che regolano l'incontro tra domanda e offerta non possono ridursi a una tecnica burocratica o ragionieristica che ha come fine soltanto di colmare l'asimmetria informativa tra chi domanda e chi offre lavoro, in ciò fluidificando i flussi e la mobilità di forza lavoro (Freedland, Countouris 2005).

I meccanismi e le istituzioni di governo del mercato del lavoro devono certamente avere obiettivi di efficienza economica ma non possono esaurirsi in quelli. Per essere efficaci anche economicamente, tali istituzioni, intese quali organizzazioni con i relativi uffici, devono avere a disposizione (è questa una scelta politica all'insegna del CA) dotazioni professionali e strumentali di qualità e non solo quantitativi²¹. L'incontro tra domanda e offerta non riguarda soltanto la facilitazione di un'astratta operazione di scambio attraverso l'eliminazione delle asimmetrie informative. Nel CA questo processo viene considerato molto più complesso. Esso presuppone l'analisi delle reciproche aspettative delle persone e degli imprenditori che cercano e offrono lavoro, la facilitazione dell'investimento del capitale di fiducia dei soggetti contraenti per rafforzare una relazione personale duratura, con tutto ciò che ciò significa in termini di dotazioni strumentali e professionali.

Quanto si afferma che è, ormai, il lavoratore che sceglie il proprio datore di lavoro, o quanto si analizza un fenomeno come il *quite quitting* (la ragione per cui si rifugge *un* lavoro ma non *il* lavoro), non si fa altro che declinare la teoria del CA sotto il profilo cognitivo, dovendosi subito dopo porsi logicamente il problema degli strumenti più affinati, efficaci e congeniali a rendere l'incontro – in quel situato mercato del lavoro – proficuo, soddisfacente per entrambe le parti e, possibilmente, duraturo nel tempo.

In conclusione, con riguardo alle capability per il lavoro, il CA è una bussola sicura non solo per indirizzare e valorizzare le politiche attive del lavoro ma anche per testarne il rendimento con riguardo alla efficienza strumentale e all'

²¹ Per un riferimento ad esperienze concrete e al caso della Sicilia si veda “Tre domande e quattro risposte sul governo del mercato del lavoro, rispondono Patrizio Bianchi, Marco Barbieri, Bruno Caruso, Lucia Valenti” in *LD*, 2016, 2: 193 sgg.

efficacia dei risultati, non solo in termini quantitativi ma anche qualitativi (per l'impresa e per chi vi lavora): un approccio per valutare, sincronicamente, la misura con riguardo al fine, allo strumento e al risultato.

5.2. Le Capability e il salario minimo

Anche il recente dibattito sul salario minimo potrebbe essere meglio inquadrato qualora si utilizzasse il CA come bussola per le decisioni di policy e con riguardo agli strumenti attuativi: legge o contratto *erga omnes*; assumendo l'approccio delle capability, l'alternativa andrebbe sdrammatizzata, perché la de-ideologizzazione che ne consegue imporrebbe di concentrarsi sul risultato, piuttosto che sullo strumento.

Lo stesso varrebbe per la questione dei dati statistici sulla povertà lavorativa, la c.d. base informativa, che risulterebbe più comprensibile e chiara evitando letture strumentali. Come spiegano gli economisti, non c'è alcuna contraddizione, infatti, tra dati Istat e dati Inps che dicono la medesima cosa (e non potrebbe essere altrimenti): chi sono i poveri in attività lavorativa in senso assoluto (l'in-work poverty) e chi sono quelli che – pur avendo un lavoro a tempo pieno a cui si applica un Ccnl – non raggiungono una certa soglia considerata come limite minimo affinché una remunerazione possa consentire una esistenza dignitosa. Saranno pochi ma questo non elimina concettualmente la possibilità o l'opportunità di una legge ad hoc, pur nella consapevolezza che essa da sola non sia risolutiva del problema.

Come accennato, assumendo il CA come bussola del dibattito l'alternativa tra legge e contratto collettivo *erga omnes* potrebbe ricondursi non a una battaglia di principio (come invece sembra sia diventata) ma, più pragmaticamente, a una valutazione meramente funzionale. Si tratta infatti di strumenti che possono essere utilizzati anche insieme, qualora la base informativa suggerisse che la loro convergenza fosse utile al raggiungimento del fine di garantire quella soglia minima di salario che, a certe condizioni (un rapporto di lavoro a tempo pieno), possa convertire i funzionamenti in capacità primarie (la garanzia di una condizione di vita libera e dignitosa: la direttiva dell'art. 36).

E ciò varrebbe infine anche per la *querelle* sulla differenziazione territoriale che potrebbe essere risolta pragmaticamente e senza posizioni precostituite o ideologiche. È infatti evidente che la soglia monetaria del salario minimo idonea a garantire le capacità primarie, il salario di sussistenza – se è quello l'obiettivo – può funzionalmente e legittimamente cambiare da area geografica ad area geografica in ragione della dinamica del costo della vita.

Se invece l'obiettivo dichiarato di policy è di espellere da alcuni mercati del lavoro del meridione le imprese marginali – creando nell'immediato disoccupazione ma favorendo in prospettiva la buona occupazione e consentendo in tal modo al salario minimo, nelle aree a più basso costo della vita, una funzione di attivazione dei funzionamenti oltre le capacità primarie (un miglior tenore di vita) – si può scegliere la soglia uniforme anche di 9 euro l'ora lorda, ma dichiarando dove si intende arrivare e cosa si vuol fare.

5.3. Le capability per la dignità nel rapporto di lavoro

Dove il CA va meglio testato è con riguardo al tema del contratto e del rapporto lavoro che, come sottolineava Riccardo Del Punta, apre la questione del potere e della storica asimmetria tra datore di lavoro, in senso lato (anche il committente in posizione dominante) e il lavoratore, non più necessariamente formalmente subordinato. In questo caso è possibile portare «oltre» la Sua riflessione (cosa che del resto Egli stesso si apprestava a fare fino a poco prima della scomparsa).

È ormai convinzione acquisita che una serie di nuovi istituti, definibili «generativi», del rapporto di lavoro – perché mettono al centro la qualità del lavoro, la persona e la sua responsabilità (i doveri non solo i diritti, ex art. 4 comma 2 della Cost.) – sono certamente funzionali a ridurre la tradizionale asimmetria. L'esempio, in tal senso più richiamato, è lo *smart working* con la supposta diluizione del potere direttivo e la gestione in autonomia e responsabilità della prestazione pur sempre all'interno dello schema della subordinazione. Ma anche il welfare aziendale, i regimi di orario personalizzati e individualmente concordati, gli istituti scelti di conciliazione vita lavoro, i nuovi strumenti premiali per superare la disparità di genere di carriera e di retribuzione. Sono tutti istituti che richiamano l'approccio fiduciario e non solo regolativo e sanzionatorio al diritto che sono oggetto di pratica e di studio in diverse esperienze aziendali.

Si tratta di esperienze in cui si pratica seriamente l'ESG (l'acronimo della sostenibilità); si persegue l'aumento del benessere personale non solo di tipo materiale ma anche relazionale; si sollecita il soggettivo coinvolgimento nell'organizzazione anche nella scelta del cosa e come produrre (attraverso modelli di partecipazione dal basso²²). In tutte queste esperienze (ancora minoritarie ma in crescita) si realizza una progressiva riduzione dell'assoggettamento connotato della subordinazione classica; il che conduce a una necessaria riconsiderazione di un istituto nobile della tradizione come il contratto di lavoro. La prospettiva e la strategia della sostenibilità, che ha nella teorica delle Capability un pilastro fondante, consente, infatti, di provare a rifondare la teoria del contratto di lavoro su basi personalistiche (il personal work contract) e collaborative²³.

E un discorso ovviamente complesso proprio perché cerca di utilizzare l'idea di giustizia del CA e che implica l'utilizzazione di solide basi informative sui cambiamenti reali dei luoghi di lavoro. Lo sguardo in questo caso è rivolto selettivamente ai luoghi in cui si pratica il lavoro cognitivo e creativo che si esplica mediante modelli organizzativi partecipativi e coinvolgenti; vale a dire nelle imprese che internalizzano il paradigma della sostenibilità e che praticano già l'utopia olivettiana dell'impresa comunità. Ripensare il contratto di lavoro significa confrontarsi con la poderosa tradizione giuslavorista che ne sottolinea

²² Sia consentito rinviare a B. Caruso, *Impresa partecipata e contratto di lavoro*, di prossima pubblicazione.

²³ Caruso, Del Punta, Treu 2023; si tratta di una prospettiva su cui non si può non registrare la recente, anche se prudente, apertura di Speciale 2022.

la natura sinallagmatica e la sostanziale asimmetria di potere e rifugge da ogni prospettiva cooperatoria.

La strada è ovviamente lunga ma promettente, possono venire in aiuto strumenti concettuali per la razionalizzazione giuridica come la teoria del contratto relazionale recentemente rivisitato, ma risulta indispensabile, una bussola, una idea forte che consenta, come ci indicava Riccardo Del Punta, di tornare a riflettere sui valori, sui fini e sul senso ultimo, alla base della disciplina.

Riferimenti bibliografici

- Bonvin, J.M. 2012. "Individual working lives and collective action. An introduction to capability for work and capability for voice." *Transfer: European Review of Labour and Research* 18: 9-18.
- Caruso, B. 2007. "Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 1: 1 sgg.
- Caruso, B., & Del Punta, R. 2016. "Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta." *Lavoro e Diritto* 4: 465 sgg.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto. Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona". https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu_2023.pdf.
- Davidov, G. 2016. *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Deakin, S. 2010. "Contracts and capabilities: an evolutionary perspective on the autonomy-paternalism debate." *European Law Review* 3: 141 sgg.
- Deakin, S., Koukiadaki, A. 2012. "Capability Theory, Employee Voice, and Corporate Restructuring: Evidence from U.K. Case Studies." *Comparative Labor Law & Policy Journal* 3: 427 sgg.
- Del Punta, R. "Il «nuovo» giuslavorista." *Diritto delle Relazioni Industriali* 3: 489 sgg.
- Del Punta, R. 1998. "Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla «crisi» del diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto* 1: 7 sgg.
- Del Punta, R. 2001. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 1: 3 sgg.
- Del Punta, R. 2002a. "Il diritto del lavoro tra valori e storicità." *Lavoro e Diritto* 3: 349 sgg.
- Del Punta, R. 2002b. "Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I: 401 sgg.
- Del Punta, R. 2013a. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto* 1: 37 sgg.
- Del Punta, R. 2013b. "Leggendo «The idea of justice», di Amartya Sen." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2: 197 sgg.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 4: 383-406.
- Del Punta, R. 2020a. "Una lettura giuslavoristica di The future of Law & Economics, di Guido Calabresi." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 1: 129 sgg.
- Del Punta, R. 2020b. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*. Bologna: Il Mulino.
- Del Punta, R. 2022. "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta. Firenze: Firenze University Press.

- Freedland, M., Countouris, N. 2005. "Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 557 sgg.
- Langille, B. 2019. *The Capability Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Nussbaum, M. 2001. *Diventare persone*. Bologna: Il Mulino.
- Nussbaum, M. 2007. *Le nuove frontiere della giustizia*. Bologna: Il Mulino.
- Olivetti, A. 2013. *Il cammino delle comunità*. Roma: Edizioni di Comunità.
- Olivetti, A. 2014a. *L'ordine politico delle Comunità*, a cura di D. Cadeddu. Roma: Edizione di Comunità.
- Olivetti, A. 2014b. *Le fabbriche del bene*. Roma: Edizione di Comunità.
- Robeyns, I. 2005. "The Capability Approach: a theoretical survey." *Journal of Human Development* 6: 93-114.
- Sen, A. 2002. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*. Milano: Mondadori.
- Speziale, V. 2022. "Impresa e transizione ecologica: alcuni profili lavoristici." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2: 277 sgg.
- Stiglitz, J., Sen, A., Fitoussi, J.P. 2010. *La misura sbagliata delle nostre vite. Perché il PIL non basta più per valutare benessere e progresso sociale*. Milano: Rizzoli Etas.
- Walzer, R. 2023. *Che cosa significa essere liberale*. Milano: Raffaello Cortina.

L'automaticità previdenziale negata dalla Cassazione agli incolpevoli collaboratori

Davide Casale

1. La nozione di automaticità previdenziale

Tra le norme di rilievo previdenziale contenute nel Codice civile, nel caratterizzare il sistema di protezione sociale riveste importanza il principio dell'automaticità stabilito dall'art. 2116, c. 1, c.c., in base al quale le prestazioni previdenziali «sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali».

L'art. 2116 c.c. esprime una limitazione dell'antico nesso giuridico tra contributi e prestazioni, la quale riveste significativa rilevanza nell'evoluzione valoriale del sistema di welfare: è noto che la previdenza sociale italiana ha in larga parte superato l'antico assetto mutualistico-assicurativo, perlomeno nel senso appunto che l'assenza di una vera e propria sinallagmaticità tra contributi versati e prestazioni è un dato sistematico che può dirsi acquisito: *in primis* si veda Persiani, 1960-2010, spec. 95-103; in tal senso, es. Balandi 1987, 379 sgg.; Proia 1989, 4; Nicolini 2008, 68 sgg.; in giurisprudenza si veda ad es. Cass. 11 ottobre 2017 n. 23845, e Cass. 21 giugno 2017 n. 15394, Cass. 16 settembre 2005 n. 18294, in *IPrev*, 2006, 59, e Cass. SU ord. 17 gennaio 2003 n. 683; per la minoritaria tesi a favore della sinallagmaticità della quale l'automaticità sarebbe solo un'eccezione, si veda Simi 1986, 159 sgg.

Beninteso, l'automaticità delle prestazioni non implica un accantonamento da parte del sistema di ogni criterio «meritocratico» nell'assegnazione delle

Davide Casale, University of Bologna, Italy, davide.casale@unibo.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Davide Casale, *L'automaticità previdenziale negata dalla Cassazione agli incolpevoli collaboratori*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.15, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 245-261, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

prestazioni di previdenza pubblica, giacché è noto che (oltre allo stato di bisogno effettivo o perlomeno presunto per legge) l'aver lavorato è criterio rilevante per la quantificazione di molti dei diritti di previdenza sociale occupazionale, a differenza di quanto avviene per gli istituti giuridici di tipo assistenziale. Il punto chiave è che, in base alla regola stabilita dal primo comma dell'art. 2116 c.c., il «criterio meritocratico» viene applicato misurando non solo la contribuzione versata per il lavoro svolto dal lavoratore assistibile, bensì misurando il lavoro comunque svolto da costui, mediante appunto il parametro quantitativo della contribuzione anche non versata purché dovuta. In tale prospettiva appare centrale il concetto di posizione contributiva individuale del lavoratore, intesa come vero e proprio diritto soggettivo ormai da parte di molti (es. Casale 2017, 262-96).

Per la tutela pensionistica rispetto alla vecchiaia, l'attuale quadro normativo s'è creato a séguito della fondamentale innovazione normativa del 1969-1972, che estese l'applicazione dell'automaticità alle prestazioni d'invalidità, vecchiaia e superstiti, dell'assicurazione generale obbligatoria: si veda l'art. 23 *ter* del d.l. n. 267/1972, che riscrisse l'art. 40 della l. n. 153/1969, che a sua volta ha inciso sull'art. 27 del r.d.l. n. 636/1939, così applicando l'automaticità delle prestazioni d'i.v.s. ai lavoratori subordinati dell'a.g.o., poi estesa alle altre gestioni pensionistiche in via giurisprudenziale nonché con l'attuazione dell'armonizzazione *ex art. 2, c. 22*, della l. n. 335/1995. Il quadro normativo è stato poi completato con l'attuazione della direttiva 80/987/Cee sull'insolvenza datoriale, modificata dalla direttiva 2002/74/Ce, oggi confluita nella direttiva 2008/94/Ce, ossia l'art. 2, l. n. 297/1982, e d.lgs. n. 80/1992, come modificato dal d.lgs. n. 186/2005. Le norme che rilevano a fini pensionistici sono contenute nell'art. 3, d.lgs. n. 80/1992 (e nell'art. 5 per quanto concerne la previdenza complementare; sull'attuazione della direttiva europea sull'insolvenza si rinvia a si veda Marazza, Garofalo D. 2015; Balletti 2021; Zilio Grandi, Sferrazza 2013; Aimo 2010; Razzolini 2007; Pallini 2003; per una rassegna aggiornata della prassi dell'Inps si veda la corpora circolare n. 70/2023; sui profili contributivi si veda *in primis* Canavesi 1992, 465 sgg.; di recente Ludovico 2019).

Per le prestazioni d'i.v.s. ne risulta un regime legale binario che differenzia la protezione in base soprattutto al decorso del tempo: esiste, da un lato, una tutela principale a carico della collettività, ossia l'automaticità delle prestazioni, la quale vale entro il quinquennio di prescrizione della contribuzione previdenziale o quando il datore sia stato coinvolto in procedure concorsuali; dall'altro lato, vige una tutela residuale, non pubblica, che passa attraverso l'iniziativa giudiziaria dell'interessato nei confronti del datore responsabile dell'omissione, nei casi in cui la contribuzione sia già prescritta, sempreché non vi sia stata procedura concorsuale.

2. Il rilievo generale dell'automaticità secondo la Consulta

Quello che esprime l'art. 2116 c.c. è un «principio generale», secondo la Corte cost. 5 dicembre 1997 n. 374, GC, 1998, I, 617; in tal senso s'è espressa a séguito di una rimessione dal pretore di La Spezia che ipotizzava l'illegittimità

costituzionale dell'inapplicabilità del primo comma dell'art. 2116 c.c. all'istituto della ricongiunzione: l'automaticità delle prestazioni, se non era da intendersi come regola generale postulando un'espressa previsione normativa riferita a ciascun ambito di sua applicazione, non valeva per la ricongiunzione dei periodi contributivi disciplinata dalla l. n. 29/1979; ma la Consulta ha escluso ciò, affermando che in sede di ricongiunzione devono essere riconosciuti anche i contributi non versati sempreché non prescritti.

Con questa pronuncia interpretativa di rigetto n. 374/1997, la Consulta non si esprime su quale delle due gestioni previdenziali debba sopportare l'onere finale della ricongiunzione dei contributi omessi (in proposito la Cassazione ha ritenuto che l'onere finanziario incomba sull'ente previdenziale di provenienza del lavoratore: es. Cass. 20 aprile 2002 n. 5767, NGL, 2002, 700; Cass. 10 maggio 2002 n. 6772, FI, 2002, I, 2354). Secondo la Corte costituzionale, il punto imprescindibile è che la gestione previdenziale presso la quale viene effettuata la ricongiunzione riconosca al lavoratore la «medesima posizione assicurativa che già gli spettava presso la gestione di provenienza». Dato che, nel concreto caso, questa posizione comprendeva anche il riconoscimento di periodi d'omissione contributiva, tale riconoscimento «non può non trasferirsi alla posizione assicurativa che si costituisce, con la ricongiunzione»: indipendentemente dall'espressa applicabilità o meno del principio di automaticità nell'ambito della gestione di destinazione e a prescindere dall'esistenza di una specifica indicazione legislativa riferita all'istituto della ricongiunzione.

In tale occasione la Consulta s'è espressa con statuizioni che appaiono di rilievo sistematico, affermando che «il principio generale, espresso dall'art. 2116 del codice civile (non a caso inserito fra le pochissime disposizioni codicistiche in materia di previdenza e assistenza obbligatorie), ed espressamente ribadito, con riguardo alla assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti, dall'art. 27, secondo comma, [del r.d.l. n. 636/1939, come riscritto nel 1972], è quello secondo cui le prestazioni spettano al lavoratore anche quando i contributi dovuti non siano stati effettivamente versati». Questo principio giuridico nella previdenza obbligatoria trova applicazione non già solo in quanto il sistema delle leggi speciali vi si adegui, ma, come si esprime l'art. 2116 c.c., «salvo diverse disposizioni delle leggi speciali». In sintesi, secondo la Corte costituzionale può ritenersi sussistente una deroga all'automaticità «solo in presenza di una esplicita disposizione in tal senso». Con questa decisione quindi la Corte costituzionale, chiarendo il rapporto regola-eccezione tra primo e secondo comma dell'art. 2116 c.c., ha affermato la portata generale del principio di automaticità delle prestazioni nel sistema di previdenza sociale. Questa opinione è da quasi due decenni diffusa in letteratura (es. si veda Canavesi, 2008, 70; Casale, 2017, 146-160) ed è stata recepita anche nella giurisprudenza della S.C. che afferma che «il principio di automatismo delle prestazioni previdenziali, di cui all'art. 2116 c.c., trova applicazione, con riguardo ai vari sistemi di previdenza e assistenza obbligatorie, come regola generale rispetto alla quale possono esserci deroghe solo se previste espressamente dal legislatore ed anche la limitazione della automaticità al solo caso in cui non sia prescritto il diritto dell'ente

previdenziale alla percezione dei contributi opera solo ove ciò sia espressamente previsto da apposita norma di legge» (Cass. 1° dicembre 2020, n. 27427; analogamente ad es. Cass. 12 aprile 2019, n. 10335; Cass. 22 giugno 2017 n. 15589; Cass. 14 giugno 2007, n. 13874, Cass. 2 febbraio 2001 n. 1460). È così stata accantonata la tralatizia idea secondo cui la tutela automatica sancita nel primo comma dell'art. 2116 c.c. poteva valere solo nei casi espressamente indicati nella legislazione speciale (in tali termini, anticamente si veda Ministro Guardasigilli, 1943, 194; invero in tal senso riduttivo, valevole solo con riferimento alla ricongiunzione, pare l'orientamento giurisprudenziale emergente negli ultimi anni presso S.C. ora condensato nella motivazione di Cass. 9 gennaio 2024 n. 701, sulle cui criticità si veda *Riverso 2023*; *Mesiti 2022*).

A ben vedere, il parametro di costituzionalità richiamato da C. Cost. n. 374/1997 non è espressamente l'art. 38 Cost., in quanto la Consulta non modifica l'impostazione del pretore remittente, che aveva ipotizzato una disparità di trattamento incompatibile con l'art. 3 della Costituzione. Nondimeno, l'art. 38 Cost. appare evocato chiaramente, sul piano della adeguatezza delle prestazioni previdenziali. Secondo questa sentenza, la quale è tutt'oggi il punto di riferimento in tema, il principio d'automaticità costituisce una «fondamentale garanzia» per il lavoratore assicurato, intesa a non far ricadere su di lui il rischio di eventuali inadempimenti del datore in ordine agli obblighi contributivi, e rappresenta perciò un «logico corollario della finalità di protezione sociale inerente ai sistemi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti». Trattasi di statuizioni importanti, che confermano l'abbandono della originaria matrice meramente assicurativa del sistema di protezione sociale. L'espressione «logico corollario» utilizzata dal Giudice delle leggi appare alquanto impegnativa, dato che di conseguenza non solo viene ribaltato il rapporto tra regola ed eccezione, ma risulta così necessario anche giustificare, in termini costituzionali, ogni eccezione al principio d'automaticità che venga prevista dalla legge (Canavesi 2008, 70; Miscione 1987, 361). Ebbene, ferma restando l'ampia discrezionalità politica del legislatore ordinario, tale effetto è proprio quel che più rende importante la pronuncia esaminata: trattasi di una vera e propria costituzionalizzazione del principio dell'automaticità.

Sul piano del singolo rapporto, l'ordinamento ha così rinunciato ad ogni vincolo di corrispettività funzionale, dato che le prestazioni possono spettare al lavoratore anche quando i contributi per lui non sono stati versati. In sostanza, nella misura in cui una prestazione previdenziale abbia esplicito o implicito rilievo costituzionale ai fini della sollevazione da situazioni di bisogno costituzionalmente rilevanti, il nucleo essenziale di tale prestazione previdenziale appare dover essere garantito anche in caso di omissione contributiva della quale beninteso non abbia colpa il lavoratore in stato di bisogno. L'automaticità generalizzata dalla Consulta conferma l'assenza di una necessaria correlazione tra prestazioni e contributi versati, senza che sia possibile giustificare l'automaticità nell'ottica della corrispettività affermando che si tratti solo di un'anticipazione dei contributi dovuti: seguendo una tale ottica non vi sarebbe giustificazione per la tutela nelle situazioni in cui il recupero della contribuzione sia improbabile o

impossibile (es. quando le omissioni contributive emergono dopo la cessazione dell'attività datoriale e l'estinzione del datore stesso; nonché con la copertura illimitata delle inadempienze contributive nelle procedure concorsuali).

Beninteso, ciò non significa che il sistema giuridico della previdenza sociale abbia rinunciato ad ogni correlazione tra diritto individuale a prestazioni e ammontare dei contributi dovuti: merita ribadire che il principio di cui all'art. 2116, c. 1., c.c. slega le prestazioni sociali occupazionali dall'avvenuto versamento dei contributi, ma non dall'esistenza della debenza contributiva. Non è sufficiente l'esistenza del rapporto di lavoro, giacché, qualora il rapporto esista ma *pro tempore* l'obbligo contributivo non maturi per qualunque ragione, non v'è alcuna copertura contributiva automatica suppletiva, giacché non esiste alcuna carenza contributiva a cui la regola dell'automaticità è chiamata a supplire.

Dopo questa fondamentale pronuncia del 1997, la Consulta ha ribadito la rilevanza costituzionale del principio di cui all'art. 2116 c.c. in maniera perfino più esplicita, con riguardo alla tutela infortunistica. Difatti Corte cost. 7 febbraio 2000 n. 36, RGL, 2000, I, 157, ha dichiarato l'inammissibilità di un quesito referendario abrogativo del monopolio assicurativo dell'Inail, mostrando una sensibilità sociale per certi versi analoga a quella fatta propria un paio d'anni dopo dalla Corte di giustizia dell'UE salvaguardando lo stesso regime dell'Inail rispetto al diritto della concorrenza (CGCE 22 gennaio 2002, C-218/2000, RIDL, 2002, II, 462; più in generale, su quella fase dell'evoluzione del diritto sociale euro-unitario si veda Del Punta, 2001). In tale pronuncia del 2000, la Consulta ha ritenuto che la «copertura generale ed indipendente dall'effettivo pagamento dei contributi» rileva ai fini dell'art. 38 Cost. e che questo «punto essenziale dell'attuale disciplina non è di per sé compatibile con un regime nel quale la copertura assicurativa venga affidata alla libera contrattazione fra singoli datori di lavoro e compagnie private operanti in regime di concorrenza, quanto meno senza l'introduzione di ulteriori meccanismi di garanzia» che solo un intervento legislativo potrebbe creare. Un cenno alla rilevanza del carattere automatico delle prestazioni infortunistiche pubbliche si rinviene anche in Corte cost. 21 novembre 1997 n. 350 (RGL, 1998, II, 147, punto 4).

Il Giudice delle leggi ha quindi espresso plurime indicazioni nel senso della costituzionalizzazione del principio in esame, in riferimento alle prestazioni d'i.v.s. e a quelle infortunistiche. Anzi, alla luce di quanto esposto sino ad ora, tali indicazioni paiono da intendersi come generali. Sul piano formale, ogni eventuale compressione normativa del primo comma dell'art. 2116 c.c. pare dover essere esplicita. Sul piano sostanziale, questa giurisprudenza costituzionale pare una conferma dell'incomprimibilità dell'automatico diritto anche delle altre prestazioni occupazionali offerte dal sistema di protezione sociale a coloro che hanno lavorato, nella misura in cui esse si ritengano d'irrinunciabile rilievo costituzionale.

3. L'ambito soggettivo dell'automaticità previdenziale: l'impostazione tradizionale

Tradizionalmente, la dottrina pressoché unanime era attestata nel ritenere che l'automaticità delle prestazioni d'invalidità, vecchiaia e superstiti, fosse va-

levole solo nell'ambito del lavoro subordinato (isolata era rimasta l'opposta opinione di Terzago, 1971, 55-57 e 74-86). Nello stesso senso restrittivo riferito ai soli lavoratori subordinati si è posta la giurisprudenza unanimemente sino a una quindicina d'anni fa (es. Cass. 27 luglio 1995 n. 8201, *FI Rep.*, 1995, *Previdenza sociale* [5150], n. 169; Cass. 16 novembre 1995 n. 11869, *IPrev.*, 1995, 1556).

Nei pronunciamenti di legittimità, l'esclusione delle forme di lavoro autonomo dal campo d'applicazione dell'art. 2116, c. 1, c.c. risulta confermata anche dopo la riferita Corte cost. 5 dicembre 1997 n. 374, che ha dichiarato la valenza generale di tale principio dell'ordinamento previdenziale (es. Cass. 12 luglio 2017 n. 17172; Cass. 27 aprile 2017 n. 10431, Cass. 3 ottobre 2008 n. 24582, Cass. 24 marzo 2005 n. 6340, Cass. 22 settembre 2004 n. 19017, Cass. 18 settembre 2004 n. 18830, Cass. 1° luglio 2002 n. 9525; Cass. 15 maggio 2003 n. 7602, *FI*, 2004, I, 198). In effetti la sentenza del 1997 della Consulta è riferita al lavoro subordinato. La giurisprudenza argomenta la differenza di tutela in proposito sottolineando la «diversità di situazione esistente tra lavoratore subordinato, al quale non possono essere, all'evidenza, imputate omissioni contributive del proprio datore, e lavoratore autonomo (o, segnatamente, il libero professionista, come nella specie), che in dipendenza, appunto, della inapplicabilità del principio dell'automatismo, subisce soltanto le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento di obbligazioni contributive a proprio carico»: Cass. 16 settembre 2004 n. 18720.

Una generalizzata estensione al lavoro autonomo della regola stabilita dal primo comma dell'art. 2116 c.c. pare preclusa da ragioni logiche ancor prima che giuridiche, intrinseche all'assetto normativo delle responsabilità nel versamento della contribuzione obbligatoria (es. Casale 2017, 247; Gambacciani 2020). Difatti, l'automaticità non pare nemmeno pensabile quando a beneficiarne sarebbe il medesimo soggetto che era responsabile del versamento della contribuzione indebitamente omessa.

4. Segue. L'interrogativo sui collaboratori iscritti alla Gestione separata

Ebbene, proprio per l'appena enunciata ragione inerente all'autoresponsabilità, negli ultimi due decenni si è dubitato della fondatezza del rilievo distintivo assegnato dalla giurisprudenza tradizionale all'assenza di subordinazione *ex art. 2094 c.c.*, allo scopo di includere nella tutela automatica anche i collaboratori iscritti alla gestione separata dell'Inps *ex art. 2, c. 26 sgg.*, l. n. 335/1995, per i quali i contributi sono pagati dal committente (ad aprire il dibattito è stato Canavesi 2008, 56 sgg.).

Su tale ragionamento si sono basate plurime sentenze di merito in favore della estensione dell'automaticità ai lavoratori parasubordinati iscritti presso l'Inps all'apposita gestione separata: Trib. Bergamo 23 dicembre 2013, *ADL*, 2014, 1114; App. Milano 31 gennaio 2017 n. 32, *www.wikilabour.it*, che, menzionando in senso adesivo App. Milano n. 653/2015, conferma Trib. Milano n. 1906/2014; si veda anche App. Torino 22 maggio 2014, (m) con nota di Bonanomi, *RGL*, 2014, II, 690; Trib. Latina, 22 settembre 2011; Trib. Rovereto, 20 settembre 2018; C. App. Trento, 25 luglio 2019 n. 79; C. App. Roma, 19 febbraio 2019. In senso contrario: Trib. Roma, 4 maggio 2017 n. 4120; C. App. Brescia, 29 maggio 2014. Tale

orientamento ha riscosso in dottrina un ampio consenso (Canavesi 2014, 439 sgg.; Cazzola 2014, il quale inoltre segnala una serie di passate iniziative parlamentari volte ad esplicitare l'applicazione dell'automaticità agli iscritti alla gestione separata non titolari di partita iva, le quali però non hanno avuto successo; Croce 2014; D'Onghia 2014, 1124; Nuzzo 2014, 75 sgg.; Olivelli 2014, 2803; Dal Maso, 15 sgg.; Mesiti 2017, 752; D'Avino 2018, 210; *contra* Cinelli 2014, 311-314; Fabbri-zio 2015, 835 sgg.; Ferraro F. 2019, Nicolini 2014, 289; Sgroi 2019, ritenendolo un problema reale che però non può essere risolto in via interpretativa).

L'argomento principale affermato in questa giurisprudenza di merito innovativa è che i collaboratori coordinati e continuativi sono incolpevoli delle omissioni contributive. Dell'intero versamento della contribuzione risulta responsabile non il collaboratore ma il committente, compresa la quota di un terzo che viene trattenuta dal committente medesimo: cfr. l'art. 1, c. 1, del d.m. 2 maggio 1996 n. 281, del Ministero del lavoro, Regolamento recante modalità e termini per il versamento del contributo previsto dall'art. 2, c. 30, della legge 8 agosto 1995 n. 335, in base a cui l'obbligo del versamento dei contributi è in capo al committente, che deve eseguire il pagamento entro il 16 del mese successivo a quello di effettiva corresponsione del compenso, tramite il modello «F24» telematico per i datori privati e il modello «F24 EP» per le p.a. Trattasi di meccanismo analogo a quello che, per l'intera contribuzione dei dipendenti, responsabilizza solo il loro datore, in base all'art. 2115 c. 2 c.c. che stabilisce che il datore «è responsabile del versamento del contributo, anche per la parte che è a carico del prestatore di lavoro, salvo il diritto di rivalsa secondo le leggi speciali».

Da ultimo, con riguardo all'indennità di discontinuità di cui al d.lgs. n. 175/2023, merita segnalare che il medesimo ente previdenziale (circ. Inps n. 2/2024) ammette che «in favore di tutti i lavoratori subordinati, parasubordinati e autonomi dello spettacolo iscritti al Fondo pensione lavoratori dello spettacolo, fatta eccezione per la categoria di «lavoratori autonomi esercenti attività musicali» (cod. categoria 500) introdotta dall'articolo 3, commi 98, 99 e 100, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (che adempiono direttamente gli obblighi informativi e contributivi), si applica il principio di automaticità delle prestazioni, disciplinato dall'articolo 2116 c.c.».

Il criterio distintivo della incolpevolezza delle omissioni è stato usato più volte dalla giurisprudenza per altre finalità in tema di contribuzione: si veda soprattutto Corte cost. 22 dicembre 1989 n. 568; Corte cost. 19 gennaio 1995 n. 18, con nota di Marinelli V.M., 1995, sulla estensione del riscatto dei contributi prescritti ai collaboratori dell'artigiano, pronuncia confermata da Corte cost. 23 gennaio 2001 n. 21; Cass. 3 novembre 2000 n. 14393, con nota di Fontana, 2001, sui familiari del coltivatore diretto; Cass. 27 giugno 2002 n. 9408.

5. Argomenti dalla disciplina delle prestazioni dell'Inail

Merita ricordare il peculiare regime soggettivo della tutela automatica in ambito Inail, perché è un ulteriore argomento utilizzato nel dibattito relativo alle prestazioni d'i.v.s. dei co.co.co di cui si è appena riferito. Difatti l'Inail as-

sume come discrimine d'applicazione dell'automaticità previdenziale non la natura subordinata delle prestazioni lavorative, bensì la configurazione giuridica del meccanismo di versamento della contribuzione obbligatoria: prestazioni economiche automatiche dall'Inail sono riconosciute non solo ai subordinati, ma anche a tutti coloro che, lavoratori nel senso più lato, subirebbero altrimenti conseguenze previdenziali negative a causa di omissioni contributive altrui.

Tranne nel particolare ambito del lavoro casalingo (art. 9, c. 3, l. n. 493/1999), l'automaticità è incondizionata per le prestazioni di infortunio e malattia professionale spettanti ai lavoratori subordinati: l'art. 67, d.p.r. n. 1124/1965 stabilisce che gli «assicurati hanno diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto assicuratore anche nel caso in cui il datore di lavoro non abbia adempiuto agli obblighi stabiliti» dal t.u. medesimo (per il settore agricolo, si veda il generale rinvio contenuto nell'art. 212 del medesimo t.u. Inail n. 1124/1965; per il regime dell'Enpaia, si veda l'art. 7 della l. n. 1655/1962, al cui proposito la piena automaticità è confermata da Cass. 4 dicembre 2003 n. 18571, e Cass. 16 giugno 1987 n. 5307, *DL* 1988, II, 160; si veda però Cass. 12 aprile 2019, n. 10335).

Secondo l'art. 59, c. 19, della l. n. 449/1997, detto art. 67 «non trova applicazione nei confronti dei lavoratori autonomi»: per questi ultimi, i quali hanno la duplice veste di «assicuranti» e di «assicurati», è quindi esclusa l'automaticità delle prestazioni economiche (circolari Inail 7 maggio 1998 n. 30 e 20 novembre 2006 n. 48; il lavoratore autonomo può invece accedere alle prestazioni sanitarie e riabilitative anche se non ha provveduto al versamento del premio). Tuttavia, detta norma d'esclusione del 1997 è irrilevante per tutti gli assicurati che non sono responsabili del pagamento dei loro contributi previdenziali: cfr. anche l'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 38/2000, secondo cui «ai fini dell'assicurazione Inail il committente è tenuto a tutti gli adempimenti del datore di lavoro previsti dal testo unico», mentre appare qui irrilevante la ripartizione dell'onere nei rapporti interni stabilita dal successivo c. 3, secondo cui il «premio assicurativo è ripartito nella misura di un terzo a carico del lavoratore e di due terzi a carico» del committente. Secondo dottrina (Pessi R., 1999, 978; Pontradolfi, 2001, 520) e prassi dell'Inail (Circolari Inail 7 maggio 1998 n. 30, e 11 aprile 2000 n. 32), questa norma del 1997 non riguarda i parasubordinati, per i quali quindi l'automaticità risulta pienamente applicabile.

L'automaticità delle prestazioni Inail inoltre è piena anche per i lavoratori associati in cooperative, dato che tali società hanno la veste di assicuranti; nonché per i familiari collaboratori non meramente accidentali, degli iscritti alle gestioni degli artigiani, commercianti e coltivatori diretti: si veda l'orientamento espresso d'intesa con l'Inail dal Ministero del lavoro con lettera circolare 5 agosto 2013 n. 14184, che fa séguito alla lettera circolare 10 giugno 2013 n. 10478, riferita all'iscrizione all'Inps.

6. La recente evoluzione relativa alle prestazioni previdenziali per i genitori

Deve inoltre essere ricordata l'evoluzione recente in senso estensivo del campo d'applicazione soggettivo dell'automaticità previdenziale, riguardo le inden-

nità a supporto della genitorialità. Difatti, a proposito di prestazioni di maternità (congedo di maternità o paternità per parto, adozione o affidamento), l'art. 13 del d.lgs. n. 80/2015 ha inserito l'art. 64 *ter*, t.u. d.lgs. n. 151/2001, rubricato «Automaticità delle prestazioni», in base al quale le lavoratrici e i lavoratori di quella gestione previdenziale, se non iscritti ad altre forme obbligatorie, «hanno diritto all'indennità di maternità anche in caso di mancato versamento alla gestione dei relativi contributi previdenziali da parte del committente».

Peraltro, un pronunciamento di legittimità è giunto a conclusioni estensive per i periodi antecedenti alla novella: Cass. 20 marzo 2017 n. 7120. In base all'art. 8, commi 6, della l. n. 81/2017 sul lavoro autonomo non imprenditoriale, si è poi stabilito che il trattamento economico per i periodi di congedo parentale, anche per adozione o affidamento, fruito entro il primo anno di vita del bambino «è corrisposto, a prescindere dal requisito contributivo» alle lavoratrici e ai lavoratori «che abbiano titolo all'indennità di maternità o paternità».

7. L'esclusione dei collaboratori dalla tutela automatica da parte della Cassazione

Trascurando il menzionato precedente estensivo riguardante le prestazioni di maternità (Cass. 20 marzo 2017 n. 7120), la Cassazione ha recentemente respinto detta impostazione che estende l'automaticità *ex art.* 2116, c. 1, c.c. ai collaboratori iscritti alla quarta gestione separata dell'Inps, a partire dalla pronuncia di Cass. 30 aprile 2021 n. 11430 e Cass. 30 aprile 2021 n. 11431, cui sono seguite altre es. Cass. 12 agosto 2022 n. 24753, *IPrev.*, 2022, 1-2, 91; Cass. 17 marzo 2022 n. 8789, *GL*, 2022, fasc. 15, 51 (m), n. Imbriaci; Cass. 15 dicembre 2023, n. 35162.

Secondo questa linea giurisprudenziale della S.C., la disciplina dettata dalla l. n. 335/1995, art. 2, c. 26 *sgg.*, per i lavoratori autonomi titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa è del tutto diversa da quella del lavoro subordinato: per i *co.co.co.*, la l. n. 335 del 1995, art. 2, oltre a prevedere l'obbligo personale di iscrizione alla Gestione separata (c. 26) e a stabilire che «hanno diritto all'accREDITAMENTO di tutti i contributi mensili relativi a ciascun anno solare cui si riferisce il versamento i soggetti che abbiano corrisposto un contributo di importo non inferiore a quello calcolato sul minimale di reddito stabilito dalla l. 2 agosto 1990 n. 233, art. 1, c. 3 e successive modificazioni ed integrazioni» (c. 29), demanda ad un decreto ministeriale di definire «le modalità ed i termini per il versamento del contributo» e di prevedere, «ove coerente con la natura dell'attività soggetta al contributo, il riparto del medesimo nella misura di un terzo a carico dell'iscritto e di due terzi a carico del committente dell'attività espletata ai sensi del c. 26» (c. 30). Secondo Cass. 30 aprile 2021 n. 11430, ciò equivale a dire che gli iscritti alla Gestione separata restano personalmente obbligati al pagamento del contributo, quanto meno nella misura di un terzo della sua misura complessiva, e che la previsione legale configura piuttosto un accollo privativo *ex lege* limitatamente a quella parte di contributo posta a carico del committente, rispetto alla quale non è dato all'ente previdenziale di agire se non nei confronti di quest'ultimo.

In base a Cass. 30 aprile 2021 n. 11430, non rileva il fatto che il d.m. n. 281 del 1996, art. 1, abbia previsto che il versamento alla Gestione separata del contributo dovuto sulle collaborazioni coordinate e continuative sia effettuato dai committenti (c. 1), ribadendo al contempo che esso è posto per un terzo a carico dell'iscritto alla gestione previdenziale e per due terzi a carico del soggetto che eroga il compenso (c. 2). La disciplina regolamentare non può derogare alla previsione di legge che, come sottolinea la S.C., abilita il regolamento a individuare solo «le modalità ed i termini per il versamento del contributo stesso, prevedendo, ove coerente con la natura dell'attività soggetta al contributo, il riparto del medesimo nella misura di un terzo a carico dell'iscritto e di due terzi a carico del committente». Quindi, la disposizione regolamentare va interpretata secondo la S.C. come recante una mera delegazione legale di pagamento con effetto liberatorio per il collaboratore per la quota di contributo rimasta a suo carico, che non può comportare, rispetto al rapporto contributivo, alcuna equiparazione della sua situazione a quella del lavoratore subordinato. Trattasi difatti di una semplificazione delle modalità di riscossione del contributo che nulla immuta, secondo Cassazione, rispetto ai soggetti che debbono ritenersi titolari del lato passivo dell'obbligazione contributiva.

Secondo questo orientamento inaugurato da Cass. 30 aprile 2021 n. 11430, il quadro normativo si completa riconoscendo al collaboratore la facoltà di rinunciare all'effetto liberatorio dell'accollo *ex lege* di quella parte del contributo in capo al committente che sia rimasto inadempiente, mediante l'art. 1236 c.c., precisamente nella parte in cui attribuisce alla dichiarazione del debitore di non voler profittare della remissione del debito l'effetto di impedire l'estinzione dell'obbligazione, ove sia comunicata al creditore in un «congruo termine». Tale possibilità è concepita dalla Cassazione come alternativa al risarcimento dei danni *ex art.* 2116 c.c., c. 2, che pure deve riconoscersi al collaboratore qualora il committente abbia omesso il pagamento dei contributi dovuti; ed eventualmente tramite l'azione di cui all'art. 13, l. n. 1338/1962.

Nelle regole legali della gestione previdenziale separata di cui all'art. 2, c. 26 sgg., l. n. 335/1995, in effetti è rinvenibile qualche argomento testuale a favore di una siffatta lettura favorevole all'Inps e sfavorevole ai collaboratori i cui committenti non abbiano versato i contributi dovuti. In detti commi vi sono espressioni in base alle quali per il diritto all'«accreditamento» dei contributi pare rilevante l'aver «corrisposto» tali somme (c. 29). Detti commi nemmeno contengono un generale rinvio alla disciplina previdenziale del lavoro subordinato; al contrario, richiamano alcune regole previdenziali proprie delle gestioni previdenziali degli autonomi, ossia il minimale di reddito stabilito dall'art. 1, c. 3, della l. n. 233/1990, e sg.m.i., proprio degli artigiani e degli esercenti attività commerciali.

8. Segue. Criticabilità dell'orientamento di Cassazione

Le motivazioni della descritta Cass. 30 aprile 2021 n. 11430 sono state criticate in dottrina (Canavesi 2021, Mesiti 2021, Rivero 2021, Andreoni 2022, Dal Maso 2022), ritenendole formalistiche, facenti leva solo sul dato testuale

della legge, il quale non è univoco, e carenti della valutazione sostanziale (art. 3, c. 2, Cost.) dell'analogia di posizione socio-economica dei co.co.co. rispetto ai dipendenti, oltreché controvertibili nella sottovalutazione degli elementi di formale assimilabilità dei co.co.co. ai dipendenti, ad esempio sul piano del diritto tributario nonché dell'apparato di riscossione e sanzionatorio delle omissioni contributive.

Quest'ultimo punto è stato sottolineato da molti, anche perché l'intero meccanismo giuridico di versamento della contribuzione dei co.co.co. non risponde a quanto argomentato da queste pronunce della S.C., giacché l'Inps richiede i versamenti al committente e non al collaboratore, per il quale pare impraticabile quindi sostituirsi al committente nei versamenti all'ente. Anche di recente, Inps ribadisce che «la ripartizione dell'onere contributivo tra collaboratore e committente è stabilita nella misura rispettivamente di un terzo (1/3) e due terzi (2/3). Si ricorda che l'obbligo del versamento dei contributi è in capo all'azienda committente, che deve eseguire il pagamento entro il giorno 16 del mese successivo a quello di effettiva corresponsione del compenso, tramite il modello «F24» telematico per i datori privati e il modello «F24 EP» per le Amministrazioni pubbliche. Per le Amministrazioni pubbliche – quali, ad esempio, le Amministrazioni centrali dello Stato che continuano a versare tramite mandato di tesoreria – si rinvia a quanto illustrato nella circolare n. 23 dell'8 febbraio 2013 e nel messaggio n. 8460 del 23 maggio 2013»: circ. Inps n. 24/2024. Analogamente la circ. Inps n. 92/2023, punto 4.5, conferma essere «a carico della pubblica Amministrazione l'adempimento del pagamento del contributo dovuto alla Gestione separata (anche se ripartito tra il committente per la quota parte di 2/3 e il prestatore per la parte di 1/3)». Analogamente, l'Inps (circ. n. 108/2013) ha accomunato questi committenti ai datori anche ai fini della rateazione dei debiti contributivi.

Le argomentazioni di Cass. 30 aprile 2021 n. 11430 peraltro paiono rendere inspiegabile la sanzione penale, identica a quella prevista per il lavoro dipendente, prevista dall'art. 39, l. n. 183/2010, che ha stabilito che l'omesso versamento nelle forme e nei termini di legge delle ritenute previdenziali «operate dal committente sui compensi dei lavoratori a progetto e dei titolari di collaborazioni coordinate e continuative iscritti alla gestione separata» di cui all'articolo 2, c. 26, della riforma Dini, «configura le ipotesi di cui ai c. 1 bis, 1 ter e 1 quater dell'articolo 2» del d.l. n. 463/1983: ossia configura, a carico del committente, il medesimo illecito di mancato versamento delle ritenute previdenziali dei lavoratori dipendenti da parte del datore. Secondo l'Inps (circ. n. 71/2011) «la responsabilità per il reato in esame deve essere sempre ricondotta al soggetto che ha la responsabilità legale dell'adempimento alla data di scadenza del termine previsto per il versamento contributivo». L'Inps ritiene che l'art. 39 preveda, nei confronti dei «committenti tenuti al versamento alla Gestione di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, che abbiano omesso il versamento delle ritenute previdenziali», l'attivazione di un procedimento che comporta la contestazione o notifica dell'avvenuto accertamento della violazione contenente «l'intimazione ad adempiere al pagamento entro il termine di tre mesi».

La spettanza in capo al committente dei versamenti risulta in sentenze successive della stessa Cassazione: vedasi soprattutto Cass. 9 luglio 2021 n. 19586, LPA, 2022, 586, relativa ad alcune collaborazioni di addetti a servizi comunali, che ha confermato la decisione d'appello che aveva ritenuto sussistente l'obbligo di versamento dei contributi a carico del Comune, in quanto riqualificate da puramente autonome a coordinate e continuative, stante l'apprezzabile durata del rapporto, l'assenza di organizzazione autonoma in capo al collaboratore, l'uso di materiali del committente e la percezione, a cadenza periodica, di un compenso in misura predeterminata. Vistosa pare l'incoerenza tra questa pronuncia e l'orientamento inaugurato da Cass. 30 aprile 2021 n. 11430.

9. Casistica speciale

Dalla problematica qui in esame restano esclusi i rapporti di collaborazione autonoma con le p.a., da intendersi in senso lato ossia anche i rapporti giuridici non configurabili come «di lavoro», come servizio civile, dottorato, borse di studio, amministratore di enti locali, oltreché con riferimento alla partecipazione remunerata a collegi e commissioni. Quando il committente è un ente pubblico, è meno frequente che si riscontrino omissioni contributive. Nondimeno per questa casistica il legislatore ha preferito evitare l'instaurarsi di contenzioso, che consisterebbe soltanto in una partita di giro nella quale il committente pubblico dovrebbe pagar danni pensionistici al collaboratore, comunque con denaro pubblico.

Sicché per quanto riguarda i contributi arretrati relativi a rapporti di collaborazione con amministrazioni pubbliche, è stata introdotta e recentemente rinnovata la proroga prevista dal c. 10 *ter* dell'art. 3 della l. n. 335/1995: comma inserito dall'art. 9, c. 3, lett. *b*, d.l. n. 228/2021, modificato da ultimo con l'art. 1 c. 16 d.l. 30 dicembre 2023 n. 215, convertito con l. 23 febbraio 2024 n. 18. In base a tale c. 10 *ter*, le amministrazioni pubbliche «di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, in deroga ai c. 9 e 10, sono tenute a dichiarare e ad adempiere, fino al 31 dicembre 2024, agli obblighi relativi alla contribuzione di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria dovuta alla Gestione separata di cui all'articolo 2, c. 26 e seguenti, della legge 8 agosto 1995 n. 335, in relazione ai compensi erogati per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e figure assimilate. Sono fatti salvi gli effetti di provvedimenti giurisdizionali passati in giudicato». Vedasi il messaggio Inps n. 292/2024 e la circolare Inps n. 92/2023, che precisa che per la quantificazione dei contributi arretrati valgono le tabelle per la rendita vitalizia. L'Inps ritiene applicabile in proposito l'art. 13, c. 4, l. n. 1338/1962 ossia pretende documenti di data certa, dai quali s'evincono l'effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro.

Resta inteso che tutto il riferito dibattito giurisprudenziale e dottrinale relativo all'estensione, esclusa dalla S.C., dell'automaticità delle prestazioni d'i.v.s. ai lavoratori autonomi iscritti alla quarta gestione separata dell'Inps non riguarda le collaborazioni etero-organizzate regolate dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 (per un quadro si veda Del Punta, 2019). Per queste ultime, infatti, la legge prevede l'applicazione dell'intera disciplina del lavoro subordinato, compresa quindi an-

che la normativa previdenziale. Sicché pare indubitabile che per le collaborazioni etero-organizzate debba valere anche il primo comma dell'art. 2116 c.c. Sorge qualche interrogativo con riguardo alla facoltà, concessa dall'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 81/2015 alla contrattazione collettiva, di escludere talune tipologie di collaborazioni parasubordinate dalla disciplina della subordinazione (Sgroi, 2016, 105-106; Sandulli, 2015); difatti il divieto *ex art.* 2115 c.c. di patti tra privati in materia di obblighi previdenziali può indurre a ritenere che detta facoltà non possa incidere sui profili previdenziali delle collaborazioni. Va comunque tenuto presente che trattasi di una norma legale che non liberalizza patti volti a eludere la previdenza pubblica, bensì che permette, in termini di flessibilizzazione contrattata collettivamente, un diverso inquadramento anche lavoristico di tali collaborazioni.

Per quanto invece riguarda le collaborazioni parasubordinate con committenti privati le quali non hanno i requisiti stabiliti dall'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, la questione comunque continua a porsi, nel senso che la Cassazione ha espresso un diniego netto all'estensione dell'automaticità delle prestazioni d'i.v.s. ai collaboratori, mediante però una motivazione che ha sollevato i cennati dubbi tecnici e sistematici. Nella giurisprudenza di merito, tale orientamento di legittimità sta svolgendo la sua funzione nomofilattica: nelle prime pronunce di cui si ha notizia (Corte app. Bologna 9 febbraio 2022 n. 74 e Corte app. 16 febbraio 2022 n. 21) il dettato della S.C. è stato attuato pedissequamente, senza argomentazioni ulteriori, in quando anzi le pronunce si limitano a un lunghissimo virgolettato copia-incolla della motivazione di Cass. 30 aprile 2021 n. 11430. Ciò può indurre a domandarsi se si tratti di un'adesione totale dei giudicanti di merito, oppure di una velata presa di distanze: chi scrive preferirebbe la seconda ipotesi, come si comprende da quanto finora qui esposto. Ma l'unico strumento effettivo per porre l'illustrata questione pare un'eventuale rimessione alla Consulta, per un vaglio di ragionevolezza della differenza di trattamento tra dipendenti e collaboratori, altrettanto incolpevoli delle omissioni contributive che li riguardano.

Riferimenti bibliografici

- Aimo, G. 2010. "Garanzie dei crediti e insolvenza del datore di lavoro." In *Diritto del lavoro dell'Ue*, vol. IX, a cura di F. Carinci, A. Pizzoferrato, del Commentario diretto da F. Carinci, 745 sgg. Torino: Giappichelli.
- Andreoni, A. 2022. "Collaboratori coordinati e continuativi e (negata) automaticità delle prestazioni previdenziali." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 171.
- Balandi, G. 1987. "Assicurazione sociale." *Digesto delle discipline privatistiche I*: 379.
- Balletti, A. 2021. "La tutela dall'insolvenza del datore di lavoro e le garanzie dei crediti dei lavoratori." *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, a cura di F. Carinci, A. Pizzoferrato, 396 sgg. Torino: Giappichelli.
- Boer, P. 1998. "Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale." *Rivista Giuridica del Lavoro II*: 398 sgg.
- Boer, P. 2003. "La conciliazione giudiziale della controversia di lavoro non preclude all'ente previdenziale l'azione contributiva." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 374 sgg.

- Canavesi, G. 1992. "Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria." *Rivista Giuridica del Lavoro* I: 465 sgg.
- Canavesi, G. 2008. "Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni." *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 55 sgg.
- Canavesi, G. 2014. "L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante, ma insufficiente." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* II: 439 sgg.
- Canavesi, G. 2015. "L'efficacia estintiva della prescrizione dei crediti contributivi è un principio generale?" *Giurisprudenza Italiana*, 1452 sgg.
- Canavesi, G. 2021. "Manca il presupposto? Co.co.co., art. 2116 c.c. e formalismo della Corte di cassazione." *Giurisprudenza Italiana*, 2421 sgg.
- Capurso, A. 2012. "Diritto all'integrità contributiva e litisconsorzio necessario." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 571 sgg.
- Capurso, A. 2017. "Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali. Una passeggiata nel bosco dell'art. 2116 c.c." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 499 sgg.
- Capurso, A. 2020. "La condanna alla regolarizzazione contributiva o delle imprevedibili virtù del litisconsorzio necessario." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 858 sgg.
- Casale, G. 2017. *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*. Bologna: Buponline.com.
- Casale, G. 2019. "Archivi contributivi telematici, diritti individuali e responsabilità dell'amministrazione previdenziale per erronee informazioni." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 639 sgg.
- Casale, G. 2019. "La diversità di ratio della prescrizione dei contributi nel privato e nel pubblico, confermata dal D.L. n. 4/2019." *Lavoro nella Giurisprudenza*, 545 sgg.
- Casale, G. 2019. "La sollecitudine del lavoratore rispetto all'integrità della sua posizione contributiva: un delicato equilibrio normativo tra tutele e autoresponsabilità." *Rivista Critica del Diritto del Lavoro* 1448 sgg.
- Cazzola, M. 2014. "C'è un giudice anche a Bergamo." *Bollettino ADAPT*, www.bollettinoadapt.it/ce-un-giudice-anche-a-bergamo.
- Centofanti, C. 2021. "Domanda di accertamento di omissione contributiva e insussistenza di litisconsorzio necessario con gli enti previdenziali." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 555 sgg.
- Cinelli, M. 2005. "Solidarietà senza limiti? Ovvero: pagare i contributi di malattia (con aggiunta), senza usufruire delle relative prestazioni." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 79 sgg.
- Cinelli, M. 2012. "Sul regime intertemporale della disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali in caso di denuncia del lavoratore." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 205 sgg.
- Cinelli, M. 2014. "Positività e incongruenze della «quarta gestione» Inps." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 311 sgg.
- Colosimo, L. 2023. "Rapporto contributivo e rapporto erariale: una relazione complessa." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 191 sgg.
- Cosattini, F. 2023. "Somme erogate a titolo transattivo: profili fiscali e contributivi." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* III: 27.
- Croce, A. 2014. "L'applicazione del principio di automaticità delle prestazioni ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e a progetto." *Giustizia Civile*, Accessibile a: <http://giustiziacivile.com>.

- D'Avino, G. 2018. *Emersione e tutele del lavoro irregolare: una prospettiva comparata di sicurezza sociale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- D'Onghia, M. 2014. "Automaticità delle prestazioni e lavoro parasubordinato: un eloquente riconoscimento giurisprudenziale." *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1124 sgg.
- D'Oriano, L. 2023. "Il litisconsorzio necessario dell'ente previdenziale nelle azioni a tutela della regolarità contributiva." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 75 sgg.
- Dal Maso, P. 2016. "Il principio di automaticità delle prestazioni: un quadro in piena evoluzione." *Lavoro e Previdenza Oggi*, 15 sgg.
- Dal Maso, P. 2022. "Inapplicabilità del principio di automaticità delle prestazioni agli iscritti alla gestione separata dell'Inps." *Lavoro e Previdenza Oggi* 773.
- Del Punta, R. 2001. "I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza." *Diritto delle Relazioni Industriali* 335. (Anche in G. Vettori, a cura di, *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 169).
- Del Punta, R. 2019. "Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* II: 358.
- Fabbrizio, F. 2015. "Ancora sull'estensione del principio di automaticità delle prestazioni ai lavoratori parasubordinati." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale* 835.
- Ferrante, V. 2022. "Litisconsorzio necessario, danno ed imposizione contributiva: suggerimenti per intendere correttamente una recente sentenza di legittimità." *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. IT 450.
- Ferraro, F. 2019. "Le prospettive di estensione del principio ai lavoratori autonomi." In Bresciani, Carchio, De Meo, Ferraro, Verzaro, *Il principio di automaticità delle prestazioni*, in *La vecchiaia della pensione. Atti dei Seminari previdenziali maceratesi 2017*, Torino: Giappichelli, 64.
- Fontana, M. 2001. "Dopo i familiari dell'artigiano, quelli del coltivatore diretto: la giurisprudenza continua ad ampliare la sfera di applicazione dell'art. 131. 12 agosto 1962 n. 1338." *Diritto e Giustizia* 384.
- Gambacciani, F. 2020. "Il principio di automaticità delle prestazioni nella previdenza dei liberi professionisti." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 571 sgg.
- Gambacciani, F. 2021. "L'indisponibilità dell'obbligazione contributiva tra regola generale e deroghe (sempre più frequenti)." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 631 sgg.
- Garofalo, D. 2015. "Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori." In *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, a cura di M. Marazza, D. Garofalo, 124 sgg. Torino: Giappichelli.
- Ludovico, A. 2019. "Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I: 481.
- Marazza, A. 2017. "Il debito contributivo dell'impresa insolvente." *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 580 sgg.
- Marinelli, V.M. 2008. "Automaticità delle prestazioni nel diritto della sicurezza sociale." *Digesto delle discipline privatistiche* Agg. IV: 18.
- Mesiti, C. 2008. "Omissione contributiva e tutela del lavoratore dipendente." *Lavoro nella Giurisprudenza*, 1091 sgg.
- Mesiti, C. 2017. "I limiti soggettivi di applicazione del principio di automatismo." *Lavoro nella Giurisprudenza*, 752 sgg.
- Mesiti, C. 2021. "Sospensione della prescrizione dei contributi per occultamento doloso da mancata indicazione nel «quadro RR» della dichiarazione dei redditi con rischio di fatto di stimolare l'evasione fiscale." *Lavoro nella Giurisprudenza*, 713 sgg.

- Mesiti, C. 2021. "Sull'ambito soggettivo del principio di automatismo delle prestazioni." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 647 sgg.
- Mesiti, C. 2022. "Il diritto alla giusta posizione contributiva." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 561 sgg.
- Messineo, F., Grasso, M. 2010. "La tutela del lavoratore nella conciliazione monocratica." *Lavoro enella Giurisprudenza*, 433 sgg.
- Ministro Guardasigilli. 1943. *Relazione alla Maestà del Re presentata dal Guardasigilli Grandi all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del Codice Civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Libro V, Roma.
- Miscione, M. 1987. "L'automaticità delle prestazioni." *Lavoro e Diritto*, 357 sgg.
- Miscione, M. 2002. "Art. 2116." In *Commentario al Codice civile*, vol III, diretto da P. Cendon, 399 sgg. Torino: Giappichelli.
- Nicolini, C. 1996. "Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro I*: 295.
- Nicolini, C. 2008. *I problemi della contribuzione previdenziale*. Macerata: EUM.
- Nicolini, C. 2014. "Ma davvero i collaboratori continuativi e coordinati possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?" *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 295 sgg.
- Nicolini, C. 2019. "L'imputazione degli obblighi contributivi tra fenomeni interpositori e frammentazione delle attività produttive." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 102 sgg.
- Nicolini, C. 2021. "A proposito di interesse ad agire e litisconsorzio, quando il lavoratore chiede la condanna del datore di lavoro al pagamento di contributi...e non solo." *Argomenti di Diritto del Lavoro II*: 156.
- Nuzzo, G. 2014. "Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali e il lavoro a progetto: considerazioni sull'estensione delle tutele della subordinazione al lavoro coordinato e continuativo." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 75 sgg.
- Occhio, G. 2004. *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*. Torino: Giappichelli.
- Olivelli, R. 2014. "Sull'applicabilità del principio di automaticità delle prestazioni anche ai collaboratori a progetto." *Giurisprudenza Italiana*, 2803 sgg.
- Pallini, S. 2003. "La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva n. 2002/74/CE." *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 695 sgg.
- Persiani, M. 2010. *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, ristampa anastatica nel cinquantennale con saggio introduttivo. Padova: Cedam.
- Pessi, R. 1999. "Prime considerazioni sull'estensione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali ai lavoratori parasubordinati ad opera del decreto legislativo 23 febbraio 2000 n. 38." *Rivista Italiana di Medicina del Lavoro e Ergonomia I*: 978.
- Pontradolfi, F. 2001. "Automaticità delle prestazioni ed esonero datoriale da responsabilità civile nell'ipotesi di lavoro parasubordinato." *Rivista Italiana di Medicina del Lavoro e Ergonomia I*: 520.
- Proia, G. 1989. "La recente evoluzione legislativa del sistema della previdenza sociale: bisogno effettivo, solidarietà e residui di corresponsività." In *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, a cura di R. Pessi, 4 sgg. Napoli: Jovene.
- Razzolini, O. 2007. "Il Fondo di garanzia per crediti di lavoro diversi dal T.F.R." In *Garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, in *Il rapporto di lavoro subordinato*, diretto da F. Carinci, Vol. III, 761 sgg. Torino: Giappichelli.

- Riverso, F. 2021. “Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali negato ai collaboratori coordinati e continuativi.” *Rivista Giuridica del Lavoro*, 534 sgg.
- Riverso, F. 2022. “La tutela del lavoratore e la prescrizione dei contributi previdenziali, tra norme espresse ed esigenze di sistema.” *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-del-lavoratore.
- Riverso, F. 2022. “Sulle recenti «svolte» della Cassazione in tema di tutele del lavoratore nelle omissioni contributive.” *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 1 sgg.
- Riverso, F. 2023. “L’azzeramento della tutela della posizione contributiva del lavoratore nella recente giurisprudenza di legittimità.” *Lavoro nella Giurisprudenza*, 113 sgg.
- Sandulli, P. 2015. “Risposte ai quesiti.” In *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, a cura di A. Vallebona, Inserto n. 1 di *Guida al lavoro*, 3 dicembre 2015. Colloqui giuridici sul Lavoro.
- Sgroi, F. 2016. “La tutela previdenziale delle collaborazioni organizzate dal committente.” *Rivista Giuridica del Lavoro* I: 104.
- Sgroi, F. 2019. “Il principio di automatismo: applicazioni e letture della giurisprudenza di merito.” *Labor*, 638 sgg.
- Simi, F. 1986. *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Tedesco, S. 2023. “L’Inps come litisconsorte necessario nelle azioni di condanna alla retribuzione ed alla regolarizzazione dei contributi previdenziali: i dubbi che residuano in dottrina ed i risvolti applicativi.” *Lavoro nella Pubblica Amministrazione*, 795 sgg.
- Terzago, G. 1971. *Rapporto giuridico previdenziale ed automaticità delle prestazioni*. Milano: Giuffrè.
- Zilio Grandi, G., Sferrazza, M. 2013. “La tutela del lavoratore nei confronti dell’insolvenza del datore di lavoro.” *Diritto delle Relazioni Industriali*, 685 sgg.
- Zilio Grandi, G., Sferrazza, M. 2014. “La tutela del lavoratore nei confronti dell’insolvenza del datore di lavoro.” *Diritto delle Relazioni Industriali*, 142 sgg.

Ancora due interventi della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo¹

Carlo Cester

1. In questo primo scorcio del 2024 per due volte la Corte costituzionale si è pronunciata sulla disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo, andando ad incrementare il numero degli ormai numerosi interventi ai quali è stata chiamata da una giurisprudenza – di merito ma anche di legittimità – particolarmente critica rispetto alle scelte di politica legislativa adottate nel triennio 2012-2015 con la riscrittura dell'art. 18 St. lav. e con il cosiddetto *Jobs Act* del governo Renzi. Non è questa la sede per un bilancio complessivo di quegli interventi, da alcuni dipinti come una vera e propria controriforma², da altri assecondati senza riserve in nome dei principi costituzionali e in particolare del cosiddetto «principio lavoristico»³. Le ultime due sentenze⁴ – entrambe aventi ad oggetto il d.lgs. n. 23/2015 – pur trattando anche altre questioni di largo

¹ Lo scritto è stato pubblicato sul fascicolo n. 5 del 2024 della Giurisprudenza italiana.

² Cfr. Pisani 2023, 255 ss.; Zoli 2022, 1141 ss. Si veda altresì Ghera 2022, 3 ss.

³ Cfr., in particolare, Speciale 2019, 3 ss.; Perulli 2021, n. 3; Giubboni 2021, n. 2.

⁴ Che peraltro, già nell'immediato non saranno le ultime, essendo previste per il prossimo mese di maggio 2024 altre due pronunzie: una sull'ammissibilità della sanzione reintegratoria anche per l'illegittimità del licenziamento per ragioni oggettive (ordinanza di rimessione di Trib. Ravenna, 27 settembre 2023, n. 140), e l'altra (ordinanza di rimessione di Trib. Catania, 20 novembre 2023, n. 163) sul delicato rapporto, sempre ai fini di quella sanzione, con le tipizzazioni collettive statuenti, per i fatti disciplinari considerati, conseguenze meramente conservative e non espulsive.

Carlo Cester, University of Padua, Italy, carlo.cester@unipd.it, 0000-0002-8687-4061

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Carlo Cester, *Ancora due interventi della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.16, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 263-278, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

respiro, sono accomunate dall'aver riguardo, prima di tutto, ad una questione più specifica: quella del rapporto fra legge di delega e decreto delegato, rapporto misurato in relazione all'art. 76 Cost. Tale questione resta sostanzialmente «interna» al *Jobs Act*, finalizzata com'è ad una verifica di coerenza fra linee direttive e norme di attuazione. Tanto che la dichiarazione di incostituzionalità della seconda sentenza, come si vedrà più avanti, è tutt'altro che dirompente, posto che, sia pure con il soccorso di principi generali, il risultato è stato non quello di «controriformare», ma di confermare la riforma nella sua prima (e prevalente) espressione: quella della legge di delega, ovviamente «testata» quanto alla sua correttezza sul piano costituzionale. In questa prospettiva, le due sentenze in commento – l'una di rigetto e l'altra di accoglimento – obbediscono (ovviamente) alla medesima logica.

2. Cominciando dalla sentenza n. 7/2024⁵, la prima questione di costituzionalità sottoposta al giudice delle leggi riguarda dunque il rapporto fra la normativa delegata (cioè l'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 sui licenziamenti collettivi) e la legge di delega n. 183 del 2014: in particolare, di quest'ultima, l'art. 1, comma 7, lettera c), che aveva disposto l'eliminazione della tutela reintegratoria, sostituita *in toto* da quella indennitaria, per i licenziamenti qualificati come «economici». Il giudice remittente, leggendo tale espressione linguistica come riferita esclusivamente ai licenziamenti individuali (per giustificato motivo oggettivo), aveva ritenuto che l'applicazione della stessa disciplina ai licenziamenti collettivi per riduzione di personale fosse in contrasto con la legge di delega. Per questi ultimi, infatti, il d.lgs. n. 23 del 2015 tiene ferma la tutela reale reintegratoria solo nell'improbabile ipotesi di assenza di forma scritta, cioè di un vizio (formale) di carattere, come dire, trasversale, che prescinde dalle ragioni del licenziamento. In tutti gli altri casi la tutela è indennitaria, anche ove siano stati violati i criteri di scelta, cioè gli unici limiti legali di carattere sostanziale, tutto il resto essendo demandato al confronto sindacale, e dunque a regole di carattere procedurale. Il che, sia detto per inciso, pone comunque problemi di impatto sull'assetto precedente. Ed infatti, quella sorta di compensazione che la giurisprudenza aveva escogitato – con l'irrigidimento delle regole procedurali, allora ben presidiate dall'art. 18 St. lav., a fronte di una totale svalutazione dei presupposti sostanziali del licenziamento collettivo (lasciati appunto alla dialettica sindacale) – si trova ora sbilanciata dal significativo ridimensionamento del vizio procedurale che connota il d.lgs. n. 23/2015 (e già il novellato art. 18 St. lav.).

Ma torniamo alla perimetrazione del sintagma (come in modo raffinato lo chiama la Corte) del «licenziamento economico», se comprensivo o no del licenziamento collettivo. Una domanda, questa, alla quale la Corte medesima sembrerebbe propensa, dal punto di vista generale ed astratto, a dare risposta negativa, sulla base della tradizionale, «ontologica differenza» in termini di

⁵ Per un primo commento, Albi 2024; Limena 2024, n. 2. Sull'ordinanza di rimessione, cfr. Ferrante 2023, 807 ss.

fattispecie e di disciplina positiva fra licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi; e ciò, nonostante non sia azzardato sostenere che la distanza fra le due tipologie di licenziamento si sia paradossalmente accorciata dopo la legge n. 223 del 1991, che ha dato rilievo, in buona sostanza, al maggior allarme sociale del licenziamento collettivo in termini quantitativi e temporali, restando invece più o meno sovrapponibili (o comunque omogenei) i presupposti sostanziali.

Tuttavia, la Corte perviene a conclusione diversa, partendo dai lavori parlamentari, visti peraltro come semplice strumento complementare di verifica nella ricostruzione della volontà legislativa, in base ai due principali criteri interpretativi: quello letterale e quello sistematico in ordine alla coerenza del decreto delegato rispetto alla legge delega e alla sua *ratio*. L'argomentazione va senz'altro condivisa.

Quanto ai lavori parlamentari, non c'è nulla da aggiungere alla puntuale ricostruzione fatta dalla sentenza, sia con riguardo alla fase finale di approvazione della legge di delega (nella quale l'accezione onnicomprensiva era stata oggetto di specifica indicazione da parte del relatore al Senato), sia in occasione dei pareri delle commissioni parlamentari sullo schema di decreto legislativo (allorché le contrarie indicazioni per una esplicita restrizione della formula normativa ai licenziamenti individuali, non erano state raccolte dal Governo).

Quanto all'interpretazione letterale, la Corte sottolinea come la «duttile» formula normativa si presti effettivamente ad essere adoperata in senso onnicomprensivo, anche perché l'autonomia del licenziamento collettivo rispetto a quello individuale riguarda il confronto sindacale ma non la caratterizzazione come economico del presupposto del licenziamento, che è comunque un licenziamento «per ragioni di impresa». La conclusione è da condividere⁶, anche se qualche ulteriore osservazione può essere utile. L'espressione «licenziamento economico», a ben guardare, non tipizza nuove fattispecie, né propone particolari angolature delle fattispecie tradizionali, ma sembra assolvere ad una funzione essenzialmente riassuntiva, di accorpamento delle ipotesi alle quali applicare esclusivamente la tutela indennitaria tutte le volte in cui il licenziamento sia legato ad una (asserita) esigenza *lato sensu* economica, cioè di assetto della struttura produttiva, tanto nel senso delle scelte strategiche e dimensionali, quanto nel senso delle scelte organizzative e gestionali, più direttamente tarate sui singoli rapporti di lavoro. I licenziamenti collettivi, del resto, costituiscono la tipologia dei licenziamenti economici per eccellenza, da sempre considerati massima espressione della libertà economica d'impresa. È pertanto sul piano – sostanziale – delle «ragioni» economiche – e non dell'ampiezza quantitativa delle scelte di riduzione – che il legislatore delegante intendeva uniformare. Ragioni sostanziali che connotano comunque il licenziamento collettivo, senza che lo stesso possa essere etichettato come «acausale» o meramente «procedurale», posto che il controllo procedurale è irrilevante ai fini qualificatori in presenza

⁶ Critiche in Limena 2024, 8.

di una definizione (sostanziale) come quella di cui all'art. 24 della l. n. 223 del 1991 circa la «riduzione o trasformazione di attività o lavoro».

Il secondo passaggio riguarda la conformità del decreto delegato alla legge di delega con riferimento ad una delle finalità di quest'ultima, quella di incentivare l'assunzione e di favorire il superamento del precariato: finalità da vedere, e applicare, in modo simmetrico in tema di licenziamenti individuali e di licenziamenti collettivi. Il richiamo alle finalità, a ben guardare, non convince poi tanto, così come non convinceva con riguardo alla l. n. 92 del 2012 di profonda modifica dell'art. 18 St. lav., posto che il nesso fra l'irrigidimento delle tutele in materia di licenziamento e l'aumento dell'occupazione, oltre che generico, è sostanzialmente indimostrato, come da tempo segnalato da buona parte della dottrina, anche economica (Boeri, Garibaldi 2018).

Decisamente più solido appare l'argomento sistematico, con l'armonia delle soluzioni in tema, rispettivamente, di licenziamento individuale e collettivo, dal punto di vista della parità di trattamento. Se infatti si mette a fuoco il profilo sostanziale delle «ragioni d'impresa», la verifica della loro insussistenza (o non adeguatezza) dovrebbe essere presidiata da una sanzione uniforme, in entrambe le «fattispecie».

3. L'ordinanza di rimessione aveva censurato la norma sui licenziamenti collettivi – sempre sotto il profilo dell'eccesso di delega – anche per violazione della legislazione dell'Unione Europea, in coerenza con la quale (l'affermazione non era delle più originali) il Governo avrebbe dovuto dare attuazione alla delega. Il riferimento, si sa, non riguardava la direttiva sui licenziamenti collettivi, nella quale nulla è previsto in tema di conseguenze sanzionatorie della illegittimità (dove l'estraneità della materia qui in discussione al diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 TFUE⁷). Neppure riguardava la Carta europea dei diritti umani, che nel suo art. 30 prevede il diritto ad una tutela contro ogni licenziamento ingiustificato troppo generica per essere utilizzabile. Il riferimento, invece, era all'art. 24 della Carta sociale europea – strumento convenzionale inserito nel sistema del Consiglio d'Europa, come precisa la Corte – che stabilisce, in caso di licenziamento senza valido motivo, il diritto del lavoratore ad un «congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». La sentenza conferma la qualificazione della Carta sociale come il naturale complemento, sul piano dei diritti sociali, della CEDU, e dunque come parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost., tale da consentire un controllo sulla disciplina nazionale delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo. Ed è in questa direzione che la Corte costituzionale affronta il tema della rilevanza dei pronunciamenti del Comitato europeo dei diritti sociali, dei quali la stessa Corte si era già occupata nella sen-

⁷ Non sufficiente per l'individuazione di un ambito di intervento da parte della legislazione nazionale deve ritenersi la generica previsione di una solo teorica competenza circa la «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro» (art. 153, comma 1, lettera d del TFUE).

tenza n. 194 del 2018 (che ha inaugurato il ciclo delle sentenze su art. 18 St. lav. e d.lgs. n. 23 del 2015), per poi escludere che il parametro interposto dell'art. 24 della Carta sociale sia stato violato.

Le conclusioni cui perviene la Corte seguono quelle della sentenza n. 194/2018, sia quanto alla configurazione della Carta sociale come parametro interposto, sia quanto al ruolo del Comitato per i diritti sociali, anche se la sentenza precedente riguardava la previsione di un automatismo indennitario (legato all'anzianità di servizio), ritenuto in violazione del parametro, mentre la seconda riguarda ora la fissazione di un tetto massimo all'indennità, ritenuto invece non contrastante con il principio di adeguatezza. Forse sbaglio, ma a me sembra però che, sia pure sottotraccia, il tono argomentativo e il peso differenziato degli argomenti siano in qualche misura cambiati, così da lasciare intravedere un qualche (sia pur limitato) riposizionamento del giudice delle leggi.

La questione del Comitato appare sintomatica. La sentenza n. 194/2018, facendo riferimento alla decisione del Comitato medesimo sul reclamo collettivo n. 106/2014, proposto contro la legge finlandese che stabiliva un tetto di 24 mensilità all'indennizzo per licenziamento ingiustificato, prima di tutto aveva valorizzato sensibilmente il contenuto di quella decisione, fondata sulla necessaria funzione dissuasiva del ristoro economico, ritenuta non sufficiente in quella disposizione di legge; e ciò aveva fatto sottolineando «l'autorevolezza delle decisioni del Comitato», delle quali, solo per completezza, e quasi di sfuggita, la Corte ebbe allora a precisare il carattere non vincolante, senza neppure un cenno alla natura non giurisdizionale dell'organismo, che a me sembrerebbe decisiva⁸. La sentenza qui in commento in un certo senso rovescia la prospettiva, e parte proprio dal carattere non vincolante delle decisioni del Comitato – argomentato attentamente anche mediante il rifiuto del parallelismo fra la Carta dei diritti umani e l'interpretazione (quella sì vincolante) della Corte europea dei diritti dell'uomo – per poi disattendere l'indicazione del Comitato medesimo. Se si tiene conto del fatto che la più recente decisione del Comitato (dell'11 febbraio 2020) è stata presa in seguito al reclamo collettivo (n. 158 del 2017) proposto dal sindacato italiano della GGIL proprio sul d.lgs. n. 23 del 2015, l'aver disatteso la decisione del Comitato assume un rilievo non certo secondario. Tanto più ove si consideri che a tale recente decisione ha fatto seguito (come pur non trascura di segnalare la sentenza in commento) una risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in data 11 marzo 2020, che ha «interpellato» il Governo italiano proprio sullo stato di attuazione dell'art. 24 della Carta sociale; risoluzione alla quale peraltro la sentenza in commento ha attribuito carattere «meramente interlocutorio» (par. 19).

Non si può certo parlare di un *revirement* della Corte costituzionale, se non altro perché la sentenza del 2018 aveva utilizzato la meno recente decisione del Comitato (e la sua ritenuta autorevolezza) per confermare l'incostituzionalità del meccanismo automatico legato all'anzianità, mentre la sentenza ora in com-

⁸ Sul valore giuridico delle pronunzie del Comitato, cfr. Perrone 2020.

mento ha potuto disattendere la più recente decisione del Comitato medesimo perché qui è in gioco la diversa questione del tetto all'indennità risarcitoria. Ma resta che nel secondo caso, a differenza del primo, è il carattere non vincolante della decisione – e dunque la possibilità di contraddirla – a costituire la premessa per il rigetto della questione di costituzionalità, così che la «funzione propositiva e sollecitatoria» del Comitato non è stata in grado di orientare il giudice delle leggi. Semmai è da precisare che la sentenza qui in commento ha corretto una contraddizione interna alla sentenza n. 194/2018. Quest'ultima, infatti, e come detto, da un lato ha condiviso una decisione del Comitato riguardante la previsione di un tetto al risarcimento, applicandola però al diverso caso dell'automatismo risarcitorio; dall'altro lato, non ha ritenuto contrastante con il principio di adeguatezza proprio la previsione del tetto massimo, come è scritto nella sentenza (par. 12.1, quarto capoverso) in modo telegrafico, senza alcuna ulteriore considerazione. Come a dire che la sentenza n. 194/2018 ha utilizzato la decisione del Comitato in modo forse improprio, per poi disattendere (sia pure senza motivare) giusto con riferimento alla materia (tetto massimo) nella quale il Comitato si era pronunciato. Vero è, in ogni caso, che entrambe le sentenze hanno escluso l'incostituzionalità – sotto il profilo del principio di adeguatezza e dissuasività della sanzione per il licenziamento illegittimo – della parte del comma 1 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 (al quale la norma sul licenziamento collettivo rinvia) che stabilisce il tetto (prima di 24, poi di 36 mensilità) all'indennità risarcitoria. La continuità (formale?) fra le due decisioni resta pertanto ferma.

4. Disatteso il pronunciamento del Comitato europeo per i diritti sociali, la Corte conferma dunque la legittimità costituzionale sia della previsione, per i licenziamenti collettivi illegittimi, di una sanzione solo indennitaria, sia della previsione di un limite massimo all'indennità medesima.

Quanto al primo profilo, nulla di nuovo sotto il sole. La sentenza n. 7/2024 si pone nel solco della giurisprudenza costituzionale passata (sentenza n. 46/2000) e recente (il «pacchetto» delle sentenze dal 2018 in poi). Nessun vincolo costituzionale per la tutela reintegratoria, libertà per il legislatore di stabilire una tutela solo indennitaria, discrezionalità legislativa nello stabilire la linea di demarcazione fra le due forme di tutela. In discussione restano le concrete modalità di perimetrazione fra le stesse e il contenuto che la tutela più blanda può assumere. Il perentorio monito che la sentenza n. 183 del 2022 ha rivolto al legislatore a proposito della disciplina differenziata nelle piccole imprese non riguarda, infatti, l'applicazione, in sé, della tutela solo indennitaria, ma il rapporto con il principio di parità di trattamento.

Anche sotto il secondo profilo, che è quello della adeguatezza della tutela e della sua dissuasività, la sentenza in commento non si discosta dalle precedenti. Una differenza, però, mi pare possa essere individuata. Ed infatti, mentre la sentenza n. 194/2018 aveva preso come riferimento soltanto la disciplina indennitaria in sé (con giudizio negativo quanto al meccanismo automatico e giudizio positivo, sia pure di sfuggita, quanto alla previsione del tetto massimo), la sentenza n. 7/2024 allarga i parametri, in funzione di una valutazione di carattere

complessivo, tale cioè – mi pare di capire – da inglobare anche le ipotesi nelle quali resta la tutela reintegratoria. Come a dire, che non si può valutare l'adeguatezza della tutela se non verificandone tutte le declinazioni, in rapporto a tutti i tipi di vizi – tra loro differenziati – dai quali il licenziamento può essere affetto. Metodo, questo, in linea di massima condivisibile, anche se forse meno fruttuoso con riguardo ai licenziamenti collettivi, per i quali la tutela reintegratoria (a parte il caso quasi di scuola della carenza di forma scritta) sembra potersi affermare solo in presenza di profili discriminatori riconducibili all'accordo collettivo, mentre la gran parte degli altri vizi vanno ricondotti o alla violazione della procedura o alla inosservanza dei criteri di scelta, tutti presidiati dalla sola tutela indennitaria.

Ho detto condivisibile in linea di massima, perché se quest'ultima tutela diventa – com'è ormai diventata per i «licenziamenti economici» – quella di applicazione di gran lunga più estesa, è su questa, più che sul «complesso» della protezione, che va focalizzato il giudizio di adeguatezza. Il fatto è, tuttavia, che anche a concentrarsi sulla tutela indennitaria, è molto difficile sottrarsi al principio della discrezionalità legislativa nella sua «quantificazione». Ciò, a mio parere, era vero anche con riferimento all'adozione del criterio rigido legato all'anzianità di servizio (caduto sotto la scure della sentenza n. 194/2018), perché, al di là della discrezionalità sottratta al giudice, l'adeguatezza e la dissuasività dell'indennità dipendono soprattutto dal moltiplicatore, e credo che nessuno avrebbe negato né l'una né l'altra se si fosse stabilito un moltiplicatore, che so, di dieci mensilità per ogni anno di servizio. Analogamente, ma forse a maggior ragione, la determinazione di un limite massimo va necessariamente lasciata al legislatore, al quale si potrebbe rimproverare solo una clamorosa vanificazione delle due funzioni appena ricordate. Cosa che certo non accade nel caso di specie, visto che il valore massimo (24 e poi 36 mensilità) si pone ben al di là dello stesso «peso» del posto di lavoro forfezzato dal legislatore ai fini dell'opzione per le quindici mensilità in luogo della reintegrazione⁹: caso si diverso, perché legato ad una scelta lasciata al lavoratore, e tuttavia utilizzabile come parametro. D'altronde, una volta escluso che sia necessitata la garanzia del risarcimento integrale, la discrezionalità legislativa e in particolare, come dice la Corte, le «scelte di politica sociale» non possono non essere sovrane. E, nel riconoscimento di tale discrezionalità, non può passare inosservata la citazione che la Corte fa dell'art. 28 della legge n. 87/1953 sul funzionamento della Corte medesima, per quanto riguarda appunto l'esclusione di «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

5. Il giudice remittente aveva ritenuto in violazione del principio di eguaglianza la diversa disciplina applicabile ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 (ai quali in caso di violazione dei criteri di scelta nell'ambi-

⁹ Concorda con il rispetto del principio di adeguatezza da parte della regola sulle 24 e 36 mensilità, Caruso 2019, 3.

to di una procedura di licenziamento collettivo era ed è garantita la tutela reintegratoria, seppure «attenuata») e, rispettivamente, ai lavoratori assunti dopo tale data (ai quali, per lo stesso vizio, si applica la tutela solo indennitaria). La questione di costituzionalità, come noto, era stata già scrutinata con riferimento al licenziamento individuale dalla sentenza n. 194/2018, che l'aveva rigettata: da un lato, valorizzando la finalità legislativa di rilancio dell'occupazione, che una tutela solo economica si era ritenuto avrebbe, se non garantito, almeno favorito; dall'altro lato, legando la disparità fra vecchi e nuovi assunti all'ormai celebre «fluire del tempo» e al susseguirsi – naturale – delle diverse disposizioni di legge.

La sentenza n. 7/2024 riprende entrambe le argomentazioni, sì che possono essere riprodotte le perplessità che non pochi avevano avanzato. Quanto alla finalità di sostegno all'occupazione, si può ancora rilevare come il suo rapporto biunivoco con la riduzione delle tutele non possieda certo la forza dell'evidenza empirica e sembri smentita dalla prova dei fatti, che hanno assegnato alto valore incentivante solo alle riduzioni contributive. Quanto al «fluire del tempo», esso sembra poter costituire valido criterio di differenziazione delle situazioni giuridiche nel regolare succedersi di diverse normative, mentre nel caso di specie vi è qualcosa d'altro: due diverse normative che contemporaneamente regolano lo stesso fatto (il licenziamento illegittimo), e ciò sulla base di un elemento del tutto estrinseco come la data di assunzione dei singoli lavoratori. Ma sono perplessità che non hanno grande futuro: né in teoria, stante la posizione ormai consolidata della Corte, né in pratica, posto che l'incidenza dei vecchi assunti nel complessivo mercato del lavoro sembra ormai ristretta ad una ridotta percentuale attorno al 20%.

Resta da considerare – sia pure nei margini quantitativi appena ricordati – un ulteriore profilo di disparità proposto dall'ordinanza di rimessione. Posto che la disciplina del licenziamento collettivo si articola in una procedura nella quale i vari lavoratori vengono messi a confronto, ai fini della scelta di quelli da licenziare, secondo criteri oggettivi, violerebbe il principio di parità l'applicazione, in caso di violazione dei suddetti criteri, di sanzioni eterogenee: la reintegrazione per i vecchi assunti, l'indennità per quelli nuovi. In altre parole, sarebbe proprio l'unitarietà e simultaneità della fase comparativa a non consentire una diversa «resistenza» rispetto ad una scelta illegittima, con, appunto, l'applicazione di sanzioni diversificate. Ciò che, sempre secondo l'ordinanza di rimessione, determinerebbe altresì un condizionamento nella scelta, nel senso che il datore di lavoro sarebbe indotto a scegliere di licenziare i lavoratori per i quali il costo della illegittimità sia inferiore.

L'argomentazione è suggestiva, ma la Corte non la recepisce, differenziando nettamente le due fasi. Nella fase della comparazione tutti i lavoratori devono essere «valutati» in modo omogeneo e comparati fra loro sulla base degli stessi criteri e, quindi, secondo un principio di inscindibilità; poi, però, il licenziamento si individualizza («assume un rilievo autonomo», precisa la Corte), così che ad ogni distinta posizione lavorativa può essere applicato un regime sanzionatorio diverso. Il ragionamento, dal punto di vista formale, non fa una grinza. Se ne potrebbe dubitare sotto il profilo sostanziale, posto che quel rilievo autonomo si manifesta e concretizza, a ben guardare, proprio e soltanto in applicazione dei criteri di comparazione, e dunque in stretto collegamento con la precedente

fase, pacificamente inscindibile; tanto che il licenziamento che ha violato le regole del confronto (in quella che da sempre è stata qualificata come una guerra fra poveri) dovrebbe essere sanzionato in modo tale da ripristinare quelle regole e quel confronto, come dimostra l'art. 17 della l. n. 223/1991, che in caso di ordine di reintegra (per violazione dei criteri di scelta) concede al datore di lavoro una seconda *chance*, consentendogli di licenziare – sempre nel rispetto dei medesimi criteri e senza dover rifare la procedura – un numero di lavoratori pari a quello dei reintegrati. È chiaro, tuttavia, che tale ultima disposizione non è decisiva, perché essa si basa sulla previsione legislativa di una unica sanzione, quella reintegratoria, con la conseguenza che, anziché ritenerla conservata anche dopo il d.lgs. n. 23/2015, la si dovrebbe ritenere, per i rapporti dallo stesso disciplinati, semplicemente inapplicabile.

La Corte non si occupa dell'altro argomento messo in campo dall'ordinanza di rimessione, circa il possibile condizionamento per il datore di lavoro – nella scelta dei lavoratori da licenziare – dato dal diverso regime sanzionatorio. L'argomento è ad effetto, non sembrando peregrino affermare che il datore di lavoro possa licenziare preferibilmente i lavoratori con protezione più ridotta perché le conseguenze della illegittimità graverebbero in misura minore; né, del resto, appare convincente rovesciare l'argomento ritenendo più conveniente il licenziamento dei lavoratori ad alto costo di estinzione del rapporto (Ferrante 2023, 2675 ss.). Il fatto è che un condizionamento di tal genere sarebbe la spia del mancato rispetto dei criteri di scelta, con il che la questione della sanzione rimarrebbe aperta.

6. Diversamente da quella appena considerata, la più recente sentenza n. 22 del 2024 (su ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione¹⁰) va a incrementare il numero – ora ben cinque – delle dichiarazioni di incostituzionalità del complesso normativo costituito dalla legge n. 92 del 2012 di riforma dell'art. 18 St. lav. e dal d.lgs. n. 23 del 2015. Ma sarebbe fuorviante, a mio parere, accomunarla *tout court* a quelle precedenti nell'opera demolitoria imputata, a ragione o a torto, al giudice delle leggi e avente a bersaglio quelle riforme¹¹. Essa, infatti, coglie una disarmonia all'interno dello stesso più recente, e complesso, intervento normativo del cosiddetto *Jobs Act*, dal momento che la dichiarazione di incostituzionalità è stata pronunciata per eccesso di delega, cioè per violazione dei criteri direttivi introdotti dalla legge n. 183/2014, che del *Jobs Act* è il fondamento. La violazione sta in ciò, che mentre la legge di delega garantiva la tutela reale piena al licenziamento qualificato come nullo senz'altra precisazione, il decreto delegato aveva mostrato di voler restringere quella garanzia, richiedendo che la nullità fosse espressamente prevista dalla legge. Ma, ripeto,

¹⁰ Cass. Sez. lav., 7 aprile 2023, n. 9530, in *Giur. it.*, 2023, 2673 sgg., con nota di E. Pasqualetto, *L'avverbio «espressamente», in tema di licenziamenti nulli, al vaglio della Corte costituzionale*, ivi, 2675 sgg.

¹¹ Cfr. (quanto meno nel titolo) P. Albi, *«La Corte costituzionale prosegue con l'opera demolitoria del Jobs Act»*, in www.dirittoejustizia.it, 2024.

il vizio riscontrato è tutto interno al sistema del *Jobs Act*, sì che – anche tenendo conto della progressiva espansione, nei fatti, del potere normativo dell'esecutivo e della sempre più forte omogeneità fra quest'ultimo e la maggioranza parlamentare che lo sostiene – la sentenza ha l'effetto di valorizzare quel che lo stesso *Jobs Act*, con la legge di delega, intendeva conservare del precedente sistema: la tutela più robusta, senza sconti, a fronte del vizio più grave.

Il dibattito è noto¹². La dottrina, per lo più lasciando in ombra la questione del rapporto con la legge di delega¹³, si è cimentata soprattutto nell'interpretazione della norma delegata, cercando di ricostruirne il significato anche nel confronto con la corrispondente disciplina del novellato art. 18 St. lav. (ancora applicabile ai lavoratori vecchi assunti). Quest'ultima disposizione, infatti, dopo aver richiamato diverse norme statuenti la nullità del licenziamento (quello discriminatorio, quello variamente legato a maternità, paternità e matrimonio, e, separatamente, per motivo illecito), conteneva una generica formula finale («altri casi di nullità previsti dalla legge»), dal contenuto chiaramente «aperto». Nell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015, invece, da un lato è stato eliminato il richiamo alle disposizioni cui si è fatto cenno, salvo il solo licenziamento discriminatorio, e dall'altro lato è stata introdotta la formula sopra riportata («altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge»), che difficilmente può qualificarsi come norma aperta, assumendo carattere chiaramente selettivo. E mentre la mancata menzione del licenziamento per motivo illecito poteva essere superata in base all'art. 1418, comma 2, c.c. e al richiamo, in esso contenuto, all'art. 1345 c.c., più problematica appariva ogni operazione estensiva al di là di quanto – appunto espressamente – previsto dalla legge. Con l'ulteriore problema di chiarire se la previsione espressa fosse necessario o meno che riguardasse specificatamente il licenziamento e non, genericamente, ogni negozio, nel qual ultimo caso forse neppure il motivo illecito sarebbe stato recuperabile.

Due interpretazioni si sono contrapposte. La prima, minoritaria, ha ritenuto non superabile la formula letterale restrittiva, con conseguente limitazione della tutela reintegratoria piena (di cui all'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015) ai soli casi di nullità testuale, per alcuni solamente se richiamata proprio con riguardo al licenziamento (Bellocchi 2018, 145), per altri con qualche apertura¹⁴. La seconda ha ritenuto prevalente il principio generale per cui l'autonomia privata, se esercitata in difformità alle norme imperative a presidio di valori fondamentali dell'ordinamento, soggiace necessariamente alla massima sanzione civile della nullità, nella nota declinazione di nullità virtuale¹⁵.

¹² Un esauriente riepilogo, in E. Pasqualetto, *loc. ult. cit.* Cfr., altresì, sempre in commento all'ordinanza della Cassazione, Poso 2023; Zoppoli 2023, 371 ss.

¹³ Si veda però De Angelis 2015, 10.

¹⁴ Quanto meno con riguardo al caso del licenziamento per motivo illecito: mi permetto di rinviare a Cester 2017, 1061 ss.

¹⁵ Per tutti, l'autorevole opinione di Persiani 2015, 394 ss., per il quale sarebbe irrazionale (oltre che aleatorio) distinguere a seconda che la nullità sia riconducibile ad una espressione generale come l'art. 1418, comma 1, c.c. o ad una specifica disposizione.

Premesso che la questione non è quella di stabilire quale sia la soluzione astrattamente preferibile, ma quale sia quella in concreto adottata dal legislatore (salvo poi, ovviamente, verificarne la correttezza costituzionale, anche sotto diversi profili), la prima interpretazione nella sua variante più restrittiva correva il rischio di ridimensionare la rilevanza di quei principi generali dell'ordinamento che non possono rimanere estranei al microsystema dei licenziamenti, così da doversi suggerire qualche correttivo. Ciò, da un lato, con un'apertura alla tutela reintegratoria in presenza di un motivo illecito, il cui pesante disvalore impone sanzione adeguata; e, dall'altro lato, con possibile ricorso alla cosiddetta tutela reale di diritto comune, in funzione surrogatoria di quella reintegratoria.

La seconda interpretazione di cui sopra si è detto era sicuramente ineccepibile sul piano dei principi, specie nel sottolineare come l'art. 1418, comma 1, c.c. contenesse già «espressamente» la sanzione della nullità per violazione di norma imperativa. Ma, oltre a trovare il più volte ricordato ostacolo di carattere letterale, quella opinione trascurava forse che la questione sollevata dall'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015 era se il legislatore – non al fine di stabilire se si tratti o no di nullità ai sensi della formula generale ricavata dalla norma del codice, ma al fine di determinare in concreto l'applicazione della particolare disciplina dell'art. 2 del decreto in oggetto – potesse richiedere o no uno specifico richiamo alla nullità. Magari nella prospettiva di una possibile diversa valutazione del *vulnus* alla norma imperativa. Si pensi, a riguardo (l'esempio appare illuminante), all'art. 4, comma 1 della legge n. 146 del 1990 di disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, che esclude il licenziamento dalle sanzioni applicabili al lavoratore che abbia violato, magari anche in maniera pesante, le disposizioni poste a tutela di interessi pubblici pregiudicati dallo sciopero: norma che, secondo lo schema generale dell'art. 1418 c.c., deve ritenersi imperativa, e che tuttavia, in un singolare rovesciamento di prospettiva, finisce per far prevalere la tutela di interessi individuali (con la garanzia per il lavoratore di sanzioni solo conservative) rispetto a quelli pubblici, nonostante la loro lesione.

Dunque, una situazione complessa e discussa, della quale non era facile ricostruire il filo conduttore.

7. L'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione riguardava il caso della violazione di norme (speciali, per i dipendenti autoferrotranviari: R.D. n. 148/1931) riguardanti il procedimento disciplinare ma, come precisato nell'ordinanza, non di tipo meramente procedurale¹⁶ e dunque – quella violazione – tale da generare una nullità di protezione. Ma la Cassazione ha evitato di confrontarsi più approfonditamente con i profili «valoriali» della tipologia di vizio in considerazione, utilizzando la diversa strada – si potrebbe dire, la ragione più liquida – per porre il problema di costituzionalità: quella della violazione del-

¹⁶ Si trattava, infatti, di un provvedimento di «destituzione» da parte del datore di lavoro, ritenuto carente di potere dopo che il lavoratore aveva optato, secondo la regolamentazione speciale degli autoferrotranvieri, per il Consiglio di disciplina.

la delega. Non dunque un'interpretazione costituzionalmente orientata – tale cioè da garantire la tutela reale a tutte le ipotesi di nullità, testuali o virtuali che siano – ma un'interpretazione rigorosamente letterale del testo normativo, per denunciarne però la contrarietà a Costituzione.

Poste queste premesse, era scontato che la Corte costituzionale avrebbe utilizzato lo stesso paradigma, concentrando la propria attenzione sulla violazione dell'art. 76 Cost.¹⁷, senza perciò impegnarsi sul difficile terreno delle possibili, varie accezioni della nullità, secondo il dibattito sopra rapidamente richiamato. Cosa, questa, che non avrebbe potuto evitare ove avesse adottato una sentenza interpretativa di rigetto, per la quale avrebbe dovuto dimostrare che la formula del decreto delegato, nonostante il riferimento alla previsione espressa della nullità, non era tale da escludere alcuna ipotesi di contrarietà a norma imperativa, così da salvaguardare la coerenza con la legge di delega e con la sua formula onnicomprensiva. Ma per questa strada avrebbe dovuto svalutare del tutto l'argomento letterale, e avrebbe in ogni caso rischiato di lasciare la questione ancora aperta, stante il carattere non vincolante delle sentenze di rigetto al di fuori del giudizio *a quo*.

La Corte si sofferma sui principi che regolano la delega normativa e sui presupposti per il suo corretto esercizio, partendo dal vincolo costituito dal dato letterale, chiaramente non omogeneo. Ciò anche con riguardo alla circostanza che nella legge di delega una limitazione all'applicazione della tutela reale era pur prevista, ma con riferimento non al licenziamento nullo, bensì a quello disciplinare ingiustificato, nel cui ambito potevano essere escluse «specifiche fattispecie». Si potrebbe osservare che tale esclusione aveva riguardo a presupposti di fatto (individuati, nel decreto delegato, nella «insussistenza del fatto materiale contestato») e non alla tipologia del vizio, ma resta la considerazione che se non si sono volute fare distinzioni, l'obiettivo era quello di una tutela generalizzata.

L'altro criterio interpretativo della legge di delega individuato dalla Corte è quello sistematico, che si traduce nell'affermazione del carattere necessariamente esaustivo della disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo nell'ambito di applicazione del *Jobs Act*. Se infatti, dice la Corte, fossero ipotizzabili delle diversificazioni interne alla nullità, occorrerebbe individuare, per ciascuna di esse, la correlativa sanzione. E siccome nel decreto delegato ci si occupa – testualmente – solo dei casi di nullità espressa, verrebbe a mancare la sanzione nell'ipotesi, ivi non considerata, di nullità virtuale: da ciò quella «incompletezza» della disciplina che creerebbe una anomalia sistematica.

L'argomento è di peso. Esso, per un verso, valorizza la specialità del «microsistema» dei licenziamenti anche quanto al regime sanzionatorio dell'atto (variamente) illegittimo: come i presupposti, così anche le sanzioni debbono trovare la loro regolamentazione in quel microsistema, e se è ben possibile il rinvio a principi generali, com'è nel caso della nullità, non sono tollerabili «vuoti» di disci-

¹⁷ Per un primo commento, D. Berardi, «Il ritorno della nullità virtuale nei licenziamenti: Corte cost. 22/2024», di prossima pubblicazione in *Lav. giur.*, 2024, fascicolo 2.

plina, come sarebbe nell'ipotetica «sottospecie» della nullità non espressa. Al tempo stesso, però, la Corte resta saldamente ancorata a quei principi generali e alla individuazione della nullità così come in base ad essi ricostruibile. E pertanto, la delicata perimetrazione fra i principi generali civilistici e gli scostamenti del «diritto secondo», con la sua carica quasi ribelle di specialità e autonomia, sembra ancora da definire in modo compiuto. Non credo sia azzardato ritenere che il complesso delle recenti riforme in tema di licenziamento si sia venuto configurando, come sopra dicevo, a stregua di un microsistema, tendenzialmente autosufficiente (magari in modo strampalato, com'è nel caso del licenziamento inefficace che risolve comunque il rapporto: art. 18 St. lav., comma 6); ciò che comporterebbe l'inopportunità di ricorrere a strumenti generali – come la cosiddetta nullità di diritto comune – là dove sia evidente l'opzione, da parte di quel microsistema, a favore di strumenti sanzionatori di carattere non ripristinatorio. Nel caso di specie, a ben guardare, oggetto della questione è proprio una sanzione di tipo ripristinatorio, sì che l'utilizzo della nullità di diritto comune, per l'ipotesi «esclusa» (la nullità virtuale), si sarebbe potuta armonizzare sia con i principi generali, sia con il microsistema speciale. Ma la soluzione adottata dalla Corte è sicuramente più diretta e meno problematica.

8. Tutto ciò, peraltro, non significa che ogni problema sia risolto. Ed invero, se dopo la sentenza della Corte ad ogni ipotesi di nullità del licenziamento consegue necessariamente l'applicazione della tutela reale reintegratoria, resta da chiarire quando si possa effettivamente parlare di un licenziamento nullo, anche in assenza di una espressa precisazione normativa. Come a dire che la questione rischia di riproporsi da un'altra angolazione: non più come perimetrazione fra nullità testuale e nullità virtuale, ma come individuazione dei presupposti perché sia da applicare la sanzione demolitoria (a quel punto indifferenziata). La questione è complessa, tale da non poter essere affrontata in questo breve scritto. Mi pare, peraltro, che un punto debba essere tenuto in particolare considerazione: che non ogni difformità dell'atto di autonomia privata rispetto a quanto stabilito dalla legge imponga di considerare nullo quell'atto. E ciò non solo nel senso, del tutto pacifico, che la stessa singola norma può stabilire, in base alla riserva dell'art.1418 c.c., comma 1, una diversa sanzione, ma anche nel senso che, mettendo a fuoco il *prius* della questione, cioè le norme e le loro qualità, non tutte presentano la stessa forza invalidante rispetto a quella autonomia. Lo ha ben messo in evidenza, del resto, la stessa giurisprudenza di legittimità, a Sezioni Unite, richiamata sul finire dalla Corte costituzionale¹⁸. Giurisprudenza per la quale – al là del «polimorfismo» che caratterizza la nozione di nullità negoziale – quest'ultima è necessariamente legata alla qualità della norma e al suo porsi a presidio di valori giuridici fondamentali e di interessi di carattere generale. Tant'è che le stesse Sezioni Unite, in quella sentenza, hanno avvertito la necessità di una attenta ponderazione di quegli interessi, onde circoscrivere

¹⁸ Cass. Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472

una possibile, eccessiva discrezionalità della giurisprudenza «nella individuazione di sempre nuove ipotesi di nullità, in potenziale frizione con i valori di libertà negoziale e di impresa».

Un rischio siffatto è certamente più ridotto allorché ci si muova nell'area, sempre più ampia, delle nullità di protezione, per le quali il diritto del lavoro ha fatto da battistrada, come i civilisti da tempo ormai riconoscono. Ma non è del tutto azzerato, così che si rende ancora necessario valutare il livello degli interessi protetti con la norma la cui violazione possa determinare la nullità dell'atto, non essendo sufficiente, a mio parere, la presenza di un mero divieto, tanto più se neppure espresso¹⁹.

E che la soluzione non sia affatto automatica, è dimostrato dall'intensità del dibattito che si è acceso, ad esempio, attorno alla qualificazione del licenziamento intimato prima della maturazione del periodo di comporta per malattia. La soluzione della nullità – ormai assestata nella giurisprudenza dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 12568 del 2018 – non è priva di ombre, ove si voglia valorizzare la lettera dell'art. 2110 c.c., che sembra orientato a regolare i presupposti del potere di risolvere il rapporto (superamento del comporta) più che a stabilire un divieto, un po' sulla falsariga dell'art. 1 della legge n. 604/1966, che condiziona quel potere alla sussistenza di giusta causa o giustificato motivo; senza contare che ai sensi dell'art. 18 St. lav., comma 7 (applicabile ai lavoratori vecchi assunti) la sanzione per un licenziamento intimato per la ragione sopra detta non è la nullità, ma l'annullabilità, con conseguente disarmonia fra art. 18 St. lav. e il d.lgs. n. 23, che in proposito ha mantenuto un assordante silenzio. E lascia un poco perplessi la costruzione interpretativa proposta dalla recente sentenza di Cassazione n. 27334/2022, che, sempre in tema di mancato superamento del comporta e per un datore di lavoro sotto soglia (cioè con fino a 15 dipendenti), ha qualificato come speciale la disposizione del comma 7 dell'art. 18 St. lav. (statuente l'annullabilità) così da poter applicare la nullità – recuperata in quanto principio generale – a prescindere dal numero dei dipendenti.

Ma se in questa ipotesi il cosiddetto diritto vivente sembra aver chiuso ogni discussione, altre restano opinabili. Non quella (recente) di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 104/2022 (c.d. decreto trasparenza), che contiene il divieto di licenziamento conseguente all'esercizio, da parte del lavoratore, dei diritti di informazione disciplinati nel decreto, trattandosi di un caso tipizzato di licenziamento ritorsivo, riconducibile al motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. e perciò pacificamente nullo. Per contro, nonostante il licenziamento determinato dal rifiuto del lavoratore di concordare variazioni all'orario di lavoro (art. 6, comma 8 del d.lgs. n. 81/2015) sembri assimilabile a quello ritorsivo, la norma si limita

¹⁹ Basterebbe ricordare, quanto alla rilevanza della violazione di norma imperativa, il dibattito accesi sul finire del secolo scorso sulla conseguenza della violazione della procedura disciplinare di cui all'art. 7 St. lav. nell'area della tutela obbligatoria, che secondo la sentenza delle Sezioni Unite n. 3966/1994 non era la nullità del licenziamento, ma una mera illegittimità, con conseguente applicazione della (ridotta) tutela di area prevista per il licenziamento ingiustificato.

espressamente ad escluderne la giustificatezza. Non è invece opinabile il caso del licenziamento per disabilità fisica o psichica del lavoratore, che, sia pure in modo non uniforme (e dunque con un qualche squilibrio sistematico), è regolata sia dal novellato art. 18 St. lav., sia dal d.lgs. n. 23/2015.

Incertezze restano con riferimento a diverse altre ipotesi. Una è quella, già vista (e sia pure di rilevanza concreta piuttosto scarsa) del licenziamento intimato al lavoratore responsabile di aver violato le norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali: un divieto che, se sanzionato, in caso di violazione, con la nullità, potrebbe portare al rovesciamento della scala di valori sui quali si regge l'imperatività della normativa su quel tipo di sciopero. Un'altra è quella del licenziamento in caso di trasferimento d'azienda *ex art. 2112 c.c.*, nel quale la contrarietà alla norma non determina la nullità del licenziamento, ma la sua ingiustificatezza, come ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità²⁰. Un'altra ancora è quella del licenziamento intimato nell'ambito di un patto di prova nullo: ipotesi sospesa fra la soluzione della nullità per contrasto con norma imperativa e quella della riconduzione del rapporto in prova nullo ad un rapporto definitivo fin dall'origine, con conseguente, mera ingiustificatezza del recesso immotivato. Infine, il licenziamento intimato in violazione del divieto di licenziamento (per ragioni oggettive) durante l'emergenza pandemica (art. 46, d.l. n. 18/2020)²¹: licenziamento ritenuto nullo dalla prevalente giurisprudenza di merito finora pronunciata, in ragione dell'interesse pubblico a che quella emergenza non scaricasse sui lavoratori le tensioni economiche derivanti dal blocco di molte attività produttive, e peraltro individuato dalla norma di legge con riferimento al motivo oggettivo (nel caso, non) giustificativo del licenziamento medesimo.

Non è questa la sede per approfondire queste singole ipotesi. Basti averle richiamate al fine di evidenziare come la categoria della nullità *ex art. 1418 c.c.* presenti ancora profili controversi quanto alla sua delimitazione. Anche se occorre riconoscere che la sentenza del giudice delle leggi spinge, sia pure indirettamente, verso una accezione ampia di quella categoria. Con la conservazione, di conseguenza, di quello zoccolo duro delle tutele contro il licenziamento illegittimo che neppure una legislazione con obiettivi non troppo nascostamente destrutturanti ha pensato di intaccare.

Riferimenti bibliografici

Albi, P. 2024. "Tanto rumore per nulla? La Corte costituzionale e i licenziamenti collettivi." Disponibile a: www.dirittoegiustizia.it (29 gennaio 2024).

Bellocchi, P. 2018. "La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 145 sgg.

²⁰ Di recente, Cass. n. 4699/2021; Cass. n. 404/2023

²¹ Cfr. E.M. Mastinu, *Il licenziamento intimato in violazione del c.d. blocco in periodo di pandemia: nullità o inefficacia temporanea?*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, 270 sgg.

- Boeri, T., Garibaldi, P. 2018. "Graded Security and Labor Market Mobility: Clean Evidence from the Italian Jobs Act." *Inps Working Papers* n. 10. Disponibile a: www.inps.it.
- Caruso, B. 2019. "Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (fra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione normativa)." *Diritto Mercato del Lavoro* 3.
- Cester, C. 2017. "Le tutele, Sez. II. I licenziamenti nel Jobs Act." In *Trattato di diritto del lavoro*, a cura di M. Persiani, F., Carinci, in *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Vol. V, a cura di E. Gragnoli, 1061 sgg. Padova: CEDAM.
- De Angelis, L. 2015. "Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio." *WP CSDLE «Massimo D'Antona» IT 250-2015*, 10 sgg.
- Ferrante, V. 2023. "Torna alla Corte costituzionale la questione della tutela differenziata in caso di licenziamento collettivo." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 807 sgg.
- Ferrante, V. 2023. "Torna alla Corte costituzionale la questione della tutela differenziata in caso di licenziamento collettivo." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 807 sgg.
- Ghera, E. 2022. "Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 3 sgg.
- Giubboni, S. 2021. "Risposta alla lettera aperta di Pietro Ichino sull'evoluzione della disciplina dei licenziamenti." *Lavoro e Diritto Europeo* 2.
- Limena, F. 2024. "I licenziamenti economici nella recente lettura della Corte costituzionale: un'arma a doppio taglio." *Lavoro Giur.* di prossima pubblicazione.
- Perrone, F. 2020. "La forza vincolante delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione CIGIL c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti." *Lavoro e Diritto Europeo*, 19 marzo.
- Persiani, M. 2015. "Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti." *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 394 sgg.
- Perulli, A. 2021. "Il «trittico» della Corte costituzionale sulla disciplina del licenziamento. Dalla law & economics ai principi di tutela del lavoro." *Lavoro e Diritto Europeo* 3: 1-7.
- Pisani, C. 2023. "La controriforma della Corte costituzionale della disciplina rimediale per il licenziamento ingiustificato: tra sconfinamenti e nuove disarmonie." *Diritto Mercato del Lavoro*, 255 sgg.
- Poso, V. A. 2023. "La Corte di Cassazione si rivolge alla Consulta per spere se è costituzionalmente legittimo l'art. 2, comma 1 D. Lgs, 4 marzo 2015, n. 23." *Labor. Il lavoro nel diritto*.
- Speziale, V. 2019. "La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti." *Rivista Giuridica del Lavoro* II: 3 sgg.
- Zoli, C. 2022. "La Corte costituzionale prosegue la «controriforma»: i licenziamenti nelle piccole imprese." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1141 sgg.
- Zoppi, A. 2023. "Il «contratto a tutele crescenti» torna dinnanzi alla Consulta: il licenziamento nullo e l'avverbio che non poteva esserci." *Rivista Giuridica del Lavoro* II: 371 sgg.

Sull'abuso del diritto. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza sul rapporto di lavoro

Chiara Colosimo

1. Premessa

Verso la fine degli Anni Novanta, Riccardo Del Punta evidenziava come la teoria dell'abuso del diritto avesse avuto – a dispetto di un'apparente «sintonia naturale» (1998, 403) – «pochissimi esiti applicativi nella giurisprudenza lavoristica»: da un lato, «le polimorfe tecniche limitative dei poteri imprenditoriali... [avevano] determinato un'assoluta superfluità del ricorso all'abuso»¹; dall'altro, negli spazi privi di regolamentazione positiva, si era fatta applicazione delle «clausole di correttezza e buona fede, che fra l'altro [erano] state, anch'esse, da ultimo, poste in seria discussione» (1998, 424).

Aveva, dunque, sottolineato il «ruolo vicario e sussidiario che tale principio, tanto capace di eclissarsi quanto di ricomparire all'improvviso sulla scena, si rivela[va] in grado di assolvere in certe aree meno centrali del diritto del lavoro» (Del Punta 1998, 425).

Nella giurisprudenza di merito e di legittimità del lavoro dell'ultimo decennio, si assiste a un ricorrente, se non quasi esclusivo, riferimento all'abuso del diritto nella qualificazione dell'illegittimo utilizzo – da parte dei lavoratori – dei permessi e congedi straordinari per l'assistenza ai disabili, dei congedi parentali o, comunque,

¹ In questo senso, anche Diamanti (2017, 604) che sottolinea come «quanto più la disciplina è dettagliata (anche solo nelle finalità come in materia di condotta antisindacale e discriminazioni), tantomeno sarà possibile (e necessario) ricorrere alla tecnica dell'abuso...».

Chiara Colosimo, Ministry of Justice, Italy, chiara.colosimo@giustizia.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Chiara Colosimo, *Sull'abuso del diritto. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza sul rapporto di lavoro*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.17, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 279-300, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

di particolari permessi retribuiti²; al riguardo, si è osservato che, «in una disciplina come il diritto del lavoro che nasce per limitare i poteri datoriali e riequilibrare una situazione originaria di squilibrio di potere, e quindi di possibili abusi, la giurisprudenza, almeno per ora, si occupa dell'abuso del diritto andando a sanzionare comportamenti abusivi dei lavoratori»; ciò in quanto non sarebbe sempre possibile individuare una «disciplina dettagliata dei limiti all'esercizio dei diritti dei lavoratori» (Diamanti 2017, 594; in questo senso, anche Di Salvatore 2022).

In questa specifica prospettiva, l'abuso del diritto potrebbe operare come «criterio interpretativo-applicativo che rivela spesso (a parte il caso di abuso del processo) un inadempimento del lavoratore e non costituisce illecito secondario atipico» (Diamanti 2017, 617³), ovvero quale strumento di qualificazione di una condotta che configura un «uso improprio di un diritto (legittimo e riconosciuto dall'ordinamento) che, travalicando i limiti della correttezza e della buona fede previsti dagli art. 1175 e 1375 cod. civ., viene esercitato al fine di realizzare un interesse diverso e contrastante con quello meritevole di tutela da parte dell'ordinamento» (Feltre 2019, 911), con conseguente venir meno del nesso causale tra condotta serbata, diritto azionato e *ratio* che vi è sottesa (sul punto, Cairo 2020, 740; Caracciolo 2021, 630).

Il richiamato orientamento giurisprudenziale, tuttavia, non persuade.

2. I travagli della teoria generale

La complessità della materia impone di guardare alle origini del dibattito dottrinale che ha riservato fortune alterne alla teoria dell'abuso del diritto (sul punto, D'Amelio 1937, Rescigno 1965 e Dossetti 1969⁴) e, in ogni caso, ambiti di potenziale applicazione tendenzialmente marginali, soprattutto, nel contesto giuslavoristico (al riguardo, Del Punta 1998).

La scelta del legislatore di non prevedere un espresso divieto di abuso del diritto nel Codice Civile⁵ ha reso oltremodo controversa la possibilità stessa di

² Così, tra le altre, Cass. Civ. Sez. Lav., n°25290/2022; Cass. Civ. Sez. Lav., n°21773/2022; Cass. Civ. Sez. Lav., n°23434/2020; Cass. Civ. Sez. Lav., n°12032/2020; Cass. Civ. Sez. Lav., n°1394/2020; Cass. Civ. Sez. Lav., n°19580/2019; Cass. Civ. Sez. Lav., n°8310/2019; Cass. Civ. Sez. Lav., n°509/2018; Cass. Civ. Sez. Lav., n°17968/2016; Cass. Civ. Sez. Lav., n°4984/2014; App. Bari, Sez. Lav., n°1738 del 08/10/2021; App. Firenze, Sez. Lav., n°494 del 21/06/2021; Trib. Bergamo, Sez. Lav., n°584 del 20/10/2022; Trib. Chieti, Sez. Lav., ordinanza del 07/02/2019; Trib. Bologna, Sez. Lav., n°765 del 20/07/2017; Trib. Roma, Sez. Lav., ordinanza del 28/03/2017.

³ L'Autore attribuisce alla teoria dell'abuso del diritto una «tendenza *plurifunzionale*»: da un lato, l'abuso potrebbe «costituire di per sé manifestazione di un illecito atipico caratterizzato da un livello secondario di anti giuridicità non formalizzato da alcuna norma»; dall'altro, potrebbe «assolvere ad una funzione di strumento utile per valutare, nel caso concreto, una determinata fattispecie, pur caratterizzata dall'esistenza di limite legali e quindi divent[erebbe] strumento di interpretazione della fattispecie concreta» (Diamanti 2017, 618).

⁴ Sulle criticità dell'approccio giurisprudenziale al tema, Dossetti (1969) e Patti (1987).

⁵ All'art. 7 delle preleggi del progetto del Codice, invero, la norma di carattere generale era stata prevista e così delineata: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo

considerarlo principio generale dell'ordinamento⁶ e, in quanto tale, regola dotata di forza autonoma destinata a trovare applicazione accanto alla – o, forse, talvolta, nonostante la – normazione positiva; questo, in quanto il legislatore avrebbe inteso «toccare l'argomento solo «in punta di piedi», quasi non fosse di sua competenza» (Levi 1993, VIII).

Invero, le posizioni più critiche sono giunte a negare a priori la configurabilità di una teoria generale dell'abuso del diritto (in questo senso, Santoro-Passarelli 1957 e, di recente, Sacco 2012) in quanto *qui iure suo utitur neminem laedit* – e, quindi, irriducibile contraddizione intrinseca del concetto – o, in ogni caso, in quanto «problema di teoria generale la cui soluzione di principio si lascia difficilmente tradurre in termini precettivi» (Romano 1958, 166); sicché, l'unica soluzione praticabile sarebbe stata quella della previsione – rispetto a singoli istituti – di specifici limiti agli stessi⁷: autonomi richiami all'abuso nel quadro di distinte fattispecie (così, D'Amelio 1937 e Torrente 1955), anche in quanto, nel ricercare l'abuso, si rischierebbe altrimenti di intraprendere il terreno della «non certezza del diritto» (Scialoja 1878, 482).

Vi è anche chi ha affermato che l'abuso del diritto, sotto il profilo operativo, sarebbe una «sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva... per lo più improduttiva, e talvolta anzi fonte di equivoci rispetto a fattispecie estremamente generali, e che richiederebbero dunque piuttosto un'articolazione analitica delle rispettive – e differenti – funzioni, tecniche operative e criteri contenutistici, che la riconduzione a un principio ancora più generale»⁸ (Salvi 1988, 5). In epoca ben più recente, ma con la medesima impostazione di fondo, si è affermato che «il concetto di abuso del diritto assume una valenza più simbolica – nel senso di stigmatizzare, a livello puramente descrittivo, situazioni in cui il diritto soggettivo venga esercitato in maniera impropria rispetto alla finalità per la quale è stato attribuito dall'ordinamento – che tecnico-operativa,

scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito»; norma, secondo taluni, di «dubbio tecnicismo e che avrebbe potuto rivelarsi infondata per l'assunzione dello scopo come elemento cui riferire l'abuso» (Romano 1958, 166).

⁶ Sulla «discussa e incerta teoria dell'abuso del diritto» rifletteva Grosso (1958, 161), evidenziando l'interferenza di tre piani distinti: «quello giuridico della coesistenza e del conflitto di diritti, e della linea segnata dall'ordinamento giuridico; quello morale della interferenza di esigenze etiche nel diritto; quello storico dell'affermarsi di nuove esigenze nella coscienza sociale».

⁷ Così, Cass. Civ. Sez. I, n°476/1953, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali* XXVIII (1953), I, 324: «Invero, allorché un soggetto, con la sua azione, oltrepassa i limiti nei quali va contenuto il suo diritto, egli viene ad abusare del diritto stesso, onde la sua attività assume carattere illecito ed il danno che ne deriva è antigiuridico».

⁸ Secondo l'Autore, «...la mera attenuazione... degli squilibri derivanti dall'esercizio di quei diritti, nei limiti compatibili con la loro natura, è già operabile attraverso le clausole generali contenute nel codice, e in precedenza ricordate... per assumere la massima operatività delle clausole generali codicistiche occorre non già un'ulteriore astrazione in termini di principi generali – che rischierebbe di renderle evanescenti – ma un'analisi specifica e ravvicinata, che ne indichi anche le possibili concrete applicazioni, lungo una prospettiva di ricerca che da tempo assunta da larghi settori della nostra cultura giuridica» (Salvi 1988, 5).

in quanto rappresenta una formula di carattere generale (di scarsa rilevanza dal punto di vista pratico) aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva» (Di Salvatore 2022, 128).

Non sono mancate, tuttavia, prospettive favorevoli alla definizione di una nozione autonoma.

In questo senso, Romano propone di riflettere su un piano funzionale che muove dal «necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere», e sottolinea come «i poteri richied[a]no di essere positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati» (1958, 167); ne consegue che «il concetto è... suscettivo di assumere un significato in tutti quei casi in cui... si verifica un'alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso. Ciò si verifica: a) sotto forma di alterazione del fattore causale che ripercuote in un'alterazione nella struttura dell'atto stesso... b) sotto forma di una condotta di rapporti giuridici contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui...» (1958, 168).

L'Autore, quindi, con una prospettiva oltremodo stimolante nel nostro ragionare, guarda alla «funzionalità interna, strutturale», (1958,169-70) dell'attribuzione dei poteri e diritti soggettivi.

Approccio ugualmente propositivo si rinviene in Natoli (1958) che ritiene pienamente operante il doppio principio originariamente cristallizzato nella previsione di carattere generale che non ha, poi, trovato conferma nella stesura definitiva del Codice Civile: abuso quale eccesso rispetto ai limiti posti dalla buona fede e abuso quale deviazione dallo scopo in funzione del quale uno specifico diritto viene attribuito (1958, 25).

Nel sostenere che l'esercizio di ogni diritto soggettivo debba sempre avvenire – quale principio generale del nostro ordinamento – «secondo buona fede» (1958, 28), l'Autore ammette che il comportamento del titolare di un diritto, per quanto astrattamente conforme allo stesso, possa risultare illegittimo in quanto contrario alla regola della buona fede che «presiede, secondo il nostro ordinamento, all'esercizio dei diritti reali e dei diritti di credito» e opera, dunque, in «tutto il campo dei diritti patrimoniali» (1958, 30). Medesima riflessione potrebbe compiersi con riferimento ai diritti non patrimoniali – nelle loro più diverse declinazioni – rispetto ai quali, rilevando il fondamento etico-sociale (più che economico) che vi è alla base, non sarebbe risolutivo guardare alla regola della buona fede, «dovendosi risalire all'intima sostanza del fenomeno per accertare se l'esercizio del diritto sia avvenuto in conformità con lo scopo etico in vista del quale il diritto stesso è stato riconosciuto» (1958, 31).

È una prospettiva che non pare così difforme da quella che guarda alla necessità di individuare nell'«interesse meritevole di tutela» il limite entro il quale «è riconosciuta ed è destinata ad operare la libertà negoziale privata», così suggerendo, peraltro, un'interferenza con la disciplina dei motivi e con la nozione di causa dei negozi giuridici (Rescigno 1965, 229-30); questo, in quanto *non omne quod licet honestum est*, così che deve distinguersi tra ciò che è social-

mente ammesso da ciò che è, invece, «giuridicamente protetto» (si vedano Rondoni 1979 e Levi 1993).

Per quanto questione oltremodo controversa, poiché afferente a un potenziale sindacato di merito, Natoli sottolinea la «particolare rilevanza della oggettiva determinazione teleologica di certe situazioni» (1958, 33) e, muovendo dalle previsioni di cui agli artt. 833 e 1438 c.c., evidenzia che l'ordinamento giuridico considera il fatto che il titolare possa avvalersi dei diritti lui riconosciuti per conseguire finalità ulteriori e diverse da quelle oggettivamente sottese ai diritti medesimi, ma «non tollera la riduzione di questi – che, per loro natura, sono strumenti tipicamente di difesa – a strumenti, che, invece, dovrebbero avere funzione essenzialmente di offesa» (1958, 35); sottolinea, dunque, che deve ritenersi illecito, non solo il comportamento che si riveli privo di obiettiva utilità per chi lo serba, ma altresì quello connotato da una sproporzione tra il vantaggio conseguibile dal soggetto agente e il pregiudizio recato a terzi.

Così, caratteristica prima dell'abuso del diritto sarebbe l'apparente conformità della condotta al contenuto del diritto, tanto che «abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere» (Natoli 1958, 37): una conformità meramente formale che non esclude l'illegittimità dell'atto, poiché «...la considerazione esclusiva della esteriore e formale conformità del comportamento del soggetto, al contenuto astratto di un suo diritto, astraendo totalmente dai motivi soggettivi e dai riflessi negativi che quel comportamento può avere sulla posizione del *proximus* o, addirittura, sugli interessi collettivi e generali, che sono alla base di tutto l'ordinamento giuridico, si esaurisce nell'affermazione del dominio incontrastato dell'arbitrio individuale e nella correlativa negazione di ogni autorità della legge» (Natoli 1958, 32).

La conformità, nella sua declinazione oggettiva, guarda anche all'obiettiva coerenza con la causa, la cui tipicità potrebbe assurgere – come rammentato da Rescigno – a «preventivo riconoscimento della dignità di tutela dell'interesse» (1965, 230); cionondimeno, è lo stesso Autore a evidenziare (al pari di Natoli 1958 e Romano 1958) l'esigenza di operare su un piano di riflessione differente, che è quello dell'esercizio del diritto e della comparazione degli interessi coinvolti dall'esercizio medesimo: «il problema dell'abuso riguarda invece, e propriamente, la comparazione di interessi che siano in conflitto con lo svolgimento di un particolare rapporto o che siano in conflitto nella posizione del regolamento di interessi. Perciò appare più corretto il tentativo di ricostruire il divieto generale dell'abuso... sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.)» (1965, 232).

Si delinea, in questo modo, l'opportunità di quella prospettiva sostanzialista che – nonostante l'approccio critico che lo caratterizza – si rinviene nella definizione tratteggiata da Salvi, ove circoscrive la figura dell'abuso alle «ipotesi nelle quali un comportamento, che formalmente integri gli effetti dell'esercizio del diritto soggettivo, debba ritenersi però – sulla base di criteri non formali di valutazione – privo di tutela giuridica, o illecito» (1988, 1).

Nella prospettiva che ci accompagna, a dispetto delle conclusioni cui perviene, la riflessione dell'Autore assume rilievo nella parte in cui prospetta l'esigenza di individuare un autonomo principio giuridico, desumibile dalle clausole generali o da specifiche fattispecie normative e, soprattutto, capace di «aggiungere un *quid pluris* di valenza precettiva, rispetto al contenuto normativo di ciascuna di esse» (1988, 2): una valenza precettiva, tuttavia, che – come si avrà modo di approfondire nel prosieguo – dovrebbe necessariamente operare nell'ambito oggettivo proprio del diritto considerato poiché porre l'abuso al di fuori del diritto soggettivo significherebbe, come opportunamente evidenziato da Dossetti, negare «autonomia al concetto rispetto alla nozione di illecito» (1969, 1577).

3. Diritto, valori, abuso

Il diritto è fenomeno sociale e come tale ambisce, per sua stessa natura, a essere espressione della coscienza civile.

Il diritto è quell'insieme di regole, decise dai consociati, che permette di individuare quali sono i comportamenti leciti per raggiungere determinati scopi, quali gli atteggiamenti considerati lesivi del vivere comune, quali gli obblighi da rispettare per garantire la pacifica convivenza e il pieno godimento dei diritti individuali, collettivi e sociali; il diritto è un continuo divenire, strettamente correlato ai bisogni, ai valori e alle convinzioni delle individualità e collettività che compongono la società cui appartiene.

Esso è, dunque, relativo, in quanto inevitabilmente destinato a mutare adeguandosi al contesto sociale di riferimento, e la relatività è espressione del suo essere intrinsecamente connesso all'etica e alla morale, così che la definizione di ciò che giuridicamente rilevante – *rectius*, meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico – è il risultato dell'evoluzione storica, etica e morale della società.

Il diritto esprime, necessariamente, un «sistema di valori» (Kelsen 1956).

Deve, dunque, considerarsi l'interrelazione tra diritto, etica e morale come caratteristica immanente dell'ordinamento giuridico, così che non pare possibile considerare l'abuso del diritto quale mero «fenomeno sociale, [un] non... concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili» (così, Rotondi 1923, 115-16).

Peraltro, se «le leggi sono le condizioni colle quali gli uomini indipendenti e isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità... fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà...» (Beccaria 1764, 6), e se «è dunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo» (Beccaria 1764, 7), è allora indispensabile considerare le relazioni, le interferenze e i conflitti che l'esercizio dei diritti può generare, dovendosi ricercare – sempre e comunque – l'equilibrio tra contrapposti interes-

si, tra l'utilità degli uni e il sacrificio degli altri, perché l'ordinamento giuridico, proprio per la natura che gli è propria, non può esaurirsi «nel dominio incontrastato dell'arbitrio individuale e nella correlativa negazione di ogni autorità della legge» (Natoli 1958, 32).

Dunque, l'abuso del diritto guarda necessariamente a una «dimensione di reciprocità, o comunque di conflitto di interessi» (Mazzoni 1969, 609).

Questo porta a dubitare che possa ravvisarsi un'intrinseca contraddizione tra il concetto di abuso e quello di diritto (in questo senso, Carinci 2005), poiché, mentre il confine tra ciò che è lecito e ciò che è illecito delinea il perimetro esterno di diritti, facoltà e poteri, l'abuso interviene all'interno di essi per concretizzare la *ratio* della tutela giuridica loro riconosciuta⁹: garantisce i contrapposti interessi ogniquale volta il loro sacrificio non risulti più giustificato – legittimato – dall'effettivo perseguimento dello scopo cui l'ordinamento riconosce astratta prevalenza¹⁰.

Di fatto, «se non c'è il diritto non può esserci l'abuso. Il diritto costituisce così il primo elemento della fattispecie abusiva» (Sacco 2012, 7¹¹).

In questo senso, il Supremo Collegio quando ha richiamato «...l'orientamento largamente prevalente in dottrina, secondo cui nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forza di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito. L'abuso del diritto

⁹ Di diverso avviso Cass. Civ. Sez. I, n°3040/1960, secondo cui, «in singoli casi ed in riferimento ai fondamenti precetti della buona fede (come regola di condotta) e della rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso dall'ordinamento giuridico positivo, l'uso anormale del diritto può condurre il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo medesimo e quindi tale comportamento può costituire illecito, secondo le norme generali di diritto in materia».

¹⁰ *Contra*, Bolego il quale ritiene che «la stessa meritevolezza degli interessi... non va intesa come conformità dell'atto a non ben precisati principi dell'ordinamento, ma piuttosto come non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume... In tal modo si finisce col ricostruire un limite interno alla libertà di iniziativa economica, evocando l'esistenza di finalità predeterminate dal legislatore rispetto alle quali l'autonomia privata non può sconfinare...»; tuttavia, «l'iniziativa economica privata... non deve essere rivolta al perseguimento di scopi predeterminati; piuttosto non può essere svolta *contra legem*... o *in fraudem legis*...» (2011, 112-13).

¹¹ Per quanto, alla fine, l'Autore concluda affermando che «...la dottrina stessa dell'abuso non è la messa in opera di una norma preterlegale; è piuttosto la creazione di una categoria ordinante non necessaria, di un concetto superfluo... Ma in modo più generale – e, in specie, nell'ordine territoriale italiano – essa è in qualche caso un medio logico inutile, negli altri casi un doppione inutile» (2012, 31). Nello stesso senso, Del Punta per il quale l'abuso del diritto sarebbe una «variante terminologica» (2010, 25) dell'inesistenza del diritto, salvi i casi «limite» in cui si configura «...più che un non-diritto... un parziale sviamento del diritto stesso» (2010, 26); così anche Zoli e Ratti secondo i quali «la giurisprudenza tende troppo spesso a qualificare come abuso del diritto situazioni in cui si verifica un eccesso dai limiti posti dall'ordinamento all'esercizio di quel diritto: solo tale eccesso può rendere illegittimo l'esercizio del diritto, rimanendo quella dell'abuso una formula meramente descrittiva ed atecnica» (2010, 157).

to consiste, secondo questa autorevole dottrina, nell'esercitare il diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Questa stessa nozione dell'abuso del diritto ha trovato eco anche nella giurisprudenza di questa Corte, che ammette come «in singoli casi ed in riferimento ai fondamentali precetti della buona fede (come regola di condotta) e della rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso dall'ordinamento giuridico positivo, l'uso anormale del diritto possa condurre il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo medesimo e che quindi tale comportamento possa costituire un illecito, secondo le norme generali di diritto in materia» (Cass. 15 novembre 1960, n. 3040)¹² (sul punto, Falco 2010).

Se questo è, allora, l'abuso del diritto è anche altro rispetto all'eccesso del diritto che è proprio di quell'atto che si pone al di fuori dell'ambito oggettivo del diritto medesimo.

Questo porta, altresì, a ritenere – quasi inevitabile conseguenza del rilievo che precede – che nell'ordinamento giuridico debba necessariamente trovar patria una categoria generale di abuso del diritto, *rectius*, che un ordinamento giuridico non potrebbe dirsi completo se, tra principi che ne costituiscono fondamento, non potesse individuarsi anche quello del divieto di abusare dei diritti ivi riconosciuti¹³.

Sicché, è condivisibile la prospettiva di chi ha ritenuto che «l'abuso abbia sicuramente ragion d'essere, perché è un limite alla norma, che deve adeguarsi al cambiamento continuo della realtà sociale, allo stesso degradarsi del concetto di diritto soggettivo in interesse socialmente ed economicamente apprezzabile» (Levi 1993, X). E, d'altronde, già D'Amelio aveva osservato che «il diritto, in vero, non è un concetto assoluto. Esso è proporzione e come tale ha limite. Oltre

¹² Cass. Civ. Sez. I, n°15482/2003.

¹³ Principio, peraltro, cristallizzato dall'art. 54 della Carta di Nizza che stabilisce «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»; disposizione a fronte della quale Galgano rileva: «Non si può più ripetere allora l'antica massima *qui suo iur utitur neminem laedit*. Non si può legittimamente ledere il diritto altrui – questo è il senso della disposizione generale, che chiude la Carta di Nizza – neppure se lo si lede nell'esercizio di un proprio diritto. Incorre nel divieto di abuso del diritto chi si avvale di un proprio diritto, riconosciutogli dalla Carta, per svolgere attività o compiere atti miranti a ledere diritti altrui. E si noti che i diritti e le libertà protette dalla Carta non sono solo i diritti e le libertà tradizionalmente concepite come diritti o libertà fondamentali: comprendono anche il diritto di proprietà (art. 17), la libertà di impresa (art. 16), la libertà professionale e il diritto di lavorare (art. 15), ossia tutti i diritti e le libertà in gioco quando si discute di abuso del diritto. «Non facciamoci riconoscere», si diceva nella commedia all'italiana. A dieci anni dall'entrata in vigore, in tutta Europa, della Carta di Nizza, la provincia italiana non sembra essersi ancora accorta del «divieto dell'abuso di diritto», e continua a prodursi in inutili virtuosismi concettuali ed in sterili bizantinismi» (2011, 319).

questo limite non è più operante come forza sociale, protetto dall'autorità dello Stato e se agisce e cagiona danni ad altri, non merita più protezione» (1937, 49)¹⁴.

Emerge, in questo modo, la duplice attitudine della teoria dell'abuso del diritto.

Essa è strumento ultimo di regolazione e comparazione tra interessi contrapposti nella definizione di ciò che l'ordinamento riconosce come giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, e, al tempo stesso, rimedio per supplire alle carenze della normazione positiva: meccanismo di adeguamento dell'ordinamento «ai vari aspetti della realtà sociale, ossia al rapido mutare dei costumi, della «coscienza sociale» o «morale sociale»» (Levi 1993, 11), soluzione alle lacune dell'ordinamento e – in quanto tale – recessivo rispetto alla successiva normazione positiva.

Ulteriore conseguenza del ragionare è l'approdo a una concezione funzionale o teleologica dell'abuso del diritto che porta a censurare la «non corrispondenza dell'atto alla funzione assegnatagli dall'ordinamento»¹⁵ (si veda, sul punto, anche Carinci 2005); prospettiva, questa, che guarda alla oggettiva coerenza tra la *ratio* della norma attributiva del diritto e l'esercizio che del diritto medesimo viene fatto: abusa della norma colui che si avvale di essa, ma non mira a perseguire l'interesse che dalla stessa viene protetto (in questo senso, Müller-Erzbach 1950). Si tratta allora di operare, come opportunamente osservato da Mazzoni, una valutazione interna e strutturale destinata a individuare l'abuso là dove l'esercizio del diritto rappresenti una deviazione dalla natura della funzione (1969, 612-13).

Ne consegue che, più che l'apparente conformità al diritto (Natoli 1958), risulta necessario far emergere l'oggettiva e sostanziale contraddizione intrinseca ovvero, per dirla come Giorgianni (1963, 105), l'atto si presenta «al tempo stesso «contrario e conforme alla norma», ed è contrario proprio in quanto la posizione giuridica viene esercitata «per soddisfare un interesse concreto diverso da quello in astratto tutelato dalla norma» (Carinci 2005, 117; vedi anche Astone 2017).

4. Le criticità nei più recenti approdi giurisprudenziali

Nelle considerazioni che precedono si è iniziato a tratteggiare il confine esterno dell'abuso del diritto, suggerendo che esso non possa coincidere né con l'atto illecito né con l'eccesso dal diritto.

¹⁴ L'Autore prosegue osservando che, «se il limite è fissato dalla legge positiva, la questione non si pone neppure, perché al di là dello stesso vi ha il non-diritto o l'attività illegale e il danno che essa cagiona è *injuria datum*. Se il limite non è espresso, è da vedere se non sia nella natura stessa del diritto. A cercarlo con obiettività e buon volere lo si trova sempre. Il superarlo è violazione negli effetti eguale a quella della violazione del limite espresso. In tal modo respingendo l'obiezione principale contro la concezione dell'abuso del diritto, si è in sintesi accennato alla sua vera natura» (1937, 49).

¹⁵ Cass. Civ. Sez. Lav., n°4250/1981, in *Giustizia Civile*, 1982, I, 181.

Non può coincidere con l'atto illecito in quanto quest'ultimo costituisce violazione della norma giuridica, negazione della prescrizione ivi positivizzata e contraddizione – lesione – immediata e diretta di una posizione giuridica, degli interessi dalla stessa tutelati o dell'equilibrio tra contrapposti interessi per come regolato dall'ordinamento giuridico: «è il fatto lesivo di interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione» (Bianca 1997, 532)¹⁶. Anche Castronovo – a dispetto dell'approccio critico che lo contraddistingue – ha affermato che «...l'abuso... non costituisce fattispecie autonoma di illecito contrattuale, bensì si qualifica come elemento impeditivo della giustificazione proprio dell'esercizio del diritto che sfoci in un danno per altri» (2015, 114), e che «nell'abuso... non si elude la norma imperativa bensì semplicemente l'atto non è assistito da giuridicità...» (2015, 118).

Nemmeno può coincidere con l'eccesso dal diritto in quanto quest'ultimo, pur non assurgendo a violazione espressa di una norma giuridica, costituisce comunque un esercizio del diritto che esorbita dall'ambito oggettivo che gli è proprio e, quindi, atto non legittimato dall'ordinamento; un esempio, in questo senso, a dispetto della rubrica che gli è propria, è la previsione di cui all'art. 1015 c.c. che circoscrive gli «abusi dell'usufruttuario» all'ipotesi in cui, tra l'altro, quest'ultimo alieni i beni: alienazione che non gli è consentita, non in quanto deviazione funzionale del diritto lui riconosciuto, esercizio del diritto per scopi estranei al diritto medesimo, ma in quanto atto di gestione proprio di un diritto che non gli appartiene, ossia la proprietà.

Evidente, poi, che l'abuso del diritto non possa nemmeno coincidere con l'inadempimento di obblighi espressamente previsti dall'ordinamento, trattandosi della mancata o inesatta esecuzione di una prestazione dovuta.

Quanto appena osservato dà conto delle ragioni per cui non risulta condivisibile il più recente orientamento giurisprudenziale laddove richiama la categoria generale dell'abuso del diritto nei casi di illegittimo utilizzo – da parte dei lavoratori – dei permessi e congedi straordinari per l'assistenza ai disabili, dei congedi parentali o, comunque, di particolari permessi retribuiti.

Senz'altro, nelle pronunzie in materia di abusi dei permessi per l'assistenza ai disabili, ricorre – costante – la considerazione dell'uso improprio dei permessi quale impiego degli stessi per il soddisfacimento di interessi diversi e avulsi da quelli tutelati dall'ordinamento, con conseguente venir meno del nesso causale tra diritto azionato e interesse tutelato: «ove il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile manchi del tutto, come nel caso in esame... non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto, come già ritenuto

¹⁶ Osserva Castronovo che «la gran parte dei fatti illeciti non sono condotte nelle quali si esercita un diritto» e che «l'esercizio del diritto nella teoria del fatto illecito è una categoria precisa che si inquadra tra le cause di giustificazione, ricorrendo una delle quali, come tutti sappiamo, quello che sarebbe un fatto illecito più non lo è, in virtù di una qualificazione della condotta che neutralizza o deterge la illiceità determinata dall'offesa di una situazione giuridica soggettiva di altri» (2006, 1052).

da questa Corte in precedenti analoghi. Alla luce dell'orientamento di questa Corte, che si condivide ed al quale si intende dare continuità... il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso L. n. 104 del 1992, ex art. 33, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'abuso di diritto, giacché tale condotta si palesa, nei confronti del datore di lavoro come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale»¹⁷.

Sul punto, il Supremo Collegio ha altresì osservato che, «ove l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollegli alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile, ma presupponga un'autonomia comunque collegata alla cura di interessi, soprattutto ove si tratti – come nella specie – di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento. L'abuso del diritto, così inteso, può dunque avvenire sotto forme diverse, a seconda del rapporto cui esso inerisce, sicché, con riferimento al caso di specie, rileva la condotta contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, nei confronti del datore di lavoro, che in presenza di un abuso del diritto al permesso si vede privato ingiustamente della prestazione lavorativa del dipendente e sopporta comunque una lesione (la cui gravità va valutata in concreto) dell'affidamento da lui riposto nel medesimo, mentre rileva l'indebita percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico. In base al descritto criterio della funzione, deve ritenersi verificato un abuso del diritto potestativo allorché il diritto venga esercitato, come nella specie, non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività»¹⁸.

¹⁷ Cass. Civ. Sez. Lav., n°17968/2016.

¹⁸ Cass. Civ. Sez. Lav., n°4984/2014. Più di recente, Cass. Civ. Sez. Lav., n°25290/2022: «In coerenza con la *ratio* del beneficio, l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela. Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile manchi del tutto non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto..., oppure, secondo concorrente o distinta prospettiva, di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro (che sopporta modifiche organizzative per esigenze di ordine generale) che dell'ente assicurativo (anche ove non si volesse seguire la figura dell'abuso di diritto che comunque è stata integrata tra i principi della Carta dei diritti dell'unione

Nel medesimo senso si sono poste le pronunzie in materia di utilizzo illegittimo dei permessi dei dirigenti sindacali: «la qualificazione della condotta del dipendente in termini di abuso del diritto appare coerente con l'accertamento della concreta vicenda, come sopra operato, venendo in rilievo non la mera assenza dal lavoro, ma un comportamento del dipendente connotato da un *quid pluris* rappresentato dalla utilizzazione del permesso sindacale per finalità diverse da quelle istituzionali; questo esclude la riconducibilità della condotta alle richiamate norme collettive che puniscono con sanzione conservativa la assenza dal lavoro, la mancata presentazione o l'abbandono ingiustificato del posto di lavoro»¹⁹.

Ricorrendo tutti i presupposti costitutivi dei diritti azionati per come previsti dalla disciplina di settore (nei casi in esame, quelli di cui all'art. 33 Legge 104/1992, all'art. 42, co. 5, d.lgs. 151/2001 e all'art. 30 Legge 300/1970), non vi è dubbio alcuno che il contesto astratto di riferimento sia riconducibile all'ambito oggettivo di applicazione della stessa; tuttavia, nei singoli episodi oggetto di sindacato giudiziale, a dispetto delle ragioni formalmente addotte dai lavoratori per avvalersi dei diritti in questione, manca – a monte – uno dei presupposti di fatto costitutivi dei diritti medesimi: l'attività di assistenza in favore del soggetto disabile o la partecipazione alle riunioni degli organi direttivi, provinciali e nazionali delle associazioni sindacali.

Il diritto sussiste se, e nella misura in cui, sia in concreto compiuta attività di assistenza in favore del soggetto disabile o di partecipazione alle riunioni sindacali; nel caso in cui, per contro, detta attività non sia svolta, il fatto deve necessariamente essere collocato al di fuori della norma attributiva del diritto e al di fuori, quindi, anche del perimetro di astratta configurabilità di un'ipotesi di abuso.

Pare pienamente condivisibile, quindi, quella dottrina che – dubitando della necessità del ricorso alla categoria dell'abuso del diritto – ha evidenziato come, «nell'ipotesi di mancata partecipazione all'attività tipica prevista dalla disposizione statutaria... non si verifichi l'effetto sospensivo dell'obbligazione di lavoro» e, quindi, «la «mancanza della prestazione per causa a lui imputabile», poiché rileva l'inesistenza di uno degli elementi costitutivi del diritto» (Frosecchi 2023, 398)²⁰.

Europea (art. 54), dimostrandosi così il suo crescente rilievo nella giurisprudenza Europea: in termini si veda Cass. n. 9217 del 2016». Di analogo tenore le riflessioni in punto di illegittimo impiego del congedo straordinario di cui all'art. 42, co. 5, d.lgs. 151/2001: «...la vicenda *de quo* nel suo complesso, parrebbe far pensare ad un uso distorto – per fini personali –, e quindi improprio, non conforme alla sua funzione, di un nobile strumento di tutela quale quello in esame che concreterebbe un vero e proprio abuso del diritto» (Trib. Bari, Sez. Lav., ordinanza del 30/05/2017).

¹⁹ Cass. Civ. Sez. Lav., n°26198/2022.

²⁰ Sicché, «...se prendiamo in considerazione la specifica fattispecie dei permessi per dirigenti sindacali emerge con prepotenza la distinzione tra limiti esterni, per l'appunto quelli di correttezza e buona fede che permeano il diritto dei contratti..., e limite interno, consistente nell'utilizzo del permesso per il fine tipizzato dalla norma, «oltrepassato il quale vi è illecito»... Vien da chiedersi se sia necessario, in presenza di un limite interno chiaramente

In questo senso, si è pronunziato anche il Giudice di Legittimità quando ha affermato che «...l'indebita utilizzazione dei permessi, di per sé considerata, non è inadempimento di un obbligo assunto dal dipendente (inadempimento da provarsi dal creditore della prestazione) ma rivela l'inesistenza degli elementi della fattispecie costitutiva del diritto potestativo. Secondo i principi generali è il soggetto che assume di essere titolare di un diritto potestativo che deve provare l'esistenza delle condizioni e dei presupposti necessari per l'insorgenza del diritto stesso. Ove una tale prova, di fronte alle contestazioni della controparte, non venga fornita, trovano applicazione le regole ordinarie del rapporto di lavoro e l'assenza del dipendente è reputata mancanza della prestazione per causa a lui imputabile, che impedisce la nascita del credito alla retribuzione»²¹.

In epoca più recente, peraltro, sviluppando la richiamata impostazione, il Supremo Collegio ha valorizzato i riflessi negativi che siffatte condotte determinano sul rapporto di lavoro, ritenendo legittimi i provvedimenti disciplinari conseguentemente adottati (22).

E, d'altronde, mutando prospettiva e guardando al più generale ambito delle mancanze imputabili al lavoratore, degli atti o dei comportamenti contrari agli obblighi propri del rapporto subordinato e comunemente qualificabili come riprovevoli, la condotta così serbata dai prestatori di lavoro configura – oltre che un comportamento penalmente rilevante – un piano inadempimento agli obblighi di diligenza e osservanza di cui all'art. 2014, e al dovere di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. (rispetto al quale svolgono funzione integrativa gli obblighi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.²³).

Qualsiasi sia l'angolo visuale adottato, dunque, emerge l'estraneità delle suddette ipotesi all'ambito proprio dell'abuso del diritto²⁴.

5. La possibile fisionomia dell'abuso nell'esercizio del diritto

Si è detto che l'abuso dovrebbe essere ricercato all'interno del perimetro oggettivo di applicazione di un determinato diritto, muovendo da una valutazione di coerenza e/o conformità tra l'atto in concreto compiuto – l'esercizio che di quel diritto viene fatto da colui che ne è titolare – e la *ratio* della legittimazione giuridica dallo stesso riconosciuta: ogniqualevolta, dunque, i diritti vengano

circoscritto dal legislatore e di una composita disciplina del licenziamento per motivi soggettivi, ricorrere... perfino, a una categoria dai limiti incerti, che fatica a trovare definitiva cittadinanza nell'ordinamento, quale l'abuso del diritto» (Frosecchi 2023, 401). Riflessioni critiche del medesimo tenore, per quanto concludano nel senso dell'inesistenza del diritto, si rinvergono in Di Salvatore (2022).

²¹ Cass. Civ. Sez. Lav., n°4302/2001.

²² Così, Cass. Civ. Sez. Lav., n°6495/2021; Cass. Civ. Sez. Lav., n°4943/2019.

²³ *Ex multis*, Cass. Civ. Sez. Lav., n°2550/2015; Cass. Civ. Sez. Lav., n°25161/2014; Cass. Civ. Sez. Lav., n°14176/2009.

²⁴ Riflessioni del medesimo tenore potrebbero essere svolte nei casi di impiego di certificazioni false di malattia o dell'utilizzo improprio dei beni aziendali; sul punto, Ferraro (2010).

esercitati per realizzare uno scopo diverso da quello per il quale gli stessi sono attribuiti dall'ordinamento.

Si è detto, altresì, che dovrebbe necessariamente tenersi conto della dimensione relazionale dell'esercizio dei diritti²⁵, che guarda al bilanciamento dei contrapposti interessi operato dall'ordinamento nell'attribuire determinati diritti e nel riconoscere, dunque, prevalenza a specifici interessi – rispetto a quelli che vi sono contrapposti – nel perseguimento di uno particolare fine giudicato meritevole di rilevanza e tutela giuridica.

È una prospettiva che richiama, senz'altro, i principi di correttezza e buona fede.

Il Supremo Collegio – in una pronuncia sulla quale vi sarà modo di tornare – ha osservato come «i principii di buona fede e correttezza... s[ia]no entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica... Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli «inderogabili doveri di solidarietà sociale» imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»²⁶.

D'altronde, «la buona fede [in senso oggettivo]... serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione» quale «principio cardine dell'ordinamento induttivamente estraibile dal sistema»²⁷; la correttezza, dal canto suo, «costituisce... regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso»²⁸.

Si è opportunamente evidenziato, dunque, che «la Corte di Legittimità, considerata ormai acquisita la costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., ritiene che il criterio della buona fede costituisca, per il giudice, strumento idoneo a controllare anche in senso modificativo o integrativo lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi» (Furlan e Vasini 2012, 568).

²⁵ *Contra*, tra gli altri, Messina (2004) che sostiene che dovrebbe considerarsi esclusivamente il dato oggettivo dello sviamento dallo scopo in ragione del quale la norma attribuisce un determinato diritto, indipendentemente dagli effetti negativi eventualmente prodotti nella sfera giuridica altrui.

²⁶ Cass. Civ. Sez. III, n°20106/2009; la pronuncia è stata oggetto di critiche severe, tra gli altri, Scognamiglio (2010), Piraino (2013) e Castronovo, il quale ultimo evidenzia come le motivazioni del Supremo Collegio darebbero conto del fatto che «...il vero oggetto della valutazione di abusività [sarebbe stata] la clausola che prevede il recesso, non l'esercizio di esso. Infatti, di quest'ultimo la Corte afferma l'obbligo di conformità alla buona fede...» (2015, 108); *contra*, Galgano (2011).

²⁷ Cass. Civ. Sez. I, n°3775/1994.

²⁸ Cass. Civ. Sez. I, n°3775/1994.

Sennonché, il rapporto tra i principi di buona fede e correttezza e il concetto di abuso del diritto è stato, talvolta, ritenuto «controverso» (Astone 2017, 21), soprattutto, ogniquale volta la sovrapposizione tra le differenti categorie è giunta a privare quella dell'abuso del diritto di oggettiva autonomia e sostanziale utilità (in questo senso, Cattaneo 1971).

Si è sostenuto, in particolare, che «...il tentativo, operato in dottrina, di distinguere concettualmente le due categorie si infrange con le fattispecie concrete, cui la giurisprudenza quotidianamente è costretta a misurarsi, che evidenziano la difficoltà di differenziare, con contorni netti, buona fede e abuso del diritto» e che «...la clausola generale di buona fede ha un contorno diverso, perché più ampio, rispetto a quello che perimetra l'abuso del diritto» (Astone 2017, 28)²⁹. Vi è stato, altresì, chi ha guardato ai due concetti in una prospettiva di complementarità, in quanto l'abuso opererebbe come limite interno, strutturale al contenuto del diritto, e la buona fede come limite esterno, strumento di bilanciamento dei contrapposti interessi (Restivo 2007, 179).

La Corte di Cassazione, dal canto suo, ha ritenuto che il «criterio di valutazione della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto»³⁰: affermazione, tuttavia, che parrebbe muovere da una non condivisibile inversione di prospettiva o, meglio, sovrapposizione di piani giuridici distinti³¹.

Nella medesima pronuncia, invero, il Supremo Collegio ha osservato che «l'abuso del diritto..., lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede». Ha, altresì, affermato che «gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto – ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale – sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche

²⁹ Ciò, in quanto «un soggetto, quando agisce in mala fede, nella maggior parte dei casi, compie uno o più atti che si pongono in aperto contrasto con i poteri formalmente attribuiti dall'ordinamento, dando vita a un illecito... Nei casi di abuso, invece, il titolare esercita il diritto, formalmente nel rispetto della cornice normativa, nella consapevolezza, però, di realizzare un interesse immeritevole di tutela, diverso dall'assetto di interessi che il legislatore ha ritenuto di dover garantire o promuovere, con la previsione di quel particolare effetto giuridico» (2017, 28-9).

³⁰ Cass. Civ. Sez. III, n°20106/2009.

³¹ Si condivide, quindi, Castronovo nella parte in cui afferma che «in questo modo, tra abuso e buona fede si produce una congestione, un sovrapporsi di figure, che vanno invece distinte»; l'Autore ritiene che «l'abuso del diritto, se è tale, non ha bisogno della buona fede per dare fondamento al proprio effetto; reciprocamente, la buona fede ha un ambito di applicazione suo proprio, all'interno del quale l'abuso del diritto non è in grado di aggiungere nulla» (2015, 108).

se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte»³².

Dunque, «qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio»³³: sono ipotesi in cui si è opportunamente parlato di «utilizzazione alterata dello schema formale del diritto» (Furlan e Vasini 2012, 570), ossia di situazioni in cui tra il diritto attribuito dall'ordinamento e il suo atto di esercizio è ravvisabile una deviazione dalla funzione obiettiva che gli è propria.

Semberebbe «l'uso anormale del diritto» circoscritto da risalente – e già richiamata – giurisprudenza³⁴.

Tuttavia, se questo è, allora pare possibile ritenere che in ogni ipotesi di abuso del diritto ricorra sempre la violazione dei principi di correttezza e buona fede, dovendosi per contro escludere che ogni violazione di questi ultimi configuri un'ipotesi di abuso.

Tanto si afferma in quanto l'abuso del diritto – per come sin qui tratteggiato – risulta necessariamente costituito da un *quid pluris*³⁵ che è lo sviamento dallo scopo o, per dirla come Falco, «l'alterazione del fattore causale del diritto» (2010, 383-84)³⁶. Di contro, la violazione dei canoni di buona fede e correttezza

³² Cass. Civ. Sez. III, n°20106/2009.

³³ Cass. Civ. Sez. III, n°20106/2009; in merito alla richiamata pronunzia, Galgano ha osservato: «Si dice da sempre, e lo ripete questa sentenza di Cassazione, che c'è abuso del diritto quando un diritto viene esercitato per conseguire obiettivi diversi da quelli per il cui conseguimento il diritto è riconosciuto», precisando «nel nostro caso ci si era avvalsi del diritto di recesso dal contratto di concessione di vendita per conseguire un obiettivo del tutto estraneo alla causa di questo contratto, qual era non la ristrutturazione della rete di distribuzione (obiettivo rientrante nella causa di questo contratto), ma la riduzione a costo zero del personale dirigente interno (obiettivo non rientrante nella sua causa). In materia di abuso del diritto di voto in assemblea si suole parlare di perseguimento di un «interesse extrasociale», ossia estraneo alla causa del contratto di società. Per tutti gli altri casi, nei quali si abusa di un diritto derivante da contratto, ben si può parlare di perseguimento di un interesse extracontrattuale, non rientrante nel novero degli interessi al cui perseguimento il contratto è preordinato» (2011, 316).

³⁴ Cass. Civ. Sez. I, n°3040/1960.

³⁵ In questo senso, Astone la quale afferma che «...è necessario un *quid pluris* costituito dall'essersi mossi all'interno del perimetro segnato dal legislatore, ma per un interesse che non è congruo rispetto all'effetto giuridico, astrattamente predeterminato, e che, anzi, è contrario al rapporto di ragionevolezza che lega il fatto all'effetto»; secondo l'Autrice, l'abuso si collocherebbe «nella fase intercorrente tra l'effetto, astrattamente previsto dalla norma, e la sua esecuzione, realizzata in contrasto con l'indice di valore che l'ordinamento ha considerato per attribuire quel potere di agire» (2017, 29).

³⁶ Per questi motivi, non risulta condivisibile la giurisprudenza che invoca l'abuso del diritto «semplicemente in funzione interpretativa e rafforzativa nella identificazione di un comportamento contrario a buona fede» (Diamanti 2022, 207).

può caratterizzare anche l'atto giuridico volto al perseguimento del medesimo interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto in concreto esercitato; ciò accade, per esempio, quando il diritto sia esercitato per conseguire le finalità che gli son proprie, ma con modalità tali da recare ad altri un danno che non costituisce inevitabile conseguenza dell'esercizio medesimo³⁷.

Al riguardo, il Giudice di Legittimità ha già avuto modo di osservare che «... anche la titolarità di un diritto potestativo non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti – mediante i quali la prerogativa viene esercitata – da parte del giudice, il cui accertamento può condurre alla declaratoria di illegittimità dell'atto e alla responsabilità civile dell'autore, con incidenza anche sul rapporto contrattuale», nonché di chiarire che «... quante volte esista un diritto soggettivo si configura necessariamente una corrispondenza oggettiva fra il potere di autonomia conferito al soggetto e fatto di esercizio di quel potere, secondo un legame che è ben evidente nella cd. autonomia funzionale i cui poteri sono positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati, come avviene normalmente nell'autonomia pubblica ma come avviene anche, sempre più diffusamente, nell'autonomia privata, ove l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollega più alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile ma presuppone un'autonomia, libera, comunque collegata alla cura di interessi... si che il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento. E ben s'intende come la immanenza di una siffatta funzione in ogni diritto, e massimamente in quelli che corrispondono a interessi, non meramente economici, costituzionalmente protetti, non richiede una previsione specifica, con una positiva regolamentazione: e ciò spiega perché, in via eccezionale, tale specificità sia stata invece richiesta, con il divieto di atti emulativi previsto dall'art. 833 del codice civile, in relazione alla ampiezza e al contenuto del diritto di proprietà e alla correlativa esigenza di riconoscere un limite funzionale a un potere tradizionalmente illimitato, imprescrittibile e comprensivo dello *jus abutendi*, sino alla costituzionalizzazione della sua funzione sociale (art. 42 Cost.)»³⁸.

³⁷ Concorda Timellini la quale osserva: «il ché ha portato, erroneamente, a identificare i due concetti, senza tenere conto del fatto che l'abuso del diritto è diverso dalla violazione della buona fede, in quanto esso indica la situazione che si verifica quando un soggetto esercita un diritto, di cui sia titolare, in maniera difforme, appropriandosi di utilità diverse ed ulteriori, rispetto a quelle per le quali il diritto è attribuito. Per contro, il canone di buona fede richiede che le parti, nella fase di esecuzione del rapporto obbligatorio, si comportino in modo tale da salvaguardare l'una gli interessi dell'altra, senza che però ciò comporti un apprezzabile sacrificio dei propri, secondo il principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.... Si tratta, allora, di due principi che non coincidono» (2020, 822).

³⁸ Cass. Civ. Sez. Lav., n° 16207/2008. Si è osservato che «questa valenza dell'abuso del diritto finisce per attribuire all'interprete un certo livello di discrezionalità, in particolare nell'individuare la *ratio* del diritto del quale si predica l'abuso; ma è naturale che le norme prendano vita nella loro vicenda applicativa. Dietro le norme restano sempre i principi e non è neanche indispensabile che tali principi siano scritti; anzi, si potrebbe ritenere che, poiché i

Senz'altro vero, dunque, che, nella giurisprudenza dell'ultimo decennio, l'abuso del diritto viene normalmente definito come «esercizio di un diritto con modalità non necessarie e irrispettose del principio di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale».

Quella stessa giurisprudenza, tuttavia, precisa che vi è abuso quando detto esercizio ha il «fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti»; questo, proprio in quanto «l'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegue un risultato lecito attraverso mezzi legittimi»³⁹.

Sicché, è stata correttamente invocata la categoria dell'abuso del diritto nel giudizio di legittimità del licenziamento disciplinare intimato al pubblico dipendente che, al fine di esercitare pressione per ottenere il trasferimento in un'altra sede, ha provocato grave disservizio e disagio con «continue istanze di accesso agli atti, ventilate denunce penali, ricorsi e domande di ogni tipo»⁴⁰ che, «atomicamente» considerate, costituivano piano esercizio di diritti lui riconosciuti; del pari, ben potrebbe costituire abuso del diritto – nei limiti in cui non assurga a componente di un'ipotesi di *mobbing* – la continua richiesta da parte del datore di lavoro di ripetute e ravvicinate visite mediche fiscali, al fine di costringere il lavoratore a far rientro in servizio in tempi più celeri.

Mediante l'abuso, dunque, si persegue un interesse non meritevole di tutela – poiché, se lo fosse, sarebbe contemplato e regolato dalla legge – alterando la funzione dello strumento giuridico all'uopo impiegato e contrastando il giudizio di meritevolezza operato dall'ordinamento⁴¹.

Il Giudice di Legittimità, seppur con particolare riferimento alla previsione di cui all'art. 1322, co. 2, c.c., ha già avuto modo di evidenziare che, «secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito. Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico... Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato

principi servono proprio a garantire all'ordinamento la necessaria dialettica tra testi normativi statici e contesto dinamico per rispondere a tale funzione è meglio che restino impliciti e non vengano cristallizzati in norme scritte» (Carpentieri 2018, 8-9).

³⁹ Cass. Civ. Sez. Lav., n°15885/2018; conformi Cass. Civ. Sez. Lav., n°10568/2013; Cass. Civ. Sez. III, n°8567/2012.

⁴⁰ Cass. Civ. Sez. Lav., n°1248/2016.

⁴¹ Pur negando che l'abuso del diritto possa costituire un'autonoma clausola generale, Piraino afferma che «il suo contenuto va rinvenuto in una riduzione in chiave teleologica della disposizione normativa in presenza di un atto di esercizio della situazione giuridica dalla stessa attribuito che esibisce un livello di giustizia e di meritevolezza inferiore rispetto a quello designato con il termine «liceità»» (2013, 75).

negli artt. 2, secondo periodo; 4, secondo comma, e 41, secondo comma, Cost. Affinché dunque un patto atipico possa dirsi «immeritevole», ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive... L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)⁴².

Se questo è, allora, lo sviamento dal fattore causale proprio del diritto esercitato (per l'appunto, l'abuso) si colloca inevitabilmente in una posizione di maggior contraddizione rispetto all'ordinamento giuridico, in quanto determina – oltre alla violazione dei canoni di buona fede e correttezza – l'asservimento del diritto a scopi diversi rispetto a quelli valutati come meritevoli di copertura e tutela giuridica da parte del sistema, stravolge la *ratio* della norma e, con essa, il bilanciamento di interessi operato dall'ordinamento medesimo.

E, d'altronde, vi è chi ha ritenuto che «...la meritevolezza costituisce la positivizzazione di un'esigenza tipicamente causale: quella che il contratto e, più in generale, il negozio giuridico poggino su un elemento giustificativo di rango oggettivo, che consenta di formulare un giudizio di opportunità o di coerenza complessiva con l'ordine socio-economico» (Piraino 2021, 697)⁴³.

V'è ora da domandarsi quali possano essere le conseguenze dell'abuso, nella consapevolezza che l'individuazione del rimedio costituisce uno dei passaggi connotati da maggior criticità.

Si è detto che, «in nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni» (Mengoni 1997, 9)⁴⁴.

Considerato, tuttavia, che l'abuso viene qui prospettato quale comportamento connotato da un *quid pluris*, cui si ricollega un più severo contrasto con l'ordinamento, deve riflettersi sulla possibilità di individuare una forma di reazione differente – potenzialmente idonea a paralizzarne gli effetti – proprio in quanto

⁴² Sulla moderna «spinta consistente ad attribuire incisiva valenza al giudizio di meritevolezza», riflette Cataudella (2014).

⁴³ L'Autore ritiene, quindi, che il criterio di meritevolezza «istituisce un sindacato volto a conferire rilievo a interessi che si collocano tra il non ancora illecito e il non sufficientemente consistente. Ed esso esprime la naturale vocazione del diritto statutale a operare una selezione dei fatti sociali, condannandone taluni per l'irrelevanza» (2015, 697).

⁴⁴ O, meglio, come rammenta Castronovo, «...può diventare criterio di validità... solo quando la legge (invero per un effetto di confusione del legislatore) lo preveda...» (2015, 106). L'Autore sostiene, peraltro, che «...l'abuso del diritto è categoria dell'atto, mentre la buona fede è categoria del rapporto, il primo riferendosi a un vizio del potere, la seconda a una fonte di integrazione del rapporto» (2015, 109); afferma, inoltre, che «...l'abuso... quando si riferisce all'autonomia privata si traduce in invalidità dell'atto o nella sua inefficacia» (2015, 114) ritenendo, tuttavia, che «...proprio perché non si tratta della violazione di una norma imperativa, ai fini dell'invalidità/inefficacia occorre una disposizione *ad hoc*» (2015, 119).

atto volto al raggiungimento di finalità non legittimate dall'ordinamento giuridico (in questo senso, Scognamiglio 2010) e, di fatto, contrario alla gerarchia di valori che ne costituisce il fondamento⁴⁵.

Riflettendo sulla meritevolezza degli interessi, Piraino evidenzia come «l'ultimo nodo dogmatico implicato nel requisito della meritevolezza consist[a] nel rimedio cui ricorrere all'esito negativo del relativo giudizio» (2021, 696), e afferma che «l'erroneità della tesi dell'inefficacia originaria per inqualificazione dell'atto di autonomia immeritevole risiede nel non aver compreso che l'irrelevanza del contratto che persegue interessi immeritevoli non discende da una valutazione condotta *ab extrinseco* dall'ordinamento giuridico, ma da una carenza strutturale del contratto, che dunque non può che decretarne la nullità» (2021, 696).

Senonché, la nullità presuppone una norma proibitiva perfetta – «salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1418, co. 1, c.c.) – e, in ogni caso, la contrarietà a norme imperative⁴⁶ e, pertanto, mal si attaglia alla teoria dell'abuso del diritto per come sin qui prospettata.

Non pare nemmeno possibile aderire all'approccio radicale di Sacco⁴⁷ che giunge sostanzialmente a escludere la configurabilità di un rimedio generale, in quanto «là dove il diritto soggettivo concreta una libertà di agire, la misura del diritto è anche misura di quella libertà... [mentre,] per quei diritti che hanno come struttura protettiva la pretesa, e come correlato il dovere altrui... [in cui] si configura come esercizio l'attività del soggetto, indirettamente protetta dalla pretesa propria e dal dovere altrui... si può concepire una regola che fissa il contenuto del diritto nel senso di contenuto della pretesa e del dovere dei terzi; e una seconda regola che fissa il contenuto del godimento, ossia dell'esercizio del diritto. Quando si tratta di situazioni di questo secondo tipo, il carattere abusivo del comportamento dovrà essere ricavato da una regola ad hoc (formulata per quello specifico rapporto o dotata di un'applicazione più vasta e generale), comunque non desumibile dalla regola fondatrice del diritto» (2012, 29).

E, allora, sarà necessario rievocare la tradizionale distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, laddove solo le prime sono suscettibili di determinare la nullità dell'atto, mentre le seconde possono essere esclusivamente fonte di responsabilità da cui far derivare un obbligo risarcitorio⁴⁸.

⁴⁵ In proposito, Galgano ha evidenziato che «l'atto abusivo non è trattato come fatto illecito, fonte di danno risarcibile ex art. 2043 c.c.; in materia contrattuale è, invece, atto invalido, destinato ad essere privato di effetti» (2011, 317).

⁴⁶ Rammenta Cass. Civ. Sez. III, n°2545/1970 che «la ipotesi di nullità del contratto per contrasto con norme imperative, contemplata dal comma primo dell'art 1418 cod. civ., è configurabile indipendentemente da una espressa comminatoria di legge e cioè dall'esistenza di una norma proibitiva perfetta la quale contenga oltre ad uno specifico divieto, anche la sanzione civilistica della nullità del negozio invero, la citata norma contiene un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non consegue una specifica sanzione di nullità del relativo negozio».

⁴⁷ Il quale, peraltro, nel concludere nel senso di una «categoria ordinante non necessaria», ci riporta alla «superfluità del ricorso all'abuso» di Del Punta (1998).

⁴⁸ Cass. Civ. SS.UU., n°26724/2007; sul punto, Roppo (2011).

Riferimenti bibliografici

- Astone, A. 2017. *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*. Milano: Giuffrè.
- Beccaria, C. 1764. *Dei delitti e delle pene*.
- Bianca, C. M. 1997. *Diritto Civile. La Responsabilità*, V. Milano: Giuffrè.
- Bolego, G. 2011. *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*. Padova: CEDAM.
- Cairo, L. 2020. "Licenziamento per abuso dei permessi ex l. n. 104/1992: il punto sugli orientamenti della giurisprudenza." *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 7: 740-46.
- Caracciolo, A. 2021. "La fruizione illecita dei permessi ex l. n. 104/1992." *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6: 630-39.
- Carinci, M. T. 2005. *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*. Padova: CEDAM.
- Carpentieri, L. 2018. "L'abuso del diritto e la sua rinnovata rilevanza "trasversale" nell'ordinamento giuridico italiano: considerazioni introduttive.", in *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, a cura di Loredana Carpentieri, 1-21. Torino: Giappichelli Editore.
- Castronovo, C. 2006. "Abuso del diritto come illecito atipico." *Europa Diritto Privato*, 3: 1051-60.
- Castronovo, C. 2015. *Eclissi del diritto civile*. Milano: Giuffrè.
- Cataudella, A. 2014. "L'uso abusivo di principi." *Rivista di Diritto Civile LX*, IV: 747-63.
- Cattaneo, G. 1971. "Buona fede obbiettiva e abuso del diritto." *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile XXV*: 613-59.
- D'Amelio, M. 1937. "Abuso del diritto." *Nuovo Digesto Italiano*, I: 48-50.
- D'Angelo, A. 2004. "La buona fede." *Trattato di Diritto Privato. Il contratto in generale XIII*, V, a cura di Bessone, Mario. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 1998. "L'abuso nel diritto del lavoro." *Diritto Privato 1997*: 403-33.
- Del Punta, R. 2010. "L'abuso dei diritti del lavoratore". In *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di Andrea Vallebona, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, supplemento: 26-28.
- Diamanti, R. 2017. "L'abuso nel rapporto di lavoro." *RIDL*, XXXVI, I: 589-621.
- Diamanti, R. 2022. "I trasferimenti collettivi tra abuso del diritto e licenziamenti collettivi." *RIDL XLI*, II: 204-11.
- Di Salvatore, L. 2022. "L'abuso del diritto da parte del lavoratore nella recente giurisprudenza: note critiche." *RIDL XLI*, II: 103-128.
- Dossetti, M. 1969. "Orientamenti giurisprudenziale in tema di abuso del diritto." *Giurisprudenza Italiana I*, 1: 1573-90.
- Falco, G. 2010. *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*. Milano: Giuffrè.
- Feltre, A. 2019. "Fruizione dei permessi ex l. n. 104 del 1992 per ragioni estranee all'assistenza del disabile: abuso del diritto e licenziamento ritorsivo." *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4: 904-916.
- Ferraro, G. 2010. "Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro" *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1-2: 14-21.
- Froscechi, G. 2023. "Utilizzo improprio dei permessi sindacali ex art. 30 L. n. 300/1970: è necessario ricorrere all'abuso del diritto?" *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2: 393-402.

- Furlan, G, e Vasini, Y. 2012. "L'abuso del diritto da parte del lavoratore." *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6: 567-79.
- Galgano, F. 2011. "Qui suo iure abutitur neminem laedit?" *Contratto e Impresa*, 2: 311-19.
- Giorgianni, V. 1963. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Grosso, G. 1958. "Abuso. I. – Abuso del diritto. a) Diritto Romano." *Enciclopedia del diritto*, I: 161-63.
- Kelsen, H. 1956. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi Editore.
- Levi, G. 1993. *L'abuso del diritto*. Milano: Giuffrè (Studi di Diritto Privato Italiano e Straniero, XXXI).
- Mazzoni, C. M. 1969. "Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto." *Rivista di Diritto Civile* XV, II: 601-19.
- Mengoni, L. 1997. "Autonomia privata e costituzione." *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I: 1-19.
- Messina, M. 2004. *L'abuso del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Müller-Erbach, "L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica.", in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1950, I, 89-97.
- Natoli, U. 1958. "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano." *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* XII, I:18-37.
- Patti, S. 1987. "Abuso del diritto." *Digesto. Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. I: 2-8.
- Piraino, F. 2013. "Il divieto di abuso del diritto." *Europa Diritto Privato*, 1: 75-173.
- Piraino, F. 2021. "Meritevolezza degli interessi" *Enciclopedia del diritto. I Tematici*, I: 667-99.
- Rescigno, P. 1965. "L'abuso del diritto." *Rivista di Diritto Civile* XI, I: 206-90.
- Restivo, C. 2007. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Romano, S. 1958. "Abuso. I. – Abuso del diritto. c) Diritto Attuale." *Enciclopedia del diritto*, I: 166-70.
- Roppo, V. 2011. *Il contratto*. Milano: Giuffrè.
- Rotondi, M. 1979. *L'abuso del diritto: "aemulatio"*. Padova: CEDAM.
- Sacco, R, e De Nova, G. 2004. "Il contratto.", in *Trattato di diritto privato*, a cura di Pietro Rescigno. Torino: UTET.
- Sacco, R. 2012. "Abuso del diritto." *Digesto. Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento VII*: 1-32.
- Salvi, C. 1988. "Abuso del diritto." *Enciclopedia Giuridica Treccani*. I: 1-6.
- Santoro-Passarelli, F. 1957. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene.
- Scialoja, V. 1878. "Degli atti di emulazione nell'esercizio di diritti." *Foro Italiano*, I, 481-48.
- Scognamiglio, C. 2010. "L'abuso dei diritti del lavoratore.", in *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di Andrea Vallebona, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, supplemento: 144-49.
- Scognamiglio, C. 2010. "Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza." *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II: 139-47.
- Timellini, C. 2020. "Qui iure suo abutitur"... nei rapporti di lavoro." *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 8-9: 820-25.
- Torrente, A. 1955. *Manuale di diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Zoli, C, e Ratti, L. 2010. "L'abuso dei diritti del lavoratore.", in *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di Andrea Vallebona, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, supplemento: 153-59.

Le incertezze giuridiche intorno alla nozione di sciopero generale e alcune recenti vicende¹

Simone D'Ascola

1. Premesse sullo sciopero generale

Lungi dall'aver mai corrisposto a utopie rivoluzionarie di marca soreliana², lo sciopero generale si configura, nella storia post-costituzionale del nostro sindacalismo³, come una vera e propria libertà politica, esercitata, secondo un andamento ciclico, con modi e intensità variabili da parte della classe lavoratrice.

¹ Lo scritto è dedicato alla cara memoria del Professor Riccardo Del Punta: diversi anni fa, in una delle prime occasioni in cui potei parlare di diritto del lavoro in pubblico, un amico mi fece notare che il Prof. Del Punta mi aveva ascoltato attentamente «per tutto il tempo». Non era cosa da poco e io non l'ho mai scordato.

² Si vedano in particolare i capp. IV e V di Sorel 1970, 173 sgg. In Italia fu Arturo Labriola uno dei primi esponenti socialisti a proporre l'idea di sciopero generale, contribuendo ad ispirare il grande sciopero del settembre 1904, una cui cronaca, quasi minuto per minuto, chiude l'importante volume di Procacci 1978, 379 ss.

³ Non è un caso che il primo grande sciopero generale successivo all'entrata in vigore della Costituzione – cioè quello che seguì ai proiettili che Antonio Pallante indirizzò verso Palmiro Togliatti – fu uno dei primi del secolo a finire senza repressione nel sangue. Peraltro, nessuno può sapere come si sarebbe conclusa quella fiammata di rabbia operaia «pre-rivoluzionaria» se non vi fosse stata, oltre alle parole che il Segretario diramò dal letto d'ospedale, la leggendaria fuga di Gino Bartali sul Col d'Izoard il 15 luglio 1948 (preludio della vittoria del *Tour de France* una decina di giorni dopo).

Simone D'Ascola, University of Pisa, Italy, simone.dascola@unipi.it, 0000-0002-5557-4496

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Simone D'Ascola, *Le incertezze giuridiche intorno alla nozione di sciopero generale e alcune recenti vicende*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.18, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 301-318, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Si può parlare di libertà politica in senso proprio perché lo sciopero generale, a differenza di qualsiasi altro esempio di sciopero, non può essere attuato che per ragioni eminentemente politiche, alla luce della generalità dei soggetti che coinvolge e della latitudine degli interessi che con esso si intende perseguire⁴. È indubitabile che lo sciopero generale sia un'alta espressione della democrazia partecipativa⁵.

Vinta da tempo la pretesa di delimitare lo spazio dello sciopero come diritto in relazione alla sua finalità economico-professionale, con il pieno riconoscimento della finalità politica fra quelle legittimamente ammesse dall'ordinamento⁶, è stato possibile legittimare lo sciopero generale come una delle possibili forme di attivazione del conflitto collettivo da parte di lavoratrici e lavoratori, i quali, in questo caso, oltre che esercitare un diritto sociale ed economico, si pongono come interlocutore diretto del potere costituito al suo livello centrale.

Semmai è possibile riscontrare, nella prassi degli scioperi generali, una caratterizzazione in termini di finalità duplice, ossia economico-politica, in tutti i casi in cui la rivendicazione portata avanti dagli scioperanti, o comunque gli atti politici che questi intendano mettere in discussione, si caratterizzino per incidere più o meno direttamente sulle condizioni economico professionali e sul portafoglio della classe lavoratrice, dentro un quadro di intervento politico di portata più generale (come ad esempio una legge di bilancio o una importante riforma settoriale).

Almeno dal dopoguerra, in Italia tradizionalmente lo sciopero generale, che nel gergo sindacale di norma auto-qualifica se stesso come tale al momento della proclamazione, si riconosce perché l'iniziativa per la sua effettuazione viene presa non da un sindacato di categoria o settoriale (o una molteplicità di questi), ma proviene dal livello confederale, di uno o più fra i sindacati maggiori, secondo il corso delle fasi di maggiore o minore unità fra di essi, che sempre si susseguono⁷. Inoltre, coinvolge una molteplicità di settori e attività, pubbliche e private, espressamente menzionate nella piattaforma conflittuale.

Mai – è bene precisarlo sin da subito – si è potuto ritenere che per essere generale uno sciopero dovesse: *i*) essere proclamato da *tutti* i sindacati confederali per la generalità delle loro federazioni; *ii*) essere proclamato con riferimento a *tutte* le categorie produttive e *tutti* i settori di attività privati e pubblici⁸; *iii*) avere una durata o una estensione territoriale minime variamente determinate.

⁴ Lo sciopero generale «*per sua natura* indica una solennità politica» osserva Passaniti 2021, 175 (corsivo mio).

⁵ Discutendo di sciopero nella III Commissione dell'Assemblea Costituente, Giuseppe Di Vittorio il 23 ottobre 1946 osservò che «lo sciopero generale politico nelle mani delle grandi masse lavoratrici può [...] considerarsi come uno strumento di difesa della democrazia».

⁶ Cfr. C. cost., n. 290/1974, rafforzata da svariati interventi nel successivo cinquantennio; sullo sciopero politico si veda Ballestrero 2018, 275 sgg.

⁷ Cfr. Spimpolo 2021 in sede giornalistica; ma si veda sin d'ora anche Carrieri et al. 2022.

⁸ Su questo punto è opportuno evidenziare che lo sciopero, per essere generale, deve riferirsi a un ventaglio molto ampio di categorie produttive, seppur non necessariamente «tutte»:

Poste queste essenziali premesse, occorre verificare l'evoluzione delle effettive prassi in tema di sciopero generale sviluppatasi negli ultimi decenni, nonché come queste prassi hanno condotto, in uno specifico frangente storico, al superamento della situazione di sostanziale anomia che aveva riguardato questo fenomeno fino a una certa epoca.

2. Le stagioni dello sciopero generale e la sua giuridificazione

Lo sciopero generale fu utilizzato più volte nel 1953 per contrastare la legge truffa⁹, con il risultato politico di impedire alla DC il raggiungimento del 50% alle elezioni politiche, e nel 1960 contro il governo Tambroni, votato dai missini, con i tragici strascichi dei morti di Reggio Emilia (e non solo). Superato il ciclo di lotte di fine anni Sessanta¹⁰, gli scioperi generali veri e propri non sono stati in realtà moltissimi. Negli anni Settanta, infatti, l'azione sindacale si concentrò sulla democratizzazione dei luoghi di lavoro, sul miglioramento delle condizioni nelle singole aziende (con scioperi ordinari, mirati alla contrattazione dell'organizzazione del lavoro, a rivendicazioni in tema di tutela della salute ecc.), nonché sull'azione giudiziaria in attuazione dello Statuto (si pensi all'utilizzo dell'articolo 28).

Nel corso del decennio, dunque, non sono numerosi come si potrebbe pensare gli scioperi generali veri e propri (e spesso hanno durata molto breve, come il 27 febbraio 1974 o il 15 novembre del 1977). Fanno eccezione le giornate di sciopero proclamate nelle ore immediatamente successive a fatti tragici legati a terrorismo e lotta armata. In generale, però, la crisi economica, alcune conquiste già ottenute e un certo senso di responsabilità sindacale (si pensi alla «svolta dell'Eur» del 1978 nella Cgil), in un contesto già di grande fibrillazione, fecero il resto.

Il decennio seguente si aprì con la sconfitta alla Fiat del 1980 e ancora gli scioperi generali non saranno moltissimi: nel 1982, quando inizia a prender corpo la prospettiva di una revisione dei meccanismi della scala mobile (che deflagrerà nell'accordo di San Valentino di due anni dopo) si svolsero però ben due scioperi generali nel mese di giugno, ma senza grandissimi risultati, tanto è vero che due anni dopo, quando si consumò la rottura sindacale per la sigla dell'accordo

persino autori che in punto di diritto paiono severi nei confronti di alcuni aspetti regolativi del fenomeno dello sciopero generale hanno parlato di sciopero «esteso *tendenzialmente* a tutte le categorie di lavoratori, pubbliche e private» (c.m.), laddove «tendenzialmente» implica che le categorie non siano per forza tutte: così Magrini 2008, 61. Il tema è comunque delicato perché non è facile riconoscere il confine fra sciopero generale e sciopero plurisetoriale: si veda *infra*.

⁹ Se ne occupò, con pragmatico relativismo, Giuseppe Pera, quando, in una riflessione del 1960 per certi aspetti severa verso la legittimità costituzionale dello sciopero politico, ammise che in qualche caso le azioni delle parti devono poter superare il formalismo giuridico: sia consentito rinviare alle chiose formulate in D'Ascola, Galardi, Mazzotta 2023, 169.

¹⁰ Si ricorda nel 1968 un importante sciopero generale, il primo unitario fra i confederali, proclamato in relazione al problema delle pensioni (cfr. Mariucci 2011, 560).

con il Governo Craxi, la Cgil promuoverà una grande manifestazione, ma non uno sciopero generale vero e proprio.

Negli anni Novanta lo scenario è un po' diverso. La cosiddetta terziarizzazione del conflitto è ormai una realtà consolidata¹¹ e il sindacato è consapevole dell'impatto sociale che possono avere determinati scioperi, pur in una stagione di minore conflittualità sul piano delle relazioni industriali. Si può così ricordare lo sciopero del 1994, nuovamente sulle pensioni, che contribuì a minare il terreno per il governo Berlusconi I. Nei primi anni del nuovo secolo è invece il 16 aprile 2002 la data del più importante sciopero generale unitario, che seguì di qualche settimana l'oceanica manifestazione romana della Cgil del 23 marzo: nessuno nega oggi che questi due eventi ebbero l'effetto diretto di bloccare i progetti di revisione dell'art. 18¹².

In questa stagione i sindacati confederali fecero più spesso ricorso allo sciopero generale poiché «risultava per loro più problematico l'accesso ai tavoli di decisione congiunta con i governi, dopo i fasti della concertazione degli anni Novanta» (Carrieri et al. 2022, 276).

Pertanto, anche in considerazione del fatto che l'impatto degli scioperi generali sui servizi pubblici essenziali si stava facendo progressivamente più evidente, si uscì dalla situazione di anomia precedentemente menzionata, non però nella direzione di limitarli, ma al contrario di salvaguardarne con equilibrio le potenzialità in un contesto di articolate limitazioni per alcuni scioperi ordinari.

Ma andiamo con ordine. È ben noto che in Italia la legislazione in materia di sciopero è circoscritta all'intervento per il conflitto nei servizi pubblici essenziali. Tale disciplina legislativa¹³ – dettata, solo nel 1990, in attuazione della riserva di legge di cui all'art. 40 Cost. – realizza un bilanciamento fra interessi costituzionali confliggenti e di rilevanza astrattamente paritaria: il fondamentale diritto di scioperare a difesa dei più vari interessi collettivi, del quale sono titolari tutti i lavoratori, e la tutela di alcuni diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti, che la collettività esercita usufruendo di servizi c.d. essenziali (elencati all'art. 1 della legge n. 146/1990: esemplificativamente si pensi a scuola e università, sanità, trasporti, comunicazioni).

Per realizzare il suddetto bilanciamento, la legge, riformata con la l. 11 aprile 2000, n. 83, disciplina alcuni istituti e prevede alcune regole di condotta per le parti coinvolte, primariamente ispirate a soluzioni conciliative e di carattere

¹¹ Si vedano già le riflessioni in Aa. Vv. 1989. Sulle prospettive più recenti della terziarizzazione, anche in un'ottica sovranazionale, si veda ora D'Aponte 2024. Il riconoscimento di un tipo di conflitto «terziario» si deve peraltro alla brillante penna di Aris Accornero a metà anni Ottanta.

¹² Quando all'art. 18 si metterà mano per davvero (nel 2012) non vi saranno grandi scioperi, ma il 12 dicembre 2011 c'era stato uno sciopero generale di 3 ore contro la riforma delle pensioni, similmente a quanto sarebbe avvenuto a novembre 2013 per la legge di stabilità.

¹³ Su cui in generale – ovviamente senza alcuna pretesa di completezza – si veda Romagnoli, Ballestrero 1994 e Pascucci 1999. Più di recente si veda il ricco e polifonico dibattito riprodotto in Aa. Vv. 2018.

negoziale con l'obiettivo di stimolare un accordo fra le parti, ma senza trascurare istituti e regole capaci autoritativamente di impedire un sacrificio indebito e sproporzionato di uno degli interessi coinvolti allorquando l'azione conflittuale risulti inevitabile. Fra questi ultimi istituti rientrano, ad esempio, l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili (si veda in generale gli artt. 2 e 2 *bis* della legge), la rarefazione (artt. 2, comma 2) e l'istituto della precettazione (art. 8).

A supervisionare sul comportamento complessivo delle parti e sul rispetto di principi e regole previsti dalla legge n. 146, anche irrogando sanzioni, è, come noto, la Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, un'*authority* che nel corso di oltre trent'anni di attività ha svolto un ruolo *lato sensu* giurisprudenziale, attraverso una copiosa serie di regolamenti settoriali e delibere che, a partire dai casi concreti, offrono spunti interpretativi e acquisiscono il valore di precedente, ispirando gli orientamenti e le decisioni successivi.

La legge del 1990 ha volutamente taciuto sullo sciopero generale¹⁴, ma è proprio all'attività interpretativa e in qualche misura creativa di regole, svolta dalla Commissione, che si deve l'intervento in materia di sciopero generale.

Infatti, dopo diversi anni di lavoro ermeneutico sulle regole legali, l'autorità garante coglie che se, da un lato, è vero che lo sciopero generale si presenta come «un fascio di scioperi di categoria» che vanno regolati ognuno con le regole del settore di riferimento¹⁵, dall'altro lato le peculiarità strutturali e teleologiche dello sciopero generale¹⁶ richiedono la disapplicazione di alcune procedure limitative dell'impatto dell'azione di conflitto che normalmente vengono poste in essere per gli scioperi nei singoli settori dei servizi essenziali.

Occorre, in altre parole, liberare lo sciopero generale da alcuni dei lacci tipicamente apposti agli scioperi ordinari nei settori essenziali (per bilanciarne l'impatto con i diritti degli utenti), onde non vanificare completamente la riuscita del conflitto sul piano politico.

Pur preceduta da alcune indicazioni già fornite in precedenza¹⁷, è la delibera 24 settembre 2003, n. 03/134 l'intervento regolativo di riferimento per lo sciopero generale. Essa si colloca in un contesto in cui lo sciopero «ordinario» nei servizi essenziali è un fenomeno già ampiamente affrontato in svariati aspetti dalle delibere della Commissione, che hanno specificato e integrato la legge. Non a caso, nel dibattito che immediatamente precede l'adozione della delibera, si affrontano vari profili regolativi dello sciopero nei sg.p.e. per chiedersi quali di essi richiedano un adattamento al contesto dello sciopero generale¹⁸.

¹⁴ «La legge sullo sciopero nei servizi essenziali non nomina mai lo sciopero generale, non essendovene necessità, poiché qualsiasi sciopero che investa servizi essenziali è sottoposto alle relative regole», dirà Vallebona 2007, 74.

¹⁵ Cfr. delibera 23 luglio 1998, n. 985/550-15.3 e Vallebona 2007, 75.

¹⁶ Così le definisce Magrini 2008, 61.

¹⁷ Per fare qualche esempio, si pensi alla delibera 23 luglio 1998, n. 98/550-15.3, alla delibera 15 luglio 1999, n. 99/450-11.6 e alla delibera 5 ottobre 2001, n. 01/152.

¹⁸ Ne è un esempio Pino 2003, 6 sgg.

Il garante assume come logica premessa del proprio intervento il dato della reciproca, e interdipendente, sfera di comprimibilità dei diritti fondamentali in gioco (della persona, garantiti dai servizi, da un lato; di sciopero, appartenenti ai lavoratori, dall'altro), poiché il bilanciamento fra di essi, che è principio «motore» della legge¹⁹, non può che passare attraverso l'accettazione di un certo grado di compressione di entrambi. In particolare, nel caso dell'allargamento delle maglie delle regole, necessario per lo sciopero generale, bisogna assumere che la collettività, di fronte a uno sciopero autenticamente generale, sia più diffusamente disposta a tollerare i disagi, perché presumibilmente in buona percentuale ritiene giusta quell'azione.

Il contenuto del «codice speciale» del 2003, «iniziativa di mediazione politica [...] che con il diritto [...] non ha molto a che vedere»²⁰ secondo i critici, viene varato definitivamente dopo un'interlocuzione con le parti sociali ed è riassumibile come segue: posto che lo sciopero generale assume una forma «peculiare» sul piano sociale e delle relazioni sindacali, *i*) devono essere garantite le prestazioni indispensabili; *ii*) la proclamazione deve rispettare il preavviso; *iii*) viene meno l'obbligo di espletare le procedure di raffreddamento e conciliazione; *iv*) non si applica il limite della durata massima della prima astensione (su cui v. *infra*) previsto dagli accordi o dalle regolamentazioni provvisorie di categoria; *v*) per quanto riguarda gli intervalli minimi tra azioni di sciopero va rispettato solo parzialmente il principio della rarefazione soggettiva, mentre non si tiene conto della rarefazione oggettiva (si veda *infra*), ma la Commissione può valutare se il mancato rispetto dell'intervallo minimo possa in concreto impedire l'equo temperamento tra diritto di sciopero e diritti della persona; *vi*) si farà riferimento all'intervallo intercorrente tra la effettiva effettuazione degli scioperi, trascurando l'eventuale previsione della necessaria proclamazione dello sciopero soltanto dopo l'effettuazione di quello precedente.

Riccardo Del Punta ebbe il merito di offrire, a breve distanza dall'adozione della delibera, uno dei pareri più lucidi ed equilibrati sulla stessa (Del Punta 2004): ponendosi nel solco, già ricordato, dell'interpretazione di questa disciplina come operazione di bilanciamento che può comprimere i diritti coinvolti, lasciandone intatto il nucleo essenziale, egli riconobbe la natura di risorsa democratica dello sciopero generale, che riteneva di poter definire come uno sciopero caratterizzato dalla massima ampiezza dell'ambito di riferimento e dalla natura politica e generale della finalità, potendo essere invece circoscritte l'area territoriale e i sindacati proclamanti. Per il resto viene condiviso il contenuto della delibera, definito «ragionevole ed equilibrato» (Del Punta 2004, 13).

¹⁹ Sviluppa lucidamente questa idea Liso 2003, 14 sgg.

²⁰ Entrambi i virgolettati sono tratti da Magrini 2004, 8, il quale ritiene – in estrema sintesi – che l'intervento esorbiti dai limiti della legge e sia innovativo rispetto ad essa. Da ciò la critica tecnico-giuridica della delibera, di cui si ipotizza però che la ragione politica sia rinvenibile nella volontà di smentire le voci dell'epoca su una presunta contiguità della Commissione di allora con il Governo in carica (che era il Berlusconi II).

Altri autori, poco tempo dopo, ebbero a esprimersi con qualche riserva in più, se non altro sul profilo della legittimità di un intervento di questo tipo e sull'intervallo fra sciopero generale e scioperi successivi (punto *vi*) del ripilogo qui offerto)²¹.

Ad ogni buon conto, possiamo ritenere che quella regolazione abbia offerto discreta prova di sé, salvo prestarsi ad alcune critiche negli anni successivi, quando il quadro socio-sindacale è mutato e le esigenze di contenimento, che vanno storicizzate e non possono essere precostituite *una tantum*²², sono apparse ad alcuni in guisa diversa.

3. Criticità attuali della regolazione e vicende recenti

Si osserva da parte di molti autori²³ come negli ultimi anni – rispetto al periodo di inizio secolo – la tendenza crescente vada nella direzione della proclamazione di numerosi scioperi generali da parte di sindacati autonomi, di base o comunque minori rispetto alle tradizionali sigle confederali, con un conseguente indebolimento dello strumento per via della ridotta adesione che queste azioni conflittuali riescono ad ottenere.

Qualcuno parla addirittura di «imbarazzante frequenza» delle proclamazioni di sciopero generale che ne «sviliscono la dignità», prefigurando l'esigenza di una verifica della rappresentatività delle sigle sindacali che assumono tali iniziative²⁴. Un «effetto perverso» si sarebbe prodotto nell'attuale, mutato, contesto, poiché anche gli effetti virtuosi a beneficio di grandi eventi conflittuali rischiano di perdersi se troppe piccole organizzazioni usano «a loro esclusivo vantaggio regole nate per altri scopi»²⁵.

Qualche anno fa, la Commissione presieduta dal Prof. Santoro-Passarelli sembrava aver impostato un lavoro di approfondimento che avrebbe potuto portare a una revisione della disciplina dettata in tema di sciopero generale²⁶, nella direzione di contenere gli eccessi da parte di sindacati scarsamente rappresentativi (salvaguardando gli spazi per quelli confederali), anche se al momento non si hanno notizie di ulteriori sviluppi²⁷.

Premessi questi dati sul quadro attuale, dobbiamo volgere lo sguardo alla più recente vicenda che ha avuto notevole eco mediatica e che ha interessato da vicino gli addetti ai lavori, avvertendo subito che il problema di fondo (o il fondo del problema...) è che in essa è stato messo in questione uno sciopero generale

²¹ Il riferimento è ai rilievi di Vallebona 2007, 74-78, cui segue adesivamente – e con parole ancor più nette – Magrini 2008, *passim*.

²² Importante spunto sviluppato da Rusciano 2003, 19.

²³ È ad esempio il caso di Mimmo Carrieri: si veda Mascini 2023.

²⁴ Così Pino 2024. Sul tema, in senso più generale, si veda Santoro-Passarelli 2018.

²⁵ Così Carrieri et al. 2022, 278.

²⁶ Cfr. Santoro-Passarelli 2019, 15 e, in sede dottrinale, Erario Boccafurni 2022, 61.

²⁷ Merita però segnalare le ipotesi di intervento formulate nella seconda parte del più volte richiamato contributo di Carrieri et al. 2022, spec.281 sgg.

proclamato *non* da sigle minori in cerca di qualche accreditamento o comunque poco rappresentative, bensì da due (su tre) dei sindacati confederali, con ampia adesione ed eco su scala nazionale. Pertanto, le criticità della disciplina sopra richiamate sostanzialmente non si manifestavano nel caso di specie, che, cionondimeno, ha portato ad alcuni interventi della Commissione e del Governo su cui varie perplessità possono essere proposte.

Ripercorrere la cronaca completa dei fatti sarebbe ormai poco produttivo, ma premettiamo che non è l'aggressività che il Ministro dei Trasporti Matteo Salvini ha manifestato nella vicenda, né la conseguente evidenza politica e mediatica della *querelle*, ad aver conferito interesse a quanto accaduto lo scorso anno con riguardo allo sciopero generale che Cgil e Uil hanno indetto per la data di venerdì 17 novembre 2023 con un'ampia piattaforma di protesta.

Questo aspetto, infatti, si inscriveva facilmente nella dialettica democratica che, per quanto spesso sbilanciata e caratterizzata da toni sopra le righe, contrappone in guisa fisiologica chi è chiamato a rappresentare e difendere le ragioni di lavoratrici e lavoratori (anche addetti a servizi essenziali) e chi si colloca politicamente a tutela di interessi diversi e opposti, quali ad esempio la produzione, il consumo e il profitto, sia pure mediati dalla difesa dei diritti degli utenti nel caso di specie.

Si è riproposta però la questione, non nuova, ma che così vibrante nel dibattito non risultava da diverso tempo²⁸, del ruolo «giurisprudenziale» che la Commissione autorevolmente esercita – in caso di scioperi generali e non – con riguardo alla rarefazione, nonché alla limitazione della durata massima della prima azione di sciopero; misure, queste ultime, previste fra le specifiche regole vigenti in diversi dei settori coinvolti dalla legge 146.

La rarefazione oggettiva è la regola che impone un determinato lasso di tempo fra due diverse iniziative di sciopero (indipendentemente da chi siano i soggetti proclamanti) quando tali scioperi hanno luogo nel medesimo settore creando un potenziale disservizio per lo stesso bacino di utenza (mentre la rarefazione soggettiva è il distanziamento temporale imposto a una stessa sigla sindacale per la proclamazione di più scioperi, successivi l'uno all'altro).

In occasione degli scioperi settoriali (relativi a una specifica categoria, settore merceologico o singolo servizio pubblico, pur sempre nell'ambito dei servizi essenziali) queste misure di mitigazione dell'impatto che le azioni di conflitto producono sull'utenza sono normali, giacché l'interesse collettivo perseguito, normalmente di natura economico-professionale in questi casi, va temperato non solo con la garanzia di una quota minima di servizio (le prestazioni indispensabili, stabilite caso per caso dai contratti collettivi e sempre assicurate), ma anche con una ragionevole limitazione dell'estensione e della frequenza del disservizio che l'utenza comunque soffre in occasione dello sciopero.

²⁸ Santoro-Passarelli 2008 dà conto di una discussione che nel primo decennio del secolo era vivace, per poi sopirsi; si vedano in quel periodo gli interventi già citati nella *Newsletter CgS* n. 1-2 (2003); nondimeno si veda sul punto Pino 2022, spec. 1199 sgg., su cui torneremo, oltre al più volte citato Carrieri et al. 2022, 275 sgg.

Come già evidenziato in precedenza, ben diversa è la situazione in occasione degli scioperi generali. Indicazioni «definitorie»²⁹ sullo sciopero generale emergono esclusivamente dalle delibere della Commissione di garanzia, oltre che da un patrimonio dottrinario e giurisprudenziale, peraltro non così esteso su questo specifico profilo, formatosi nel corso di decenni di giuridificazione della prassi, realizzatasi recependo la tipicità sociale delle varie esperienze che lo sciopero come *fatto giuridico* ha proposto agli osservatori.

Si è già messo in luce che, affinché vi sia sciopero generale, occorrono un'ampia trasversalità rispetto a molteplici settori (pubblici e/o privati), con il coinvolgimento di lavoratori eterogenei dal punto di vista categoriale, e una finalità di tipo generale, normalmente scollegata da una specifica piattaforma rivendicativa, ma riconducibile a una pretesa di carattere propriamente politico o, al più, economico-politico, che investe su larga scala le responsabilità dei decisori.

In virtù del primo elemento, di norma lo sciopero è proclamato a livello confederale, di talché i lavoratori di molteplici categorie sono chiamati al conflitto. Questo presupposto, come già ricordato, non richiede né che lo sciopero sia indetto da *tutti* i sindacati confederali (ben potendo essi avere una linea politica divergente, in ragione del pluralismo garantito dall'art. 39, comma 1, Cost.), né che il/i sindacato/i proclamante/i posseda(no) un determinato livello di rappresentatività, aspetto quest'ultimo oggi discusso ma che non è certo in questione quando a proclamare lo sciopero è (almeno) un sindacato confederale, poiché è implicito in quel modello di sindacalismo il possesso di un grado di rappresentatività elevato³⁰.

Quanto al secondo elemento, occorre ricordare che il fatto che gli scopi dello sciopero consistano in pretese puramente politiche o economico-politiche (nel caso del novembre 2023 si trattava di contrastare i contenuti della imminente legge di bilancio), oltre ad essere legittimo e conforme alla funzione che la Carta assegna al conflitto collettivo in un'ottica di democrazia partecipativa, rappresenta il dato che per antonomasia si rinviene negli scioperi c.d. generali.

Il *non* essere legati a una vertenza meramente categoriale, a un singolo soggetto datoriale o a uno specifico rinnovo contrattuale attribuisce all'interesse collettivo perseguito dal conflitto il carattere di generalità, ne è il suo *proprium*, senza peraltro la necessità che *tutte* le categorie (*id est*, tutti i lavoratori) siano coinvolte dallo sciopero: si è detto che «sciopero generale non vuol dire sciopero di tutti»³¹.

²⁹ Si impongono le virgolette perché da decenni è noto che le pretese definitive in tema di conflitto collettivo evidenziano sempre il rischio di un'indebita compressione della sfera di legittimità del fenomeno, avendo dunque finito per prevalere una linea di grande rispetto della prassi sociale con la quale lo sciopero, come "fatto", si propone.

³⁰ Criticamente, sul problema dei sindacati non confederali che eccedono nella proclamazione di scioperi generali, si veda ancora Pino 2022, 1200.

³¹ Così Scarpelli 2023; ivi si veda anche L. Zoppoli 2023.

Con riguardo, invece, al dato per cui lo sciopero per essere generale non richiede che *tutti* i sindacati confederali lo proclamino, occorre meglio precisare che proprio il carattere precipuamente politico degli obiettivi della protesta, se coniugato con l'ineliminabile e fisiologico pluralismo del nostro modello di sindacalismo (confederale e non), può condurre a una situazione di separatezza sindacale nelle azioni che volta a volta si intraprendono. La storia pluridecennale delle relazioni industriali ce lo insegna: come una fisarmonica, in determinati momenti l'unità fra i sindacati confederali fa difetto e le piattaforme rivendicative possono diversificarsi, per poi al momento giusto riavvicinarsi. Appare perciò naturale che ciò possa riverberarsi sulle iniziative di sciopero.

Prima di volgere lo sguardo ai vari interventi istituzionali che hanno seguito la proclamazione dello scorso 17 novembre, occorre anticipare che un'altra questione, non menzionata sin qui, si agita intorno a questa vicenda: la distinzione fra sciopero generale e sciopero intercategoriale (o intersettoriale o plurisettoriale: le tre nozioni paiono confondersi e quindi, essenzialmente, coincidere) che la Commissione, nella propria attività pretorile, ha più volte evocato. Leggendo le delibere rilevanti in materia – ovviamente la già richiamata n. 134 del 2003, ma anche altre (sia dei primi anni del secolo, sia successive, come la n. 619 del 2009) – si può rilevare che: *a*) quando c'è sciopero generale tendenzialmente viene affermato il coinvolgimento di *tutti i settori salvo alcune eccezioni* espressamente elencate, mentre gli scioperi intercategoriale menzionano espressamente i soli settori coinvolti; *b*) quando lo sciopero è meramente intersettoriale di norma non sono previste dalle discipline vigenti particolari deroghe alla regola della durata massima della c.d. prima iniziativa di sciopero, né si disapplica la regola della rarefazione oggettiva (così la delibera del 2009) ed è la stessa Commissione ad averlo ulteriormente confermato con il verbale n. 923 del 7 novembre 2011³².

In questo quadro complessivo (ove qualche incertezza sembra residuare solo sulla nozione di sciopero generale – che rimanda sempre a dati per così dire extra-legislativi e provenienti dalla prassi e dall'interpretazione – più che sulle regole applicabili) si è profilato a novembre lo sciopero generale di Cgil e Uil che, unitamente allo scetticismo del governo in carica, è stato oggetto di attenzione e di intervento da parte del garante.

4. L'intervento della Commissione di garanzia di novembre 2023: profili critici

La Commissione ha preso posizione con una «indicazione immediata» (atto previsto dall'art. 13, comma 1, lett. *d*), l. n. 146/1990) l'8 novembre 2023, segnalando ai due sindacati confederali proclamanti che nello sciopero da essi indetto per il 17 novembre vi erano alcune violazioni delle disposizioni relative agli intervalli minimi tra successive proclamazioni e alla durata massima della prima azione di sciopero. Tutto questo solo per alcuni, ancorché assai rilevanti, fra i settori coinvolti.

³² Richiamato in Commissione di Garanzia Sciopero, *Raccolta sistematica degli orientamenti interpretativi. Vol. I. Orientamenti di carattere generale*, a cura di I. Sechi, 2016.

Ai sensi della medesima norma, la Commissione richiedeva perciò ai sindacati una revisione delle caratteristiche della propria iniziativa conflittuale. Queste pretese si basavano sull'esplicito disconoscimento della natura generale dello sciopero (che tale era invece qualificato dall'atto di proclamazione del 27 ottobre, avente anche una piattaforma di motivazioni molto ampia) che però sostanzialmente non è motivato dalla Commissione, se non con un rapido richiamo alla delibera del 2009 (ma omettendo quella del 2003!) e con l'affermazione che si trattava di sciopero meramente «intersettoriale».

Ne seguiva un incontro della Commissione con Cgil e Uil il 13 novembre, all'esito del quale l'Autorità garante ribadiva la propria posizione con uno scarso comunicato stampa³³, in cui veniva menzionata la delibera del 2003 per affermare che nel caso di specie non ricorressero i presupposti di sciopero generale (sola ipotesi che ammette le deroghe più favorevoli agli scioperanti) «per consolidato orientamento della Commissione».

Un osservatore attento della materia può agevolmente rilevare che tale consolidato orientamento in realtà sembra non esistere³⁴. Ne è riprova anche il fatto che, fra gli esperti che hanno invece assunto una linea critica nei confronti dell'iniziativa sindacale³⁵, e che sembrano sposare la posizione della Commissione di garanzia, non si trovano argomenti a suffragio della solidità dell'argomento spesso, ma semmai una critica alla natura «eccessivamente politica» dell'iniziativa sindacale. Critica legittima nel merito, ma la natura puramente politica di uno sciopero non solo è riconducibile alla sfera protetta dello sciopero come diritto *ex art. 40 Cost.*, ma è proprio uno degli elementi che da sempre inevitabilmente caratterizzano lo sciopero generale.

Quindi il punto centrale non sembra attenere alla natura delle ragioni sottese al conflitto, ma alle sue caratteristiche, per come appaiono dalla piattaforma dei due sindacati, ampiamente rappresentativi, che lo hanno proclamato.

Per giunta, provando a scavare meglio fra i precedenti della Commissione alcune perplessità trovano conferma. Se infatti si assume che questo organo ha un compito interpretativo e applicativo della legge, come tale legato alla concreta evoluzione delle prassi e dei fenomeni e che inoltre le prospettive «definitorie» sullo sciopero sono sempre rischiose, si comprende perché, poco prima del 2003, con la già richiamata delibera n. 152 del 2001, si dettassero regole per «gli scioperi che per estensione (un intero settore o intersettoriale), dimensione nazionale, potenziale partecipazione e impatto *siano valutabili come «sciopero generale»»* (c.n.), con formulazione che pare qui sovrapporre lo sciopero generale allo sciopero intersettoriale. La n. 134, nel 2003, si limiterà a osser-

³³ Si veda sul sito ufficiale della Commissione: <https://www.cgsse.it/garante-cgil-uil-mancano-i-requisiti-dello-sciopero-generale>.

³⁴ Oltre alle già richiamate prese di posizione di Scarpelli e L. Zoppoli, si vedano su questo specifico punto Covelli 2023 e Poli 2023.

³⁵ È il caso di Cazzola 2023. *Contra*, Tridico 2023, 35, ad avviso del quale la Commissione si è collocata nel pericoloso terreno delle pretese definitive esercitando un indebito ruolo politico.

vare, nella premessa in cui si evidenzia la «peculiarità sociale» del fenomeno, che quello generale è uno sciopero «coinvolgente la generalità delle categorie del lavoro pubblico e privato», ma senza impedire che di volta in volta possano esservi singoli settori specificamente esclusi. In seguito, gli orientamenti si sono tarati, caso per caso, sulle singole situazioni, dove spesso, come già ricordato, i profili problematici avevano a che fare con la ridotta rappresentatività dei soggetti e la scarsa adesione dei lavoratori, più che con l'esclusione di qualche categoria dall'azione conflittuale (circostanza che consentirebbe comunque di parlare di una «generalità» di categorie coinvolte). Da tutto ciò derivano i dubbi sull'esistenza di un consolidato orientamento che suggerisca di escludere la natura generale di sciopero ogni qual volta vi siano singole e specifiche esclusioni.

La Commissione Lavoro e la Commissione Trasporti della Camera dei deputati hanno congiuntamente audito la Commissione di garanzia, nella persona della Prof.ssa Bellocchi che ne è Presidente, il 15 novembre³⁶, senza ricavarne particolari elementi di chiarimento sui profili critici qui evidenziati. Certamente non va sottovalutato lo sforzo fatto dalla Commissione, il cui compito non è agevole, e che, adempiendo a un impegno assunto durante l'audizione, nel giro di pochi giorni ha trasmesso ampia documentazione scritta alle due Commissioni parlamentari³⁷, senza però riuscire a dimostrare l'esistenza del «consolidato orientamento» di cui sopra e vedendosi in qualche misura costretta dai fatti a tenere il punto e sostenere espressamente che sarebbe generale solo lo sciopero che coinvolga «*tutte le categorie* del lavoro pubblico e privato dell'intero territorio nazionale, con una concentrazione temporale nella medesima data».

A confermare che quest'ultima circostanza è quantomeno controversa vi è il fatto che fra i materiali prodotti dall'Autorità garante non risultano documenti che dimostrino la tesi: per fare un esempio, viene richiamata e allegata la delibera n. 200 del 2010, con la quale la Commissione aveva fornito prescrizioni limitative ai sindacati che avevano indetto uno sciopero nazionale in vari settori, precisando che non si applicavano al caso di specie le deroghe di cui alla delibera del 2003; ma il precedente non pare in termini, poiché basta leggere la proclamazione di allora per accorgersi che gli stessi sindacati non avevano qualificato come generale quella iniziativa e avevano indicato nominalmente i soli settori interessati. Nel caso di novembre 2023 è avvenuto esattamente l'opposto e lo sciopero è stato qualificato come generale, con ampio orizzonte politico-rivendicativo e ha riguardato tutti i settori, *eccetto alcuni* espressamente menzionati.

Qualche pregio potrebbe avere invece il richiamo che la Commissione fa al proprio verbale n. 1012 del novembre 2013 (riportato fra i materiali che l'Autorità ha fornito alle Commissioni parlamentari), ove essa rappresentava alle or-

³⁶ Cfr. <https://www.ilpost.it/2023/11/15/sciopero-17-novembre-precettazione-salvini-commissione-di-garanzia-bellocchi/> per una breve cronaca. La videoregistrazione integrale dell'audizione è disponibile qui: <https://webtv.camera.it/evento/23800>.

³⁷ Il comunicato stampa, con molto materiale allegato, è scaricabile online qui: <https://www.cgisse.it/sciopero-cgil-uil-garante-invia-documentazione-richiesta-commissioni-camera>.

ganizzazioni sindacali che «...per il futuro, in presenza di una proclamazione che non riguardi un'azione di sciopero nazionale per tutte le categorie pubbliche e private, la Commissione dovrà considerare tale astensione alla stregua di uno sciopero plurisetoriale e, dunque, dovrà procedere alla valutazione della legittimità dell'astensione con riferimento alle regole contenute nelle discipline dei settori di competenza (divieti di concomitanza, limiti di durata, ecc.) non ritenendo applicabile la delibera in materia di sciopero generale, n. 03/134...». Senonché, in primo luogo, non è una delibera, ma si tratta di una dichiarazione a verbale che pare limitarsi – senza alcun valore decisorio-istituzionale – ad avvisare i sindacati in ordine alla consistenza che deve avere uno sciopero per essere generale, ma nei fatti e nelle prassi non risultano orientamenti che realmente qualifichino come generale *solo* lo sciopero esteso a *tutti* i settori, anche perché sarebbe in concreto un'ipotesi limite, essendo molto più frequente il caso in cui i sindacati escludano qualche categoria per specifiche ragioni, anche congiunturali.

5. L'indebita precettazione ministeriale

In aggiunta a tutto questo, negli stessi giorni, il Ministero dei trasporti ha adottato un'ordinanza di precettazione, datata 14 novembre 2023, per compri-
mere forzosamente l'estensione dello sciopero generale del 17 novembre.

L'ordinanza³⁸, assumendo l'esistenza un pericolo di pregiudizio grave e imminente al diritto alla mobilità delle persone, nel trasporto ferroviario, pubblico locale, marittimo e merci su rotaia riduceva d'imperio lo sciopero a 4 ore (dalle ore 9 alle 13 del 17/11), mentre per altri settori – elicotteri, circolazione e sicurezza stradale – precisava che la durata dello sciopero dovesse essere rimessa a quanto previsto dalla Commissione con l'indicazione immediata dell'8 novembre 2023 (che, come abbiamo visto, nel disconoscere la natura «generale» del conflitto, escludeva la deroga alla regola sulla limitazione della prima azione). L'intervento adottato dal Ministro Salvini, su delega del capo del governo, è da subito apparso molto discutibile e la Cgil ne ha annunciato l'impugnazione³⁹.

Come è noto, dopo la riforma del 2000, l'art. 8 della legge n. 146 prevede che in presenza di un «fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati ... conseguente all'esercizio dello sciopero ... su segnalazione della Commissione di garanzia ovvero, nei casi di necessità e urgenza, di propria iniziativa, informando previamente la Commissione di garanzia, il Presidente del Consiglio ... o un Ministro da lui delegato ... adottano con ordinanza le misure necessarie a prevenire il pregiudizio ai diritti della perso-

³⁸ Cui seguì un formidabile titolo del quotidiano *il Manifesto* il 15 novembre: con ironico acume all'immagine del Ministro dei Trasporti si accompagnava un cubitale *Precetto la qualunque*. In senso critico su questo atto ministeriale si veda Carinci 2024.

³⁹ In realtà non si ha notizia dell'effettiva proposizione di un'impugnazione e del suo esito, ma, come diremo fra breve, a fine marzo 2024 una sentenza del Tar del Lazio ha annullato una diversa e ulteriore ordinanza di precettazione del Ministero dei trasporti, relativa a uno sciopero di poco successivo (15 dicembre 2023).

na». I presupposti per l'esercizio del potere di precettazione sono sostanzialmente due: la segnalazione del garante, che può suggerire motivatamente questo tipo di intervento, oppure, in assenza di tale segnalazione, la presenza di «necessità e urgenza» quali elementi che rendono evidente la necessità di un intervento immediato. Testualmente, la necessità e l'urgenza sembrano dunque essere riferite solo al caso in cui il Governo intervenga autonomamente (è però ragionevole che nella valutazione della Commissione, ai fini di una eventuale segnalazione, sia necessario comunque considerare questi aspetti), ma in dottrina, anche laddove si afferma che necessità e urgenza riguardino entrambi i canali di attivazione della precettazione, si ritiene che in caso di attivazione autonoma del governo le situazioni di necessità e urgenza debbano apparire «più cogenti» (Monaco 2024).

In buona sostanza, l'ordinanza di precettazione costituisce una *extrema ratio* di fronte al grado massimo di rischio di compromissione dei diritti che uno sciopero nei servizi essenziali può determinare (indipendentemente dalla sua natura di sciopero generale o meno)⁴⁰. Nel caso del 17 novembre non vi è stata alcuna segnalazione della Commissione ai fini di una precettazione, nonostante la valutazione severa che era stata appena effettuata da questo organo sulla piattaforma conflittuale, fino a disconoscerne la natura generale.

Anche, ma non solo, in ragione di questo, è stata opinione diffusa e immediata quella per cui l'iniziativa ministeriale fosse abnorme e ingiustificata: la precettazione del 14 novembre prova a spacciare l'ordinario per lo straordinario. Ordinaria è infatti la «difficile situazione delle persone coinvolte dagli effetti di una azione di sciopero» (Monaco 2024), ma l'autorità governativa nell'ordinanza assume di fatto questa circostanza, fisiologica in occasione di uno sciopero, come se fosse straordinaria al punto da costituire un pericolo di violazione dei diritti tale da giustificare, *con necessità e urgenza*, l'intervento autoritativo di compressione di un diritto fondamentale come quello di sciopero.

In realtà, «il disagio agli utenti è contemplato dalla nostra Costituzione» e sosteneva «motivazioni chiaramente pretestuose» il fatto di «considerare grave e imminente il pregiudizio al diritto alla mobilità delle persone e pesanti le penalizzazioni alla circolazione» a fronte di una situazione di normale disagio per uno sciopero⁴¹.

Dopo qualche mese da questi fatti, il TAR del Lazio⁴² si è pronunciato su una ulteriore – e in sostanza molto simile – ordinanza di precettazione adottata dal medesimo Ministro⁴³ con riguardo a uno sciopero dei trasporti proclamato per il 15 dicembre 2023. Accogliendo l'impugnazione del sindacato USB, il Tribunale

⁴⁰ Sui termini in cui il potere di precettazione si configura come *extrema ratio* si veda di recente A. Zoppoli 2024, ove ulteriori riferimenti alla dottrina formatasi sul punto negli anni.

⁴¹ I virgolettati sono attribuiti a C. La Macchia nell'articolo-intervista di Pallara 2023.

⁴² Trib. Amm. Reg. per il Lazio, Sez. III, 28 marzo 2024, n. 6084.

⁴³ Il cui particolare attivismo nel contrastare gli scioperi nel settore dei trasporti è sotto gli occhi di tutti in questi anni. E chi scrive non è inconsapevole che si tratta di un ambito delicatissimo, poiché spesso la libertà di circolazione è strumentale all'esercizio anche di altri diritti fondamentali e nessuno può infatti disconoscere che per certi versi la logica della legge 146 è «entrata in crisi» di fronte alle metamorfosi del conflitto in questo settore: così Pascucci 2018.

Amministrativo ha annullato il provvedimento sulla base del fatto che, in caso di attivazione dell'organo precettante senza segnalazione della Commissione, «necessità e urgenza» debbono costituire un presupposto distinto e ulteriore rispetto al pericolo di pregiudizio grave e imminente ai diritti, che è la base *minima* per l'esercizio del potere in parola. Il quale – ribadisce il TAR – è «un potere *extra ordinem* e residuale» nel circuito sistematico dello sciopero nei servizi essenziali.

6. Rilievi conclusivi

Riteniamo che la vicenda nel suo complesso possa offrire alcuni insegnamenti. In primo luogo, è chiaro che la nozione di sciopero generale mantiene un grado di incertezza per la stessa ragione per cui lo sciopero *tout court* va preso nella sua tipicità sociale e non ipostatizzato in definizioni giuridiche, che risultano inefficaci quando non meramente ideologiche⁴⁴: anche lo sciopero generale cambia nel tempo. E proprio per questo, se sono ammissibili riflessioni sul grado di rappresentatività delle organizzazioni proclamanti (allo scopo di prevenire un utilizzo pretestuoso della speciale disciplina di favore), non convincono appieno le chiusure manifestate nei confronti di uno sciopero generale proclamato da due grandi sindacati confederali, che avevano solo escluso singolarmente alcuni settori, senza perciò far perdere all'azione la sua fisionomia generale e trasversale⁴⁵.

Inoltre, la circostanza che il Ministro dei Trasporti, con le proprie dichiarazioni rilasciate in quelle ore, abbia apertamente fatto riferimento alla posizione della Commissione per legittimare il proprio atto di precettazione, ha fatto sì che tutto sembrasse «convergere verso una commistione tra quadro giuridico e scenario politico del conflitto» (Zoppoli 2024, 2): anche se forse non era questa l'intenzione del garante⁴⁶, essendo la materia delicatissima e normalmen-

⁴⁴ Come insegnava quasi sessant'anni fa Tarello 1967, 57 sgg.

⁴⁵ Lo dice molto chiaramente Scarpelli 2023, 3, per il quale la criticità stava «nella pretesa di escludere la natura di sciopero generale in ragione delle modalità di indizione, e specificamente per il fatto che, effettivamente, in sede di proclamazione, alcuni settori pubblici o privati erano stati esclusi dalla partecipazione allo sciopero. Nel caso specifico *la Commissione non considera che l'iniziativa di sciopero (a prescindere ovviamente da qualsiasi valutazione sulla sua opportunità e condivisibilità, che non può avere qui alcuna rilevanza) si articolava su più date e per settori diversi privati e pubblici: modalità che può essere criticata, se si vuole, ma che non fa venir meno di per sé la natura di sciopero generale, che nel caso specifico era evidenziata non solo dalla chiara volontà dei proclamanti (dichiarazione che, a mio avviso, può essere messa in discussione solo quando configuri evidenti operazioni simulatorie e strumentali, cosa che nel caso poteva certamente escludersi), ma dalle motivazioni stesse dello sciopero, attinenti alla legge di bilancio, alle politiche economiche e sociali del Governo in carica, alle piattaforme sindacali» (corsivo mio).*

⁴⁶ Col senno di poi, sembra essere questo il senso che la Presidente della Commissione, nella propria presentazione della Relazione sulle attività della Commissione del 2023 (pubblicata a giugno 2024), attribuisce a quel passaggio riflettendo retrospettivamente. Cionondimeno, tiene il punto con le seguenti considerazioni: «Resta il fatto che chi invoca l'applicazione di un regime di particolare favore per la propria azione conflittuale, comportante un significativo aggravio per i diritti costituzionali degli utenti, è vincolato al rispetto dei suoi presupposti identificativi. Ben presente è stata inoltre la considerazione delle conseguenze negative cui avrebbe dato luogo qualsiasi forzatura

te affidata al dialogo e alla responsabilizzazione delle parti⁴⁷ (soprattutto se si tratta di confederali), l'intervento dell'8 novembre si è palesato non del tutto appropriato, tanto in sé considerato, quanto alla luce di quello che ne è seguito.

Seppur volessimo ritenere che la Commissione con il proprio intervento non ha strizzato l'occhio alle tesi definitorie⁴⁸ che precostituiscono – e limitano – l'area dello sciopero come diritto⁴⁹, dovremmo almeno evidenziare che il precedente creato è scivoloso e temibile, poiché quando due sindacati confederali proclamano uno sciopero generale su più giorni, per tutti i settori (eccetto alcuni specificamente esclusi) e con una chiara piattaforma politica di protesta non pare una condotta prudente, alla luce delle incertezze tecnico-giuridiche che si sono evidenziate (ad esempio l'assenza del famigerato «consolidato orientamento»), dichiarare che di sciopero generale non si tratta, in un momento politico in cui il Governo appare pronto a contrastare, con tutti i mezzi a sua disposizione, gli spazi di legittimo conflitto sociale presenti nella società.

Lo sciopero generale, del resto, è uno degli strumenti che consentono al sindacato di essere un soggetto politico nel senso più nobile. Pur non essendo (più?) un mezzo della Rivoluzione⁵⁰, anche attraverso di esso il sindacato può essere «un attore progressista, vale a dire un soggetto attivo del processo democratico», poiché occuparsi di temi generali, e non solo degli interessi immediati degli associati, è una delle condizioni che consentono al sindacato di essere «un soggetto della democrazia»⁵¹.

interpretativa sui presupposti di applicazione di questa delicata delibera, col rischio di renderla ingovernabile ed incentivarne un uso opportunistico. La necessità di mantenere un saldo controllo sulla sua interpretazione è emersa da tempo». Il ragionamento in sé si comprende, ma continua a essere debole con riguardo al fatto che l'uso opportunistico – ammesso che da qualcuno venga fatto – non è certo imputabile a Cgil e Uil. I virgolettati sono tratti da Relazione annuale 2024 sull'attività svolta nel 2023. Presentazione della Presidente Prof.ssa Paola Bellocchi, Camera dei Deputati, 18 novembre 2024 (testo reperibile sul sito del garante).

⁴⁷ Metodo seguito, del resto, anche ai tempi del varo della delibera del 2003 in tema di sciopero generale.

⁴⁸ Sulle quali si veda Gaeta 2023, 268.

⁴⁹ Come ritiene ad esempio A. Zoppoli 2024, 10-11, secondo il quale non vi è stata alcuna «appropriazione definitoria» del garante, che, dovendosi muovere in assenza di una definizione legale, ha utilizzato la propria configurazione di sciopero generale del 2003 come una vera e propria fattispecie da cui far discendere degli effetti; ad avviso dell'Autore l'operazione di sussunzione, nel caso di specie, non è stata impostata scorrettamente, anche se rimane debole per il «vuoto» argomentativo che emerge nella qualificazione dello sciopero come plurisetoriale e non generale.

⁵⁰ Nel 1918 Rosa Luxemburg ebbe a sostenere – entro una riflessione più ampia sullo sciopero generale come atto politico, che non può qui essere riproposta – che «la storia dello sciopero di massa russo è la storia della rivoluzione russa»: si veda Luxemburg 1970, 331.

⁵¹ La riflessione e i virgolettati sono ripresi da L. Mariucci 2011, 562. E si badi che, pur con sfumature diverse, autori acuti, anche di impronta culturale non sovrapponibile a quella di Mariucci, si sono espressi in termini simili: è nuovamente Del Punta 2005, 11, a ricordarci che «è lo sciopero in sé, nel suo carattere di risorsa democratica, ad incarnare un valore strumentale al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale, e ad essere, per questo, costituzionalmente riconosciuto».

Riferimenti bibliografici

- Aa. Vv. 1989. *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico. Atti del IX Congresso nazionale di diritto del lavoro. Fiuggi, 8-9-10 aprile 1988*. Milano: Giuffrè.
- Aa. Vv. 2018. "Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale." In *Quaderni di ADL* n. 15. Padova: Cedam.
- Ballestrero, M. V. 2018. *Diritto sindacale*. Torino: Giappichelli.
- Carinci, F. 2024. "Il caso «17 novembre»: sciopero generale e precettazione." *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Carrieri, M. et al. 2022. "Lo sciopero generale dopo la delibera n. 3/134 del 2003." *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni Industriali* 174: 275 sgg.
- Cazzola, G. 2023. "Chi trasforma lo sciopero in una pagliacciata non può erigersi a strenuo difensore del diritto." Disponibile a: www.bollettinoadapt.it (20 novembre 2024).
- Covelli, R. 2023. "Quello che non torna negli atti della Commissione di garanzia contro lo sciopero generale del 17 novembre." Disponibile a: www.fanpage.it (15 novembre 2024).
- D'Aponte, M. 2024. "Il ruolo e la funzione della Commissione di Garanzia della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali nella prospettiva dinamica della «terziarizzazione» del conflitto sindacale." *Lavoro Diritti Europa* n. 1.
- D'Ascola, S., Galardi, R., Mazzotta, O. 2023. "Giuseppe Pera: la Carta costituzionale e il diritto sindacale." In *Introduzione al diritto sindacale. Letture e riletture*, a cura di O. Mazzotta, 169 sgg. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 2004. "Sciopero generale e servizi essenziali." *Newsletter CgS* n. 3-4: 9 sgg., poi anche in *Diritto delle Relazioni Industriali* 2005 I: 423 sgg.
- Erario Boccafurni, E. 2022. "L'effettiva sostenibilità delle «corsie privilegiate» per la proclamazione dello sciopero generale: note a margine delle astensioni dei portuali e del 16 dicembre 2021." *Lavoro Prevenzione Oggi*, 61 sgg.
- Gaeta, L. 2023. "I limiti al diritto di sciopero: una storia antica." In *Introduzione al diritto sindacale. Letture e riletture*, a cura di O. Mazzotta, 268 sgg. Torino: Giappichelli.
- Liso, F. 2003. "Sciopero generale e regole per il suo esercizio." *Newsletter CgS* 1-2: 14 sgg.
- Luxemburg, R. 1970. "Sciopero generale, partito e sindacati." In R. Luxemburg, *Scritti politici*, a cura di L. Basso. Roma: Editori Riuniti.
- Magrini, S. 2004. "Ancora in tema di sciopero generale e regole legislative: sciopero generale e scelte «politiche» della commissione di garanzia." *Newsletter CgS* 3-4.
- Magrini, S. 2008. "La regolamentazione dello sciopero generale." *Diritto delle Relazioni Industriali* I: 61 sgg.
- Mariucci, L. 2011. "Lo sciopero generale: uno strumento attuale." *Emilia Romagna Europa* 8: 131 sgg. Ora in L. Mariucci, *Scritti di diritto del lavoro. Volume III*, 560 sgg. Bologna: Il Mulino.
- Mascini, M. 2023. "Sciopero generale, Carrieri: i sindacati minori ne proclamano venti all'anno, occorre un criterio per stabilire chi ha i titoli per farlo." Disponibile a: www.ildiariodellavoro.it (28 novembre 2024).
- Monaco, M. P. 2024. "L'ordinanza di precettazione dal tecnicismo della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ai recenti interventi realizzati in via di prassi dal Ministero dei Trasporti." *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Pallara, P. 2023. "Precettazione illegittima, sindacati pronti a impugnarla." Disponibile a: www.collettiva.it (17 novembre 2024).
- Pascucci, P. 1999. *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*. Torino: Giappichelli.

- Passaniti, P. 2021. "Percezione culturale e politica dello sciopero al tempo della Costituente." In *L'assemblea costituente e il diritto di sciopero. Attualità di uno storico dibattito*. A cura di G. Pino. Torino: Giappichelli.
- Pino, G. 2003. "Sciopero generale, servizi essenziali e commissione di garanzia. Alcuni spunti di riflessione." *NewsletterCgS* 1-2: 6 sgg.
- Pino, G. 2022. "Il lavoro autonomo e subordinato nelle attuali tendenze del conflitto collettivo." *Argomenti di Diritto del Lavoro* I.
- Pino, G. 2024. "Un focus sullo stato di salute della legge 146 del 1990 e successive modificazioni, al tempo dell'insediamento della settima Commissione di garanzia." *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Poli, E. 2023. "Ancora sullo sciopero generale del 17 novembre." Disponibile a: www.questionegiustizia.it (21 novembre 2024).
- Procacci, G. 1978. *La lotta di classe in Italia agli inizi del secolo XX*. Roma: Editori Riuniti.
- Romagnoli, U., Ballestrero, M. V. 1994. "Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali." In *Commentario alla Costituzione, Art. 40 – Supplemento*, a cura di G. Branca. Milano: Zanichelli.
- Rusciano, M. 2003. "Sciopero generale legge 146 del '90 e rappresentatività sindacale." *NewsletterCgS* 1-2: 19 sgg.
- Santoro-Passarelli, G. 2008. "Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso." *Diritto delle Relazioni Industriali* I: 1 sgg.
- Santoro-Passarelli, G. 2018. "Rappresentatività e legittimazione al conflitto nei servizi pubblici essenziali." In G. Santoro-Passarelli, *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Tomo III. Torino: Giappichelli.
- Santoro-Passarelli, G. 2019. "Relazione sull'attività della Commissione per l'anno 2018." *Comm. Garanzia*.
- Scarpelli, F. 2023. "Sciopero generale e prestazioni indispensabili: i dubbi sul provvedimento della Commissione di garanzia." *Rivista Giuridica del Lavoro*, supplemento Giurisprudenza online, n. 11.
- Sorel, G. 1970. *Considerazioni sulla violenza*. Roma-Bari: Laterza.
- Spimpolo, S. 2021. "La storia degli scioperi generali è un susseguirsi di cesure tra sindacati." *Domani*, 16 dicembre.
- Tarello, G. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale italiano*, Roma: Ed. di Comunità.
- Tridico, P. 2023. "Sciopero, diritto violato." *La Repubblica*, 1° dicembre.
- Vallebona, A. 2007. *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*. Torino: Giappichelli.
- Zoppoli, L. 2023. "Lo sciopero generale tra diritto e conflitto (politico-istituzionale)." *Rivista Giuridica del Lavoro*, supplemento Giurisprudenza online, n. 11.
- Zoppoli, A. 2024. "Lo sciopero (generale) nei servizi essenziali tra percorsi giuridici e insidie politiche." *Working Papers CSDLE* It. 482/2024: 14-5.

Il formalismo come tecnica di controllo (debole) dell'autonomia privata e alternativa (*soft*) all'inderogabilità

Madia D'Onghia

1. Premessa

Dialogare con il pensiero di Riccardo Del Punta non solo per omaggiarne il ricordo ma anche per sottolineare la straordinaria attualità delle sue riflessioni, non è una operazione, almeno per me, affatto facile, non fosse altro per la difficoltà di scegliere tra la sua sterminata produzione scientifica, ma anche per un mio autentico timore reverenziale verso uno straordinario Maestro del diritto del lavoro. Pedrazzoli ha ben sintetizzato la sua grandezza, sottolineando il merito di aver «fornito una prestazione imponente, nel senso (non tanto e solo quantitativo, ma) costituita in grande misura da scritti di pregio e qualità non usuali e sempre più ravvivati dalla varietà di approcci e visuali che Riccardo sperimentava nella continua ricerca di interpretazioni, fondamenti valoriali ed esplicazioni metodologiche» (Pedrazzoli 2023, 1).

Ebbene, è proprio nell'ambito di questa ricerca che ho deciso di inserire una riflessione sull'utilizzo della forma scritta nel diritto del lavoro, anche per testare la validità del formalismo come tecnica di tutela della debolezza contrattuale del lavoratore e limite dell'autonomia individuale a fronte del declino della tecnica dell'inderogabilità.

La scelta di tale tematica è stata guidata dalla costante attenzione di Riccardo Del Punta ai valori e alle regole del diritto del lavoro, che egli si preoccupa costantemente di indagare e rimettere in discussione – talvolta con qualche «tormento» – per fronteggiare gli importanti processi di trasformazioni che

Madia D'Onghia, University of Foggia, Italy, madia.donghia@unifg.it, 0000-0001-7388-9531

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Madia D'Onghia, *Il formalismo come tecnica di controllo (debole) dell'autonomia privata e alternativa (soft) all'inderogabilità*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.19, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 319-334, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

attraversano da tempo la nostra materia. Non a caso egli afferma che «i valori del diritto del lavoro debbono [...] essere difesi, in particolare nei confronti dell'aggressività della critica economica, ma possiamo difenderli efficacemente soltanto ridefinendoli e ricontestualizzandoli, anche se ciò può comportare sacrifici teorici e ideali dolorosi» (Del Punta 2002, 351).

2. La valorizzazione dei requisiti formali quale tecnica di controllo dell'autonomia privata

Il tema del formalismo nel diritto del lavoro non ha mai ricevuto una grande attenzione nel dibattito scientifico e comprensibilmente, visto che nella nostra materia i profili effettuali prevalgono rispetto a quelli formali. Tradizionalmente, tale supremazia è stata giustificata in virtù «della compressione dell'autonomia individuale quale fonte regolatrice del rapporto di lavoro rispetto alle fonti ad essa sovraordinate (legge e/o contratto collettivo)» e della «disciplina imperativa del rapporto o statuto protettivo del lavoratore come persona e come contraente debole» (Ghera 2002, 115-16). Il complessivo assetto regolativo del rapporto, infatti, è, solo in minima parte dettato dai contraenti, essendo rimesso all'intervento della legge e della contrattazione collettiva.

È noto, infatti, che all'ontologica situazione di debolezza del lavoratore la legislazione lavoristica abbia risposto con garanzie sostanziali più che formali, condizionando contratto e rapporto di lavoro al rispetto della disciplina inderogabile di legge o della contrattazione collettiva.

La svalutazione del momento volontario, surrogato dalla eterodeterminazione (sostanziale) del contenuto del rapporto ha rappresentato per decenni la migliore protezione possibile, in un sistema decisamente incline a valorizzare i profili effettuali delle vicende giuridiche a scapito di quelli formali e apparenti, così mettendo «al bando» il formalismo, «concepito come tecnica di tutela inadeguata in un rapporto in cui il potere negoziale è completamente squilibrato a favore del datore di lavoro» (Ferraro 1989, 558).

A partire dalla legislazione dell'emergenza e della crisi della metà degli anni '80, questo modello ha subito correzioni e integrazioni poi consolidate nella regolamentazione legislativa dei rapporti di lavoro flessibili, con la valorizzazione del ruolo della autonomia privata individuale e/o collettiva (quest'ultima delegata dal legislatore a regolare il rapporto oppure ad autorizzare o assistere l'autonomia individuale) nella scelta del modello contrattuale.

E proprio l'ampliamento della possibilità per le parti di stipulare contratti diversi dal contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato determina una qualche erosione del principio di inderogabilità che come ci ricorda Riccardo Del Punta è stato centrale per il Novecento, «il secolo delle protezioni prescrittive, cioè della tutela universalistica del lavoro attraverso la norma inderogabile in grado di garantire protezione, ma anche di ribilanciare la distribuzione del potere sociale» (Del Punta, 2020, 41).

Certo la previsione di vincoli formali non costituisce un diretto attacco al principio di inderogabilità ma non c'è dubbio che, sebbene non a un livello for-

male, l'ampia facoltà di stipulare contratti di lavoro flessibili rompe il carattere monolitico della norma inderogabile.

Lo schema classico dell'inderogabilità «unidirezionale» (per cui il complessivo assetto regolativo del rapporto è solo in parte (minima) dettato dai contraenti, risultando invece dall'agire combinato, oltre che dell'autonomia individuale, altresì dell'intervento della legge e di quello della contrattazione collettiva; la legge e la contrattazione collettiva stabiliscono dei minimi di trattamento – normativo ed economico –, cui le parti non possono in alcun modo derogare *in pejus*), proprio a partire dalla legislazione dell'emergenza, entra in crisi: la legge, in talune situazioni e per specifiche finalità di ordine pubblico economico, muta la direzione dell'inderogabilità, assumendo il ruolo di disciplina dei massimi (e non dei minimi) di trattamento, e impedendo così sia all'autonomia individuale che a quella collettiva di prefigurare deroghe in senso più favorevole ai lavoratori.

In tale contesto risulta rafforzata la funzione genetica del contratto individuale che porta con sé la necessità di un'adeguata formalizzazione, come tecnica di controllo dell'autonomia individuale. Da qui la previsione della forma scritta per la stipulazione di tutti i contratti difformi dal modello *standard*, riducendo drasticamente l'area dei contratti di lavoro stipulati verbalmente o per *facta concludentia*.

Si consolida, così, quel processo di «valorizzazione del formalismo giuridico» quale contrappeso della crescente «liberalizzazione e proliferazione [...] dei modelli flessibili o articolati di impiego del lavoro dipendente» (Ferraro 1989, 568 sgg.).

Ecco allora che il formalismo, così come l'inderogabilità della disciplina lavoristica, diventa un limite all'autonomia privata.

Ogni qualvolta il legislatore disciplina figure contrattuali che si discostino dal modello codicistico (contratto di lavoro a tempo indeterminato e pieno), procedendo a una tipizzazione delle fattispecie contrattuali, è richiesta la stipulazione in forma scritta. Quanto più il contratto deflette dallo schema codicistico tanto più si avverte l'esigenza di consacrare l'accordo nella scrittura, sostanzialmente, per avvertire il prestatore di lavoro della peculiarità del rapporto che intratterrà.

Indubbiamente, almeno in origine, la forma scritta si è imposta quale strumento di tutela del lavoratore (nella tradizionale posizione di soggetto debole), al fine precipuo di arginare il potere datoriale e prevenire l'uso distorsivo degli strumenti flessibili. Sul presupposto della centralità del contratto di lavoro indeterminato e a tempo pieno e di un sostanziale sospetto nei confronti dei modelli negoziali difformi dal modello *standard*, il legislatore ha, infatti, utilizzato la forma scritta quale tecnica normativa per «controbilanciare la flessibilizzazione determinata dalla deviazione del modello *standard*» (Voza 2001, 570), richiesta unicamente a tutela del lavoratore, tant'è che la sua inosservanza non determina mai la caducazione dell'intero rapporto.

Così è stato per alcuni modelli negoziali ormai superati (si pensi, ad esempio, al contratto di formazione e lavoro, al lavoro a progetto, al lavoro ripartito e al

contratto di inserimento)¹; così è per i tipi contrattuali in vigore, sia i più tradizionali e risalenti nel tempo (contratto a termine, *part-time* e apprendistato, nelle sue tre tipologie), sia per i più recenti (lavoro somministrato e lavoro intermittente) ma anche per il nuovo contratto di lavoro autonomo tramite piattaforme digitali.

Vanno, poi, considerati pure i vincoli formali previsti per la conclusione di quei contratti speciali che si caratterizzano o per la tipicità degli interessi pubblici coinvolti (il contratto di lavoro dei marittimi e della gente dell'aria e il contratto di soggiorno, propedeutico al contratto di lavoro, per gli extracomunitari) o per la tipicità della posizione del prestatore e del datore di lavoro (contratto di lavoro sportivo, sia esso subordinato o autonomo).

In questa prospettiva la forma vincolata non si configura come un laccio dell'autonomia privata (il riferimento è qui a tutta quella risalente dottrina civilistica che configura il formalismo come limite importante all'autonomia negoziale)² ma semmai diventa uno strumento di rafforzamento e salvaguardia della autonomia del singolo, della volontà del prestatore di lavoro, in qualità di contraente debole del contratto.

3. La tipizzazione dei modelli contrattuali e lo stretto connubio tra forma e contenuto

È interessante notare, altresì, come il formalismo della legislazione extracodicistica (a partire, in particolare, dalla c.d. Riforma Biagi *ex d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*) si sia sempre accompagnato a una accentuata tipizzazione dei modelli contrattuali, mediante la dettagliata disciplina del loro contenuto: il precetto di forma prescrive anche quali elementi dell'accordo debbano necessariamente risultare dall'atto scritto, configurandosi come modalità legalmente imposta del contenuto informativo del contratto: la legge non si limita a ipotizzare un certo tipo contrattuale, richiedendo la forma, ma prescrive a un tempo il contenuto del contratto e il modo della sua necessaria esplicitazione.

Forma e contenuto si fondono così in unico elemento garantendo al lavoratore una chiara e completa informazione su tutti gli aspetti, o almeno i più importanti, del programma negoziale al quale si vincolerà prestando il proprio consenso, il che riecheggia quel principio di trasparenza contrattuale cui è informata la variegata e ormai numerosa disciplina dettata in materia di tutela del consumatore/cliente nel diritto civile.

Non a caso, con riferimento alla moderna legislazione, segnatamente quella di derivazione europea, si è rilevato come l'incorporazione di un contenuto minimo dentro la struttura formale sia divenuto un autentico *leit motiv*, dove la forma non rappresenta più «un mero *vestmentum* dell'accordo delle parti, che

¹ Per la disamina dei profili formali delle tipologie flessibili non più vigenti nel nostro ordinamento, sia consentito rinviare a D'Onghia 2023, 643 sgg. e, più approfonditamente a D'Onghia 2015, *passim*.

² Per la tesi del formalismo come limite importante all'autonomia negoziale si veda per tutti Schlesinger 1989, 229.

non sia pura *morphè* ma piuttosto [...] *eidòs*: la forma si configura come manifestazione sensibile di un contenuto e insieme contenuto essa stessa» (Mazzamuto 1994, 44).

Da questo punto di vista ben si può osservare che il diritto del lavoro ha fornito un significativo contributo al rinnovamento del diritto dei contratti, facendo venir meno la centralità del codice a vantaggio di discipline settoriali. È per questo, del resto, che si ritiene che le c.d. forme di protezione (che caratterizzano oggi il neoformalismo) sono state da sempre pertinenza del diritto del lavoro, come tecniche di tutela in funzione alternativa, ovvero integrativa, di altre tecniche più diffuse, quali quelle basate sull'inderogabilità della disciplina legale e sull'intervento compensativo dell'autonomia collettiva³.

Il vincolo formale si presenta, così, quale garanzia dell'effettiva e consapevole disponibilità del lavoratore a un rapporto di lavoro che si discosta dal prototipo *standard* e che potrebbe essere meno conveniente (c.d. responsabilizzazione del consenso); in tal modo si impedisce al lavoratore di rimanere obbligato da una volontà non sufficientemente spontanea, consapevole e responsabile, perché scrivere un contratto, o anche solo firmare un contratto scritto, implica attenzione, riflessione e approfondimento che la forma orale non consente e non stimola.

La responsabilizzazione del consenso si realizza soprattutto attraverso la chiara e specifica conoscenza degli elementi del contratto, perché la scrittura serve a «fissare» l'insieme delle disposizioni e delle clausole nel testo, consentendo, così, di identificare l'oggetto del contratto (diritti e obblighi) con maggiore precisione. Basti osservare i contratti più tradizionali che prevedono la specificazione per iscritto degli elementi essenziali (come nel caso dell'apprendistato e del *part-time*) e altre fattispecie contrattuali nelle quali il legislatore si è preoccupato di predisporre un elenco dettagliato comprensivo anche di elementi accessori, regolanti l'esecuzione e l'attuazione del contratto stesso (si pensi, ad esempio, alla minuziosa elencazione contenuta nella disciplina del lavoro intermittente o del contratto di somministrazione del lavoro o, ancora, alla disciplina più risalente del lavoro nautico).

In tal modo la forma scritta si rivela come il mezzo per informare il lavoratore, così da renderlo meno indifeso rispetto al datore di lavoro, assicurandogli un «*délai de réflexion*»⁴ proprio nella fase di conclusione del contratto. In questa prospettiva il vincolo formale assolve a una funzione (generalmente) protettiva e (specificamente) informativa e finisce, così, per connotarsi, sia pure parzialmente, di quel ruolo che ha ampiamente assunto nel neoformalismo delle altre legislazioni speciali: «il migliore veicolo di informazione del contraente più debole» (Di Majo 1993, 296).

Ebbene, la forma *informativa* rappresenta una tecnica legislativa che può ricondursi anche a quella dottrina che, sul presupposto della necessità di tutelare

³ In tal senso si veda Ferraro 1989, 576.

⁴ Questa espressione è stata utilizzata da Alpa 1984, 463, con riferimento alla protezione del consumatore nell'esperienza francese.

il lavoratore non solo *nel rapporto*, ma anche *nel mercato* (caratterizzato dall'asimmetria informativa, soprattutto a danno del lavoratore come precisa opportunamente Riccardo Del Punta 2022, 408), ritiene che se fino a ieri l'intervento protettivo si era concretato essenzialmente nella riduzione dell'autonomia negoziale individuale attraverso una regolazione eteronoma inderogabile del rapporto contrattuale, oggi esso tende a concretarsi piuttosto nell'incremento del potere contrattuale effettivo del lavoratore, assicurandogli maggiori opportunità di informazione (Ichino 1996, *passim*).

Ma una tale impostazione porta ad assimilare *in toto* il lavoratore/contraente debole ad altre situazioni di debolezza rinvenibili nel più generale contesto civilistico (consumatore, cliente, subfornitore, locatore, ecc.) e conseguentemente ad attribuire il medesimo valore alla funzione di tutela informativa della forma vincolata, ignorando, di fatto, sostanziali differenze tra le diverse situazioni di debolezza contrattuale. Le asimmetrie informative non rappresentano affatto l'unica ragione di debolezza del lavoratore rispetto alla controparte datoriale.

È bene precisare che la documentazione (la scrittura) non è rivolta a garantire l'univocità del significato del contratto posto in essere, bensì, come si è detto, serve solo a «fissare» il testo. Né tantomeno serve a individuare la normativa da applicare a una determinata fattispecie contrattuale e, dunque, alla sua qualificazione, poiché questa, come noto, è sottratta alla disponibilità delle parti.

La volontà delle parti, infatti, non è determinante per la qualificazione del tipo negoziale, nel senso che le parti del contratto non possono liberamente scegliere la disciplina applicabile, attraverso il mero richiamo del *nomen* e a prescindere dal concreto regolamento contrattuale, e questo è un principio generale del diritto dei contratti, non derogabile neppure dal legislatore⁵.

Spetta al giudice, eventualmente, attribuire al contratto un *nomen iuris* diverso da quello che le parti hanno scelto al momento della conclusione o hanno proposto in giudizio, attraverso il confronto tra fattispecie concreta e fattispecie astratta. Semmai la volontà delle parti assume un certo rilievo quando si tratti di determinare, una volta individuati, secondo lo schema legale, gli estremi dei tipi di cui si controverte, se le parti abbiano voluto un tipo piuttosto che un altro e, in tal caso, se abbiano o no compiuto l'atto formale. Solo in questa ipotesi e indirettamente (e non come sua funzione), la forma può apparire collegata alla «qualificazione» di un contratto.

Del resto la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro è determinata oggettivamente, nel senso che la volontà effettiva manifestata dalle parti nella concretezza del loro agire prevale sulle originarie pattuizioni formali e ciò conferma proprio come la forma non costituisca il principale connotato della qualificazione del contratto, ma un puro indizio. In altri termini, per la qualificazione del contratto di lavoro subordinato è necessario far capo al comportamento complessivo delle parti più che alle loro eventuali dichiarazioni. E ciò è ampiamente consoli-

⁵ Cfr. C. cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *RIDL*, 1995, II, 227 e già prima C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432).

dato in orientamenti risalenti e pacifici della giurisprudenza che è stata da sempre orientata a ritenere che il *nomen juris* adottato dalle parti del rapporto (anche) di lavoro, per definire la relazione giuridica fosse scarsissimamente rilevante, dovendosi piuttosto verificare la concreta articolazione in fatto del rapporto stesso⁶.

Pertanto, quell'orientamento giurisprudenziale⁷ che attribuisce efficacia discrezionale al *nomen iuris* va letto semplicemente, come «un'elasticizzazione del procedimento di qualificazione in situazioni che presentano tratti di particolare ambiguità» (Mazzotta 2022, 71). Così come la stessa tendenza legislativa a ridisegnare nuovi tipi, precisandone i relativi moduli disciplinari con precisi schemi contrattuali, proprio grazie alla tecnica della «forma istituzionale»⁸, assume un rilievo solo parziale che non può impedire il concreto accertamento dell'effettivo atteggiarsi della subordinazione, indipendentemente dal *nomen* assegnato dalle parti al rapporto all'atto della stipulazione.

Del resto, questo approccio è del tutto coerente con i principi codicistici: sarebbe davvero paradossale che la volontà individuale, che da tempo la dottrina civilistica ha considerato solo come una delle fonti di integrazione del contratto⁹, fosse valorizzata proprio sul terreno di una relazione giuridica caratterizzata dalla prevalenza delle norme inderogabili su quelle dispositive.

Resta fermo, in ogni caso, che la scrittura permette di avere chiarezza, trasparenza e comprensibilità delle condizioni contrattuali e questo, da un lato, rende, almeno in linea di principio, meno probabile l'insorgenza di controversie e, da un altro, consente una prova facile e affidabile sui diritti scaturenti dal contratto. Ecco allora che il requisito formale acquista rilievo ai fini della riduzione della conflittualità: quale «tecnica di garanzia trascendente e pacificatrice [...] placa il conflitto e lo rinserra in termini certi ed incontroversivi» (Irti 1997, 81).

4. La necessaria distinzione dei vincoli formali dagli obblighi di informazione

La forma vincolata prescritta per la conclusione del contratto di lavoro va tenuta distinta dagli obblighi di informazione.

Ci si riferisce a quegli obblighi di informazione individuali di cui al d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (attuativo della direttiva 91/533/CE) e modificato dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (c.d. Decreto Trasparenza, attuativo, a propria volta, della direttiva 2019/1152/UE, che ha abrogato e sostituito la prima, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea). Ai sensi di tale normativa, il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore una serie di informazioni relative al rapporto e alla sua disciplina, con riferimento a

⁶ S' inserisce qui l'orientamento della giurisprudenza che ai fini della qualificazione del contratto di lavoro ritiene il *nomen iuris* poco rilevante, dovendosi piuttosto verificare il comportamento complessivo delle parti e le concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro (cfr., da ultimo, Cass. 23 novembre 2022, n. 34567 in *Banca dati Juris*).

⁷ Cfr., *ex pluris*, Cass. 19 novembre 2021, n. 35687, in *Banca dati Juris*.

⁸ Tale espressione è tratta da Irti 1997, 83.

⁹ D'obbligo il riferimento anzitutto a Rodotà 1970.

qualsiasi contratto e a prescindere dalla sua forma. Si tratta di una dichiarazione scritta, ricognitiva degli elementi essenziali del contratto o del rapporto e delle eventuali modifiche, non attinente alla costituzione del contratto, che si dà sostanzialmente per avvenuta (anche senza il rispetto di alcuna formalità), del tutto autonoma e distinta rispetto all'obbligo della forma vincolata tradizionalmente inteso. Qui la questione del vincolo formale riguarda la comunicazione informativa, che non può dirsi effettuata se non fatta per iscritto e con le modalità e i termini prescritti.

La comunicazione non incide sul processo formativo del consenso: se è vero, infatti, che si prevede la trasmissione di informazioni sul contenuto, economico e normativo, del contratto, riguardanti non solo i diritti minimi ma anche i diritti sostanziali afferenti a vari aspetti del rapporto di lavoro, è altrettanto vero che tale funzione informativa non è funzionale alla formazione di un consenso integro. Qui la comunicazione non contribuisce a sostenere, informandola, una volontà debole che possa giungere al contratto più consapevole. Ne è riprova la circostanza che il documento contenente le informazioni non deve necessariamente essere consegnato al lavoratore al momento della stipula del contratto ma in un momento successivo alla conclusione del contratto (che non oltrepassi, comunque, quello esecutivo e, cioè, prima dell'inizio del rapporto lavorativo), senza incidere sul perfezionamento del contratto. Tanto più che la novella del 2022 consente al datore di lavoro, in caso di informazioni incomplete nel contratto individuale o nel modello Unilav, di poter integrare l'informativa entro sette giorni successivi all'inizio della prestazione e, limitatamente a un più ristretto novero di informazioni, di fornirle entro un mese dall'inizio della prestazione. Pertanto, se è indubbio che una corretta informazione possa incidere profondamente sul riequilibrio delle posizioni di forza tra le parti, si tratta pur sempre di informazioni che non incidono sul processo di formazione del vincolo contrattuale.

I due obblighi formali non sono alternativi: la forma vincolata degli obblighi d'informazione presuppone un accordo già concluso e, dunque, attiene al momento esecutivo e non a quello genetico, dove invece resta preminente la necessità di garantire un'attenta ponderazione del contenuto del contratto da stipulare, difforme dal contratto di lavoro *standard*. Non è un caso che gli obblighi di informazione tipici del formalismo di derivazione europea a tutela del consumatore caratterizzino la fase che precede la stipulazione di alcuni contratti (c.d. formalismo precontrattuale), rivelandosi, così, ben più efficaci per la tutela del contraente debole. In questo ambito la forma informativa non è solo «veicolo» delle informazioni a garanzia della trasparenza del regolamento contrattuale, della sua chiarezza e comprensibilità; dà anche struttura al contratto, all'assetto complessivo del regolamento di interessi costruito dai contraenti, svolgendo la duplice funzione di favorire il controllo *ex ante* sulla razionalità procedurale del contratto ed *ex post* sulla corrispondenza fra informazioni comunicate ed effettivo contenuto del contratto. E anche laddove si estendesse la forma informativa così intesa al contratto di lavoro, essa risulterebbe condizionata negativamente dalla natura individuale del destinatario delle informazioni, dall'alienità dell'organizzazione nella quale il lavoratore è inserito e dalla sua scarsa forza

contrattuale che non consente al lavoratore di negoziare direttamente e ad armi pari con il datore di lavoro.

Peraltro, già sul piano generale, si è affermato che la forma informativa «non risolve le questioni di (in)giustizia contrattuale» (Pasa 2010, 682); colma, sì, un *deficit* informativo, rendendo l'informazione trasparente e di qualità, a tutela dell'eguaglianza in senso formale dei contraenti, ma ha poco a che vedere con azioni concrete volte a promuovere forme di giustizia sostanziale.

5. Le conseguenze sanzionatorie in difetto del requisito formale del contratto di lavoro: dalla forma *ad substantiam* come tecnica di protezione del lavoratore...

La funzione protettiva si realizza non semplicemente con la previsione del vincolo formale ma soprattutto grazie allo speciale regime sanzionatorio che l'accompagna.

Qui è bene ricordare che il diritto del lavoro nel suo complesso ha elaborato ed interiorizzato il principio secondo cui la reazione dell'ordinamento nei confronti della violazione di norme a tutela del prestatore si commisura alla funzione che le norme violate intendevano perseguire. E allora se la forma vincolata è finalizzata a proteggere il lavoratore/contraente debole, la sua violazione non può penalizzare il lavoratore stesso.

Ecco perché su questo versante le classiche partizioni e teorizzazioni sul tema nel diritto civile (forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*) sono molto più sfumate: infatti, il dato positivo, sconfessando la rigida simmetria nullità – inderogabilità, delinea un sistema disciplinare, offrendo soluzioni che, escludendo la nullità assoluta, vanno dalla nullità parziale alla c.d. conversione legale del contratto di lavoro, fino alla forma richiesta a soli fini probatori.

Come noto, nel diritto civile, la mancanza della forma scritta, in quanto requisito essenziale del contratto, fa scattare il meccanismo sanzionatorio della nullità, ovvero la più grave misura di invalidità negoziale, *ex artt.* 1325, n. 4 e 1418 c.c. Tuttavia, la tutela del lavoratore, quale interesse sotteso alla norma contenente la forma scritta *ad substantiam*, da cui discende la qualifica di norma inderogabile, risulterebbe fortemente compromessa se la predetta sanzione non fosse integrata da un regime legale più favorevole. La Corte costituzionale ha affermato a chiare lettere che «la mancanza della forma scritta *ad substantiam* non può comportare di norma la radicale dissoluzione del rapporto di lavoro senza contraddire irrimediabilmente tale finalità di protezione»¹⁰.

È del tutto evidente, infatti, che se si ritenessero operanti tutte le conseguenze tipiche della nullità (in particolare, l'inefficacia originaria, radicale e insanabile del contratto, la legittimazione processuale estesa a tutti coloro che vi abbiano interesse e la rilevabilità anche d'ufficio da parte del giudice), ciò si risolvereb-

¹⁰ C. cost. 15 luglio 2005, n. 283; si veda anche C. cost. 11 maggio 1992, n. 210 e C. cost. 11 gennaio 2005, n. 7.

be a vantaggio non del contraente debole, ma di quello forte, che si ritroverebbe liberato da ogni vincolo contrattuale.

Il legislatore si è, così, preoccupato di predisporre dei meccanismi che finiscono per svalutare il profilo formale dell'invalidità per un generale *favor contractus*, il che richiama le c.d. nullità speciali o di protezione del diritto dei contratti, dove il rimedio della nullità costituisce «più uno strumento di tutela del contraente debole, che una forma di reazione dell'ordinamento a un difetto strutturale dell'atto» (Gabrielli, Orestano 2000, 244). Si spiega, così, la regola secondo cui, in caso di inosservanza del vincolo formale, accanto alla sanzione della nullità si pone una tutela specifica per il lavoratore, rappresentata, nell'ottica della conservazione del contratto, dalla trasformazione del contratto di lavoro orale in un normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato, o dall'applicazione dell'art. 2126 c.c.

Il regime della nullità, quindi, non incide sulla validità del contratto di lavoro, ma colpisce il rapporto di lavoro speciale, con la conseguente depurazione di questo dai tratti di specialità e la riconduzione della fattispecie alla disciplina di un «comune» contratto di lavoro. Ciò che cambia, dunque, è il modello di disciplina applicabile (c.d. imputazione automatica del tipo necessario derogato) (D'Antona 1990, 542), ma il contratto è sempre lo stesso.

Questo particolare regime trova la sua giustificazione nel fatto che nel contratto di lavoro è l'imputazione automatica degli effetti (*rectius* l'indisponibilità della fattispecie) il «valore ordinante» (cfr. D'Antona 1990, 537) dell'autonomia privata, quindi non il contratto ma l'incidenza della norma inderogabile sul rapporto.

La mancata adozione della forma vincolata, se richiesta *ad substantiam*, contribuisce, pertanto, alla riconduzione a un tipo contrattuale (contratto di lavoro a tempo indeterminato), senza pregiudicare la validità del contratto, pur potendosi rilevare un intento *lato sensu* sanzionatorio del legislatore.

La combinazione della sanzione della nullità con il correttivo della trasformazione può essere qualificata non tanto come «appendice ribelle delle categorie civilistiche», quanto come un «congegno tipico dell'ordinamento giuslavoristico strutturalmente finalizzato in senso sanzionatorio e funzionalmente unilaterale» (Fontana 1993, 370). Come ben evidenziato da autorevole dottrina, «il diritto del lavoro recupera categorie propriamente civilistiche ma le piega a un uso più aderente alla specificità dei valori che intende proteggere» (Mazzotta 1991, 501).

Del resto, la sanzione della nullità con il danno della perdita del posto per il lavoratore sarebbe priva di qualsiasi efficacia intimidatoria e repressiva al fine di garantire l'osservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi formali.

E, secondo questa logica, le nullità di protezione hanno fatto ingresso anche nella legislazione speciale successiva al codice, conformando la disciplina del contratto nullo alla natura degli interessi protetti. E si tratta di norme che, indipendentemente dal riferimento a un determinato tipo contrattuale, regolano rapporti connotati da una disparità di forza contrattuale. In entrambe le discipline, vi è «un'esigenza di protezione di un contraente rispetto a rapporti che, in considerazione della situazione *concreta* in cui questi operano, sono connotati

da una disparità di potere contrattuale» (Albanese 2008, 169). Tanto da poter affermare che anche nel diritto dei contratti trova attuazione l'art. 3, comma 2, Cost., ovvero la necessità di un intervento del legislatore per rimuovere tutti quegli ostacoli di ordine economico e sociali che, limitando di fatto la libertà e uguaglianza dei cittadini, «impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

5.1. ... alla forma *ad probationem* a tutela prevalentemente della certezza giuridica

Tale meccanismo sanzionatorio connesso alla forma scritta, nel corso degli ultimi decenni, ha fortemente ridotto il suo ambito di applicazione o perché alcune tipologie contrattuali che lo prevedevano sono state abrogate (come il contratto di inserimento e il contratto di formazione e lavoro) o perché il requisito non è più richiesto *ad substantiam* (è il caso del contratto di apprendistato che ora richiede la forma ai fini della prova) o perché non è proprio più richiesta la forma scritta (è il caso del contratto di lavoro tra agenzia somministratrice e lavoratore che non prevede più il vincolo della forma scritta a differenza del vecchio contratto per prestazioni di lavoro).

Ne consegue che oramai, il più delle volte, la forma vincolata non riguarda un profilo di completezza strutturale del contratto, in quanto è richiesta a fini probatori, a fini integrativi, di regolarità amministrativa o di certificazione di un fatto. La forma sembra, dunque, fuoriuscire dagli elementi costitutivi del contratto di lavoro, intervenendo semmai a incanalare l'autonomia privata secondo moduli prefissati, accompagnando e rafforzando il controllo sul contenuto.

E difatti, nel momento in cui si comincia a prendere atto del progressivo venir meno della centralità dell'archetipo del lavoro stabile e a tempo pieno e si supera in qualche modo il predetto sfavore verso i rapporti contrattuali flessibili, le scelte normative non esprimono più, con la stessa intensità, quell'esigenza prioritaria di tenere sotto controllo le deviazioni dalla disciplina generale e ciò si riflette anche sul piano dei requisiti formali.

Viene a mutare il tradizionale rapporto tra normativa protettiva (vincolo formale) e rimedio sanzionatorio (automatica applicazione della disciplina del modello *standard*) e tutto si sposta solo sul piano processuale (è quanto accaduto per il *part-time*, sia pure in maniera attenuata, per il lavoro intermittente e per il contratto di apprendistato), fino, addirittura, a non richiedere affatto il requisito formale (come per il contratto di lavoro nella somministrazione).

Si assiste a una sorta di metamorfosi funzionale del requisito formale che ha ridotto in maniera significativa la sua funzione specifica di «delimitare selettivamente le deroghe consentite al trattamento *standard* di tutela», ovvero di «dosare e di filtrare i termini di allontanamento e di deviazione dalla disciplina *standard* (Ferraro 1989, 580), per tutelare il lavoratore. Non è a questo che serve la forma *ad probationem* che riguarda un delimitato e peculiare ambito, ossia la dimensione, per così dire, patologica del rapporto di lavoro, e, quindi, attiene esclusivamente alla contesa giudiziaria in cui le parti volessero far valere il negozio, determinando esclusivamente un maggior aggravio nella prova del contratto. Di conseguenza, se, di fatto, le parti eseguono il contratto o, comunque,

in qualche modo, ne tengono fermi gli effetti, senza attingere alla dinamica processuale, nessun rilievo dispiega l'indicata «carenza probatoria».

È evidente, allora, che nella legislazione più recente il vincolo formale risponda a logiche differenti. Esso mira a soddisfare interessi più generali, a vantaggio non solo del lavoratore ma anche della controparte datoriale, sul presupposto di un maggiore equilibrio tra i due soggetti, derivante da una valorizzazione dell'autonomia negoziale individuale. Del resto la dottrina civilistica, in tempi molto risalenti, ha sostenuto che il formalismo *ad probationem* appare allorché al regime del formalismo *ad substantiam* si è andato sostituendo un regime nel quale «la volontà individuale tende a dominare con la massima autonomia, libera da qualsiasi vincolo di forma»; con questa evoluzione, la statuizione di certi limiti alla libertà di prova, si pone «come norma esterna al negozio e relativa solo al modo di accertarne l'esistenza nel dibattito giudiziario (Osti 1923, 202).

In tale prospettiva la forma scritta rappresenta per il contratto di lavoro uno strumento di garanzia delle esigenze di stabilità e di certezza giuridica e soprattutto un'agevolazione della verifica preventiva del rispetto delle prescrizioni di legge, cui consegue una semplificazione e uniformazione dei criteri giudiziali di valutazione e una decisa riduzione della conflittualità, al pari di altre tecniche più nuove, quali il controverso istituto della certificazione dei rapporti di lavoro. Entrambe sarebbero così finalizzate, soprattutto per i cultori di *law and economics* a riequilibrare e correggere l'asimmetria informativa tra le parti e autenticare la reale volontà delle stesse nella scelta del tipo negoziale.

Ma in tal modo si finisce per accentuare il valore della qualificazione originaria del rapporto di lavoro (sull'infondato presupposto che le parti possono liberamente scegliere la disciplina applicabile richiamandola attraverso il *nomen* da loro altrettanto liberamente scelto) e soddisfare, non tanto gli interessi del lavoratore, quanto quelli del datore di lavoro, al quale si apportano benefici, se non altro proprio in termini di riduzione della conflittualità.

Queste soluzioni formaliste, così intese, rischiano, però, di comprimere lo spazio che l'ordinamento assegna alla valutazione *ex post* del giudice¹¹, condizionando la stessa discrezionalità qualificatoria istituzionalmente riconosciuta all'autorità giudiziaria. Appare, così, condivisibile l'opinione di chi ritiene che il legislatore sia stato spinto a tali soluzioni dalla sfiducia verso la valutazione giudiziaria della qualificazione del contratto, avvalorando i profili formali a danno di quelli effettuali¹².

Ecco allora affievolirsi la funzione della forma quale *vestmentum* del consenso consapevole del lavoratore a vantaggio di un *vestmentum* del complesso

¹¹ Non è di oggi la riflessione di Giuseppe Chiovenda (nella prolusione romana del 1901 su «Le forme nella difesa giudiziale del diritto»), riportata da Irti, secondo cui «il formalismo è in relazione inversa ai poteri del giudice: quanto più estesi questi, tanto più lieve e duttile quello; quanto più limitati gli uni, tanto più rigido e grave l'altro» (Irti 1997, 13).

¹² In proposito si veda Garofalo 2003, 376.

di informazioni che il contratto di lavoro veicola, indebolendo il suo legame con la volontà del lavoratore stesso e rafforzando quello con l'oggettività del testo.

Si indebolisce, fino ad annullarsi, quella funzione per così dire compensativa dell'erosione del tasso di inderogabilità conseguito al moltiplicarsi dei sottotipi contrattuali per effetto della valorizzazione dell'autonomia negoziale individuale.

Laddove invece la forma vincolata continua a poter essere considerata una valida tecnica di protezione sociale» è nell'ambito del rapporto di lavoro. Si pensi a tutte le prescrizioni formali dettate dal legislatore nella disciplina dello svolgimento e della estinzione del rapporto di lavoro (licenziamento, ad esempio). Qui il vincolo formale opera, peraltro, all'interno di un più complesso apparato garantista del diritto del lavoro, integrandosi con altre tecniche e procedure protettive, per delimitare l'ambito di esercizio delle prerogative unilaterali del datore di lavoro. In questi termini la forma vincolata richiama il formalismo del rapporto degli atti unilaterali di massa della legislazione speciale, solo che nel diritto del lavoro la *ratio* di questo fenomeno, piuttosto che ricollegarsi all'autonomia collettiva o alla logica dei gruppi, è principalmente dettato per la garanzia e la tutela di valori preminenti dell'ordinamento costituzionale, quali il lavoro e la dignità del lavoratore.

Con riferimento al contratto di lavoro, invece, la forma vincolata finisce per assolvere semplicemente, anche in considerazione delle diffuse prescrizioni di forma-contenuto, a un ruolo eminentemente esplicativo di un contenuto, funzionale a garantire interessi di natura generale, a controllare il tipo prescelto, per soddisfare l'esigenza della certezza delle regole, del mercato, un formalismo del tutto funzionale all'efficienza informativa ma non certo a garantire effettivamente il lavoratore.

Ma non basta essere agenti economici consapevoli e informati a correggere la situazione di debolezza contrattuale del lavoratore. Le nuove declinazioni del vincolo formale del contratto non rappresentano più una valida risposta (non certo sostitutiva) al declino della disciplina eteronoma imperativa, della inderogabilità unidirezionale.

Del resto anche nel diritto dei contratti di settore cominciano a emergere i limiti del formalismo negoziale con funzione informativa: sempre più spesso si parla del tramonto del mito del risparmiatore consapevole e del mito dell'efficienza del mercato da attuarsi attraverso la rimozione delle asimmetrie informative, tanto da costringere il legislatore a rimodulare il proprio intervento regolatorio prevedendo regole più sostanziali, con specifici obblighi di assistenza. Non a caso da tempo si osserva che nel diritto civile sia in atto una *revanche* della norma inderogabile¹³.

È noto infatti che nel diritto civile, dove, salvo eccezioni, l'autonomia individuale è pienamente libera, si assiste da tempo a un processo di notevole incremento nell'uso di norme inderogabili o di forme di rinvio all'autonomia collettiva a tutela di «contraenti deboli» (i consumatori) con limitazioni ulte-

¹³ Si rinvia, ex pluris a Fazio, 2011 e Berti, 2013.

riori della libertà contrattuale anche nei rapporti di impresa. Nel diritto civile (extracodicistico) dunque, laddove si creano nuove forme di dipendenza economica, al contrario del nostro settore, si reagisce con gli strumenti tradizionali del diritto del lavoro.

6. Una chiosa finale sul dialogo tra diritto del lavoro e diritto civile

In questa cornice il dialogo con il diritto civile resta molto proficuo, per un uso più rigoroso delle categorie, ponendole, opportunamente innervate dai principi del diritto dell'Ue, a servizio di quei valori personali che del diritto del lavoro costituiscono da sempre la cifra identificativa.

Si tratta, in altri termini, di dar seguito a quel processo di progressivo avvicinamento che le strutture di una disciplina hanno imposto a quelle dell'altra, soprattutto con riferimento a quella parte del diritto privato più vitale, che va ben oltre il codice, contrastando quell'ansia del diritto del lavoro, utilizzando le parole di Riccardo Del Punta, «di ricavarsi spazi di autonomia nella famiglia privatistica» (Del Punta 2012, 368).

In tal senso, appaiono ancora molto attuali le osservazioni di un illustre studioso di entrambe le discipline. Nella parte finale di uno scritto del 1990 dedicato all'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, Luigi Mengoni osservava: «Negli anni '60 la nuova dottrina del diritto del lavoro si è progressivamente allontanata dalle strutture concettuali e dalle metodologie classiche del diritto civile ed ha percorso una vicenda intellettuale che nel decennio successivo l'ha condotta lontana dal modello originario. Ma nemmeno la scienza civilistica è rimasta ferma. [...] Negli anni '80 si sono create le condizioni per un riavvicinamento delle due dottrine. La dottrina generale delle obbligazioni e dei contratti e della responsabilità civile è più aperta ai valori etico-personali; la dottrina del lavoro si è fatta più avvertita dell'esigenza tipicamente civilistica, che la traduzione dei giudizi di valori in giudizi di dover essere proceda per la via, e sotto il controllo, di una corretta concettualizzazione sistematica. Esse possono trovare una linea di pensiero comune per affrontare insieme e solidalmente i problemi di tutela della persona nella società della terza rivoluzione industriale» (Mengoni 1990, 5).

In questo percorso verso un «pensiero comune», la questione non è ovviamente quella di stilare incongrue classifiche che distribuiscano supremazie e sudditanze; semmai quello dei paradigmi da adoperare per interpretare il diritto. Per cui la questione dei rapporti fra diritto civile e diritto del lavoro si risolve in un problema metodologico, ovvero l'impiego delle categorie, superando un approccio di contrapposizione a favore di uno approccio integrativo.

Riprendendo le parole di una dottrina molto attenta al dialogo tra diritto del lavoro e diritto civile «resta in sostanza ancora aperta la grande alternativa fra un diritto del lavoro che elabora principi propri ed un diritto del lavoro che adatta alle proprie necessità i principi del diritto civile. Ed il nostro sforzo costante deve essere quello di segnalare un uso distorto o opportunistico delle categorie che fanno capo all'uno e all'altro» (Mazzotta 2021, 11).

In questa prospettiva, mi pare ben si collochino le riflessioni sin qui condotte sul ricorso al formalismo come tecnica di protezione del lavoratore, il che richiama, su un piano più generale, quell'invito metodologico di Riccardo Del Punta a «una rinnovata teoria dell'autonomia o della specialità del diritto del lavoro, supportata da una teoria della giustizia meno dipendente da ipostasi assolutistiche in termini di valori e concetti, e pertanto più pragmatica perché di tipo situazionista [per consentire] di rivisitare con maggiore libertà, e perché no, creatività, le grandi dicotomie teoriche, sia sul piano dei principi sia delle tecniche: interesse collettivo/interesse individuale, flessibilità/rigidità, norma inderogabile/norma dispositiva, autonomia collettiva/autonomia individuale ecc.» (Del Punta 2016, 652).

Riferimenti bibliografici

- Albanese, A. 2008. "La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona." *Rivista giuridica di diritto del lavoro e della previdenza sociale I*: 169 sgg.
- Alpa, G. 1984. "La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale." *Rivista di diritto civile*, 461 sgg.
- Berti De Marinis, G. 2013. *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- D'Antona, M. 1990. "Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 529 sgg.
- D'Onghia, M. 2005. *La forma vincolata nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- D'Onghia, M. 2023. "Forma del contratto di lavoro." In *Contratto di lavoro, Enciclopedia del diritto, I tematici* diretto da R. Del Punta, R., Romei, F., Scarpelli, vol. VI, 643-70. Milano: Giuffrè Francis & Taylor.
- Del Punta, R. 2002. "Il diritto del lavoro tra valori e storicità." *Lavoro e Diritto*, 349 sgg.
- Del Punta, R. 2012. "Il diritto del lavoro oltre se stesso (a proposito del IV volume degli Annali)." *Argomenti di diritto del lavoro*, 368 sgg.
- Del Punta, R. 2022. "I valori del diritto del lavoro." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 21 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R., Caruso, B. 2016. "Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta (un commento a Luigi Mariucci)." *Lavoro e Diritto*, 645 sgg.
- Del Punta, R., Caruso, B., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." Disponibile a: csdle.lex.unict.it.
- Di Majo, A. 1993. "La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare." *Banca borsa*, 296 sgg.
- Fazio, E. 2011. *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*. Milano: Giuffrè.
- Ferraro, G. 1989. "Formalismo giuridico e diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 555 sgg.
- Fontana, G. 1993. "La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico." *RIDL I*: 339 sgg.
- Gabrielli, E., Orestano, A. 2000. "Contratti del consumatore." In *Digesto Discipline privatistiche, sez. civ.*, 225 sgg.
- Garofalo, M.G. 2003. "La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni." *Rivista giuridica di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 359 sgg.
- Ghera, E. 2002. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.

- Ichino, P. 1996. *Il lavoro e il mercato*. Milano: Mondadori.
- Irti, N. 1997. *Studi sul formalismo negoziale*. Padova: Cedam.
- Mazzamuto, S. 1994. "Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare." *Contratto e Impresa*, 37 sgg.
- Mazzotta, O. 1991. "Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 3: 489 sgg.
- Mazzotta, O. 2021. "Un giuslavorista allo specchio. Intervista di Vincenzo Antonio Poso a Oronzo Mazzotta." *Lavoro Diritti Europa* 3: 1 sgg.
- Mazzotta, O. 2022. *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mengoni, L. 1990. "L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*: 5 sgg.
- Osti, C. 1923. "Forma (negli atti)." In *Dizionario pratico di diritto privato*, III, 1, 203 sgg. Milano: Dottor Francesco Vallardi.
- Pasa, B. 2010. "Forma informativa." In *Digesto Discipline privatistiche, sez. civ., Aggiornamento*, vol. V, 651 sgg.
- Pedrazzoli, M. 2023. "Profilo minimo dell'opera di Riccardo Del Punta (1957-2022)." *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Rodotà, S. 1970. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Schlesinger, P. 1989. "Problemi relativi alla c.d. «trasparenza bancaria»." *Corriere Giuridico*, 229 sgg.
- Voza, R. 2001. "Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 563 sgg.

Platform Workers, Autonomy, and the Capability Approach

Guy Davidov

Riccardo Del Punta, who passed away too young, is greatly missed. A true intellectual, with a brilliant mind, extensive knowledge and original ideas, he was also exceptionally generous and supportive as a colleague, a pleasure to work with and to learn from. In this short essay dedicated to his memory, my aim is to highlight one of his (many) contributions to labour law, and to reflect on possible ways to apply it on a timely question. My argument is that the capability approach can be used as an aid to help determine the status of on-demand platform workers. More specifically, because such workers often have some freedom to choose when to work and how much to work, we can use the capability approach to examine to what extent this freedom is real and meaningful, and also, to what extent is it relevant for the need of specific labour law protections.

1. The Capability Approach and Labour Law

Riccardo was a kind and compassionate person, and also a kind and compassionate labour law scholar. However, this did not lead him to adopt a «one track mind» position in favour of always expanding workers' rights. Given the inequality of bargaining power and subordination of employees to employers, some labour law scholars see the employment relationship solely as a power struggle, with the goals of labour law being to redistribute and give more power to employees. Riccardo certainly acknowledged these fundamental characteristics of employment and the redistributive goal of labour law, but complemented

Guy Davidov, The Hebrew University of Jerusalem, Israel, guy.davidov@huji.ac.il, 0000-0003-1716-3271

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Guy Davidov, *Platform Workers, Autonomy, and the Capability Approach*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.20, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 335-346, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

it with a rounded understanding of the complexity of employment relations, including the legitimate interests of the employer, the broader interests of society, and additional interests of employees.

If the traditional view conceives of the discipline «as a factor that curbed economic activity for the sake of social and more broadly humanistic values» (Del Punta 2015, 123), Riccardo has pointedly argued that «[i]t is pointless to conceive of labour law as opposed to economics, as if the former could still concern itself merely with the distribution of wealth and not also – especially at a time of low growth – with its production. Labour law should be law that fuses value claims and organisational and economic considerations» (Del Punta 2015, 135). This approach has led Riccardo to nuanced and pragmatic views that correspond to real-life complexity and rely on empirical economic studies alongside philosophical theories, for example in the context of dismissals or more generally «flexicurity» policies¹. It can also explain Riccardo's long-time interest in the capabilities approach and the potential it holds to reinvigorate labour law theory and policy debates. Instead of the traditional «protective paradigm», rooted in the «old 'inequality of power' narrative», Riccardo saw the capabilities approach as a useful answer to neoliberal policies that undermine labour law, while at the same time a new theoretical basis that can lead to much-needed internal rethinking about the goals of the field, and how it should respond to dramatic changes in the labour market and society more generally².

The general idea of the capabilities approach – first developed by Amartya Sen – is that «capabilities» should be the main focus of our concern (rather than, for example, the allocation of resources) (Sen 1999; 2009). Sen's theory of justice focuses on advancing capabilities as the best way to advance freedom as well as equality. People should be able to effectively pursue their plans of life, and in order to have this freedom to achieve what they want and value, they need capabilities. In Sen's terms, what we need and want are «functionings». Rather than focus on providing people with those functionings directly, society should ensure that they have the capabilities needed to secure them. An important part of this idea is that people should «be left free to determine their own course after that» (Nussbaum 2000, 87). Alongside other leading labour law scholars – notably Simon Deakin (Deakin, Wilkinson 2005, 290 ff) and Brian Langille (2011, 101; 2019, 122) – Riccardo argued that these ideas can be used as a new theoretical basis for labour law. In line with his generally nuanced approach, he acknowledged that no one theory can provide justification for *all* labour laws; he considered it sufficient that the capability approach can be used to justify at least parts of labour law (Del Punta 2019, 87).

As Riccardo explained, some labour laws are designed to protect employees from abuse of power by the employer, and can be seen as advancing «freedom from» such abuse. He considered the capability approach to be compatible with

¹ On dismissals see Del Punta 2022. On flexicurity see Del Punta 2015.

² Del Punta 2015, 135-36; 2019, 82. See also Caruso, Del Punta, Treu 2022, 10, 20.

such laws, although not adding much to other, traditional justifications focusing on inequality of power. However, he argued that other labour laws can be seen more directly as positively advancing capabilities, in the sense of promoting the «freedom to» do things that people value, whether within the work context (for example through workplace participation) or outside of it (by having the free time and basic resources needed for that) (Del Punta 2019, 94-96, 98-99; 2016). This is where he saw the capability approach as having a comparative advantage. In this regard, Riccardo saw promise in shifting some of the focus of labour law from «containing the stronger party» towards «an expansion of each individual worker's capacities, skills, and opportunities, as well as contractual autonomy» (Del Punta 2019, 101).

The capabilities approach to labour law, if adopted as the main justification, can lead to less protections (Davidov 2007; 2014), but at the same time it is associated with a call for broadening the scope of the field to cover more people³. If our goal is to advance freedom (through capabilities), at work and from work, this appears to apply for self-employed people just like employees. Why not expand some of the same laws to cover all those who work for others? Indeed we can see this happening in some countries with regard to a few specific labour laws – mostly those dealing with non-discrimination and health and safety⁴. Supporters of the capability approach usually call for further expanding the scope, including by covering people whose work is not for any employer/client, such as the work of taking care of one's own children (Fudge 2011, 120). Riccardo has also suggested that the capability approach can lead to broadening the scope of labour law, but at the same time he rightly acknowledged that at least *some* labour rights would still require the distinction between employees and independent contractors (and by implication, between people who perform work in general and those who work *for others*) (Del Punta 2016, 400-1).

2. Three Circles of Responsibility

It is important, in my view, to bear in mind the distinction between three different circles of responsibility: the state, and employer, and the individual. The fact that as a society we want to advance people's capabilities does not mean that we should automatically do something about it through regulation or public funding. Rather, there is an additional decision to make about the allocation of various situations into the three above-mentioned circles. In one group of cases, we believe that individuals can take care of themselves – usually through the market – and leave the responsibility with the individual⁵. In another group of

³ This has been the expressed goal of Langille (2011; 2019)), as well as other supporters of the capability approach to labour law, such as Freedland, Kountouris 2011, 377; Routh 2014.

⁴ For a review of workplace protections extended beyond the employment relationship in the UK, for example, see Adams 2021, par. 2.18.

⁵ There could be additional circles, such as the family, which are not relevant here.

cases, we believe that there is a specific entity – an employer – that has to take responsibility. In such cases we impose liability on the employer through labour laws. Finally, in the third group of cases, society decides to take direct responsibility for people, by funding certain programs (such as public education or public healthcare) or by providing welfare payments.

This distinction – which can roughly be described as the distinction between private law, labour law, and welfare law/public services – remains necessary. Without a specific employer that can and should take responsibility for a specific employee, there is no justification for imposing labour law obligations. And given that public resources are always limited, at least in a capitalistic society the state cannot pay for every need of every individual, but rather has to focus on those who cannot secure their own needs through the market economy. Of course, the lines between the three systems are not fixed. In social-democratic welfare systems, the state takes more responsibility on itself compared to liberal systems who prefer to leave more to the market. And the definitions of «employee» and «employer» can be expanded to include more people within the scope of labour law, if society believes this to be justified. The lines can be moved, but they will still be needed. Which leads me to ask: can the capability approach help to determine how to set the lines?

In previous writings I have argued that the capability approach can provide justification for *some* labour laws (alongside other justifications). This is especially so for workplace equality laws, broadly conceived (including anti-discrimination, gender pay equity, sexual harassment laws, parental leave, and a right to request flexible work), as well as workers' health and well-being laws (under this heading I include maximum hours, public holidays, vacation rights, health and safety, and limitations on child labour) (Davidov 2019, 42, 49). Somewhat less directly, the capability approach can also be used as a supporting justification for several other labour laws. At the same time, I expressed doubts in previous writings about the ability of justifications at this level of abstraction to assist in the specific task of determining the scope of labour regulations. This is true not only with regard to the capabilities approach, but also with regard to other justifications such as redistribution (or distributive justice), advancing democracy (or more specifically, voice), protecting dignity, and so on. These are clearly important goals (and justifications) of labour law, but they are not directly helpful for setting the boundaries of labour law and deciding who should be considered an «employee» or an «employer» (Davidov 2016, 118-19). For such purposes, I have argued before that the focus has to be on subordination (in the sense of democratic deficits) and dependency (in the sense of inability to spread risk). These vulnerabilities also provide justification for labour laws. They do not contradict the previous justifications, but rather explain the need for labour laws at a different level of abstraction, which seems to me more helpful for the task of delineating the scope (Davidov 2016, Ch 6). It is only when these characteristics exist that there is justification to impose liability on a specific employer, i.e. that the relevant circle is the one of labour law and not one of the other circles of responsibility.

Notwithstanding my previous sceptical position, I find myself drawn back to this question when thinking about the timely topic of on-demand platform workers, such as Uber drivers. This is because it is claimed that such workers have a relatively high degree of autonomy, in particular the freedom to choose how much to work and when to work, which is considered a key characteristic of independent contractors. Given the focus of the capabilities approach on substantive freedom, perhaps there is something to learn from it about the appropriate status of platform workers.

3. On-demand Platform Workers

Digital platforms offer an extremely convenient service to consumers. One can easily open an app on the phone and book a ride, or a delivery, or some other service. The platform can hire employees to meet the demand and provide the service on its behalf, but many platforms (though not all) have chosen a different model: to rely on people considered by the platform to be independent contractors. This allows such a business to save the costs associated with labour laws, as well as to avoid other legal limitations on its managerial flexibility. Is this just another example of employee misclassification, a common and perpetual problem that labour law has to confront? Many courts around the world have concluded that this is indeed the case⁶. But they had to confront an obstacle on the way to this conclusion: platform workers are not committed to work on specific times or for any specified number of hours. They can log into the app and make themselves available to work whenever they want. This kind of autonomy is generally reserved to independent contractors, and seems (at least on its face) to contradict the characteristics of employees. Specifically, is there subordination (or «control») under these circumstances?

The answer depends on the facts of the specific platform, but at least in the case of Uber, in most countries courts have concluded that subordination exists, and the drivers are employees or at least part of an intermediate category subject to *some* labour rights⁷. One reason for this conclusion was the insistence on checking the level of autonomy *as a matter of practice* rather than theoretical possibility. In reality it turns out that drivers have quite limited autonomy regarding when to work and how much to work, if they want to secure reasonable compensation (which is not lower than the minimum wage). The rates determined by the platform, together with other incentives and disincentives, push people to work during the times they are needed rather than the times they prefer, and often to work more than they wanted. This is not to say that Uber drivers have no autonomy at all on these matters, but the level of autonomy is much lower than what might appear «on paper»⁸. A second reason that led to

⁶ For overviews of the case-law see Hiessl 2021; De Stefano et al. 2021.

⁷ See, e.g., *Uber BV v Aslam*, [2021] UKSC 5.

⁸ See *Uber v Aslam* (n 7) at par. 94 ff. And see Katsabian, Davidov 2023, 355 ff.

the conclusion of subordination in the relationship is the existence of other indicators pointing in that direction. A decision regarding status is based on a «multi-factor test»: an examination of multiple indicators, leading to a holistic assessment of all of them together. Some level of autonomy to decide when to work and how much to work is considered a sign pointing towards independent contractor status, but it has to be balanced against other indicators that might point in the opposite direction⁹.

It appears, then, that courts can find solutions to the new challenge of platform workers' status within the confines of existing doctrines¹⁰. But the question remains, how can we tell to what extent autonomy is «real» and gauge the level of autonomy? And to what extent should autonomy be a factor determining employee status, at the normative level? Insights from the capability approach can be useful for both questions.

4. From «Primacy of Fact» to Substantive Freedom

Focusing on the reality of the relationship is a crucial principle of dealing with misclassification claims. It is known in some countries as the «primacy of reality» or «primacy of fact»¹¹. Given the inequality of power between the parties, it is quite easy for employers to unilaterally dictate the terms of the written contract. If we decide the status based on the written terms, that would give employers a simple and easy way to evade responsibility. Courts rightly stress that they decide the status based on the *real* characteristics of the relationship. But how far do they go to understand the reality?

The most minimal level is ignoring «sham» contractual provisions. For example, in the UK it is common for employers to insert a «substitution clause» which allows the worker to send others to do the work instead of him/her. This is intended to suggest that the relationship is not personal (a precondition for employment), but rather a contract to buy services, which the worker is free to provide either by themselves or through others. On paper, this appears to be a strong indication of independent contractor status; it paints the worker as having a small business with the ability to send their own employees to do the required work. But often it is easy to see that this written contractual provision has nothing to do with the actual agreement between the parties. Imagine, for example, that the worker is expected, through verbal statements (express or implied), to do all the work by themselves. In such cases, UK courts have recognized for some time that the written provision is a sham and should be ignored¹².

⁹ See also Davidov 2017.

¹⁰ There is also, of course, a major problem of enforcement. One of the recent attempts to address it is the new EU Platform Work Directive.

¹¹ On this principle in European countries, see Waas 2017, li. In Latin America, see Gamonal, Rosado Marzán 2019, Ch 3.

¹² For a discussion, and critique of the way UK courts have applied this in practice, see Davies 2009.

What if a substitution clause is not a sham, in the strong sense of contradicting the true oral agreement between the parties, but still misrepresents the nature of the relationship? Imagine that the worker is formally allowed to send others to do the work, but both parties know that this is not going to happen, except maybe in very rare cases. The substitution clause was inserted only for the purpose of evading employer responsibilities. In the UK, the Supreme Court has been somewhat inconsistent about such situations. In the case of *Autoclenz*¹³, workers who provided car-cleaning services were ruled to be employees, despite a substitution clause and other provisions in their contract to the contrary. The Court made some ground-breaking statements about the need to understand what was the «true agreement between the parties»¹⁴, and in particular, acknowledged that «the relative bargaining power of the parties must be taken into account in deciding whether the terms of any written agreement in truth represent what was agreed and the true agreement will often have to be gleaned from all the circumstances of the case, of which the written agreement is only a part. This may be described as a purposive approach to the problem»¹⁵. With regard to the substitution clause, as well as another contractual provision allowing the workers to refuse work, it was concluded that they were «unrealistic possibilities that were not truly in the contemplation of the parties when they entered into their agreements»¹⁶. At the same time, the Court emphasised that the question was ultimately what was the «true agreement» and cautioned against focusing on the «true intentions» or «true expectations» of the parties, because of the risk that these might be only private intentions¹⁷.

A few years later, in the case of *Uber*, the UK Supreme Court further developed its purposive approach, acknowledging that the ultimate question when deciding if one is an employee was whether the purpose of labour laws was to cover this type of worker. Uber drivers have the vulnerabilities of subordination and dependency and are therefore employees. To reach this conclusion, the Court noted that focusing on the written contract as a starting point when asking if someone is an employee (or «worker» under UK law) would be inconsistent with the purposive approach, given that «an employer is often in a position to dictate such contract terms»¹⁸. The Court acknowledged that the drivers «had in some respects a substantial measure of autonomy and independence», because «they were free to choose when, how much and where» to work¹⁹, but

¹³ *Autoclenz v Belcher*, [2011] UKSC 41. For an illuminating discussion of the case, see Bogg 2012.

¹⁴ *Autoclenz v Belcher* (n 13), par. 29.

¹⁵ *Autoclenz v Belcher* (n 13), par. 35.

¹⁶ *Autoclenz v Belcher* (n 13), par. 37 (quoting with agreement conclusions of the Employment Tribunal judge).

¹⁷ *Autoclenz v Belcher* (n 13), par. 32.

¹⁸ *Uber v Aslam* (n 7), at par 76.

¹⁹ *Uber v Aslam* (n 7), par. 90.

then went on to detail several other facts showing that there was ultimately a high degree of control over the drivers²⁰.

The Uber judgment took a step further in moving beyond the contract and looking at the «true nature of the relationship»²¹. This means not only setting aside «sham» contractual provisions, or giving preference to verbal/implied agreements when the written contract is inconsistent with them. Rather, the Uber judgment suggests that courts should give little weight (if at all) to the written contract; instead they should focus on the socio-economic characteristics of the relationships that put the worker in need of protection. Unfortunately, in a recent judgment dealing with Deliveroo riders²², the UK Supreme Court took a step *backwards*, giving significant force to a substitution clause inserted into work contracts. Although the Court reiterated the «need to focus on the reality of the situation»²³, it inexplicably ignored the fact that, as a matter of practice, substitution was very rare²⁴, and concluded that Deliveroo riders were not entitled to labour rights merely because of a substitution clause²⁵. While the *Deliveroo* judgment purported to follow the same principles adopted in the *Uber* case, it appears to be entirely inconsistent with it, leaving the legal situation in the UK unclear.

It seems to me that a focus on the *purpose* of labour laws when interpreting the term employee is key. In *Deliveroo* this was not the Court's main focus. But there was also a more specific problem: the Court gave significant weight to the perceived autonomy of the workers to send someone else to do the work. Once the Court concluded that this was not a sham – that riders were really allowed to send someone else if they wanted to – it did not bother to examine whether it made any sense for them to do so, and whether they really had characteristics of an independent business, even though they almost never used the substitution right. A focus on *substantive* freedom, which is central to the capability approach, could have been helpful here. The judgment in *Deliveroo* is a good example of giving too much weight to *formal* freedom. Giving Deliveroo riders a right to send others to do the work is similar to giving a homeless person a right to free speech. It is rather meaningless if one does not have the capabilities necessary to make use of the right. For the homeless person, a shelter, food, health services and otherwise basic economic security are preconditions to be able to have *actual* freedom of speech – the capacity to be able to think about issues other than bare survival, to formulate opinions and voice them in a man-

²⁰ *Uber v Aslam* (n 7), par. 93 ff.

²¹ This phrase was used by Elias J. in *Consistent Group Ltd v Kalwak*, [2007] IRLR 560 (Employment Appeal Tribunal), at par. 58, and also cited in *Autoclenz* (n 13), at par 25. Reference to the «nature of the relationship» also appears in *Uber v Aslam* (n 7) several times, e.g. at par 92.

²² *Independent Workers Union of Great Britain si veda CAC*, [2023] UKSC 43 (hereinafter «*Deliveroo*»).

²³ *Deliveroo* (n 22), at par 56.

²⁴ As the Court itself acknowledged; *Deliveroo* (n 22), at par. 27.

²⁵ *Deliveroo* (n 22), at par 69-70.

ner that can be heard by others. For a Deliveroo rider, some characteristics of an independent business are necessary as precondition for being able to make use of the formal autonomy to send others to work for you. No such indicators were present in the case.

The suggestion proposed here to use the capability approach is not at the level of a grand theory justifying labour law or showing the way for its future development. It is a much more specific use, but one that can prove very helpful. It complements other ideas – notably the purposive approach and the «primacy of reality» – and provides guidance on how to implement existing tests. To be seen as an independent contractor, the autonomy of the worker has to be real. The freedom should be substantive rather than formal. And when looking at some contractual right (such as the right to send others to do the work), it helps to ask whether it actually creates capabilities which enhance freedom²⁶. The overall circumstances and socio-economic situation can assist in answering this question.

5. Different Types of Autonomy

The previous section focused on whether a freedom that a worker appears to have is «real». Another question raised in the context of on-demand platform workers is what types of autonomy are important for the decision of whether one is an employee or not. A worker can be free to choose when to work. Or free to choose how much to work. Or free to decide to send others to do the work. Or free to set the price of the service (*vis-à-vis* the customers). Or free to refuse specific work. Or free to connect directly with customers and build a client base. Or free to work for several platforms concurrently. Or free to choose what route to take when doing deliveries. Or free to decide what to wear during work. And so on. These are all indicators considered as part of the multi-factor test. But in the context of platform work, special attention is given to the freedom to choose when and how much to work, because this is the main unique characteristic of on-demand platform workers that separates them from «regular» employees.

How much weight should be given to this autonomy? I have already argued in the previous section that we should ask whether the freedom is real, and how significant it is *in practice*, in light of the overall circumstances. At the same time, we can ask more generally about each type of autonomy/freedom to what extent it can enhance capabilities. Imagine that most of the indicators suggest that a worker is an employee; should we change this conclusion if they are free to choose when and how much to work? It could be helpful to ask, what kind of capabilities are enhanced by this particular freedom?

The ability to decide how much and when to work gives workers the possibility to do other things with their time. When pay is very low, as in the case of Uber

²⁶ This is similar to what I described as using the capability approach to ensure the effective enjoyment of rights; see Davidov 2019, 58.

drivers for example, this freedom is not real but illusory. In order to make a living, even at a basic level, you have to work more hours and you have to choose the times that pay more. But let us assume another hypothetical platform, where the wages are higher and the flexibility regarding when and how much to work is real. This kind of arrangement supports the capability to do other things with your life. This seems to suggest that there is no need to apply working time laws, or a right to annual leave. The worker can arrange those for themselves. But for other labour laws, the freedom to choose how much and when to work does not seem very relevant. For example, workers who have this freedom can still suffer from discrimination, which diminishes capabilities – thus raising the need to apply anti-discrimination laws. They still suffer from unequal bargaining power, raising the need to allow them to bargain collectively. And so on.

These are just preliminary thoughts. More research is needed to decide which specific labour law protections should apply when workers have *real* freedom to choose how much and when to work. And the same is true with regard to other freedoms (for example, if the worker is given some discretion to decide on the price of the service). The point I wish to make is merely that it is helpful to ask to what extent a specific freedom enhances capabilities that are relevant for specific protections. A separate question is whether we want to create a group of workers that is subject only to parts of labour law; such an intermediate group has some advantages but also disadvantages²⁷. But even for those who prefer a single group of employees that enjoy the same group of rights, an understanding of which rights are relevant for each type of work would help to decide who should be included in this single group.

6. Conclusion

Among his many academic contributions, Riccardo Del Punta was part of a group of world-leading labour law scholars who advanced the capability approach to labour law. His writings on this topic are sophisticated, convincing and balanced. My own approach is somewhat more sceptical when it comes to adopting the capability approach as a justification for labour law (although I do agree that it provides an additional justification for some specific labour laws). However, in this short paper I took inspiration from Riccardo's work and argued that the capability approach can be useful for the timely and important task of deciding the status of platform workers. A focus on substantive freedom and on capabilities can help to understand whether the autonomy given to platform workers is <<real>>, and whether it really makes a difference in terms of their vulnerabilities. This does not come instead of the need to apply a purposive approach and look for the vulnerabilities of subordination and dependency, but rather as a supplementary tool to assist in this inquiry.

²⁷

For discussions see Davidov 2016, at 135 ff; Aloisi, Cherry, 2024.

References

- Adams, Z., et al. 2021. *Deakin and Morris' Labour Law*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Aloisi, A., Cherry, M. 2024. "Tertium non Datur: Intermediate Employment Categories." In *The Oxford Handbook of the Law of Work*, a cura di G. Davidov, B. Langille e G. Lester. Oxford: Oxford University Press
- Bogg, A. 2012. "Sham Self-Employment in the Supreme Court." *Industrial L.J.* 41: 328 sgg.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2022. *Manifesto for a Sustainable Labour Law*.
- Davidov, G. 2007. "The (Changing?) Idea of Labour Law." *Int. Lab. Rev.* 146: 311 sgg.
- Davidov, G. 2014. "The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity." *U. Toronto L.J.* 64: 1 sgg.
- Davidov, G. 2016. *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. 2017. "The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach." *Spanish Lab. L. & Emp. Rel. J.* 6, 1-2: 6 sgg.
- Davidov, G. 2019. "The Capability Approach and Labour Law: Identifying the Areas of Fit." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille. Oxford: Oxford University Press.
- Davies, A. C. L. 2009. "Sensible Thinking About Sham Transactions." *Industrial L.J.* 38: 318 sgg.
- De Stefano, V., et al. 2021. "Platform Work and the Employment Relationship." ILO Working Paper No. 27, 31–3.
- Deakin, S., Wilkinson, F. 2005. *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R. 2015. "Labour Law on the Edge: Neoliberal Decline of Regeneration?" In *Labour Law and Social Rights: An Evolving Scenario*, 121 sgg.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *Int. J. of Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 32, 383: 403 sgg.
- Del Punta, R. 2019. "Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R. 2022. "The Regulation of Dismissal in Italy." *King's L.J.* 33: 188 sgg.
- Freedland, M., Kountouris, N. 2011. *The Legal Construction of Personal Work Relations*. Oxford: Oxford University Press.
- Fudge, J. 2011. "Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law." In *The Idea of Labour Law*, a cura di G. Davidov e B. Langille. Oxford: Oxford University Press.
- Gamonal, S., Rosado Marzán, C. 2019. *Principled Labor Law: U.S. Labor Law Through a Latin American Method*. Oxford: Oxford University Press.
- Hiessl, C. 2021. "The Classification of Platform Workers in Case Law: A Cross-European Comparative Analysis." *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 42: 465 sgg.
- Katsabian, T., Davidov, G. 2023. "Flexibility, Choice, and Labour Law: The Challenge of On-Demand Platforms." *U. Toronto. L.J.* 73, 3: 348 sgg.
- Langille, B. 2011. "Labour Law's Theory of Justice." In *The Idea of Labour Law*, a cura di G. Davidov e B. Langille. Oxford: Oxford University Press.
- Langille, B. 2019. "What is Labour Law? Implications of the Capability Approach." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille. Oxford: Oxford University Press.

- Nussbaum, M. 2000. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Routh, S. 2014. *Enhancing Capabilities through Labour Law: Informal Workers in India*. London: Routledge.
- Sen, A. 1999. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Sen, A. 2009. *The Idea of Justice*. Harvard: Harvard University Press.
- Waas, B. 2017. "Comparative Overview." In *Restatement of Labour Law in Europe—Vol I: The Concept of Employee*, a cura di B. Waas e G. Heerma van Voss, xxvii sgg. Oxford-Portland: Hart Publishing.

Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento 'creativo'

Raffaele De Luca Tamajo

1. Il bilanciamento implica un contributo assiologico dell'interprete?

È un tema delicato quello del «bilanciamento» tra diritti o tra valori confliggenti, soprattutto se affrontato non nella sede più consona, quella della produzione legislativa, bensì sul versante della interpretazione. Un tema che, muovendo da una riflessione in merito alle tecniche ermeneutiche, monta fino a scomodare i sacri principii della soggezione del giudice alla legge e dell'equilibrio tra i poteri¹, fino a lambire un dibattito di ampie dimensioni quand'anche focalizzato solo sul diritto del lavoro². Dunque, una problematica da maneggiare con prudenza, senza dimenticare l'esistenza di argini che sono strutturalmente connessi all'opera dell'interprete, ma anche senza credere, con qualche ingenuità «cognitivistica», che l'interpretazione sia sempre una attività meramente passiva di accertamento della univoca volontà del legislatore.

Il dibattito che al riguardo, e non da oggi, si è sviluppato sul piano teorico configura, come è noto, accanto all'«interpretazione cognitiva», fiduciosa nel-

¹ Evidenziano alcuni atteggiamenti ostili della Magistratura del lavoro nei confronti della legislazione giuslavoristica dell'ultimo decennio, Tosi 2022; nonché Zoli 2022; Pisani 2023. Su un versante opposto si veda sul tema, Bronzini 2017.

² Al riguardo ogni citazione risulterebbe inadeguata e parziale per cui le note saranno limitate a riferimenti bibliografici essenziali.

Raffaele De Luca Tamajo, University of Naples Federico II, Italy, rdelucatamajo@me.com, 0000-0002-4268-9665

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Raffaele De Luca Tamajo, *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento 'creativo'*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.21, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 347-365, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

la autosufficienza del testo normativo, l'«interpretazione decisoria» o «creativa» che produce enunciati ascrittivi di un «nuovo» significato alla disposizione normativa, arricchita o completata dalla sensibilità culturale e dai giudizi di valore dell'interprete³. È evidente che in questo secondo caso si tratta pur sempre di una «creatività» in senso debole, circoscritta nella «cornice dei significati ammissibili»⁴ per non trasformarsi in incongruo attivismo giudiziario o nel «creazionismo giurisprudenziale» contestato, ad esempio, da Luigi Ferrajoli⁵.

Negli ultimi due decenni – ma già negli anni '90, in particolare ad opera di Zagrebelsky (1992) e Bin (1992) – la tecnica del «bilanciamento», informata dalla consapevolezza valoriale dell'interprete, è entrata prepotentemente tra gli strumenti propri della attività giudiziale, segnatamente nella materia del lavoro, ove appunto la palese compresenza di criteri ordinatori diversi e tendenzialmente contrapposti costringe l'interprete – giudiziale o dottrinario – a far ricorso a operazioni di ponderazione di opposte istanze⁶. Il bilanciamento è divenuto, così, una sorta di mantra che si rinviene sovente nelle motivazioni della giurisprudenza accanto ad altre formule o *slogan* (principi di civiltà del lavoro, diritto vivente, interpretazione assiologicamente o costituzionalmente orientata) tendenti analogamente a legittimare il ruolo dei valori anche in sede di interpretazione⁷.

Occorre allora chiedersi se la teorica del bilanciamento sia uno stratagemma che fa penetrare nell'ordinamento l'ideologia dei valori a detrimento della priorità del dettato normativo o, invece, un utile meccanismo che garantisce una maggiore coerenza con le gerarchie valoriali del legislatore⁸.

Un interrogativo, questo, che si staglia su uno sfondo segnato dalla alternativa evidenziata dalle teorie dell'interpretazione, che, come accennato, contrappongono, sia pure con sfumature intermedie, le tesi formalistiche propense

³ Nella ampia bibliografia schierata su tale versante cito per tutti Chiassoni 2007, spec. 143 sgg.; Guastini 2011, spec. 27 sgg. e 61; Modugno 2005, 3 sgg.; Ballestrero 2016, 764; Speciale 2008; si veda anche Azzariti 2001.

⁴ Sulla necessità che l'interpretazione giudiziale, anche quando chiamata a fornire un contributo discrezionale, sia comunque vincolata al rispetto del «testo» normativo cfr. fra i tantissimi Luciani 2016, spec. 423 sgg. e 435; Persiani 2017, 133.

⁵ Cfr. Ferrajoli 2017 che critica apertamente le concezioni correnti della giurisdizione come creazione di diritto che comporta «una crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell'arbitrio e una conseguente espansione del potere dei giudici, oltre un certo limite lesiva della sua fonte di legittimazione e dell'equilibrio dei rapporti tra i poteri». Cfr. altresì Ferrajoli 2018 e la replica di Guastini 2020, 391-400.

⁶ Una puntuale analisi della tecnica del bilanciamento in Alexy 2002, specie cap. III; «Il bilanciamento di valori/interessi giuridicamente rilevanti resta una modalità di funzionamento imprescindibile dei moderni ordinamenti democratici» così Zoppoli 2022; Maio 2022, 206, 213 e *passim*; Mazzotta 2017, 11.

⁷ La connessione del bilanciamento tra diritti e/o tra principi con l'espansione della discrezionalità giudiziaria viene descritta da Bronzini 2017, 155 e *passim* che mette anche in guardia rispetto al rischio di bilanciamenti «sbilanciati»; cfr. altresì Ballestrero 2016, 761 sgg., specie 810.

⁸ Sul ruolo della coerenza nel ragionamento giuridico si veda ampiamente McCormick 2001, e già in precedenza Dworkin 1989.

a valorizzare il vincolo del testo normativo ai sia pur variegati orientamenti cd. ermeneutici che assegnano un ruolo rilevante alla valutazione, alla discrezionalità, alla precomprensione dell'interprete⁹. Va condiviso, però, che il bilanciamento in sé è «un meta-valore, cioè un valore di tipo meramente procedurale che sta oltre i valori che entrano in conflitto» (Bavaro 2019, 185). Come la bilancia è strumento neutrale che si limita a registrare il peso degli elementi che qualcuno ha posto sui due piatti, così il bilanciamento in sé è operazione neutra, il cui risultato dipende dal peso che viene attribuito ai due valori in competizione e da chi attribuisce tale peso: l'ordinamento in modo oggettivo e preesistente o l'interprete sulla base delle sue convinzioni e precomprensioni individuali.

2. È la struttura delle norme che di volta in volta autorizza o rifiuta l'integrazione interpretativa di stampo valoriale

Una ulteriore premessa, ancorché ovvia, si impone: il bilanciamento è operazione ben diversa se praticata:

- a) dal legislatore, che ha lo specifico compito di graduare e comporre gli interessi in conflitto nell'agone sociale e che trova limiti solo nelle norme costituzionali ed europee;
- b) dalla Corte costituzionale, chiamata a sindacare se il bilanciamento operato dal legislatore è coerente con quello valoriale delineato nella Carta costituzionale¹⁰;
- c) dai giudici sovranazionali per i quali il parametro di riferimento è costituito dalle norme europee e internazionali;
- d) dai giudici ordinari, di merito e di legittimità.

È a quest'ultima tipologia che è dedicato il presente saggio, nel quale si intende sostenere – con il che si anticipa la tesi che qui si vuole argomentare – che, lungi dall'ipostatizzare senza residui l'una o l'altra delle cennate teorie ermeneutiche, in alcuni casi, la libera e soggettiva ponderazione dei valori in gioco deve rimanere estranea alla operazione interpretativa, mentre in altre ipotesi è l'ordinamento stesso a consentirla o addirittura a invocarla: come accade sovente mediante un gioco sottile e talora inespresso di «delega» normativa ai Giudici (e più in generale agli interpreti), alle loro convinzioni personali e al loro contributo assiologico.

Nel settore lavoristico tale delega – con il conseguente ampliamento degli spazi per la discrezionalità giudiziale – è più frequente che altrove¹¹, in quan-

⁹ Si veda Guastini 1995, in part. 16 sgg.; Zaccaria 1999, specialmente il secondo capitolo.

¹⁰ Sulla deriva «sostanzialistica» del giudizio di costituzionalità sia consentito rinviare a De Luca Tamajo 2006, 39 sgg., spec. 41 sgg.

¹¹ Il dibattito sul piano giuslavoristico si è avvalso di molti contributi, basti qui ricordare Del Punta 2012, 461; Del Punta 2014; Abignente 2012, 733; Caruso 2013, 245, spec. 256 sgg.; Magnani 2013, 777 sgg.; Mazzotta 2013; Nogler 2014; Rivero 2014, 157; Pacchiana Parravicini 2022; Poso 2022. Cfr. altresì De Luca Tamajo 2016, e tutti gli scritti in LD 2014, 2-3, 29 sgg. sul tema *Il lavoro e la giustizia. Interpretare, argomentare, decidere*.

to promossa dallo strutturale dualismo valoriale che innerva la materia, dalla difficoltà, per un Parlamento caratterizzato da partiti pluriclasse, di pervenire a opzioni normative chiare, come tali dense di pericoli sul piano del consenso, dalla sostanziale anomia del diritto sindacale post costituzionale¹².

Come puntualmente osservato da Carlo ZOLI (1988, qui 170) nel nostro settore di frequente «la giurisprudenza riceve una sorta di investitura, di delega, da parte dello stesso legislatore, allo svolgimento di una funzione che non si arresti alla mera e formale applicazione del diritto. Viene, in altre parole, incoraggiata [...] a svolgere un'attività di integrazione dello *ius positum*, che si rivela sostanzialmente creativa e che talvolta si spinge anche oltre, fin dentro l'area della mediazione politica degli interessi».

Soprattutto nel diritto del lavoro, dunque, piuttosto che abbracciare in modo frontale e integralista l'una o l'altra delle opposte teorie in tema di interpretazione «giuspositivista» o «creatrice», appare opportuno valorizzare un approccio relativistico e differenziato: è la struttura semantica delle norme, espressiva della volontà del legislatore, che di volta in volta vincola ad una applicazione per così dire «asettica» e «fedele» delle previsioni legislative o, invece, legittima un contributo soggettivo dell'interprete, che passa inevitabilmente attraverso il suo patrimonio culturale e la sua scala di valori¹³.

Come meglio si vedrà nel prosieguo in chiave esemplificativa, l'apporto soggettivo dell'interprete trova spazio legittimo soprattutto in presenza di clausole elastiche o generali¹⁴, nonché al cospetto di aggettivazioni che, lungi dall'essere meramente decorative, rinviano a concetti di giustizia, di ragionevolezza, di equivalenza o sono tarate su una dimensione genericamente quantitativa (es.: «notevole» inadempimento; «manifesta» insussistenza; «comprovate» esigenze; «ragionevoli» accomodamenti; controlli «proporzionali e pertinenti»), e infine di fronte a norme che presentano plurimi significati potenziali, tutti compatibili con la lettera e la *ratio*¹⁵. Ipotesi, queste, in cui viene affidato al

¹² Senza contare poi che il rinvio alla discrezionalità giudiziale si rinviene, talora financo, nella contrattazione collettiva, allorquando le parti sociali non riescono a esprimere su singoli profili regolamentari mediazioni compiute e pervengono quindi a formulazioni equivoche che postulano un esito giudiziale.

¹³ Una opzione, questa, che nella sua semplificazione non intende scomodare il ben noto distinguo tra «principi» e «regole», su cui si veda per tutti Guastini 2017.

¹⁴ Al riguardo la bibliografia è molto ampia, si veda tra i tanti Perulli 2015; Tullini 1990; Ballestrero 2014, 389; Curcuruto 2017, 358 sgg. e *ivi* ampia bibliografia: D'Amico 2011, 1708; Palmieri 2011, 1486; Roselli 2014, 224; Patti 2016, 51 sgg. e 360 sgg.; Velluzzi 2020; in precedenza si veda Di Majo 1984, 539; Mengoni 1986, 5; Castronuovo 1986, 21; Rodotà 1987, 709; Falzea 1987 1; Rescigno 1998.

¹⁵ Cfr. per tutti Speciale 2018, 209; 2008. Con uno sguardo teorico si potrebbe sostenere che l'uso di clausole generali relativizza quella classica distinzione tra «regole» e «principi», al centro di un ampio dibattito nella dottrina novecentesca, specialmente a partire dal confronto tra Hart 1965 e Dworkin 1982, con le ricadute sul piano interpretativo che vedevano contrapposta l'applicazione delle regole nel «tutto o niente» alla concretizzazione bilanciata dei principi. Nella indeterminatezza delle clausole generali, voluta dallo stesso legislatore,

giudice «un peculiare potere di costruzione della regola, che richiede una previa integrazione valutativa e un rinvio a dati extra-legislativi variabili nel tempo e nello spazio in quanto desumibili da regole morali, sociali e del costume»¹⁶.

Ma è proprio qui che bisogna intendersi: lì dove, invece, è il legislatore a porre in essere una chiara gerarchia di valori, a compiere una mediazione politica (poiché ovviamente non tutte le norme sono affidate a clausole generali o *poli-sense*), la discrezionalità valutativa dell'interprete deve arrestarsi.

3. Un prudente distinguo: bilanciamento virtuoso o abusivo

Si vuol dire, insomma, allontanandosi da ogni radicalismo teorico, che se allora la mediazione normativa tra i valori della persona che lavora e gli interessi datoriali trova affermazione in modo netto ed esplicito e rifiuta diverse gradazioni ispirate dalla cultura dell'interprete, altre volte la tecnica normativa utilizzata presuppone un elevato livello di integrazione interpretativa, conseguendone che la comparazione tra le contrapposte esigenze sia inevitabilmente influenzata dalla soggettiva valutazione dell'interprete, appunto conformata da una personale ponderazione. In taluni casi, perciò, l'interprete è inchiodato alla opzione politica del testo normativo, in altri il Giudice ha facoltà di leggere le norme e i vari significati potenziali di esse attraverso il filtro delle proprie valutazioni e degli elementi che provengono dal contesto culturale e storico.

In questa seconda ipotesi ne esce legittimata la precomprensione individuale, a condizione, ovviamente, che non sfoci in forzature ideologiche del tutto estranee (o addirittura contrarie) al dato normativo, magari nel nome della mera compassione/solidarietà sociale o di ragioni attinenti alle condizioni dei singoli mercati di lavoro¹⁷.

E va rilevato che la soluzione «relativistica» qui accreditata, ha il merito di fare salvo il principio della «soggezione del Giudice alla legge», giacché è solo quest'ultima che, espressamente o implicitamente, autorizza o meno il giudicante ad una integrazione fondata sui valori e sulle percezioni personali¹⁸. In effetti la legittimazione a tale integrazione non deriva da una autonoma potestà di mediazione «politica» del Giudice ma solo da una apposita «delega» del legislatore.

È dunque possibile distinguere un bilanciamento giudiziale per così dire «virtuoso», sollecitato dal legislatore e quindi ancillare al progetto normativo, da uno «vizioso» o abusivo che, invece, nel nome di opzioni soggettive, tradi-

entra in gioco il ruolo valutativo dell'interprete, il suo «giudizio di valore» giustificato dal riferimento ad una morale condivisa, la cd. morale sociale o anche, forse più frequentemente, da una propria presa di posizione: in proposito Guastini 2011.

¹⁶ Così Nuzzo 2012, 44 e 48; cfr. in tema Perulli 2005; 2023.

¹⁷ Al riguardo cfr. Ichino A., Ichino P., Poli 1998.

¹⁸ Come puntualmente rilevato di recente da Cavallaro in occasione delle Giornate di San Cerbone del 24 settembre 2023, su *Ideologie e tecniche nell'interpretazione del diritto del lavoro* (in corso di pubblicazione), «quando è il legislatore che autorizza il Giudice a interrogare il proprio convincimento ideologico, questi non viola gli artt. 101 Cost e 12, c. 1 delle disposizioni preliminari al cod. civ.».

sce o ignora la ponderazione puntualmente operata dall'ordinamento. E si può parlare con Giovanni Fiandaca di un «diritto giurisprudenziale creativamente legittimo e di un altro creativamente abusivo o capricciosamente anarchico»¹⁹.

Così ad Enrico Gragnoli, il quale auspica che «l'allontanamento dal giuspositivismo sia coraggioso, nel nome del perseguimento di valori trascendenti di giustizia sociale» (Gragnoli 2022, 354), replicherei piuttosto che tale allontanamento debba essere quanto mai prudente²⁰.

Al riguardo può essere utile, comunque, più che teorizzare una astratta linea divisoria, che sarebbe eccedente le ambizioni di questo scritto, fare riferimento a specifiche normative e a specifici istituti, evidenziando, in chiave esemplificativa, gli spazi di volta in volta concessi dall'ordinamento ad opzioni soggettive di «bilanciamento» e gli ambiti viceversa negati a tali «aperture» da un dettato normativo evidente e tendenzialmente autoconcluso²¹.

In questa sede, pertanto, la soluzione sarà perseguita, più che sul piano degli alti insegnamenti della teoria della interpretazione, da una ricognizione in chiave esemplificativa della struttura anche lessicale di alcune normative.

4. L'orientamento che legittima in modo esclusivo il bilanciamento «personalizzato». Critica

Prima di passare a una disamina della casistica esemplificativa è, però, necessario fare un cenno a una tesi «integralista» tutta spostata sulla assoluta legittimità e anzi imprescindibilità del *perenne* ricorso al bilanciamento giudiziario «personalizzato».

Vincenzo Bavaro (2019, 175), ad esempio, parte dalla più che condivisibile affermazione che il diritto del lavoro si caratterizza per il pluralismo dei valori e presenta un dualismo assiologico connaturato alla struttura del rapporto oggetto della materia²². Per poi sostenere che sicurezza, libertà e dignità sono valori importanti, ma che nessuno di essi si sottrae al gioco delle compatibilità con i

¹⁹ Fiandaca 2005; l'A. torna efficacemente da ultimo sul tema in Fiandaca 2023.

²⁰ Elegantemente sottolinea Del Punta 2012, 379, come «non sono da sottacere le esternalità negative che possono discendere dal soggettivismo interpretativo» dei giudici a danno della certezza e prevedibilità del diritto. Su quest'ultima istanza si veda da ultimo le interessanti notazioni di Marazza 2023. Un equilibrato invito alla prudenza ma al tempo stesso alla considerazione delle conseguenze pratiche che la decisione giudiziale può produrre nel tessuto sociale è altresì in Cavallaro 2014, spec. 146 sgg. che si riallaccia alle riflessioni di Mengoni 1996, 94 sgg. Cfr. altresì Nuzzo 2012, spec. 7.

²¹ Del resto, la individuazione nelle norme giuridiche di un nucleo di sicuro significato e di un margine controvertibile risale ad Hart 1958, 593, secondo cui in ogni norma «There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out».

²² Così per tutti Persiani 2000, 12 e *passim*, sia pure nell'ottica di dare più spazio, tra i principi ordinatori del diritto del lavoro, alla iniziativa economica privata in antitesi ad ogni assolutezza della tutela del lavoro. Più in generale cfr. Zagrebelsky 2002, 890; Morrone 2001.

contrapposti valori della impresa e della sua capacità di stare sul mercato²³. Nessuno ci dice, sostiene Bavaro, come si compone di volta in volta la dialettica tra la tutela della persona che lavora e la libertà della iniziativa economica, cioè in che misura prevalga l'una o l'altra con riferimento a specifici istituti, in assenza anche a livello costituzionale di gerarchie rigidamente predefinite.

Il corollario di queste premesse è, però, alquanto radicale e nichilistico, sulle orme di Troper (1999; 1996): poiché non vi sono indicatori dell'ordinamento che fissino i termini della ponderazione, il bilanciamento è sempre liberamente giocato dall'interprete e dalla sua ideologia. La gerarchizzazione tra i valori contrapposti «è dunque istituita non dalle fonti, ma soggettivamente dall'interprete»²⁴ «non esiste un punto di vista giuridico corretto, corrispondente alla legalità normativa positivizzata, diverso dal punto di vista affermato dalla giurisprudenza, qual che sia [...] esiste solo la gradazione di valori affermata dalla giurisprudenza»²⁵. I testi normativi non hanno altro significato che quello deciso discrezionalmente dagli interpreti, che sono completamente liberi di attribuire ad essi qualunque senso, sicché la norma non preesiste all'interpretazione ma ne è il risultato.

È appena il caso di osservare che siffatta conclusione, che vede l'apporto creativo come dato ineliminabile di ogni operazione ermeneutica, se, come sembra, viene proposta in termini generali, comporta un totale depotenziamento del ruolo dell'ordinamento giuridico positivo ed una ipervalutazione della funzione del Giudice. Questi, invece, salve le ipotesi, pur numerose, in cui, viene investito della facoltà di «bilanciare» su basi soggettive e valoriali, è chiamato a decifrare e rispettare gli equilibri e le ponderazioni normativamente definiti, specie quando sono del tutto espliciti e anche se non sono pienamente condivisi.

È pur vero che l'indeterminatezza della lingua legale²⁶, la cennata difficoltà di compiere scelte valoriali nette per un legislatore condizionato dall'imperativo del consenso e talora l'incapacità della autonomia collettiva di pervenire a mediazioni chiare ed efficaci producono molto spesso testi normativi ambigui, ma ciò non toglie che l'interprete giudiziale ha, in linea di massima, i mezzi tecnici per (e il dovere professionale di) ricercare e oggettivare la volontà legislativa senza piegarla aprioristicamente ad una propensione culturale e assiologica soggettiva, se non nei casi in cui viene a ciò sollecitato dall'ordinamento.

²³ Affermazioni su cui si può convenire (cfr. per tutti Del Punta 2014, 389) ma non per i diritti che consolidano il nucleo duro della dignità, sicurezza e libertà del lavoratore: sul punto, si veda il mio scritto *Valori e tecniche in tema di disciplina dei poteri datoriali*, in *Valori e tecniche cit.*, 179-180.

²⁴ Così Tria 2017, 202. In passato si veda Cessari 1972 che tendeva ad assegnare una funzione normativa alla giurisprudenza, ma nel particolare settore del diritto sindacale.

²⁵ Così Bavaro 2019, 188, in sintonia peraltro con le parole di Lombardi Vallauri 1975, 372: «sia là dove la legge tace, o parla sommessamente, sia là dove pretende di esser sola a parlare, *viva vox iuris* è sempre la giurisprudenza».

²⁶ Su cui è possibile rinviare ancora una volta a Guastini 2011, spec. cap. III, nonché al più recente Pino 2021, spec. cap. V.

Non si può insomma prendere partito dalle difficoltà della interpretazione per teorizzare *in linea generale o di principio* la costante legittimità di un contributo soggettivo e ideologico... *quale che sia*, fino a materiare quella giurisprudenza che Gazzoni definiva «anarchica» proprio con riferimento a quella lavoristica (Gazzoni 2006).

5. Il bilanciamento in tema di giustificazioni causali del licenziamento disciplinare

Venendo ora alla ricognizione delle ipotesi in cui il bilanciamento è autorizzato o invece interdetto dalla fonte normativa, esemplificazioni efficaci si rinvengono in tema di licenziamento.

Sul versante *disciplinare* il bilanciamento tra le confliggenti esigenze del lavoratore alla conservazione del posto e del datore a liberarsi di chi non offre una prestazione puntuale e soddisfacente dell'aspettativa creditoria è operazione che investe prioritariamente il legislatore (e sovente, specie da ultimo, la Corte costituzionale).

La mediazione operata dal legislatore sin dal 1966 è stata quella di ancorare la facoltà risolutoria del datore ad una causa valutata «giusta» o a un inadempimento del lavoratore ritenuto «notevole» (nel segno di quel principio di proporzionalità tra condotta e sanzione contenuto nell'art. 2106 c.c.) e, simmetricamente, di condizionare l'aspirazione del lavoratore alla prosecuzione del rapporto al mantenimento di una condotta diligente, tale da non incidere sulla aspettativa datoriale al puntuale adempimento della obbligazione contrattuale.

Come dire che sino ad una determinata soglia di comportamento trova soddisfazione l'interesse del lavoratore, al di sopra (in termini di gravità) prevale l'interesse datoriale.

Tuttavia, la «soglia» in questione è affidata ad una clausola elastica, cioè ad una norma caratterizzata da indeterminatezza contenutistica e da una aggettivazione (giusta, notevole, proporzionata) che rinvia inevitabilmente ad una integrazione valutativa del Giudice da effettuare sulla base di parametri non definiti dal legislatore²⁷.

Parametri di due tipi: *a*) indicazioni provenienti dalla complessiva trama normativa e dai principii immanenti nell'ordinamento (legislazione e contrattazione collettiva)²⁸; *b*) *standards* valutativi accettati in un determinato contesto storico e sociale ovvero promananti dal costume e dalla cultura prevalenti in un dato momento storico nella società, nell'apprezzamento che inevitabilmente ne fa l'interprete²⁹.

²⁷ Anche in altri ordinamenti europei il controllo giudiziario sui motivi del licenziamento viene agganciato a clausole generali: *la cause réelle et sérieuse*; il licenziamento socialmente giustificato (*sozialungerechtfertigt*) o *reasonably justified*: cfr. Pedrazzoli 2014.

²⁸ Non a caso l'art. 30, co. 3, della l. n. 183 del 2010 ha previsto che «nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro».

²⁹ Sulle due tipologie di criteri utili ad integrare le clausole generali Curcuruto 2017, 361; cfr. altresì Albi 2008, 70: «Il giudice nell'applicare le clausole generali ha di fronte a sé due refe-

È dunque inevitabile, quanto meno nella individuazione degli *standards* valoriali emergenti dalla società, che entri in gioco anche la personale lettura da parte del Giudicante: nel caso in esame la soggettiva concezione in ordine a ciò che è «giusto», «notevole», «ragionevole», «proporzionato» e, quindi, la personale gradazione dei valori in campo.

La concretizzazione applicativa della clausola elastica viene cioè influenzata, oltre che dalla immersione nei dati di contesto fattuale, da una soggettiva ponderazione comparativa degli interessi in gioco, sicché una maggior propensione verso i valori personali implicati nel rapporto di lavoro spingeranno il Giudice a ritenere (nei limiti di una ragionevole banda di oscillazione e dunque senza forzature meramente ideologiche) non sufficientemente grave o lesivo il comportamento del lavoratore (non «giusta» la causa del licenziamento), viceversa una maggiore sensibilità agli imperativi e alle necessità della iniziativa privata lo indurranno a valutare con maggiore severità la condotta contestata e con maggiore disponibilità la «giustizia» del licenziamento.

Il tutto nella piena legittimità dell'operazione ermeneutica, in quanto il contributo soggettivo è qui in qualche misura auspicato dallo stesso legislatore, mediante il ricorso alla clausola elastica.

In sostanza quella «soglia», frutto di un volutamente generico bilanciamento legislativo, è integrata da operazioni giurisprudenziali ampiamente discrezionali e da una lettura influenzata anche da sensibilità culturali e soggettive dell'interprete, operanti in sede di lettura dei valori dominanti in una determinata temperie storica.

Si vuol dire, in definitiva, che lì ove il legislatore ricorre a clausole elastiche e, segnatamente, in tema di causali del licenziamento disciplinare, la delega al Giudice a valutare quanto sia «giusta» la causa e quanto «notevole» l'inadempimento autorizza un bilanciamento inevitabilmente soggettivizzato. È l'interprete che conferisce un diverso peso ai due valori posti sui piatti della bilancia.

6. L'opzione ordinamentale in tema di giustificato motivo oggettivo di licenziamento...

Diversa è invece la fattispecie normativa del «giustificato» motivo oggettivo di licenziamento nella quale il termine «giustificato» viene fornito di contenuto dallo stesso legislatore che lo collega testualmente a «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»³⁰. Non si tratta, in questo caso, di una clausola generale o elastica, che rinvia a *standards* sociali o valori dell'interprete, ma di una «norma generale»³¹

renti fondamentali: i modelli di comportamento sociale ed i principi fondamentali»; Nogler 2014. Nella civilistica cfr. Falzea 1987; Panuccio 2000.

³⁰ Nella amplissima bibliografia sul tema mi limito a citare Carinci 2005; Calcaterra 2008; Varva 2015; Perulli 2017; Nogler 2007; Maresca 2019; De Rosa 2006, 101 sgg.; nonché gli scritti contenuti in Mazzotta 2008 ed *ivi* ampie citazioni.

³¹ Su questi concetti cfr. Mengoni 1986, 9 sgg.

con la quale «il legislatore ha già provveduto al bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco»³².

È nota al riguardo la disputa, che viene da lontano, sul grado di sindacabilità della scelta organizzativa del datore di lavoro e sulla sua coloritura finalistica – cioè sul rilievo delle motivazioni economiche – tuttavia è pacifico che – quale che sia l'ampiezza di tale sindacato – il bilanciamento tra gli opposti valori in gioco viene qui realizzato dal legislatore con nettezza in favore della libertà organizzativa della impresa, senza alcun rilievo della lesività nei confronti dell'interesse alla stabilità del lavoratore incolpevole.

Alle cennate «ragioni» il legislatore sacrifica l'interesse del lavoratore (anche se il recesso datoriale incide palesemente su aspetti fondamentali della personalità e della dignità di quest'ultimo), restando così preclusa ogni considerazione del «peso» delle contrapposte esigenze personali o familiari del lavoratore³³. L'art. 3 della l. n. 604/1966, insomma, non invita a ponderare il principio di tendenziale stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la libertà organizzativa-produttiva della impresa; si tratta, infatti, di una norma che limita quel principio, facendo prevalere su di esso l'interesse dell'impresa alla ottimizzazione della organizzazione aziendale senza prevedere alcun vaglio di compatibilità sociale³⁴.

Le ragioni del datore di lavoro, purché realmente esistenti, prevalgono senza residui sulle istanze del lavoratore, sulla base di una gradazione valoriale netta e aprioristicamente definita in sede di bilanciamento normativo. Come ha puntualmente osservato la Cassazione nella (sentenza «cardine» 7 dicembre 2016, n. 25201) non spetta al Giudice «il compito di contemperare ex post interessi confliggenti, stabilendo quello ritenuto prevalentemente, se tale potere non trova riscontro nella legge».

El'esigenza di rispettare la chiara opzione politica del legislatore va ribadita anche perché qui il rischio di un apprezzamento giudiziale influenzato da fuorvianti ragioni di mera solidarietà umana e sociale è notevole giacché, come è stato osservato, «manca a chi deve giudicare quella maniglia psicologica che è data da un comportamento addebitabile al lavoratore» (De Angelis 2008, 28), presente, invece, in caso di licenziamento disciplinare.

In definitiva la «ragione tecnico produttiva», presupposto della legittimità del recesso «economico», ha come esclusivo valore di riferimento la scelta della impresa di perseguire i suoi fini istituzionali³⁵.

³² Così Zoli 2020, 245. Più articolata la posizione di Ballestrero 2017, 138 sgg., specie 150 sgg.

³³ Una evidenziazione delle ipotesi normative che limitano o pospongono con chiarezza la tutela degli interessi del lavoro in funzione degli interessi della impresa e della sua efficienza produttiva, ad esempio consentendo la modifica unilaterale dell'oggetto del contratto e del luogo dell'inadempimento della obbligazione di lavorare, in Persiani 2000, 23 sgg.

³⁴ In questi termini, molto puntualmente, Brun 2012, 127; *contra*, Perulli 2015, 83 sgg., che si appella ad un controllo sulla «ragionevolezza del caso concreto»; Gragnoli 2006, 69 sgg.

³⁵ Scrisse al riguardo Mancini 1973, 728, che «le scelte imprenditoriali devono di regola essere apprezzate sul metro di valori omogenei al modo di produzione capitalistico: l'efficienza, la razionalità, l'economicità».

Unica significativa concessione alla tecnica del bilanciamento giudiziale è presente nel diritto vivente in merito alla introduzione di un obbligo di *repêchage* del lavoratore licenziato, quasi in chiave compensativa della libertà di recesso per g.m.o. riconosciuta al datore di lavoro; operazione che, tuttavia, attraverso la discutibile riconduzione del *repêchage* nell'ambito delle ragioni poste a base del licenziamento, non altera la scelta di fondo del legislatore contenuta nell'art. 3 della l. n. 604/1966³⁶.

7. ... e in tema di sanzioni per il licenziamento disciplinare illegittimo

La disciplina delle *sanzioni previste per il licenziamento disciplinare illegittimo* è ovviamente oggetto di delicato e discusso bilanciamento a opera del legislatore. Ed è noto che dal 2012 e poi con il d.lgs. n. 23/2015 il punto di equilibrio si è significativamente e consapevolmente spostato in favore della flessibilità reclamata dalle imprese.

In tema di scelta tra le diverse reazioni che l'ordinamento appresta nei confronti dell'illegittimo recesso datoriale di natura disciplinare, però, non vi è spazio per un ulteriore bilanciamento a opera della giurisprudenza, dal momento che la selezione tra la conseguenza reintegratoria e quella indennitaria non è affidata ad aggettivazioni o a clausole elastiche bensì a un dato oggettivo qual è la «sussistenza» o «insussistenza» del fatto posto alla base del licenziamento, cioè a dire alla ricognizione di un fatto storico (che abbia un minimo rilievo disciplinare) che deve essere oggetto solo di verifica empirica.

I tentativi della giurisprudenza – pur numerosi – di introdurre anche in tema di individuazione della sanzione da applicare al licenziamento disciplinare illegittimo considerazioni e bilanciamenti assiologicamente orientati – magari mediante il recupero di un sindacato di proporzionalità del licenziamento al fatto contestato (che invece rileva solo ai fini del vaglio di legittimità a monte)

– vanno bollati come tentativi di piegare il significato della norma a opzioni soggettive, come esercizi arbitrari volti ad ampliare *contra legem* l'area del meccanismo reintegratorio sulla base di personali valutazioni di giustizia sociale³⁷. Mentre, come sopra argomentato, c'è ampio spazio per ponderazioni soggettive sul tema delle causali del licenziamento disciplinare, in ordine alla alternativa reintegrazione/indennizzo non c'è alcuno spazio per un bilanciamento soggettivo dell'interprete: il vaglio di proporzionalità e di gravità (inevitabilmente soggettivizzato) resta integro nella fase di accertamento della legittimità del licenziamento, ma non riguarda l'alternativa sanzionatoria.

Analoghe considerazioni possono essere fatte in ordine alla «sussistenza» delle ragioni oggettive (modifica organizzativa con conseguenze oppressive)

³⁶ Tra gli altri Persiani 2017, 3, contesta l'operazione ormai consolidata in giurisprudenza di prevedere un obbligo di *repêchage* a carico del datore che recede per g.m.o., sul rilievo che tale obbligo «non è previsto nella formulazione del testo della legge».

³⁷ Per questi tentativi, diffusi nella giurisprudenza, cfr. per tutti le incisive considerazioni critiche di Maresca 2023, 1 sgg., spec. 4 sgg.; nonché di Zoli 2022, spec. 12 sgg.

poste a base del licenziamento economico. Tanto più dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 125/2022 che, nell'espungere l'aggettivo «manifesta» – che nell'art. 18 connotava l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per g.m.o. – ha rilevato che «la insussistenza di un fatto non si presta a controvertibili graduazioni in chiave di evidenza fenomenica, ma evoca piuttosto un'alternativa netta», sottraendo così l'impianto sanzionatorio ad ogni soggettivismo applicativo (Preteroti 2022, 14).

8. Il bilanciamento in materia di «accomodamenti organizzativi ragionevoli» e di salvaguardia del «normale svolgimento dell'attività aziendale» (art. 26 St. lav.)

Superando il tema dei licenziamenti, un ambito evidentemente aperto a operazioni giurisprudenziali di bilanciamento influenzate dalla gradazione degli opposti valori è quello che concerne *la tutela del lavoratore portatore di handicap*, cui viene equiparato il lavoratore divenuto stabilmente inidoneo alle proprie mansioni. In materia il confronto tra l'interesse datoriale a non modificare la propria organizzazione produttiva e l'opposto interesse del lavoratore a vedere adeguata alle proprie ridotte facoltà l'organizzazione della impresa viene mediato dal legislatore attraverso la imposizione di «accomodamenti organizzativi ragionevoli» (art. 3, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003), come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 sui diritti delle persone con disabilità (ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009 n. 18), che allude ad «adattamenti necessari ed appropriati». Analogamente l'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE parla di «provvedimenti appropriati» del datore di lavoro atti a consentire alla persona svantaggiata di svolgere l'attività lavorativa.

Su questo versante il rinvio a ponderazioni personali del giudice è, dunque, palese, dovendo questi decidere, secondo il parametro della ragionevolezza e quindi sulla base di un bilanciamento con forte sostrato ideologico, quando siano necessarie e quando eccessive le modifiche che sono richieste/imposte al datore di lavoro al fine *de quo*. Il legislatore, come accade sempre più spesso, ha deliberatamente scelto di trasporre nell'ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali, affidandosi ad una nozione a contenuto variabile, consapevole della difficoltà di una tipizzazione delle condotte prescrivibili e della necessità che sia conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso, ma anche dalla sua sensibilità culturale, ovviamente nei limiti della banda di oscillazione della «ragionevolezza».

Non a caso, dunque, in alcune pronunzie della Cassazione è visibile una più accentuata sensibilità al «mantenimento degli equilibri finanziari della impresa» o all'interesse datoriale a ricevere una prestazione utile senza modificare l'organizzazione produttiva³⁸ laddove in altre la finalità solidaristica viene particolarmente avvertita con un diverso esito interpretativo.

³⁸ Cass. n. 18960/2020, n. 18556/2019; n. 6678/2019, n. 6497/2021 e n. 27243/2018.

Su tutt'altro versante normativo analogo spazio discrezionale e valutativo viene lasciato al decisore da formule che tutelano «il normale svolgimento dell'attività aziendale» nei confronti della attività di proselitismo sindacale (art. 26, co. 1, St. lav.). Anche qui, sia pure in una banda di oscillazione predeterminata, l'aggettivo utilizzato apre a valutazioni soggettive in ordine al valore attribuito ai profili di efficienza organizzativa e produttiva della impresa rispetto al peso riconosciuto allo sviluppo dell'attività sindacale.

9. Il bilanciamento in materia di critica del lavoratore nei confronti del datore di lavoro...

Se fin qui sono state considerate alcune ipotesi in cui è l'ordinamento, la sua struttura lessicale a sollecitare più o meno esplicitamente un discrezionale bilanciamento dell'interprete, vi sono casi in cui la legittimazione a tale operazione scaturisce dalla totale assenza di una mediazione normativa.

Un terreno elettivo per il ricorso alla tecnica del bilanciamento in sede interpretativa, in quanto non coperto da una specifica opzione normativa, è quello del contemperamento del *diritto di critica del lavoratore* (o del sindacalista) nei confronti del datore o dei superiori (tutelato dall'art. 21 Cost. e dall'art. 1 della l. n. 300/1970) con altri diritti costituzionalmente rilevanti, quali la reputazione, l'onore, la dignità del criticato o dell'offeso³⁹. Contemperamento che, fuori dell'art. 1, non trova alcuna guida normativa nell'ordinamento giuslavoristico.

La giurisprudenza ha al riguardo elaborato criteri di giudizio forgiati sui principi della continenza sostanziale o formale, ma in realtà al di là del tecnicismo è il sostrato assiologico che la fa da padrone nelle singole decisioni; né potrebbe essere diversamente dal momento che la percezione della capacità lesiva della critica presenta un evidente grado di relatività e di soggettivismo e la questione vede contrapposti (e non mediati da una specifica disciplina) valori fondamentali, entrambi di rilievo costituzionale e ad alto tasso ideologico.

Inoltre il bilanciamento sul punto è inevitabilmente mobile⁴⁰, cioè mutevole nel tempo: se ieri l'operaio della grande azienda che profferiva parole offensive nei confronti del titolare (e viceversa) poteva forse essere considerato *vox clamans in deserto*, considerata la distanza che lo divideva dall'offeso e l'ambito ristretto dell'eco, oggi la capacità diffusiva dei *media* carica la critica di ben maggiori capacità lesive⁴¹. Allo stesso tempo se una determinata espressione verbale in una certa epoca o in un certo contesto può essere ritenuta altamente lesiva e volgare, in altra temperie ambientale o temporale può essere valutata come di uso comune o di puro stampo ironico.

³⁹ Cfr., tra i tantissimi contributi, Aimo 1988, 981.

⁴⁰ Sul bilanciamento fondato su una «gerarchia assiologica mobile» si veda Guastini 2011, 203 sgg.

⁴¹ Sul tema si veda per tutti Bini 2018, 478 sgg., Valenti 2021, 3 sgg.

10. e in tema di controlli difensivi

Anche il tema dei cd. controlli difensivi volti a rilevare comportamenti illeciti dei dipendenti è caratterizzato dalla sostanziale carenza di una specifica disciplina normativa, almeno per chi non ritiene che l'inciso contenuto nella nuova formulazione dell'art. 4 (novata dall'art. 23, co. 1, d.lgs. n. 151/2015) «tutela del patrimonio aziendale» riconduca i controlli difensivi entro la fattispecie legale (con i relativi limiti e condizioni) del primo comma dell'art. 4⁴².

La evidente antitesi tra l'interesse del datore di lavoro a verificare la commissione di illeciti dei dipendenti e salvaguardare i beni aziendali e, per converso, l'esigenza di tutela dei valori di riservatezza, dignità, *privacy* di questi ultimi è stata infatti mediata dalla giurisprudenza attraverso il condizionamento dei controlli difensivi alla preventiva presenza di un fondato sospetto circa la commissione dell'illecito nonché al rispetto dei criteri di minimizzazione, di proporzionalità, di pertinenza e di non eccedenza tratti dal Codice della *privacy* e dal Regolamento UE n. 2016/679⁴³.

Ed è appena il caso di rilevare che anche in questo caso la soluzione dei casi concreti, la valutazione dello spessore del «sospetto» e del peso attribuito alla *privacy* del dipendente nonché la integrazione dei predetti criteri è fortemente e inevitabilmente condizionata dalle opzioni assiologiche del giudicante e quindi dal peso da questi attribuito ai contrapposti interessi: si tratti della maggiore sensibilità ai valori personali del lavoratore o, piuttosto, alle esigenze di tutela del patrimonio della azienda⁴⁴.

11. Conclusione

Questa breve rassegna esemplificativa, necessariamente sommaria e finalizzata, aveva l'obiettivo di dimostrare come, per un verso, non sia generalizzabile un principio di «sovranità» ideologica del Giudice (come pure talora si è tentato di affermare), dal momento che in un ordinamento, come quello lavoristico, pur pervaso da ineliminabile conflitto di interessi, quando la mediazione/ponderazione realizzata dal legislatore è chiara ed evidente, essa merita assoluto e incondizionato rispetto e non tollera deviazioni ispirate da convinzioni o pulsioni personali, fino a «sovrapporre il diritto del lavoro come si vorrebbe che fosse al diritto del lavoro come è» (Del Punta 2014, 390).

Per altro verso, quando, come sovente accade, è proprio l'ordinamento che esplicitamente o implicitamente invita il Giudice a bilanciare gli opposti interes-

⁴² Cfr. Proia 2022, 348, spec. 351, secondo cui vanno escluse dal campo di applicazione dell'art. 4 dello Statuto le indagini svolte al fine di accertare comportamenti illeciti del lavoratore; analogamente Maio 2015, 200. *Contra* Del Punta 2016, 77; Lambertucci 2016, 529. Critici in generale nei confronti della categoria dei controlli difensivi, tra gli altri, Salimbeni 2015, 513; Zoli 2009, 499; Aimo 2003, 124.

⁴³ Cfr. per tutti Tullini 2022, 221 sgg.; Riccobono 2023.

⁴⁴ Si veda tra le tante da ultimo Cass. 12 novembre 2022, n. 34092, *LG*, 2022, 828 nt. Casalino.

si con il contributo delle proprie convinzioni personali e dei valori emergenti dal corpo sociale in una determinata temperie storica, le opzioni soggettive hanno piena legittimazione, anche perché in tali casi è lo stesso legislatore ad auspicare che le regole vengano irrorate con l'apertura ai valori. Si tratterà, allora, di elaborare modelli riflessivi, retrospettivi di analisi delle sentenze per valutarne la tenuta argomentativa sul piano della razionalità pratica sì da divenire *certezza*, quand'anche non definitiva, non solo per l'interprete ma anche per l'operatore pratico, sia esso, nello specifico del diritto del lavoro, il datore di lavoro o il lavoratore⁴⁵.

Il tema della certezza del diritto ci porterebbe lontano, ma è appena il caso di puntualizzare che esso costituisce un baluardo rispetto ad abusi del soggettivismo giudiziario, specie quando il legislatore con formule nette esprime una ferma mediazione politica tra i contrapposti interessi.

Riferimenti bibliografici

- Abignente, A. 2012. "Note in margine ad un interessante dibattito." *RIDL*, I, 4, 728 ss.
- Abignente, A. 2020. *L'ordine e il molteplice. Il ritmo dell'argomentazione giuridica*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Aimo, M. 2003. *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*. Napoli: Jovene.
- Aimo, M.P. 1999. "Appunti sul diritto di critica del lavoratore." *RGL* II: 463 sgg.
- Albi, P. 2008. "Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali." In *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, a cura di O. Mazzotta. Torino: Giappichelli.
- Alexy, R. 2002. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Azzariti, G. 2001. "Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione." In *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, 231 sgg. Napoli: ESI.
- Ballestrero, M.V. 2014. "Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro." *LD*.
- Ballestrero, M.V. 2016. "Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro." *LD* 4: 761 sgg.
- Ballestrero, M.V. 2017. "Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro. Due esempi e una digressione." *MSCG* 1.
- Bavaro, V. 2019. "Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)." *RIDL*, I, 2, 175 ss.
- Bin, R. 1992. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Bini, S. 2018. "Offese reali in contesti virtuali: social network e limiti al diritto di critica." *RGL* 4, II: 478 sgg.
- Bronzini, G. 2017. "Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare." In *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, pp. 147 sgg. Milano: Giuffrè.
- Brun, S. 2012. *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*. Padova: Cedam.

⁴⁵ Sul punto si veda Abignente 2020; Perulli 2021, 839 sgg.

- Calcaterra, L. 2008. *La giustificazione oggettiva del licenziamento*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Carinci, M.T. 2005. *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*. Padova: Cedam.
- Caruso, B. 2013. "Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un manifesto ermeneutico." *RIDL*, I, 1, 245 ss.
- Castronuovo, C. 1986. "L'avvenuta delle clausole generali." *RCDP*.
- Cavallaro, L. 2014. "Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro." *RIDL*, I, 1, 137 ss.
- Cessari, A. 1972. "Poteri creativi della giurisprudenza e «natura dei fatti» nel diritto sindacale." In AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. V, 153 sgg. Napoli: Jovene.
- Chiassoni, P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- Curcuruto, F. 2017. "Le clausole generali davanti al giudice di legittimità." In *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, 358 sgg. Milano: Giuffrè.
- D'Amico, G. 2011. "Clausole generali e controllo del giudice." *GI*.
- De Angelis, L. 2008. "Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario." In *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, a cura di O. Mazzotta. Torino: Giappichelli.
- De Luca Tamajo, R. 2006. "Giurisprudenza costituzionale e rapporto di lavoro." In *Lavoro, la giurisprudenza costituzionale 1989-2005*, IX. Roma.
- De Luca Tamajo, R. 2016. "Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa." *LD*, 814 sgg.
- De Rosa, M. 2006. "Il licenziamento per «ragioni economiche»: le fattispecie." In *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, a cura di R. De Luca tamajo e F. Bianchi D'Urso, 101 sgg. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2012. "Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema." *RIDL*, I, 1 461 sgg.
- Del Punta, R. 2014. "Il Giudice e i problemi della interpretazione: una prospettiva giuslavoristica." *RIDL*, I, 1, 461ss.
- Del Punta, R. 2016. "La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. n. 151/2015)." *RIDL*, I, 1, 77 ss.
- Di Majo, A. 1984. "Clausole generali e diritti delle obbligazioni." *RCDP*.
- Dworkin, R. 1982. *I diritti presi sul serio*. Bologna: il Mulino.
- Dworkin, R. 1989. *L'impero del diritto*. Milano: Il Saggiatore.
- Falzea, A. 1987. "Gli standards valutativi e la loro applicazione." *RDCI*.
- Ferrajoli, L. 2017. "Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa: contro il creazionismo giurisprudenziale." In *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, 169 sgg. Milano: Giuffrè.
- Ferrajoli, L. 2018. *Contro il creazionismo giudiziario*. Modena: Mucchi.
- Fiandaca, G. 2005. "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione." *CP*, 1722 sgg.
- Fiandaca, G. 2023. "Diritto e politica: i rischi dei giudici sul confine tra interpretazione della legge e supplenza giudiziaria." *Il Foglio*, 9 maggio 2023.
- Gazzoni, F. 2006. *Manuale di diritto privato. Introduzione*. Napoli: ESI.
- Gragnoles, E. 2006. "La riduzione del personale fra licenziamento individuale e collettivi." *Tratt G*, 69 sgg.

- Gragnoli, E. 2022. "I valori e il diritto del lavoro." In AA.VV., *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Tomo I. Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. 1995. *Il giudice e la legge*. Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- Guastini, R. 2017. "Applicare principi costituzionali." *MSCG* 1: 127 sgg.
- Guastini, R. 2020. "Creazionismo giudiziario?" *Ragion Pratica* 55, 391-400.
- Hart, H. 1958. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *HLR* 71, 4.
- Hart, H. 1965. *Il concetto di diritto*. Torino: Einaudi.
- Ichino, A., Ichino, P., e Poli, M. 1998. "L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamenti." *RIDL*, I, 1, 17 ss.
- Lambertucci, P. 2016. "I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione." *ADL*.
- Lombardi Vallauri, L. 1975. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè.
- Luciani, M. 2016. "Interpretazione conforme a Costituzione." *Enc dir., Annali IX*. Milano: Giuffrè.
- Magnani, M. 2013. "Il giudice e la legge." *q. Riv. I*: 777 sgg.
- Maio, V. 2015. "La nuova disciplina dei controlli a distanza sulla attività dei lavoratori e la modernità post panottica." *ADL*.
- Maio, V. 2022. "Valori e tecniche nell'assetto dei licenziamenti emergente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta. Firenze: Firenze University Press.
- Mancini, F. 1973. "Il diritto al lavoro rivisitato." *PD*.
- Marazza, M. 2023. "Universo valoriale ed effetti del principio di prevedibilità nel diritto del lavoro." *DLRI*, 178 sgg.
- Maresca, A. 2019. "Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione." *MGL*, 533 sgg.
- Maresca, A. 2023. "Licenziamento disciplinare e reintegrazione: l'irresistibile attrazione del Giudice per la valutazione della proporzionalità del licenziamento." *LDE* 2.
- Mazzotta, O. (a cura di). 2008. *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Mazzotta, O. 2013. "Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico fra metodo e merito." *RIDL*, I, 235 ss.
- Mazzotta, O. 2017. "Nel laboratorio del giuslavorista." *Labor*, 5 sgg.
- McCormick, N. 2001. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Mengoni, L. 1986. "Spunti per una teoria delle clausole generali." *RCDP*.
- Mengoni, L. 1996. "L'argomentazione orientata alle conseguenze." In L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi.*, 94 sgg. Milano: Giuffrè.
- Modugno, F. 2005. "Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori." *Costituzionalismo.it*.
- Morrone, A. 2001. *Il custode della ragionevolezza*. Milano: Giuffrè.
- Nogler, L. 2007. "La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali." *DLRI*, 630 sgg.
- Nogler, L. 2014. "L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro." *RIDL*, I, 115 sgg.
- Nuzzo, V. 2012. *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*. Genova: Editrice Satura.
- Pacchiana Parravicini, G. 2022. "Il lavoro del giudice del lavoro." *LDE* 1: 1 sgg.
- Palmieri, S. 2011. "Il sindacato giudiziale sulle clausole generali in materia di lavoro pubblico e privato." *RDP*.

- Panuccio, V. 2000. "Applicazioni giurisprudenziali degli standards valutativi." *GC*, 85 sgg.
- Patti, S. 2016. *Ragionevolezza e clausole generali*. Milano: Giuffrè.
- Pedrazzoli, M. (a cura di). 2014. *Le discipline dei licenziamenti in Europa*. Milano: FrancoAngeli.
- Persiani, M. 2000. "Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico." *ADL*.
- Persiani, M. 2017. "Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico." *ADL*, 1: 133 sgg.
- Perulli, A. (a cura di). 2017. *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2005. "Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro." *DLRI*.
- Perulli, A. 2015. "Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente." *RIDL*, 1: 83 sgg.
- Perulli, A. 2015. "Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente." *RIDL*, 1: 83 sgg.
- Perulli, A. 2021. "Habent sua sidera lites? Brevi note su diritto del lavoro e «giurisprudenza predittiva»." *ADL*, 839 sgg.
- Perulli, A. 2023. "Il diritto del lavoro: un mondo di lavori." *RDSS*, 677 sgg.
- Pino, G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*. Torino: Giappichelli.
- Pisani, C. 2023. "La controriforma della Corte costituzionale della disciplina rimediabile per il licenziamento ingiustificato: tra sconfinamenti e nuove disarmonie." *DML*, 255 sgg.
- Poso, V.A. 2022. "«Derive» e auspicabili nuovi approdi del giudice (e del processo) del lavoro." *LDE* 1: 1 sgg.
- Preteroti, A. 2022. "Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)." *LDE* 3.
- Proia, G. 2022. "Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare." In *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, a cura di C. Pisani, G. Proia, e A. Topo. Milano: Giuffrè.
- Rescigno, P. 1998. "Appunti sulle clausole generali." *RDComm* 1.
- Riccobono, A. 2023. "Nuove tecnologie e controlli difensivi tra diritto positivo e creazionismo giudiziario." *RIDL*, 1: 507 ss.
- Riverso, R. 2014. "Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione." *RIDL*, 1: 157 ss.
- Rodotà, S. 1987. "Il tempo delle clausole generali." *RCDP*.
- Roselli, F. 2014. "Clausole generali e nomofilachia." *MGL*.
- Salimbeni, M.T. 2015. "La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore." *RIDL*, 1: 616 ss.
- Speziale, V. 2008. "La giurisprudenza del lavoro e il «diritto vivente» sulle regole interpretative." *DLRI*, 613 sgg.
- Speziale, V. 2018. "Il declino della legge, l'ascesa del diritto giurisprudenziale e i limiti dell'interpretazione giudiziale." *Costituzionalismo.it*.
- Tosi, P. 2022. "Potere legislativo e giurisdizione: la stagione delle riforme (neoliberali?) nel diritto del lavoro vivente." *LDE* 3: 1 sgg.
- Tria, L. 2017. "Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale." In *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio. Milano: Giuffrè.
- Troper, M. 1996. "La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto." *Ragion Pratica* 6: 65 sgg.

- Troper, M. 1999. "Una teoria realista dell'interpretazione." *MSCG* 2: 473 sgg.
- Tullini, P. 1989. "Il diritto di critica civile del sindacalista." *RIDL*, I, 349 ss.
- Tullini, P. 1990. *Clausole generali e rapporto di lavoro*. Rimini: Maggioli.
- Tullini, P. 2022. "I controlli aziendali per finalità difensive nella giurisprudenza." *RIDL*, I: 221 sgg.
- Valenti, C. 2021. "I confini tra libertà di espressione e obbligo di diligenza nell'era dei social network." *RGL Giur Online*, 3 sgg.
- Varva, S. 2015. *Il licenziamento economico*. Torino: Giappichelli.
- Velluzzi, V. 2020. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Zaccaria, G. 1999. *Diritti e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Bari: Cacucci.
- Zagrebelsky, G. 1992. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi.
- Zagrebelsky, G. 2002. "Diritto per valori, principi o regole." *Quad. Fior. Stor. Pens. Giur. Mod.*.
- Zoli, C. 1988. *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*. Milano: Giuffrè.
- Zoli, C. 2009. "Il controllo a distanza del lavoratore: l'art. 41 n. 300 del 1970 tra attualità e esigenze di riforma." *RIDL*, I, 485 ss.
- Zoli, C. 2020. "Il giustificato motivo oggettivo per ragioni organizzative nella recente giurisprudenza." *DLM*.
- Zoli, C. 2022. "Il difficile equilibrio tra potere legislativo e giurisdizione nella stagione delle riforme." *LDE* 3: 1 sgg.
- Zoppoli, L. 2022. "Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta. Firenze: Firenze University Press.

I controlli della malattia

Giada Della Rocca

1. Profili generali

È noto che la malattia è stata un tema caro a Del Punta, cui ha dedicato quella di recente definita come «una ancora insuperata monografia di fine Novecento» (Tiraboschi 2023, 243): il riferimento è, ovviamente, al suo «trattato» sulla sospensione del rapporto di lavoro del 1992. Chiunque voglia avvicinarsi a questa materia non può che fare i conti con l'opera di Del Punta che, come una bussola, traccia la rotta al navigante.

Al centro della sua analisi c'è la persona e la posizione del lavoratore, tanto che la nozione di impossibilità della prestazione di lavoro è definita come «nozione relazionale, o, se si vuole, circolare che risulta dalla reciproca interazione di due elementi, uno dei quali è il lavoro, mentre l'altro, il più importante perché ci conduce al valore essenziale tutelato dalla norma, è il diritto del lavoratore alla cura della propria salute» (Del Punta 1992, 41).

Come scrive anche nel suo manuale, «nella disciplina della malattia [...] il bene protetto del lavoratore è ovviamente la salute, che deve senz'altro ritenersi oggetto di un diritto fondamentale ai sensi dell'art. 32 Cost.» e «giacché a sua volta la salute non è semplicemente assenza di malattia [...] sono da prevedere ulteriori evoluzioni, che arricchiranno vieppiù la fotografia di un rapporto meno che mai chiuso in un recinto ma contemplante (anche sull'onda di una flessibilità oramai a tutto tondo) crescenti livelli di interazione con altri valori costituzionalmente protetti» (Del Punta 2008, 535, 537).

Giada Della Rocca, University of Rome Tor Vergata, Italy, giadadr@yahoo.com, 0000-0003-3833-6784

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giada Della Rocca, *I controlli della malattia*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.22, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 367-397, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Questa consapevolezza della complessità del tema relativo alla malattia del lavoratore era già espressa nella sua monografia (Del Punta 1992, 4), dove la definisce «un settore in movimento del nostro ordinamento giuridico» che investe la «più ampia problematica sociale» e il «più vasto orizzonte normativo», ed oggi è quanto mai attuale alla luce dei vari interventi legislativi che si sono susseguiti da allora su questa materia (basti pensare all'apertura della nozione di malattia alla rilevanza di esigenze terapeutiche, alle tutele speciali per i lavoratori fragili, alla tutela antidiscriminatoria, per citarne alcuni).

Uno degli aspetti relativi alla disciplina della malattia, cui l'ordinamento all'art. 2110 c.c. attribuisce un effetto sospensivo dell'obbligazione lavorativa e per tale motivo richiede una serie di adempimenti, attiene proprio alla procedura di accertamento che, come chiarisce schematicamente Del Punta in un altro suo scritto (2004, III), «si divide in due fasi essenziali. La prima è quella della comunicazione e della certificazione della malattia, la seconda quella del controllo vero e proprio». Ed è su tale ultimo aspetto che si concentra il presente contributo.

Per usare le sue parole (Del Punta 1992, 183), il potere del datore di lavoro di controllare i suoi dipendenti «non è soltanto lo strumento tecnico che permette al creditore della prestazione di sincerarsi della sussistenza di una causa esoneratrice dall'adempimento dell'obbligazione, bensì è soprattutto una particolare manifestazione del più generale potere direttivo e di controllo spettante al datore di lavoro» che discende dalla posizione dell'imprenditore quale «capo» dell'impresa (art. 2086 c.c.), «a presidio del regolare funzionamento dell'organizzazione cui è preposto». È in tale ottica che va inquadrato l'art. 5 della legge 20 maggio 1970, n. 300, c.d. Statuto dei lavoratori, che da un riconoscimento ufficiale a tale potere introducendo tuttavia dei limiti a salvaguardia della dignità e riservatezza del lavoratore¹.

L'art. 5 dello Statuto, come è noto, vieta infatti al datore di lavoro di controllare l'infermità e l'idoneità fisica del lavoratore attraverso medici di sua fiducia (1° comma). Prescrive, inoltre, che il controllo sulle assenze per infermità può essere effettuato solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda (2° comma). Riconosce, infine, al datore di lavoro la facoltà di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico (3° comma).

La regola tipizzata dalla norma consiste, intanto, nel divieto diretto al datore di lavoro di verificare lo stato di salute del suo dipendente o la sua idoneità fisica attraverso medici di sua fiducia (cosiddetti medici di fabbrica)² ma solo attraverso

¹ Ulteriore espressione della volontà legislativa di sottrarre il dipendente a controlli di malattia lesivi della sua dignità e riservatezza si ravvisa nella l. 5 giugno 1990 n. 135 che, all'art. 6, vieta di svolgere indagini per l'accertamento dello stato di sieropositività nei dipendenti o nei lavoratori aspiranti all'assunzione, Perone 1997, 42.

² Cass. 2 dicembre 2005, n. 26238, in *Foro It.*, 2006, 10, 1, 2845

strutture pubbliche onde garantire l'imparzialità dell'accertamento (Del Punta 1992, 172; Mazzotta 1983, 16; Pandolfo 1991, 384-85)³. Essa, di fatto, impedisce che venga in qualche modo condizionato il diritto del lavoratore di assentarsi dal lavoro per motivi di salute, interdicendo al datore di lavoro di violare la sfera privata del primo, pur soltanto attraverso un suo medico di fiducia e in forza di consenso negoziale preventivo del lavoratore stesso (Ichino 2003, 92)⁴.

Attesa la competenza generica dei medici incaricati della visita ispettiva, sembrerebbe ch'essa non possa spingersi oltre i confini di un esame esteriore dei sintomi denunciati dal paziente (Amorth 1974, 104; Pandolfo 1991, 386 che sul punto esprime perplessità ma non sembra prendere una posizione precisa).

In effetti, la lettera dell'art. 5 St. lav., offre in tal senso spunti interessanti, facendo esplicito riferimento ad accertamenti «*sulla infermità per malattia*» e «*controllo delle assenze per infermità*», lasciando pensare, così, a verifiche limitate ad accertare se, in un dato momento, sussista o meno la causa di sospensione del rapporto con esclusione di giudizi che passino dalla fase diagnostica a quella prognostica⁵.

Sebbene non possa escludersi la legittimità di esami medici più approfonditi, salvi i casi in cui limiti e modalità specifiche di controllo siano suggeriti da particolari esigenze di salvaguardia della riservatezza e del pudore del lavoratore⁶, è un dato di fatto che nella grande maggioranza dei casi l'attività dei medici del servizio ispettivo si limiti alla verifica della presenza del lavoratore presso il domicilio eletto e della congruità della prognosi del medico curante rispetto alla diagnosi.

Questo si spiega abbastanza agevolmente, soprattutto riguardo ai casi in cui l'affezione denunciata possa essere verificata solo da uno specialista, mediante esami diagnostici particolari o sulla base di un'anamnesi relativa al singolo caso⁷.

³ C. Cost. 31 maggio 1996 n. 176, in *Mass. Giur.lav.*, 1996, 707, ha ritenuto legittimo il controllo da parte del servizio sanitario delle Ferrovie dello Stato, anche dopo la privatizzazione dell'ente, in considerazione della conservata organizzazione pubblicistica di tale servizio, delle esigenze di sicurezza, della possibilità di tutela giurisdizionale e della transitorietà della disciplina. In senso conforme, Cass. 5 ottobre 1998 n. 9868, in *RIDL*, 1999, II, 602.

⁴ La disciplina in esame è costituzionalmente legittima poiché neppure la visita imparziale può essere coattivamente imposta al lavoratore dissenziente, peraltro responsabile sul piano disciplinare per il suo rifiuto, si veda C. Cost. 5 febbraio 1975 n. 23, in *Mass. Giur. Lav.*, 1975, 9.

⁵ In questo senso Cass. 11 novembre 1979, n. 5317, in *Not. giur. Lav.*, 1980, 56; Cass. 10 gennaio 1984, n. 185, in *Arch. Civ.*, 1984, 631.

⁶ Cass. 19 novembre 1973, n. 3106, in *Foro it.*, 1974, I, 709.

⁷ Ichino (2003, 92) osserva come il modulo predisposto dall'Inps per la compilazione del referto del servizio ispettivo non preveda neppure l'ipotesi dell'accertamento dell'inesistenza dell'impedimento sin dall'inizio (cioè del carattere abusivo dell'assenza), bensì soltanto la dichiarazione secondo la quale «il lavoratore può riprendere servizio» nel giorno successivo al controllo; col risultato che se nel corso del giorno stesso il medico di fiducia rilascia un certificato di «ricaduta» nella malattia, il lavoratore può protrarre l'astensione senza che il datore di lavoro disponga di alcuna attestazione del suo carattere abusivo.

Il secondo comma della norma statutaria in discorso definisce in modo rigoroso le modalità con le quali l'accertamento sanitario può svolgersi, su iniziativa del datore di lavoro e dell'istituto previdenziale, prevedendo che il controllo possa essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti. Pertanto, «l'organismo pubblico è tenuto a disporre la visita richiesta dal datore di lavoro e non ha alcuna discrezionalità in proposito» (Del Punta 1992, 177).

Una questione centrale attiene alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva del lavoratore di fronte al potere di controllo datoriale, se debba essere qualificata in termini di obbligo⁸ o di onere o abbia natura giuridicamente composita partecipando dell'uno e dell'altro⁹. È, infatti, solo dalla qualificazione della situazione giuridica passiva in questione che possono trarsi soddisfacenti conclusioni in merito alla vincolatività dello stesso, e dalla quale, a sua volta dipende la predisposizione di determinate modalità di svolgimento del controllo e del tipo di sanzione irrogabile al dipendente che si sottragga, in un modo o nell'altro, alla visita ispettiva.

Per risolvere la questione, occorre avere riguardo alla duplice funzione che la norma esplica. E così, non v'è dubbio che rispetto al diritto del lavoratore di beneficiare del regime di sospensione *ex art. 2110 c.c.* si configuri un vero e proprio onere probatorio, il cui soddisfacimento è imposto al medesimo proprio al fine di poter usufruire di tale beneficio. Tuttavia, come condivisibilmente rileva Del Punta (1992, 183-84), la malattia non è un «fatto neutro» rispetto all'organizzazione aziendale, «e non soltanto per i suoi costi economici diretti: esiste un preciso ed autonomo interesse datoriale, motivato anche da finalità dissuasive ed organizzative, all'espletamento quanto più rapido ed incisivo del controllo fiscale, che è stato formalizzato con l'attribuzione, da parte dell'art. 5 dello St. Lav., di un vero e proprio diritto il che rende a sua volta inevitabile qualificare

⁸ Sulla questione, in realtà, si innestava anche un diverso tipo di problema nascente dalla preoccupazione che la posizione soggettiva del lavoratore in termini di obbligo contrattuale, avrebbe potuto implicare dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 5 St. Lav., in relazione all'art. 13 Cost. E, in effetti, una dottrina (Romagnoli 1972, 470), ebbe a sollevare la questione, fondandola sul rilievo che il 2° comma della disposizione in parola, tramite la mediazione della pubblica amministrazione, legittimava in buona sostanza il sacrificio del diritto dell'inviolabilità personale in favore della tutela di un interesse privato. La questione, portata innanzi alla Corte Costituzionale (C. Cost. 5 febbraio 1975, n. 23, in *Riv. Dir. Lav.*, 1975, II, 45), è stata tuttavia e giustamente ritenuta infondata, «poiché la *ratio* della indicata norma costituzionale, che consente solo le restrizioni della libertà personale stabilite dall'Autorità giudiziaria in applicazione della legge, è quella di sottrarre all'Autorità amministrativa il potere di comprimere la sfera primaria di libertà dell'individuo, evitando così, eventuali abusi dei poteri coercitivi di cui è dotata la Pubblica Amministrazione, mentre nei rapporti interprivati non esiste alcun potere coercitivo da limitare, né tale potere è stato introdotto dall'art. 5 dello Statuto dei lavoratori» (Vallebona, 1983, 8).

⁹ Tra i fautori della tesi dell'onere si veda Pera 1972, 49; Grechi 1972, 572; Amorth 1974, 97; D'Harmant Francois 1975, 108 – 10; Ichino 1979, 80; Perone 1997, 49. Per la tesi dell'obbligo, si veda Del Punta 1992, 184; Romagnoli 1972, 32; Dondi 1973, 211; Pucci 1971, 249; Natoli 1976, 38.

(anche) in termini di obbligo la correlativa posizione del lavoratore», controllo al quale il lavoratore non può rifiutarsi, scegliendo altri mezzi di prova della sua malattia¹⁰. Conseguenza di ciò è che l'inadempimento dell'obbligo suddetto sia condotta sanzionabile indipendentemente dalla sussistenza e dalla prova della malattia stessa (Salutini 1977, 179).

Infine, per rendere più efficace la disciplina dei controlli, il sistema è stato perfezionato con la riforma sanitaria della legge 23 dicembre 1978 n. 833. Con questa legge la competenza è passata dagli enti previdenziali alle Asl (art. 14, comma 3, lett q) e successivamente è stata attribuita anche a medici inseriti in apposite liste dell'Inps (art. 5, comma 12, legge n. 638 del 1983). Per garantire l'efficienza del servizio è stato previsto che le Asl devono assicurare il controllo «entro lo stesso giorno della richiesta, anche se domenicale o festivo» (art. 5, comma 10, legge 11 novembre 1983 n. 638)¹¹.

Da ultimo, il 1° settembre 2017 è entrato in funzione il «Polo unico per le visite fiscali», con l'attribuzione all'Inps della competenza esclusiva ad effettuare visite mediche di controllo, sia su richiesta dei datori di lavoro, pubblici e privati, che d'ufficio, ai sensi degli articoli 18 e 22 del Decreto legislativo n. 75 del 2017 di modifica del Dlgs 165/2001 art. 55-septies.

2. La disciplina delle fasce orarie e l'obbligo di reperibilità

Come è noto, la disciplina degli accertamenti sulla malattia introdotta dall'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, negli anni successivi, è stata seguita da un forte incremento del tasso di assenteismo¹², anche per l'inefficacia ed il lassismo dei servizi pubblici preposti al controllo, seppur espressamente «tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda» (art. 5, comma 2, Statuto dei lavoratori, poi Stat. Lav.).

La vera svolta rigoristica si è realizzata, quindi, con l'introduzione del meccanismo delle «fasce orarie di reperibilità» con l'art. 5, comma 9 e seguenti,

¹⁰ Secondo una diversa dottrina (Ichino 1979, 83) il soggetto passivo del controllo sarebbe destinatario di un mero onere in tal senso e quindi autorizzato a sottrarsi alla visita fiscale, potendo dimostrare *aliunde* la propria infermità.

¹¹ A norma dei decreti ministeriali 25 febbraio 1984, 8 gennaio 1985 e 15 luglio 1986, intervenuti ad integrare la disciplina, cui sono seguiti i decreti ministeriali 18 aprile 1996 e 12 ottobre 2000 e alcune circolari Inps (Circolari Inps 9 maggio 1989, n. 2747, 17 maggio 1996, n. 105, 1° agosto 1996, 159, 8 gennaio 2001, n. 4) che hanno diramato specifiche istruzioni in materia, la richiesta di visita di controllo può essere formulata sin dal primo giorno di assenza del lavoratore anche con comunicazione telefonica, cui deve tempestivamente far seguito atto scritto confermativo, alla sede dell'Istituto nazionale della previdenza sociale nella cui circoscrizione, secondo le indicazioni fornite dal datore di lavoro o dall'ente previdenziale all'atto della richiesta, si trova il luogo dove il lavoratore è ammalato.

¹² Secondo Perone (1997 44-5) l'espansione dell'assenteismo «non deve farsi risalire troppo semplicisticamente al solo tenore dell'art. 5, concorrendo, invece, fattori diversi, collegati alla personalità dell'individuo, all'organizzazione del suo lavoro e alle caratteristiche dell'ambiente socio-economico circostante».

della legge n. 638 del 1983¹³ che «ha integrato – senza tradirne lo spirito – l’art. 5, c. e dello Statuto dei lavoratori secondo il quale il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti» (Del Punta 2004, IX).

Ciò comporta, quindi, non solo l’obbligo di permanenza del lavoratore malato presso il proprio domicilio o presso qualunque altro luogo regolarmente comunicato¹⁴ – durante le fasce orarie stabilite (10-12 e 17-19)¹⁵, di ogni giorno (com-

¹³ L’art. 5, comma 9 e seguenti, della legge n. 638 del 1983, ha tradotto in norma dello stato le regole applicate da alcuni contratti collettivi, demandando, però, la determinazione a convenzioni tra l’Inps e le Regioni o in mancanza ai decreti ministeriali. Il comma 13 dell’art. 5, poi, prevedeva l’emanazione di un altro decreto ministeriale da parte del Ministero del lavoro di concerto col Ministero della sanità al fine di stabilire «le modalità per la disciplina e l’attuazione dei controlli medici secondo i criteri di cui al comma 10». Alla legge hanno dato attuazione i decreti ministeriali del 1984, 1985 e 1986, integrati poi decreti ministeriali del 18 aprile 1996, del 12 ottobre 2000, del 18 dicembre 2009 n. 206 (per i pubblici dipendenti), del 11 gennaio 2016 e del 17 ottobre 2017 n. 206 (Regolamento recante modalità per lo svolgimento delle visite fiscali per l’accertamento delle assenze dal servizio per malattia, nonché l’individuazione delle fasce orarie di reperibilità ai sensi dell’art. 55-septies, comma 5-bis, del d.lvo 30 marzo 2001, n. 165).

¹⁴ Il domicilio è quello comunicato dal lavoratore, il quale, se provvede doverosamente a tale comunicazione, è libero di trascorrere il periodo di malattia anche in località isolate (nella specie alta montagna) ove il controllo è difficile: Cass. 4 aprile 2001 n. 5023, *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 708; Trib. Roma 16 ottobre 2017 n. 8388. L’Inps dal 2020, con Circolare Inps n. 106 del 23 settembre 2020, ha reso disponibile *online* un nuovo servizio che permette di comunicare, ai fini della possibile visita medica di controllo, il cambio dell’indirizzo di reperibilità per il periodo di malattia. È chiaro che il nuovo servizio Inps non sostituisce gli obblighi contrattuali di comunicazione, in caso di malattia, che i lavoratori hanno nei confronti del proprio datore di lavoro. In tal senso, si veda da ultimo, Cass. 25 novembre 2021, n. 36729 in cui la Suprema Corte afferma che durante il congedo per malattia, il lavoratore è tenuto all’obbligo di reperibilità e pertanto, secondo i principi di correttezza e buona fede, a comunicare la variazione del relativo indirizzo anche al datore di lavoro oltre che all’Inps. L’effettuazione della visita può essere richiesta anche prima della comunicazione della malattia: Cass. 5 maggio 1978 n. 2156, *Lav. Prev. Oggi*, 1978, 1665; Cass. 1° marzo 2004 n. 4163, *RIDL*, 2004, II, 827.

¹⁵ Tale specifica disciplina è stata resa efficace a seguito del D. Min. Lav. 15 luglio 1986 che ha disciplinato le fasce orarie di reperibilità. Trattasi del provvedimento previsto dal 13° comma della legge n. 638 del 1983, con il quale per la prima volta il Ministero del Lavoro, di concerto con quello della Sanità e sentiti la Federazione Nazionale dei medici e il Consiglio di amministrazione dell’Inps, stabilisce le modalità per la disciplina e l’attuazione dei controlli, (Cass. S.U. 8 gennaio 1992 n. 105, *Foro It.*, 1992, I, 2746 e in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1920; Cass. 1° marzo 1993 n. 2501, *Dir. Prat. Lav.*, 1993, 1210; Cass. 14 marzo 1993 n. 4415, *Not. Giur. Lav.*, 1993, 682), ma anche in precedenza si affermava il dovere del lavoratore di rendersi reperibile per consentire l’effettuazione del controllo (Cass. 9 dicembre 1977 n. 5338, *Mass. Giur. Lav.*, 1978, 177; Cass. 11 aprile 1980 n. 2319, *Giustizia Civ.*, 1980, I, 1493). Si ritiene, non condivisibilmente, che la reperibilità in fascia sia inapplicabile alla malattia derivante da infortunio sul lavoro (Cass. 2 giugno 1998 n. 5414, *Foro It.*, 1998, I, 2866; Cass. 30 gennaio 2002 n. 1247, *RIDL*, 2002, II, 428), sebbene sia considerato legittimo il contratto collettivo che estende l’obbligo anche a questi casi (Cass. 9 novembre 2002 n. 15773, *Giur. Lav.*, 2003, n. 9, 12). Le fasce orarie di reperibilità, attualmente, dovrebbero essere le stesse sia per i dipendenti privati, sia per i dipendenti pubblici (art. 55 *septies*, comma 5 *bis*, d. lgs.

prese le domeniche e i giorni festivi), salvo un giustificato motivo di assenza¹⁶ (art. 5, commi 10 e 14, legge n. 638 del 1983) – ma anche il rendersi disponibile all'effettuazione della visita di controllo del medico fiscale¹⁷ che, come sottolinea Del Punta (2004, X), «comprende, quindi, l'adozione di quegli eventuali accorgimenti che siano necessari per consentire al medico di reperirlo ed al malato di rispondere positivamente al suo accesso».

La legge, con i limiti ad essa introdotti dalla Corte Costituzionale nella nota pronuncia 26 gennaio 1988 n. 78¹⁸, ha voluto escludere ogni riflesso vessatorio nei confronti del lavoratore, limitando al minimo l'obbligo di reperibilità e di consentire il controllo sanitario solo entro le c.d. fasce di reperibilità. Infatti, nessuna responsabilità può essere imputabile al lavoratore che sia assente¹⁹ o si rifiuti di sottoporsi al controllo al di fuori delle fasce e se una norma collettiva contenesse una tale previsione sarebbe incostituzionale per contrasto con gli artt. 2, 13, 14 e 32, 2° comma, Cost., salvo che il datore non dimostri che l'assenza dal domicilio contrasta con le prescrizioni mediche, o che le attività svolte

n. 165/2001 novellato dall'art. 18 del d. lgs. n. 75/2017), ma il d.p.c.m. n. 206 del 2017 ha confermato le fasce per i dipendenti pubblici (9-13, 15-18) e non ha modificato quelle per i dipendenti privati (10-12, 17-19). Il TAR Lazio con la sentenza 3 novembre 2023, n. 16305 ha dichiarato l'annullamento del d.p.c.m. n. 206 del 2017 in quanto genera una disparità di trattamento tra i dipendenti del settore pubblico e quelli del settore privato.

¹⁶ L'onere della prova della giustificazione dell'irreperibilità grava sul lavoratore (Cass. 3 maggio 1990 n. 3681, *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., 96; Cass. 22 giugno 1990 n. 6293, *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., 100; Cass. 23 marzo 1994 n. 2816, *Dir. Prat. Lav.*, 1994, 2889; Cass. 16 aprile 1994 n. 3642, *Foro It.*, 1994, I, 2398; Cass. 3 agosto 1995 n. 8508, *Mass. Giur. Lav.*, 1995, suppl., 63; Cass. 4 gennaio 2002 n. 50, *RIDL*, 2002, II, 339; Cass. 25 marzo 2002 n. 4233, *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 604; Cass. 9 marzo 2010 n. 5718). Il contratto collettivo può imporre al lavoratore l'obbligo di comunicare preventivamente, ove possibile, al datore di lavoro l'assenza in fascia (Cass. 17 novembre 1993 n. 11358, *Foro It.*, 1994, I, 420; Cass. 9 marzo 1995 n. 2756, *RIDL*, 1996, II, 113; Cass. 9 novembre 2002 n. 15766, *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 67. *Contra*, essendo escluso un principio generale in tal senso (Cass. 5 maggio 2005 n. 9453, *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 781; Cass. 21 luglio 2008 n. 20080).

¹⁷ Tale previsione coinvolge tutti i lavoratori, non solo quelli per i quali vige una tutela previdenziale. Del Punta (1992, 191-93) fa notare che malgrado la duplicità dell'assistenza economica del lavoratore malato, previdenziale o privata, è logico che le modalità di effettuazione dei controlli non varino a seconda del soggetto che li ha richiesti.

¹⁸ Giova osservare che la C. Cost. 26 gennaio 1988, n. 78, *Mass. Giur. Lav.*, 1988, 222 con nota di Papaleoni, aveva precisato che l'obbligo di consentire i controlli «è estrinsecazione della doverosa cooperazione che egli deve prestare affinché siano realizzate le condizioni richieste per l'erogazione del trattamento ... che può essere fornita con un minimo di diligenza e di disponibilità, atteso l'ambito molto limitato delle fasce orarie di reperibilità per cui non risulta nemmeno gravoso né vessatorio». Tale principio è stato ribadito successivamente dalla Corte in altre pronunce: 18 luglio 1988, n. 943, in *Giur. cost.*, 1988, I, 4372; 29 dicembre 1988, n. 1161, *ibidem*, 1988, fasc. 6 e 23 febbraio 1989, n. 64, *ibidem*, 1989, fasc. 1.

¹⁹ Cass. 7 ottobre 2016 n. 20210 secondo la quale è consentito al dipendente in malattia uscire di casa al di fuori degli orari predeterminati ma a condizione che non compia attività che aggravino la patologia o comunque prolunghino la convalescenza, ritardando il suo ritorno in servizio. Secondo Malagugini (1984, 7) infatti può rilevare disciplinarmente, nella misura in cui la condotta si ponga in contrasto con gli obblighi di buona fede e correttezza.

dal lavoratore durante le assenze pregiudicano la sua salute, mettendo a rischio o ritardando la sua guarigione (su cui *infra*).

La funzione degli accertamenti non è tanto quella di acclarare se il lavoratore, durante il periodo di infermità, rimanga presso la propria abitazione, ma di confermare la diagnosi e la relativa prognosi del medico curante (ignorata dal datore, ma conosciuta dal sanitario che effettua la visita) (Pandolfo 1991, 342 e 406).

La questione è stabilire se l'obbligo di reperibilità permane durante tutto il periodo di malattia, dopo che siano state effettuate «due» visite di controllo confermate della prognosi del medico curante, in quanto, per usare le parole di Del Punta (2004 XI), «la possibilità della seconda visita è stata scolpita dalla Corte Costituzionale, ai fini dell'irrogazione della seconda quota della sanzione». Secondo l'opinione, qui condivisa, di Del Punta (2004 XI) conseguentemente non sarebbe «lecito disporre tre o più visite di controllo»; al contrario, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto «giuridicamente persistente – a monte – l'obbligo di reperibilità anche nel caso in cui il controllo medico sia già stato espletato». A ben vedere, la pretesa del datore di lavoro di reiterare i controlli giornalmente è priva di senso, poiché deve ritenersi che lo scopo cui essi sono preordinati è già stato positivamente raggiunto, salvo il caso di malattie ad andamento instabile e dinamico in cui il datore di lavoro può aver interesse a riscontrare l'esattezza della prognosi, dato che nel tempo essa può subire variazioni, o se ha avuto conto che il lavoratore trascuri le cure o violi i doveri che gli impongono di non aggravare il suo stato di salute o di ritardarne la guarigione (su cui *infra*).

A ciò si aggiunga la considerazione, di rilievo più pratico che giuridico, che la decadenza dal trattamento economico per assenza alla visita di controllo, non colpisce i periodi già coperti da precedenti verifiche confermate della durata della malattia, sicché la reiterazione dei controlli (oltre il secondo) non potrebbe comunque incidere nel senso di ridurre l'entità della prestazione economica. Ne consegue che l'eventuale insistenza da parte del datore di lavoro in ulteriori visite finirebbe per produrre l'unico effetto di molestare senza ragione il lavoratore ammalato²⁰. L'intento emulativo sotteso ad una simile pretesa del datore di lavoro, può essere, tra l'altro, fonte di responsabilità per danni ove il lavoratore dimostri che da tale condotta ne è derivato un peggioramento delle proprie condizioni di salute²¹, tanto più in caso di malattie di particolare gravità, dove lo

²⁰ Cass. 19 gennaio 1999, n. 475, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, 270.

²¹ Del Punta 1992, 211-12; Pandolfo 1991, 415 e sgg.; Mazzotta 1983, 7 s; le visite di controllo successive devono ritenersi ammissibili tutte le volte in cui sia ravvisabile un'autentica necessità di controllo, da esercitarsi, quest'ultimo, non oltre la soglia del buon senso, superata la quale la pretesa di ulteriori accertamenti trasmoda nella pura emulazione e nell'abuso (Rondo 1999, 277). In giurisprudenza cfr. Cass. 19 gennaio 1999, n. 475, in *Or. Giur. Lav.*, 1999, 295 (un caso nel quale è stato riconosciuto ad un lavoratore il danno biologico derivato dalla persecutoria reiterazione delle visite di controllo); Cass. 20 maggio 1994, n. 4940, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1994, 167; Cass. 15 gennaio 1990, n. 116, in *Dir. Lav.*, 1990, 295; Cass. 10 marzo 1990, n. 1942, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, 286, *Orient. Giur. Lav.*, 1990, fasc. 2, 256, secondo la quale, qualora la malattia del lavoratore sia già stata accertata dal medico di controllo, non sussiste, nel periodo cui l'accertamento si riferisce, l'obbligo del lavoratore stesso

stress legato all'indebita reiterazione controllo medico-legale potrebbe essere pregiudizievole per la salute psicofisica del lavoratore.

Il comportamento sanzionato è quello dell'assenza o mancata disponibilità alla visita di controllo effettuata durante le fasce orarie di reperibilità, che può essere dipesa da dolo o da colpa ma, come puntualmente osservato da Del Punta (1992, 219), «la norma non dà alcuna rilevanza all'elemento soggettivo della condotta (e ciò evidentemente perché il lavoratore sa delle fasce orarie e, dunque la sua colpa è, salve cause esimenti, presupposta)». Tuttavia, la presenza in casa non sempre è verificabile agevolmente dal medico, che può dichiarare solo di essersi recato quel dato giorno, in quel dato luogo e, ad esempio, di aver suonato il campanello, ma non può riguardare altri fatti che stanno logicamente al di fuori di tale attestazione, nel senso che il medico non può averli verificati positivamente (Giuliani 1988, 715).

L'inottemperanza agli obblighi di reperibilità/disponibilità per incuria, negligenza o altro motivo non apprezzabile²² comporta la decadenza da qualsiasi trattamento economico di malattia, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 5, comma 14° della legge 11 novembre 1983 n. 638, (senza che – ai fini in esame – possa avere effetti sananti la conferma della malattia in una successiva visita ambulatoriale) e l'eventuale applicazione delle ordinarie sanzioni disciplinari (su cui *infra*).

Infine, la normativa non prevedeva deroghe all'osservanza delle fasce di reperibilità per i lavoratori subordinati del settore privato. Tuttavia, con l'art. 25 del d.lvo 14 settembre 2015 n. 151²³ sono state introdotte delle «esenzioni» dalla reperibilità in alcune ipotesi di malattie croniche suscettibili di diverse interpretazioni. Sono infatti esclusi dall'obbligo di rispettare le fasce di reperibilità

di rispettare le fasce orarie di reperibilità onde rendere possibili nuovi controlli; un tale obbligo si risolverebbe in una limitazione del diritto di locomozione del lavoratore, non sempre compatibile con le sue esigenze terapeutiche, e comunque inammissibile, stante il carattere di eccezionalità delle limitazioni imposte dalle c.d. fasce orarie di reperibilità; conseguentemente, è inapplicabile al lavoratore, in tale ipotesi, la decadenza dall'indennità di malattia prevista dall'art. 5, 14° comma, d.l. 12 settembre 1983, n. 463; Trib. Milano 18 ottobre 1986, in *Lav. 80*, 1987, 156; Pret. Milano 10 giugno 1986, in *Lav. 80*, 1986, 1138; Cass. 10 marzo 1990, n. 1942, in *Dir. Lav.*, 1990, 159.

²² Cass., 14 maggio 1997, n. 4216, in *Or. Giur. lav.*, 1997, 750, che ha rilevato che costituisce inottemperanza agli obblighi sopra indicati il ritardo nell'apertura della porta – che determini l'allontanamento del medico di controllo – dovuto a motivo, nelle circostanze non apprezzabile, come il fare la doccia; Cass. 30 luglio 1993, n. 8484, *Or. Giur. Lav.*, 1993, 1001 (il caso è quello di un lavoratore che si era momentaneamente allontanato dall'abitazione per recarsi in cantina); Cass. 23 novembre 1992, n. 12502, in *Foro it.*, 1993, 814 (per il caso in cui il lavoratore asseriva di non aver sentito il campanello perché stava riposando); Cass. 27 aprile 1990, n. 3512 *Not. Giur. Lav.*, 1990, 370 (in cui il lavoratore stava dormendo); Cass. 17 aprile 1990, n. 3180, in *Not. Giur. Lav.*, 1990, 370 (in cui il lavoratore si tratteneva sul balcone dell'abitazione); Cass. 1 agosto 1991, n. 8490, in *Foro It.*, 1992, I, 1165, secondo la quale il lavoratore che, presente in casa al momento del controllo domiciliare di malattia nelle fasce orarie, non abbia udito il campanello dell'abitazione suonato dal medico perché impegnato nell'ascolto di musica con auricolare, non ha diritto al trattamento economico di malattia.

²³ Integrato dal D. Min Lav. 11 gennaio 2016 e Circolare Inps n. 95 del 7 giugno 2016.

bilità i lavoratori subordinati per i quali l'assenza è etiologicamente riconducibile ad una delle seguenti circostanze: a) patologie gravi che richiedono terapie salvavita²⁴ quali quelle, per esempio, per i malati oncologici o per malati sottoposti a dialisi; b) stati patologici sottesi o connessi alla situazione di invalidità riconosciuta che ha determinato una riduzione della capacità lavorativa nella misura pari o superiore al 67%²⁵. È bene sottolineare che in tali casi il datore di lavoro non potrà richiedere visite di controllo domiciliare ma avrà comunque la possibilità di segnalare all'Inps eventi per i quali ravvisi l'esigenza di effettuare una verifica, pertanto l'esonerazione dall'obbligo di reperibilità alla visita fiscale non esclude la possibilità per l'Inps di effettuare controlli sulla correttezza formale e sostanziale della certificazione e sulla congruità prognostica della malattia esoneratrice, che deve essere provata mediante idonea attestazione rilasciata dal SSN o da strutture con esso convenzionate.

3. Il giustificato motivo di assenza

Da quanto emerso dalle problematiche attinenti all'obbligo di reperibilità durante le fasce orarie, diventa di rilevanza centrale l'individuazione delle condizioni che legittimano il lavoratore a disattendere, poiché l'insussistenza dell'incapacità lavorativa non esclude a priori la ricorrenza di condizioni fisiche che gli consentano di uscire di casa. L'allontanarsi da casa può rispondere ad esigenze diverse e non può pretendersi che il lavoratore debba ritenersi condizionato dall'incombente della perdita del trattamento economico per soddisfare interessi di primaria rilevanza.

Il legislatore si è mostrato sensibile a tale evenienza escludendo la decadenza nel caso in cui il lavoratore si sia allontanato da casa per «un giustificato motivo»²⁶ (art. 5, comma 14°, l. n. 638 del 1983). Senonché, lo stesso legislatore

²⁴ Cass. 11 luglio 2002 n. 26646 «è salvavita quella terapia che consente di salvare la vita al paziente». Quello che si è voluto tutelare è la straordinarietà dell'evento morboso, isolato o anche iscritto in un eventuale decorso cronico connesso con la somministrazione di terapia salvavita, escludendo ogni forma di somministrazione cronica di farmaci, anche se indispensabili al monitoraggio della malattia. Per un elenco dettagliato delle patologie che integrano il diritto all'esenzione dalla reperibilità si veda la circolare Inps n. 95 del 2016.

²⁵ Secondo le indicazioni della Circolare Inps n. 95 del 2016 si riferisce ad un quadro morboso all'origine dell'esonerando evento di malattia che sia sotteso o connesso a patologie che devono aver determinato una riduzione della capacità lavorativa nella misura pari o superiore al 67% in caso di invalidità civile, cecità civile e sordità civile o di invalidità previdenziale Inps o di danno biologico Inail.

²⁶ Ove il medico incaricato non abbia potuto effettuare la visita per assenza del lavoratore nel domicilio indicato, egli sarà tenuto a darne immediata comunicazione all'Inps (il verbale è trasmesso telematicamente) e a rilasciare, possibilmente a persona presente nell'abitazione del lavoratore, apposito avviso recante l'invito rivolto allo stesso a presentarsi al controllo ambulatoriale il giorno successivo non festivo presso il gabinetto diagnostico dell'ente previdenziale, ovvero, qualora non sia facilmente raggiungibile, presso il competente presidio sanitario pubblico, secondo quanto indicato nell'avviso stesso e salvo che l'interessato non abbia ripreso l'attività lavorativa.

non fornisce precisazioni sul significato di tale giustificato motivo. Per cui data la genericità della disposizione, inserita in un contesto normativo diretto ad arginare il fenomeno dell'assenteismo, la sua efficacia non può che dipendere dalla maggiore o minore estensione del metro valutativo adottato (Del Punta, 1992, 227; Pandolfo 1991, 403-04).

Un primo approccio metodologico al problema si deve all'Inps, che con talune circolari, che secondo Del Punta (1992, 227) non possono essere ritenute «preclusive», ha introdotto il principio dell'urgenza e/o dell'indifferibilità delle ragioni che giustificano l'allontanamento dal domicilio durante le ore di reperibilità²⁷.

In particolare, sono motivi di giustificabilità dell'assenza del lavoratore alla visita di controllo, purché debitamente documentati dall'interessato: a) la forza maggiore, integrata da un impedimento assoluto dovuto a causa ineluttabile (circostanza rara che non comporta problemi interpretativi); b) situazione che abbia reso imprescindibile ed indifferibile la presenza personale del lavoratore altrove per evitare gravi conseguenze per sé²⁸ o per i componenti del nucleo familiare (quest'ultimo inteso in senso più sociale che giuridico ricomprendendo anche i c.d. «stretti congiunti»); c) urgenza e/o indifferibilità di una visita medica generica e/o specialistica concomitante. Tuttavia, in quest'ultimo caso, il lavoratore deve provare, con idonea documentazione, l'urgenza della visita concomitante ovvero l'impossibilità (o non ragionevole possibilità) di effettuare la visita medica al di fuori delle fasce di reperibilità, in considerazione della coincidenza fra le fasce stesse e l'orario dello studio (o ambulatorio) medico e della distanza fra lo studio e l'abitazione del lavoratore. Deve provare inoltre l'impossibilità di spostare la visita ad altro momento compatibile con il rispetto delle fasce o la motivata indisponibilità del medico a riceverlo al di fuori delle fasce ovvero a visitarlo a domicilio (in caso di coincidenza totale per tutti i giorni della settimana).

²⁷ Circolare Inps AGO n. 134421 dell'8 agosto 1984; n. 11 PMMC/179 dell'8 agosto 1985; 7 ottobre 1996, n. 192, nella quale ultima l'Inps ha ritenuto debbano essere valutate favorevolmente anche le ipotesi in cui l'ammalato si sia recato presso studi privati che praticano la c.d. medicina alternativa, purché sussista nel concorso con le condizioni previste in generale, accertata incapacità al lavoro; la circolare stabilisce che l'effettiva esecuzione dell'intervento, con il relativo orario, deve essere attestata formalmente dalla struttura privata, che deve risultare in possesso di regolare autorizzazione allo svolgimento della speciale terapia e prevede la necessità di acquisire copia) della fattura o ricevuta rilasciata.

²⁸ L'attenzione manifestata negli ultimi anni verso le malattie croniche conduce a ricomprendere nell'ipotesi sub b), il caso del lavoratore affetto da tali particolari patologie croniche come le malattie neuro-psichiatriche o comunque particolarmente gravi a prognosi infausta, per le quali il divieto di uscire, sia pure limitatamente alle fasce di reperibilità, può determinare nell'ammalato pericolose e gravi reazioni emotive pregiudizievoli anche sotto il profilo terapeutico, o il caso in cui l'evento morboso acuto può incidere sull'evoluzione propria della malattia stessa causando un peggioramento del grado di autonomia personale e relazionale del lavoratore. Sulle malattie croniche in generale, si veda per tutti Tiraboschi 2023, 260-61.

La giurisprudenza di merito e di legittimità²⁹ ha, invece, preferito adottare un criterio meno rigoroso, fondato sulla presenza di «ragioni valide e serie», in linea con le enunciazioni della Corte cost. n. 78 del 1988, che ha respinto parzialmente la questione di legittimità della norma citata, sul presupposto che al lavoratore fosse consentito provare non l'impossibilità assoluta di presenziare alla visita di controllo, ma l'esistenza di un motivo serio ed apprezzabile di assenza dal domicilio; in ogni caso, come precisa Del Punta (2004, X), occorre che vi sia una necessità prevalente di tutela della salute.

In seguito la giurisprudenza si è espressa nel senso che il giustificato motivo sia configurabile nell'ipotesi in cui sussista un «ragionevole impedimento», ossia qualsiasi serio o urgente motivo di assenza durante la fascia oraria riconducibile a situazioni cogenti o tali da comportare adempimenti non effettuabili in orari diversi da quelli compresi entro le fasce orarie, esigendo quindi l'assoluta impossibilità di rispettare le fasce orarie di reperibilità³⁰.

²⁹ Cfr. Cass. 2 marzo 2004 n. 4247 (motivi indifferibili); Cass. 7 ottobre 1997 n. 9731; Cass. 4 marzo 1996 n. 1668 (ragionevole impedimento); Cass. 27 giugno 1994, n. 6166; Cass. 16 aprile 1994 n. 3642 in *Not. Giur. Lav.*, 1994, 734 e 342. L'onere della prova è a carico del lavoratore (Cass. 23 dicembre 1999 n. 14503).

³⁰ Cass. 20 febbraio 2007, n. 3921; Cass. 23 novembre 2004, n. 22065, *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 62 (per la quale «L'assenza a visita di controllo, per non essere sanzionata dalla perdita del trattamento economico di malattia, può essere giustificata, oltre che dal caso di forza maggiore, da ogni situazione la quale, ...abbia reso indifferibile altrove la presenza personale dell'assicurato, come la concomitanza di visite mediche, prestazioni sanitarie o accertamenti specialistici, purché il lavoratore dimostri l'impossibilità di effettuare tali visite in orario diverso da quello corrispondente alle fasce orarie di reperibilità...») e Cass. 2 agosto 2004, n. 14735, in *Not. Giur. Lav.*, 2005, 210; Cass. 2 marzo 2004, n. 4247, *Not. Giur. Lav.*, 2004, 332; Cass. 10 agosto 2004, n. 15466, in *Or. Giur. Lav.*, 2004, 745; Cass. 23 novembre 1992, n. 12500, in *Not. Giur. Lav.*, 1992, 881; Cass. 20 luglio 1991, n. 8089 e Cass. 24 giugno 1991, n. 7098, in *Not. Giur. Lav.*, 1991, 805; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11488, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, 56; Cass. 24 settembre 1991, n. 9940, inedita a quel che consta; a proposito del lavoratore recatosi dal proprio medico la giustificazione è stata affermata in caso di riacutizzazione della malattia o di un nuovo sintomo (Cass. 3 maggio 1990 n. 3681, *Giust. Civ.*, 1991, I, 700; Cass. 16 aprile 1994 n. 3639, *Mass. Giur. Lav.*, 1994, suppl., 39; Cass. 19 marzo 1996 n. 2337, *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 402), ma solo se v'è la prova che l'esigenza urgente e indifferibile non poteva essere soddisfatta fuori fascia (Cass. 20 luglio 1991 n. 8089, *Foro It.*, 1992, I, 1166; Cass. 23 novembre 1992 n. 12500, *Dir. Prat. Lav.*, 1993, 257; Cass. 19 luglio 1993 n. 7977, *Not. Giur. Lav.*, 1993, 682; Cass. 12 gennaio 1994 n. 266, *Foro It.*, 1994, I, 407; Cass. 16 aprile 1994 n. 3642, *Foro It.*, 1994, I, 2398; Cass. 9 marzo 1995 n. 2756, *Foro It.*, 1995, I, 2492; Cass. 21 ottobre 1995 n. 10965, *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 62; Cass. 12 dicembre 1997 n. 12575, *RIDL*, 1998, II, 535; Cass. 29 novembre 2002 n. 16996, *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 69; Cass. 20 marzo 2007 n. 6618) oppure che la visita è stata programmata fuori fascia e solo per un fatto imprevedibile il lavoratore non è riuscito a rientrare a casa in tempo (Cass. 17 dicembre 1993 n. 12465, *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 167; Cass. 1° marzo 1995 n. 2390, *Mass. Giur. Lav.*, 1995, suppl., 23; Cass. 23 novembre 2004 n. 22065, *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 62 con cassazione della sentenza che aveva preteso la scelta di un medico vicino casa). Invece in senso più lassista è affermata la sufficienza della urgenza della visita cardiologica con elettrocardiogramma (Cass. 21 luglio 2008 n. 20080) e, in generale, che le ragioni sanitarie giustificanti l'assenza in fascia non devono essere indifferibili, ma solo serie (Cass. 31 ottobre 2010 n.

Il sindacato in ordine all'efficacia esimente del valido motivo di assenza è inevitabilmente lasciato al libero apprezzamento del giudice, una volta, è ovvio, che il lavoratore abbia assolto all'onere su di lui incombente di provarne l'esistenza.

La casistica giurisprudenziale in materia mostra che una frequente causa di allontanamento dal domicilio durante le fasce orarie è stata giustificata dalla necessità del lavoratore di sottoporsi ad accertamenti o cure presso il proprio medico. In tali specifiche circostanze la giurisprudenza s'è mostrata più rigorosa esigendo la prova a carico del lavoratore che le visite dovessero necessariamente svolgersi nell'arco temporale coperto dalle fasce orarie, che fossero indifferibili e che fossero le uniche ragionevolmente praticabili³¹.

In linea generale, non giustificano l'assenza le eventuali autorizzazioni del medico curante a lasciare il domicilio durante le fasce: diversamente opinando

21621). La giustificazione è stata affermata in caso di visita alla madre malata ricoverata per il necessario rispetto dell'orario di visita ed il traffico, ritenendosi sufficiente l'esigenza di solidarietà familiare (Cass. 9 marzo 2010 n. 5718) o per il lavoratore che assiste un familiare in gravi condizioni (Cass. 23 maggio 2016 n. 10661). Il giustificato motivo di assenza in fascia non deve consistere necessariamente in una causa di forza maggiore, bastando una situazione improvvisa e urgente (Cass. 7 dicembre 2012 n. 22217; Cass. 1° ottobre 2019, n. 24492). Per casi non giustificativi dell'assenza, cfr. Cass. 22 aprile 2004, n. 7691, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, 332 (assente per farsi misurare la pressione arteriosa); Trib. Lucca, 3 luglio 2000, in *Inf. Prev.*, 2001, 614 (assente per rimozione punti sutura); Cass. 7 ottobre 1997, n. 9731, in *Foro it.*, 1998, I, 94 (assente per sottoporre al medico curante una radiografia); Cass. 12 gennaio 1994, n. 266, in *Giur. it.*, 1995, I, 488 (assente per essersi recato dal proprio medico per il controllo dell'evoluzione dell'affezione morbosa e della prescrizione farmacologica; Pret. Napoli, 10 dicembre 1984, in *RIDL*, 1986, II, 141 (assente per esigenza di riscuotere lo stipendio); Pret. Como, 12 novembre 1987, in *Dir. Prat. Lav.*, 1988, 307 (assente per partecipare alla Santa Messa); Cass. 6 luglio 1990 n. 7114, *Giust. Civ.*, 1991, I, 661 (il giustificato motivo è stato escluso in caso di cambio di domicilio non comunicato al datore di lavoro); Cass. 3 agosto 1995 n. 8508, *Dir. Prat. Lav.*, 1996, 734 (caso di accompagnamento in auto a fare la spesa della moglie priva di patente).

³¹ Cfr., fra le tante, Cass. 26 maggio 1999, n. 5150, in *Not. Giur. lav.*, 1999, 617; Cass. 23 novembre 2004, n. 22065, cit.; Cass. 26 febbraio 2001, n. 2624, in *Inf. Prev.*, 2002, 182 (tra gli obblighi di diligenza rientra il dovere di informarsi se il proprio medico si trattiene generalmente anche dopo l'orario di visita); Cass. 22 giugno 2001, n. 8544, inedita per quel che consta, ha ritenuto che fosse giustificata l'assenza alla visita fiscale di un lavoratore che aveva dato dimostrazione di essersi recato, su indicazione del proprio medico curante, presso uno stabilimento termale per un ciclo di cure diretto ad ottenere un più pronto ristabilimento dello stato di salute e corrispondente anche agli interessi economici del datore di lavoro; Cass. 10 dicembre 1998, n. 12458, in *RIDL*, 1999, II, 726, ha ritenuto giustificate le assenze del lavoratore colpito da un forte mal di denti, recatosi d'urgenza dal dentista per un intervento odontoiatrico; Cass. 12 dicembre 1997, n. 12575, in *Not. Giur. lav.*, 1997, 839, n. 48, ha ritenuto giustificata l'assenza del lavoratore allontanatosi dalla propria abitazione per farsi praticare un'iniezione prescrittagli dal medico curante, essendo, però, stata accertata dal giudice sia l'indifferibilità del trattamento terapeutico, sia che le modalità prescelte dal lavoratore medesimo per realizzare quella indifferibile risultavano, in concreto, indispensabili o le sole ragionevolmente praticabili; Cass., 29 novembre 2002, n. 16996, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 69, ha ritenuto giustificata l'assenza alla visita domiciliare in un caso in cui il lavoratore, che si era recato nelle fasce orarie di reperibilità dal proprio medico di fiducia per far accertare se fosse consigliabile la ripresa dell'attività, aveva dimostrato che lo stesso riceveva solo in tali fasce orarie.

si dovrebbe giungere alla conclusione dell'inutilità della normativa sulle fasce orarie, giacché la permanenza in casa del lavoratore malato verrebbe a dipendere dalla prescrizione del suo medico curante, i cui atti sono inidonei ad incidere negativamente sull'efficienza del controllo medico fiscale, tanto più che le sue precedenti certificazioni costituiscono anch'esse materia del controllo.

Altra questione è quella del momento e delle modalità con cui si deve far valere il giustificato motivo. Alcuni contratti collettivi prevedono clausole che obbligano il lavoratore ad avvisare il datore dell'assenza e quindi dell'inutilità di un'eventuale visita domiciliare³². È condivisibile la tesi di Del Punta (1992, 231-32) che ritiene la clausola contrattuale ammissibile, in quanto «non possono ritenersi peggiorative previsioni che non fanno che coprire un vuoto» della disciplina legale, come invece sostenuto da altra dottrina (Malagugini 1984, 17-18)³³, evitando peraltro che il datore di lavoro si attivi nella richiesta di viste fiscali a vuoto. Inoltre, come giustamente rileva Del Punta (1992 232), l'obbligo di preavviso è ammissibile solo in quanto vincolo contrattuale «ma non sembra ricavabile un obbligo generale di preavviso³⁴, anche perché non emerge un particolare interesse datoriale da tutelare».

Infine, illegittime, in quanto peggiorative delle disposizioni di legge, sono le clausole contrattuali che impongono al lavoratore, in presenza di un legittimo impedimento alla visita di controllo, d'indicare altre fasce orarie di reperibilità, o che, in difetto di accertamento dell'esistenza della malattia, o prima dell'esaurimento delle procedure di controllo, impongono al lavoratore di rientrare al lavoro, in quanto contrarie agli art. 36 Cost. e 2110 c.c. Con ogni evidenza, infatti, «trattasi di clausole che aggravano la posizione del lavoratore» (Del Punta 1992, 233) in quanto se l'assenza è giustificata è la legge stessa che lo dispensa dall'osservanza delle fasce orarie.

³² La giurisprudenza che s'è pronunciata sul tema ha ritenuto che l'obbligo previsto in sede collettiva rappresenti una sorta di meccanismo di autenticazione preventiva delle assenze e non contraddice quello previsto dallo stesso art. 5, realizzato con la valutazione di giustificatazza a posteriori. Cass. 9 marzo 1995, n. 2756, in *RIDL*, 1996, II, 113; Cass., 17 novembre 1993, n. 11358, *Foro It.*, 1994, I, 420, secondo cui non contrasta con la norma imperativa posta dall'art. 5, 14° comma, della legge n. 638 del 1983, la clausola del contratto collettivo (nella specie, l'art. 41, lettera c), ccnl 6 luglio 1984 per gli addetti all'industria della gomma), che, disciplinando, ai fini dell'erogazione dell'indennità integrativa di malattia a carico del datore di lavoro, l'obbligo di reperibilità del lavoratore a visita medica domiciliare di controllo, preveda per il dipendente anche l'onere di comunicare al datore medesimo, salvo casi di forza maggiore, la necessità di assentarsi dal domicilio durante le fasce orarie di reperibilità, trattandosi di clausola che detta una disciplina di dettaglio e completamento di quella legale, non peggiorativa della medesima e con portata precettiva contenibile nei limiti degli equilibri fissati da quest'ultima, in guisa tale da non escludere la possibilità di ritenere giustificato l'inadempimento di detto onere supplementare, ove in tal senso limiti l'identificazione dei confini di questo secondo i principi della buona fede, diligenza, correttezza e ragionevolezza.

³³ Per l'illegittimità delle previsioni, Cass. 3 maggio 1990, n. 3681, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1990, 370 e in *RIDL*, 1990, II, 871.

³⁴ Cfr. però Cass. 23 novembre 1999, n. 13006, in *Inf. Prev.*, 2000, 823, che ha ritenuto sussistente l'obbligo di comunicazione dell'allontanamento all'Inps, fondato sul dovere di cooperazione.

4. Conseguenze dell'assenza ingiustificata alla visita di controllo: a) la decadenza dal trattamento economico e b) le sanzioni disciplinari

a) La decadenza dal trattamento economico

L'assenza ingiustificata (quando non vi sono motivi urgenti e indifferibili ovvero serie e comprovate ragioni che giustifichino detta assenza) del lavoratore alla visita medica di controllo domiciliare comporta, *ex art. 5, comma 14, della legge n. 638 del 1983*, la decadenza dal trattamento economico: del 100% per i primi dieci giorni, in caso di assenza del lavoratore alla prima visita domiciliare, e del 50% – come da norma modificata dalla sentenza additiva di declaratoria di parziale illegittimità della Corte cost. n. 78 del 1988³⁵ – ove il lavoratore sia risultato assente alla successiva visita fiscale³⁶. Quindi, affinché questa ulteriore decadenza possa verificarsi è necessario, dopo l'intervento della Corte Costituzionale, che l'ente previdenziale o il datore di lavoro abbiano disposto una seconda visita di controllo e che il dipendente sia risultato assente anche ad essa (Del Punta 1988, 314). Qualora risulti assente ingiustificato alla terza o successiva visita medica di controllo vi sarà l'interruzione dell'erogazione dell'indennità dal giorno di questa assenza.

La portata generale dell'obbligo di reperibilità induce a ritenere, con la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza³⁷, che la sanzione della decadenza dal trattamento economico investa tanto l'indennità previdenziale a carico dell'Inps quanto il trattamento di malattia esigibile e rilevante sul piano del rapporto di lavoro: infatti, «se vale l'obbligo è ben ipotizzabile che valga anche la sanzione, tanto

³⁵ Corte Cost., 26 gennaio 1988, n. 78, in *RIDL*, 1988, II, 305. La Corte, investita della questione di legittimità costituzionale del comma 14°, in relazione all'art. 38, 2° comma, Cost., che prevede il diritto del lavoratore malato a che siano «preveduti e assicurati mezzi adeguati alle proprie esigenze di vita», ha, in primo luogo, escluso che l'art. 38 possa risultare violato per il mero fatto della previsione di una sanzione economica per la violazione di un obbligo di natura strumentale, qual è quello della reperibilità (C. Cost. 13 febbraio 1974, n. 33, in *Foro it.*, 1974, I, 991; C. Cost. 18 gennaio 1977, n. 33, in *Foro it.*, 1977, I, 780), purché i limiti e le condizioni di accesso al diritto alle prestazioni previdenziali legislativamente imposti, non siano né vessatori né eccessivamente gravosi, e salvo il limite della manifesta irrazionalità della relativa normativa (C. Cost. 10 novembre 1982, n. 180, in *Giust. Civ.*, 1982, 2010). Ipotesi, però, non configurabile nel caso del 14° comma dell'art. 5 in discorso, attesa la rilevanza pubblicistica dell'interesse tutelato e il limitato sacrificio imposto al lavoratore contenuto, appunto, entro le fasce orarie di reperibilità. In secondo luogo, e con riguardo alla perdita del trattamento economico per tutta la durata della malattia, la Corte risolve la questione affrontandola in punto di opportunità od equità di un temperamento all'estensione temporale della sanzione, soprattutto per l'esigenza di non privare il lavoratore per troppo tempo di una gran parte dei mezzi di sussistenza.

³⁶ In sostanza, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, le due sanzioni (decadenza, rispettivamente, al 100 e al 50%) sono divenute autonome tra loro, fondendosi su due distinti accertamenti sanitari sia domiciliari che ambulatoriali.

³⁷ Del Punta 1992, 193-98; Piccininno 1985, 167; Malagugini 1984, 15; De Angelis 1984, 2890; Tatarelli 2002, 109. In giurisprudenza, Cass. 16 febbraio 1991, n. 1642, in *Foro it.* 1991, 2377; Cass. 6 febbraio 1990, n. 814, in *Not. Giur. Lav.*, 1990, 51; Cass. 17 novembre 1993, n. 11358, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, 653. In senso contrario a quanto si afferma nel testo, Balletti 1986, 159; Papaleoni 1988, 226-7.

più che in alcuni settori quella privatistica sarebbe, di fatto, l'unica a poter essere irrogata» (Del Punta 1992, 194).

Argomento a sostegno di questa tesi si trae proprio dalla formulazione della legge che indica, quale destinatario della decadenza, «*il lavoratore pubblico o privato*» e quale oggetto della decadenza stessa «*qualsiasi trattamento economico di malattia*», evidenziandosi così l'intento dell'applicazione estensiva della norma, che diversamente avrebbe indicato come oggetto di decadenza la sola indennità di malattia.

In giurisprudenza e nella dottrina è ormai acquisito che la decadenza dal trattamento economico di malattia non sia necessariamente collegata solo alla materiale assenza del lavoratore dal domicilio nelle fasce orarie predeterminate, ma anche alla mancata reperibilità e disponibilità del medesimo alla visita, indipendentemente dall'effettiva esistenza dello stato di malattia³⁸.

Sono perciò irrilevanti la circostanza della conseguente sottoposizione al controllo ambulatoriale³⁹, con esito confermativo della malattia, o altri fattori successivi alla verifica dell'ingiustificata irreperibilità. In particolare, la previsione della successiva visita ambulatoriale risponde ad una duplice finalità: dal punto di vista imprenditoriale, quella di tutelare l'interesse del datore di lavoro al tempestivo accertamento dell'esistenza della malattia, posto che l'allontanamento dall'abitazione non può di per sé solo far presumere la simulazione dell'infermità e, riguardata dal lato del lavoratore, consente la verifica dell'effettivo stato di malattia e l'indicazione già in quella sede dell'esistenza di un giustificato motivo di assenza, al fine di prevenire la perdita del trattamento economico (Del Punta 1992, 207-12; Pandolfo 1991, 398-400).

Per una logica interpretazione estensiva del disposto legale, la sanzione della decadenza riguarda anche l'ipotesi del rifiuto del lavoratore di sottoporsi alla visita di controllo (Del Punta 1992, 219; Pandolfo 1991, 411-412), dovendosi ritenere sussistente, in capo al lavoratore, un dovere di cooperazione, che non solo esige che durante le fasce orarie questi sia reperibile⁴⁰ e non si allontani dalla propria abitazio-

³⁸ Come evidenziato da Del Punta (1992, 216), tale presupposto può realizzarsi anche nell'ipotesi in cui il lavoratore ammalato, ancorché presente in casa, non abbia adottato la sufficiente diligenza per essere comunque di fatto reperibile alla visita di controllo. La prova dell'osservanza di tale dovere di diligenza incombe sul lavoratore, cfr. Cass., 23 marzo 1994, n. 2816, in *Mass. Giur. lav.*, 1994, 166; Cass. 14 luglio 1994, n. 6597, *Giur. It.*, 1995, I,1, 1045

³⁹ Cass. 14 maggio 1997, n. 4216, in *Or. Giur. lav.*, 1997, 750; Cass. 23 marzo 1996, n. 2531, in *RIDL*, 1997, 125; Cass. 22 giugno 1991, n. 7066, in *Dir. Prat. Lav.*, 1991, 2249. *Contra* Cass. 28 gennaio 2008 n. 1809 per la quale la decadenza determinata dalla recidiva nell'irreperibilità viene esclusa se tra la prima e la seconda assenza il lavoratore si sia sottoposto a controllo ambulatoriale; Cass. 27 giugno 1990, n. 6521, in *Not. Giur. lav.*, 1990, 661, che ha ritenuto idonea a far abbonare la sanzione solo una visita ambulatoriale che abbia avuto esito positivo, collegando così il regime della sanzione all'esistenza effettiva di una malattia. Cass. 4 dicembre 1991, n. 13052, in *Or. Giur. Lav.*, 1992, 222; Cass. 27 aprile 1990, n. 3512, in *Not. Giur. Lav.*, 1990, 370, secondo le quali la successiva visita ambulatoriale, pur non operando per il periodo pregresso, ripristinerebbe per il futuro il diritto al trattamento.

⁴⁰ Quando sussistono particolari situazioni topomastiche, il lavoratore, in coerenza con il dovere di cooperazione su di lui gravante, è tenuto a fornire ogni elemento di reperibilità utile all'esatta individuazione dell'abitazione (es. cartina del luogo, eventuali altri punti di riferi-

ne senza un giustificato motivo, ma che sia anche disponibile alla visita e mantenga, quindi, un comportamento tale da consentire al medico della struttura pubblica sia l'immediato accesso nell'abitazione, sia la possibilità della visita di controllo.

Ne consegue che per evitare la sanzione di decadenza dal trattamento economico non è sufficiente che il lavoratore si limiti ad eccepire o a chiedere di provare la presenza in casa, ma è necessario che deduca e dimostri di avere osservato una diligenza sufficiente (nei limiti dei canoni di correttezza e buona fede) a garantire il contatto col medico e la ricorrenza di circostanze particolari, che hanno reso impossibile, ciononostante, l'incontro col medico stesso⁴¹ «così – come specifica Del Punta (1992 219) – da poter stroncare soltanto quei comportamenti seriamente sospettabili per maliziosa negligenza».

Per espressa previsione legislativa (art. 5, 14° comma, ult. parte, legge n. 638 del 1983), la decadenza non si applica in caso di ricovero ospedaliero e non può riguardare periodi già coperti da precedenti visite domiciliari di controllo.

Da questa disposizione è stata tratta la tesi (Pandolfo 1983, 83) per cui la sanzione della decadenza, applicata al mancato rispetto dell'obbligo di reperibilità, si fonderebbe su una presunzione di inesistenza di malattia, in quanto l'esclusione ch'essa contiene troverebbe spiegazione nel fatto che per quei giorni c'è sicurezza circa la veridicità della malattia. Come ha ben chiarito Del Punta (1992, 211) «se tale ne fosse il significato sarebbe stato necessario escludere la sanzione, in coerenza, per tutte quelle ipotesi nelle quali la veridicità della malattia fosse stata comunque accertata, in quanto non si vede perché l'impedimento di un lavoratore ricoverato in ospedale o già controllato dal medico fiscale

mento, recapito telefonico, ecc.) e può essere giustificato per l'eventuale irreperibilità solo se abbia fornito diligentemente ogni elemento utile che dimostri la sua buona fede.

⁴¹ L'assenza dal domicilio è giustificata da qualsiasi serio motivo che renda indifferibile altrove la presenza del lavoratore, senza necessità degli estremi della forza maggiore o del caso fortuito, cfr. Cass. 3 maggio 1990 n. 3681, *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., 86; Cass. 20 luglio 1991 n. 8089, *Foro It.*, 1992, I, 1166; Cass. 23 novembre 1992 n. 12500, *Dir. Prat. Lav.*, 1993, 257; Cass. 29 novembre 2002 n. 16996, *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 69; Cass. 2 agosto 2004 n. 14735, *Guida al Lav.*, 2004, n. 42, 34; Cass. 23 novembre 2004 n. 22065, *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 62; Cass. 9 marzo 2010 n. 5718), richiesti, invece, in caso di lavoratore presente in casa che non apra al medico (Cass. 4 gennaio 2002 n. 50, *RIDL*, 2002, II, 339; Cass. 25 marzo 2002 n. 4233, *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 604 (ricorrono i presupposti della decadenza dal trattamento economico non solo quando il lavoratore sia assente dal domicilio nelle fasce orarie predeterminate ma anche quando, pur essendo presente, ponga in essere una condotta che, per incuria, negligenza o altro motivo giuridicamente non apprezzabile, impedisca in concreto l'esecuzione del controllo). La casistica è vasta. A proposito del lavoratore presente in casa che non sente il campanello suonato dal medico la giustificazione è stata affermata in caso di sonno da farmaci (Cass. 6 marzo 1990 n. 1750, *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., 56) e di caso fortuito (Cass. 12 giugno 1995 n. 6618, *Foro It.*, 1995, I, 3494), mentre è stata negata in caso di permanenza in balcone a conversare (Cass. 17 aprile 1990 n. 3180, *Foro It.*, 1990, I, 2485), di auricolare per sentire musica (Cass. 1° agosto 1991 n. 8490, *Foro It.*, 1992, I, 1165), di ipoacusia o citofono rotto (Cass. 14 settembre 1993 n. 9523, *Dir. Prat. Lav.*, 1993, 3116), di permanenza sotto la doccia (Cass. 23 marzo 1994 n. 2816, *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 166). *Contra* Cass. 18 luglio 2022 n. 22484 secondo la quale l'obbligo di cooperazione che grava sul lavoratore in malattia non può comportare il divieto di compiere qualsiasi atto del vivere quotidiano all'interno delle pareti domestiche.

debba ritenersi più reale di quello di un altro lavoratore la cui malattia sia stata regolarmente verificata presso l'ambulatorio».

Del Punta rileva giustamente che (1992, 211-212) la *ratio* della norma è quella di «sospendere l'obbligo di reperibilità in quei casi nei quali, di fatto, il mantenimento del medesimo sarebbe gratuito e ingiustificato, o perché il controllo si è già avuto (per cui la questione si porrà nuovamente, in ipotesi, solo se alla scadenza della prognosi il dipendente invierà un certificato di prosecuzione malattia), o perché lo stesso né ha senso né può realizzarsi essendo il soggetto ricoverato in ospedale (tanto che qui c'è quasi una giustificazione legale *a priori*)».

Pertanto, come già accennato, la tesi di Del Punta (1992, 211-12) è che il lavoratore non deve ritenersi obbligato al rispetto delle fasce orarie di reperibilità per tutta la durata della prognosi, una volta che siano già intervenuti due accertamenti confermativi del medico di controllo. Tale opinione è condivisibile, giacché la legge non vieta al datore di lavoro di far effettuare successivi accertamenti in ordine ad una stessa malattia, per la quale siano già intervenuti due controlli confermativi dell'infermità certificata dal medico di fiducia, bensì esclude la comminatoria della decadenza dal trattamento di malattia per il caso in cui, a quei successivi accertamenti, il lavoratore non si sia reso reperibile (condotta, a quel punto, eventualmente rilevante solo a fini disciplinari, su cui *infra*).

Questa spiegazione potrebbe risultare non convincente secondo il tenore letterale della norma di riferimento (art. 5, 14° comma), secondo la quale «la sanzione della decadenza» (e non «l'obbligo di reperibilità») non si applica a quei lavoratori già sottoposti al controllo domiciliare o quelli ricoverati in case di cura. Inoltre, l'assenza alla visita domiciliare di controllo non implica, neanche presuntivamente, l'assenza della malattia, «così come la reperibilità non significa esistenza della malattia» (Del Punta 1992, 210): tant'è vero che l'accertamento ispettivo può anche dare esito difforme da quello del medico di fiducia del lavoratore (i quali sono, peraltro, entrambi sindacabili davanti al giudice). Infine, l'obbligo del rispetto delle fasce orarie si pone come situazione giuridica soggettiva *passiva* autonoma rispetto all'obbligo di giustificare l'assenza dal lavoro: il primo è funzionale all'espletamento del controllo; il secondo è volto ad assicurare la non pretestuosità del mancato assolvimento dell'obbligo della prestazione principale cui il lavoratore è tenuto in forza del contratto.

Altra questione è quella che riguarda la natura giuridica della sanzione della decadenza, rispetto alla quale si deve sottolineare che la Corte Costituzionale n. 78 del 1988, esaminando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 14°, legge n. 638 del 1983 nella prospettiva del rapporto tra lavoratore assicurato ed ente previdenziale gestore dell'assicurazione, aveva ritenuto che la decadenza rientrasse nel potere esclusivo dell'Inps, dichiarando così la sua irrilevanza sul piano del rapporto di lavoro⁴², e non costituisse, quindi, esercizio del potere sanzionatorio del datore di lavoro e tale posizione è ormai largamente condivisa.

⁴² Un cenno a parte meritano le riflessioni di Del Punta (1992, 193-96), che non ha sottaciuto alcune criticità che tale soluzione evidenzia. S'è notato, infatti, che alla questione dell'incidenza o meno della sanzione sul piano privatistico potrebbe darsi risposta negativa, valutando il disa-

Tale soluzione è, però, stata criticata da Del Punta (1992, 226) – attento ad assicurare una garanzia adeguata della posizione del lavoratore sotto il profilo del rispetto del diritto di difesa⁴³ – secondo il quale, la Corte «avrebbe potuto accettare il postulato della natura privatistica e disciplinare, conseguentemente concludendo che, dato il silenzio della norma speciale, non rimane che far capo alla norma generale dell'art. 7, semplicemente applicando la medesima».

Tuttavia, ammesso che la Corte si riferisse alla parte previdenziale della sanzione, la decisione deve estendersi ai rapporti tra lavoratore e datore così da ricomprendere anche l'ipotesi in cui il trattamento di malattia sia per intero a carico del datore di lavoro o riguardi l'integrazione contrattualmente prevista. Se così è, anche la decadenza fatta valere dal datore di lavoro non ha, al pari di quella disposta dall'Inps, natura disciplinare e non soggiace, perciò, alla procedura *ex art. 7 St. Lav.*⁴⁴ La decadenza, infatti, non scaturisce da una valutazione discrezionale del datore di lavoro, qual è quella che precede l'applicazione di ogni sanzione disciplinare, ma è disposta espressamente dalla legge, che commina la decadenza dal diritto «a qualsiasi trattamento economico» in casi assenza ingiustificata. Sicché nemmeno l'eventuale previsione pattizia di un effetto legislativamente sancito vale ad attrarre il provvedimento nell'orbita delle misure disciplinari (Tatarelli 2002, 109-110).

Non di meno, la legge riconosce al lavoratore la possibilità di giustificare la sua assenza, giustificazione che sarà valutata dall'Inps e alle cui determinazioni sarà vincolato il datore di lavoro, per la parte di trattamento di sua competenza, nel presupposto, che qui si condivide, che l'indennità integrativa di malattia segua le sorti di quella previdenziale (Pandolfo 1991, 414 nt. 61). Tuttavia Del Punta (1992, 224) ritiene che «le due parti ideali della sanzione (mi) sembrano, almeno in potenza, indipendenti» e quindi il datore di lavoro potrebbe agire «di sua

gio dal quale si è inesorabilmente presi nel prospettare l'opposta possibilità, che indurrebbe a vedere nella disposizione dell'art. 5, legge n. 638 del 1983 un'inadempimento legale nella disciplina contrattuale del rapporto, che pur non rappresentando una novità in senso assoluto, nondimeno resterebbe inusuale anche per modi e tecniche d'intervento. La stessa formulazione rigida della sanzione «decade dal diritto», parrebbe postularne un'automaticità applicativa estranea alle regole di gestione del rapporto. Anche la Corte Costituzionale avrebbe subito gli effetti di quel disagio, esprimendo in termini abbastanza nitidi un'opzione interpretativa a favore della rilevanza della sanzione solo sul piano previdenziale, in considerazione dell'«*interesse pubblico essenziale* alla corretta ed economica gestione dell'assicurazione sociale e, cioè, al sistema previdenziale, nonché al sistema economico nel suo complesso», tutelati dalla norma legale. Senonché l'individuazione degli interessi pubblici essenziali secondo Del Punta non è esatta, in quanto trascura il fatto che il destinatario diretto della normativa non è solo il sistema previdenziale, ma anche quello delle imprese, che, con ogni evidenza è il sistema maggiormente colpito dall'assenteismo. «Tanto è vero che la genesi politica di questa legislazione va ravvisata nell'accordo Scotti che era la risultante di tutto un profondo travaglio sindacale che aveva appunto come referente l'area delle imprese private» (Del Punta 1992, 196). Per i principali commenti al protocollo si veda tra gli altri, Perone 1983, 91; Giugni 1983, 12; Napoli 1983, 259.

⁴³ Sulle implicazioni in generale della malattia sul procedimento disciplinare *ex art. 7 St. Lav.* sia consentito rinviare a Della Rocca, 2023b, 599-610.

⁴⁴ Trattandosi di decadenza e non di sanzione disciplinare, non si applica il procedimento disciplinare: Cass. 4 aprile 1990 n. 2788, *Mass. Giur. Lav.*, 1990, 282; Cass. 20 maggio 1991 n. 5639, *Foro It.*, 1991, I, 2376; Cass. 8 agosto 1996, n. 7370, in *RIDL*, 1977, II, 134.

iniziativa, non appena avuta notizia dell'assenza e valutate le eventuali giustificazioni presentate»; e lo ribadisce in seguito (2004 XII) quando afferma che «le due quote di sanzioni debbono ritenersi autonome, ciascuno dei due «debitori» essendo sovrano nella propria sfera».

Infine, per quanto attiene alla decorrenza della sanzione, la legge non spiega a partire da quale momento decorra la sanzione della decadenza dal trattamento di malattia, se cioè essa debba essere applicata sin dal primo giorno di malattia, anche quando il controllo è intervenuto oltre il decimo giorno, oppure a partire da quello in cui s'è verificata l'assenza alla visita domiciliare. La soluzione condivisibile privilegiata da Del Punta (1992, 222) è quella della decorrenza della sanzione dalla data d'inizio della malattia, poiché «è l'assenza che fa scattare la sanzione ma quest'ultima si misura sul trattamento di malattia, per cui è giusto che rilevi il momento iniziale di spettanza *almeno teorica* di quel trattamento».

Collegato al tema della decorrenza, vi è quello della durata dell'obbligo di reperibilità. Alla luce dell'intervento della Corte cost. n. 78 del 1988, si ritiene che permanga solo fino alla seconda visita ispettiva confermativa della prognosi, «non, invece, più oltre» (Del Punta 1992, 222), in quanto l'assenza alla prima visita comporta la decadenza dell'intero trattamento di malattia per i primi dieci giorni (anche se disposta dopo il decimo giorno) mentre per il periodo successivo servirà una seconda visita andata a vuoto e la decadenza della quota ulteriore del 50% del trattamento di malattia partirà dall'undicesimo giorno.

Questo calcolo vale se la malattia è unica, ossia con un unico periodo di prognosi di lunga durata e quindi, ancorché giustificata da più certificati che si riferiscono però allo stesso evento morboso, non potranno essere applicate più sanzioni, come se si trattasse di ipotesi morbose differenti, come peraltro confermato dall'espressa esclusione dall'ambito della sanzione dei giorni «già accertati da precedente visita di controllo». Al contrario, in caso di assenza per una malattia «composita», giustificata da una pluralità di certificati per ciascun periodo di prognosi, ogni controllo effettuato nell'ambito di ciascun periodo costituisce evento a sé stante, nel senso che ciascuno di detti certificati rappresenta una nuova malattia, con possibilità, perciò, di attivare i controlli con le modalità e gli effetti appena evidenziati per ogni certificato.

b) Le sanzioni disciplinari

La sanzione della decadenza non esclude l'eventuale richiamo di un concorrente profilo disciplinarmente rilevante e come tale passibile di un provvedimento autonomo successivo da parte del datore di lavoro. Pertanto diverso, seppure inscindibilmente connesso alla decadenza, è il problema dell'irrogabilità di una sanzione disciplinare per lo stesso comportamento, cioè l'assenza alla visita di controllo⁴⁵, in aggiunta alla detta decadenza.

⁴⁵ In ordine agli effetti della condotta omissiva del lavoratore, vanno distinti due ordini di obblighi: l'obbligo di trasmissione del certificato di malattia (che giustifichi l'assenza sul posto

La decadenza dal trattamento di malattia comminata dal datore di lavoro, come diretta applicazione del 14° comma dell'art. 5 citato, non implica infatti la dimissione, in capo a quest'ultimo, del potere di valutare la condotta del proprio dipendente sul piano della rilevanza disciplinare. È evidente che in questo caso la sanzione eventualmente applicabile non potrà prescindere dall'osservanza delle regole procedurali di cui all'art. 7 St. lav. (Tatarelli 2002, 109-110). Le due misure, infatti, sono indipendenti ed eventualmente concorrenti⁴⁶.

Alle medesime conclusioni è del resto approdata la Corte Costituzionale n. 78 del 1988 precisando, com'è noto, che:

di lavoro) e l'obbligo di reperibilità presso il domicilio comunicato nel certificato, durante le fasce orarie, salvo giustificato motivo di assenza. In riferimento al primo aspetto, ossia dell'omissione o del ritardo dell'invio della certificazione, prima della riforma della relativa disciplina ai sensi dell'art. 25 della Legge n.183/2010, che rinvia all'art. 55-septies del d.lgs. n. 165/2001, nel silenzio della legge, era la contrattazione collettiva e la pertinente interpretazione della giurisprudenza a disciplinare la materia. L'art. 55-septies del d.lgs. n. 165/2001 al comma 4 prevede espressamente che «l'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento [...]. Affinché si configuri l'ipotesi di illecito disciplinare devono ricorrere sia l'elemento oggettivo dell'inosservanza dell'obbligo di trasmissione, sia l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Le sanzioni sono applicate secondo criteri di gradualità e proporzionalità, secondo le previsioni degli accordi e dei contratti collettivi di riferimento». Cfr. Cass. 29 novembre 1999 n. 13352, *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 116; Cass. 5 febbraio 2013 n. 2618 ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato per le assenze ingiustificate conseguenti al rifiuto del datore di concedere le ferie non programmate; Cass. 2 marzo 2015 n. 4171, secondo cui le assenze ingiustificate dovute allo stato di incapacità di intendere non giustificano il licenziamento; Cass. 8 luglio 2019 n. 18253 che ha ritenuto legittimo un licenziamento di un lavoratore che reiteramente non rispettava le norme del contratto collettivo relative alle assenze per malattia; Cass. 11 settembre 2020 n. 18956 che ha ritenuto legittimo un licenziamento per tardiva trasmissione del certificato medico attestante la malattia; Cass. 28 ottobre 2021 n. 30586 che ha ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore che rifiutava di riprendere servizio dopo ripetuti inviti del datore; Cass. 12 ottobre 2022 n. 29756 che ha dichiarato legittimo un licenziamento di un lavoratore che terminata la malattia non si presentava in azienda attendendo la visita medica relativa alla idoneità; Cass. 10 novembre 2022, n. 33134, *Lav. Prev. Oggi*, 2023, n. 5/6,411-22, con nota di Della Rocca, che ha dichiarato illegittimo il licenziamento per assenza ingiustificata nei confronti di un lavoratore che aveva presentato tardivamente il certificato di malattia.

⁴⁶ Un segnale positivo in tal senso sembra cogliersi nella pronuncia della Cassazione 16 febbraio 1991, n. 1642, in *Foro It.*, 1991, I, 2377, che, muovendo dal rilievo che le sanzioni disciplinari previste dal contratto per assenza alla visita di controllo esulano dal campo di applicazione della legge n. 638 del 1983, ha affermato che la legittimità delle stesse debba essere esaminata indipendentemente da quella della trattenuta del trattamento di malattia, sicché il datore di lavoro anche in caso di inapplicabilità della decadenza dal diritto al trattamento economico di malattia può infliggere sanzioni disciplinari al lavoratore assente alla visita. Tuttavia, è anche vero il contrario, ossia non tutte le condotte che rilevano nei rapporti con l'istituto previdenziale e che possono determinare la decadenza dal trattamento economico comportano anche una responsabilità disciplinare perché, per quest'ultima, è necessario comunque accertare il rispetto delle condizioni richieste, sul piano sostanziale, dall'art. 2104 e 2106 c.c. e, sul piano formale, dall'art. 7 Stat. Lav, in tal senso Cass. 18 luglio 2022 n. 22484.

La decadenza dal trattamento economico di malattia, inserita nel sistema dei controlli spettanti all'Inps, è diretta a garantire la necessaria efficienza del funzionamento del sistema assicurativo e il corretto espletamento della funzione previdenziale, nonché a realizzare la finalità di evitare abusi. Essa pone rimedio al pericolo di danni che l'ingiustificato comportamento del lavoratore, valutato nella sua dimensione sociale, può arrecare all'interesse pubblico essenziale alla corretta ed economica gestione dell'assicurazione sociale e, cioè, al sistema previdenziale nonché al sistema economico nel suo complesso. Ha, quindi, una propria rilevanza. Attenendo al rapporto assicurativo pubblico e rientrando nel potere esclusivo dell'Inps, travalica l'ambito interno del rapporto di lavoro e non costituisce esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro al quale, peraltro, la contrattazione collettiva, in aggiunta, può riconoscere la facoltà d'infliggere sanzioni disciplinari.

In sostanza, poiché il provvedimento di decadenza dal trattamento economico, adottato dall'Inps o dal datore di lavoro, non concreta una sanzione disciplinare, ad esso può aggiungersi, in caso di *ingiustificato comportamento del lavoratore*, un'ulteriore misura di carattere punitivo, in relazione alla gravità del caso anche il licenziamento⁴⁷, ovviamente con l'osservanza delle formalità previste dall'art. 7 St. Lav., allorché il contratto collettivo (o il codice disciplinare) la preveda.

Nell'ingiustificato comportamento del lavoratore «malato» rientra sia la mancata (o tardiva) comunicazione dell'assenza nel luogo di lavoro al proprio datore di lavoro sia l'assenza ingiustificata alla visita di controllo. Entrambe le condotte possono anche essere inquadrate come un'ipotesi di inadempimento di un obbligo accessorio che inerisce al rapporto di lavoro privato quando, nelle circostanze concrete, sia ravvisabile una grave violazione dei principi di correttezza e buona fede, che debbono ispirare il comportamento del lavoratore nell'esecuzione del contratto (Perone 1997, 43).

I giudici delle leggi hanno avallato quell'orientamento giurisprudenziale – secondo cui l'assenza alla visita domiciliare non integrerebbe di per sé gli estremi della condotta disciplinarmente rilevante, a meno che non sia prevista come tale dal con-

⁴⁷ La Corte di Cassazione, con la sentenza 4 gennaio 2017 n. 64, ha sancito la legittimità del licenziamento per giusta causa del dipendente risultato più volte assente alle visite fiscali di controllo e ciò a prescindere dall'effettività della malattia (il fatto sottoposto alla Suprema Corte vedeva il caso di un dipendente licenziato a seguito di tre visite fiscali a cui era risultato assente «ingiustificato», non avendone comunicato preventivamente l'assenza dal proprio domicilio); Cass. 2 dicembre 2016 n. 24681 (legittimo il licenziamento del lavoratore irreperibile alle visite di controllo e afferma che l'obbligo di reperibilità costituisce un'obbligazione accessoria alla prestazione del rapporto di lavoro); Cass. 11 febbraio 2008 n. 3226; Cass. 13 dicembre 2005 n. 27429; Cass. 1° giugno 2005 n. 11674 (lo stato di malattia del lavoratore non impedisce l'intimazione del licenziamento per giusta causa, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consente la prosecuzione neppure in via temporanea del rapporto); Cass. 3 maggio 1997, n. 3837, in *Not. Giur. Lav.*, 1997, 516; Cass. 27 aprile 1996, n. 3915, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 575 (non è richiesto, in caso di licenziamento, che la condotta sia prevista dal codice disciplinare).

tratto collettivo (o dal codice disciplinare *ex art. 7 St. lav.*) – ritenendo sufficiente che il contratto collettivo (o il codice disciplinare) imponga al dipendente di osservare gli obblighi c.d. accessori di diligenza, di fedeltà, correttezza e buona fede, tra i quali rientra quello di comunicazione e di rendersi reperibile durante le fasce orarie⁴⁸.

Ciò è in linea con quel filone giurisprudenziale secondo il quale, ai fini del legittimo esercizio del potere disciplinare, non è richiesto un chiaro ed analitico catalogo delle infrazioni, ma sia sufficiente che il contratto collettivo contenga un'elencazione schematica e non dettagliata (c.d. clausole generali o elastiche che altro non sono che clausole contenenti previsioni generiche)⁴⁹ delle possi-

⁴⁸ Cfr. Cass. 13 dicembre 2005, n. 27429 secondo la quale l'assenza dal luogo indicato nel certificato per le visite fiscali, se previsto dal Ccnl dei singoli comparti, «può integrare in alcuni casi anche la fattispecie del licenziamento disciplinare» ove la condotta del lavoratore sia tale da violare gli obblighi contrattuali; Cass. 17 agosto 2001 n. 11153, *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 1143, che esclude la giustificazione del licenziamento, ritenendo sufficiente una sanzione conservativa, in caso di assenze reiterate ma sempre seguite da visita ambulatoriale, nonostante la recidiva; Cass. 24 luglio 2000, n. 9709, in *Not. Giur. Lav.*, 2001, 135, n. 22; Cass. 10 febbraio 2000, n. 1481, *Not. Giur. Lav.*, 2000, 536, n. 16 per la quale se il contratto collettivo prevede l'obbligo per il lavoratore in malattia di comunicare al datore di lavoro l'allontanamento dal proprio domicilio durante le fasce orarie di reperibilità, il lavoratore assente al momento della visita domiciliare che non abbia effettuato tale comunicazione, può essere sanzionato disciplinarmente anche se l'assenza è dovuta ad un giustificato motivo; Cass. 9 agosto 1996, n. 7370, *Or. Giur. Lav.*, 1996, 883 (ipotesi in cui il ccnl contemplava la facoltà del datore di lavoro di eseguire i controlli, ma non prevedeva la facoltà di sanzionare l'assenza alla visita); Cass. 27 aprile 1996 n. 3915, *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 575; Cass. 11 dicembre 1995, n. 12686, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 65, la quale ha precisato che il datore di lavoro può sanzionare disciplinarmente l'ingiustificata inosservanza, da parte del lavoratore assente per malattia, delle fasce orarie di reperibilità in presenza di una disposizione del codice disciplinare che faccia generico riferimento all'inosservanza non grave degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro. Infatti, mentre l'obbligo in questione deriva direttamente dalla legge, il codice disciplinare non deve necessariamente contenere una precisa e sistematica previsione delle singole infrazioni; Cass. 14 luglio 1994, n. 6597, *RIDL*, 1995, II, 590, secondo cui non può dubitarsi che l'ingiustificata indisponibilità del lavoratore a consentire l'effettivo espletamento della visita di controllo, costituisca la violazione di un dovere strettamente inerente all'esecuzione e alla disciplina del lavoro rilevante anche sotto il profilo dell'art. 1375 c.c.; Cass. 16 febbraio 1991 n. 1642, *Foro It.*, 1991, I, 2377; Cass. 5 aprile 1990 n. 2818, *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., 75; Cass. 6 luglio 1988, n. 4488, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, 836; Cass. 24 maggio 1985, n. 3157, secondo cui il potere disciplinare deve essere esercitato in conformità al principio di legalità, onde l'art. 7 St. lav. implica la previsione delle singole infrazioni e la specifica predeterminazione di ciascuna sanzione applicabile alle prime; Cass. 10 marzo 1992, n. 2880, inedita a quanto consta; *contra* Cass. 22 aprile 2004, n. 7691, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, 332 che ritiene non necessaria una specifica previsione dell'inosservanza dell'obbligo di reperibilità nel codice disciplinare essendo sufficiente, ai fini del legittimo esercizio del potere disciplinare, il riferimento alla violazione non grave degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e stabiliti direttamente dalla legge.

⁴⁹ Cass. 19 aprile 1991, n. 4219, in *Not. Giur. Lav.*, 1991, 323; Cass. 9 agosto 1996, n. 7370, *Or. Giur. Lav.*, 1996, 883; Cass. 9 maggio 2019 n. 12365; Cass. 24 maggio 2019 n. 14248; Cass. 28 maggio 2019 n. 14500; Cass. 22 agosto 2019 n. 21628; Cass. 3 dicembre 2019 n. 31529; Cass. 28 gennaio 2020 n. 1891; Cass. 30 gennaio 2020 n. 2238; Cass. 7 maggio 2020 n. 8621; Cass. 17 giugno 2020 n. 11701; Cass. 6 agosto 2020 n. 16786. Questo orientamento consolidato è irragionevole

bili azioni del singolo ed indichino in corrispondenza le sanzioni suscettibili di modulazione secondo le effettive inadempienze.

Quindi, in assenza di una clausola specifica, ove la fattispecie punita con una sanzione conservativa si possa ritenere compresa in una clausola generale del codice disciplinare o del contratto collettivo, il giudice può sussumere la condotta addebitata al lavoratore nella previsione contrattuale generica o ancora, con un'interpretazione analogica, valutare che la condotta contestata sia di gravità omologabile a quella che connota le infrazioni esplicitamente menzionate nel codice disciplinare o nel contratto collettivo punite con una sanzione conservativa e condannare il datore di lavoro alla reintegrazione. Tra l'altro, Del Punta (2004 XII), ritenendo l'irrogabilità di sanzioni disciplinari ulteriori (alla decadenza) «preclusa, per violazione del principio di proporzionalità, ove già la sanzione legale fosse attribuita natura disciplinare», esclude che possa irrogarsi un licenziamento disciplinare ma «di massima dovrà trattarsi, in ogni caso, di una sanzione conservativa», salvo «il caso (diverso e più grave) in cui il lavoratore si sia intenzionalmente rifiutato di sottoporsi alla visita di controllo».

5. La contestazione del lavoratore dell'esito della visita

Un cenno merita la possibilità di contestare l'esito della visita di controllo da parte del lavoratore. A riguardo, l'art. 8 del DM 17 ottobre 2017 n. 206 al comma 1 recita «qualora il dipendente non accetti l'esito della visita fiscale, il medico è tenuto ad informarlo del fatto che deve eccepire il dissenso seduta stante». Quindi il lavoratore che vuole contestare il certificato medico dell'Inps deve farlo immediatamente, all'esito della visita fiscale⁵⁰. Contemporaneamente, il medico invita il lavoratore a sottoporsi a visita fiscale di controllo, nel primo giorno utile, presso l'Ufficio medico legale dell'Inps competente per territorio, per il «giudizio definitivo» del Dirigente medico-legale, non suscettibile di diverse valutazioni se non in sede giudiziaria in un'eventuale controversia.

Non sembra dubitabile il potere delle parti di contestare il referto, in quanto la certificazione del medico pubblico è sindacabile in giudizio, il lavoratore quindi ha sicuramente il diritto di impugnarlo davanti l'autorità giudiziaria, come

in quanto il contratto collettivo può prevedere un illecito punibile con sanzione conservativa anche mediante una clausola generale o elastica (Cass. 27 maggio 2021 n. 14777; Cass. 9 luglio 2021 n. 19585; Cass. 11 aprile 2022 n. 11665; Cass. 26 aprile 2022 n. 13063 e 13064; Cass. 2 maggio 2022 n. 13774; Cass. 25 giugno 2022 n. 20682); per tutti Pisani 2022,839.

⁵⁰ In particolare, il dipendente deve dichiarare, al medico inviato dall'Inps, di non accettare il suo giudizio e, quindi, di opporsi a quanto descritto nel certificato da questi rilasciato. Il medico fiscale deve annotare la contestazione del lavoratore sul referto («verbale informatico») da lui stesso redatto, sottoscritto anche dal lavoratore, e trasmesso in tempo reale all'Inps insieme al certificato. E' quindi di tutta evidenza che il datore di lavoro sarà in grado di conoscere l'esito della visita con immediatezza, inclusa l'impossibilità di effettuarla per assenza del lavoratore dal domicilio, e di valutare se e quali provvedimenti prendere. La Circolare Inps n. 150 del 2011 rende note le modalità di redazione e comunicazione dei verbali relativi alle visite mediche domiciliari attraverso strumenti informatici.

del resto tale facoltà è riconosciuta al datore di lavoro «qualora sia in possesso di elementi di prova che ne dimostrino l'inattendibilità, o questa risulti intrinsecamente inattendibile per irregolarità o imperfezioni» (Del Punta, 2004 VII).

La natura di atto pubblico, impugnabile solo con querela di falso (art. 2700 c.c.)⁵¹, propria del certificato del medico legale, non osta a tale soluzione in quanto esplica le sue conseguenze unicamente in ordine a fatti, o, per usare le parole di Del Punta (2004 VII), a «circostanze estrinseche in esso attestate», che il medico legale attesti di aver compiuto o essere avvenuti in sua presenza, e ad affermazioni obiettive (come l'aver il medico effettuato o no la visita, l'aver reperito o non a casa il lavoratore) ma non anche in ordine a giudizi pur sempre opinabili relativi alle diagnosi della malattia (Perone, 1997 46).

La normativa, inoltre, non spiega i tempi ed i modi per il riesame ed il giudizio sulla malattia, ove l'esito della visita di controllo sia contestato dal lavoratore, né gli effetti tra le parti del giudizio. Appare ragionevole ritenere che, nelle more del giudizio del coordinatore sanitario, il lavoratore possa astenersi dal rientrare al lavoro, in quanto il suo comportamento è rispettoso del giudizio fornito dal proprio medico; la sua assenza, quindi, non può considerarsi ingiustificata e non può dar luogo a sanzioni disciplinari, almeno fino alla decisione del coordinatore sanitario⁵².

⁵¹ Le attestazioni del medico fiscale di fatti dallo stesso accertati fanno piena prova fino a querela di falso ex art. 2700 cod. civ., a differenza delle valutazioni mediche (Cass. 10 luglio 2007 n. 15372). Tuttavia è dubbio se la dichiarazione del medico circa la mancata apertura della porta faccia piena prova fino a querela di falso: in senso affermativo Cass. 6 marzo 1990 n. 1750, *Foro It.*, 1990, I, 2486; in senso negativo Cass. 24 settembre 1996 n. 8423, *Mass. Giur. Lav.*, 1996, suppl., 82. In ogni caso, a fronte del referto di irreperibilità, non basta che il lavoratore provi la presenza in casa, ma occorre anche la prova del caso fortuito o della forza maggiore impeditiva del controllo: Cass. 4 gennaio 2002 n. 50, *RIDL*, 2002, II, 339; Cass. 25 marzo 2002 n. 4233, *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 604. Per il valore probatorio della attestazione del medico circa il rifiuto della visita cfr. Cass. 27 febbraio 1986 n. 3384, *RIDL*, 1987, II, 208; Cass. 5 novembre 1987 n. 8124, *Giust. Civ.*, 1988, I, 2080; Cass. 23 novembre 1992 n. 12502, *Foro It.*, 1993, I, 814; Cass. 14 luglio 1994 n. 6957, *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 541; Cass. 11 febbraio 2008 n. 3226, che esattamente considera irrilevante la veridicità della malattia. È discusso se l'attestazione del medico circa il rifiuto della visita sia un accertamento di pubblico ufficiale facente prova piena fino a querela di falso: in senso affermativo Cass. 5 novembre 1987 n. 8124, *Giust. Civ.*, 1988, I, 2080; in senso contrario Cass. 24 gennaio 1992 n. 773, *RIDL*, 1993, II, 303, qualificandola come mera valutazione. In ogni caso la condotta inurbana del medico legittima il rifiuto della visita: Cass. 14 luglio 1994 n. 6957, *RIDL*, 1995, II, 590.

⁵² Pret. Milano 28 luglio 1995: «Non può essere considerata assenza ingiustificata l'omessa ripresa del servizio da parte del lavoratore nella data indicata dal medico fiscale che, in sede di visita di controllo della malattia, abbia modificato la prognosi del medico curante, allorché il lavoratore non abbia accettato il responso del medico di controllo. Ai sensi infatti del comma 2 dell'art. 6 d.m. 15 luglio 1986, qualora il lavoratore sottoposto a visita fiscale non accetti l'esito della visita di controllo, deve eccipirlo seduta stante al medico stesso che lo annota sul referto; in tal caso il giudizio definitivo spetta al coordinatore sanitario della competente sede dell'Inps. Il che significa che fin tanto che tale giudizio definitivo non è espresso e, ovviamente, comunicato al lavoratore, questi è autorizzato a comportarsi come prescrittogli dal medico curante le cui determinazioni non possono essere superate dalla prognosi del medico di controllo espressamente contestata dal lavoratore», *contra* Pret. Torino 27 marzo 1992, in *Giur. Piem.*, 1993, 93.

In caso di contenzioso, l'accertamento del medico imparziale non è vincolante per il giudice, che può discostarsene anche mediante una perizia medico legale, sicché in proposito può essere utile un accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 cod. proc. civ.*⁵³. Il giudice dovrà effettuare un esame comparativo tra i due certificati, forniti di pari efficacia probatoria⁵⁴, al fine di stabilire quale sia maggiormente attendibile, e al datore di lavoro spetterà dimostrare la non veridicità del certificato del medico curante o l'inesistenza della malattia.

6. Malattia e condotte extralavorative

L'economia del presente contributo non consente di soffermarsi in maniera esaustiva su questo aspetto che, tuttavia, richiede alcune considerazioni in quanto l'esclusività dei controlli di malattia analizzati ha posto il problema dei c.d. accertamenti extra sanitari, in ragione delle esigenze di protezione della personalità morale e fisica dei lavoratori, ormai pacificamente ritenuti leciti «anche al cospetto di norme come l'art. 8 St. lav.» (Del Punta 2004, VI). Infatti, gli accertamenti non sanitari, in particolare quelli relativi alla prestazione di altra attività lavorativa durante l'assenza di malattia, esulano dai divieti previsti dagli artt. 5 e 8 St. lav., poiché, riguardando un fatto esposto alla conoscibilità dei terzi⁵⁵ e inerendo ad aspetti professionalmente rilevanti, debbono ritenersi leciti

⁵³ Per la facoltà del giudice di discostarsi dall'accertamento del medico imparziale anche ordinando una consulenza tecnica, cfr. Cass. 30 marzo 1978 n. 1473, *Mass. Giur. Lav.*, 1978, 518; Cass. 28 aprile 1979 n. 2500, *Mass. Giur. Lav.*, 1980, 204; Cass. 14 febbraio 1980 n. 1084, *Mass. Giur. Lav.*, 1980, 410; Cass. 1° luglio 1986 n. 4347, *Giust. Civ.*, 1987, I, 1211; Cass. 1° settembre 1987 n. 7167, *Foro It.*, 1987, I, 2982; Corte cost. 31 maggio 1996 n. 176, *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 707; Cass. 5 maggio 2000 n. 5622, *RIDL*, 2000, II, 695; Cass. 14 maggio 2003 n. 7478, *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 697; Cass. 10 luglio 2007 n. 15372. Per l'ammissibilità in generale dell'accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 cod. proc. civ.* anche sulle condizioni della persona nei cui confronti è presentata l'istanza, cfr. Corte cost. 19 luglio 1996 n. 257, *Giust. Civ.*, 1996, I, 2807, però con erronea esclusione di ogni valore probatorio dell'eventuale rifiuto, invece da considerare come argomento di prova *ex art. 118, c. 2, cod. proc. civ.* al pari del rifiuto opposto all'ispezione nel giudizio di merito. Per un caso di accertamento tecnico preventivo sul lavoratore malato, cfr. Trib. Roma (ord.) 22 novembre 2001 in causa ENPAV c. Chieppa. Se il medico di controllo ha commesso un errore materiale che ha inficiato l'attendibilità del suo certificato rimane pienamente probante, e come tale idonea a giustificare l'assenza, la certificazione del medico di fiducia del dipendente: Pret. Torino 11 gennaio 1994, in *RIDL*, 1995, II, 371.

⁵⁴ Cass. 20 aprile 1984, n. 2620, in *Not. Giur. Lav.*, 1984, 457; Cass. 5 novembre 1987 n. 8124, in *Not. Giur. Lav.*, 1987, 761; Cass. 5 settembre 1988 n. 5027; Cass. 1° ottobre 1991, n. 10190, in *Dir. Prat. Lav.*, 1991, 3139; Cass. 24 gennaio 1992 n. 773, in *Not. Giur. Lav.*, 1992, 813; Cass. 14 febbraio 2008 n. 3767 (l'accertamento del medico fiscale non prevale su quello del medico curante). *Contra*, App. L'Aquila 26 settembre 2002, in *Guida al lavoro*, 2002, 42 dove, come sottolinea Del Punta (2004 VIII) «ad onta del principio di parità, la certificazione pubblica può finire col rappresentare il prevalente parametro di riferimento per il magistrato».

⁵⁵ Salutini, 1977 195 fa gli esempi della partecipazione ad una gara sportiva o del lavoro prestato in un negozio aperto al pubblico, rispetto ai quali anche un investigatore sarebbe *unus ex scientibus*; sul punto, si veda Pandolfo 1991, 416-420.

se avvenuti nel rispetto dei limiti generali stabiliti a tutela della riservatezza di ogni persona (Del Punta 1992, 567).

In particolare, si tratta di quei controlli eventuali effettuati dal datore di lavoro, anche attraverso investigatori privati o personale di vigilanza⁵⁶, relativi al comportamento extralavorativo tenuto dal lavoratore in malattia che, come ben inquadra Del Punta (2004, VI) «può avere almeno tre valenze giuridiche: a) può dimostrare che il lavoratore non era effettivamente malato, o comunque inabile al lavoro, e che dunque l'assenza dal lavoro era da ritenersi ingiustificata; b) anche ammessa l'autenticità della malattia, può rivelare la violazione del dovere, incombente sul lavoratore, di non pregiudicare il recupero delle sue energie lavorative; c) può concretare un'assenza domiciliare nelle fasce orarie di reperibilità» (su cui ci siamo già soffermati). Nel caso di simulazione di malattia, qualora il datore di lavoro ne venga a conoscenza, la condotta è senz'altro illegittima e il datore di lavoro «può contestare disciplinarmente l'assenza ingiustificata [...] a prescindere dall'aver disposto una visita di controllo fiscale e dagli esiti della predetta» (Del Punta 2004, VI).

Più discusso è il caso dello svolgimento di altra attività in pendenza di malattia. In giurisprudenza si è affermato il consolidato principio secondo il quale non esiste per il lavoratore in malattia un divieto assoluto di svolgere attività per conto proprio o per terzi e quindi non costituisce di per sé inadempimento degli obblighi imposti al prestatore⁵⁷. Tuttavia, la condotta extralavorativa è su-

⁵⁶ Cass. 12 luglio 1980 n. 4454, *Mass. Giur. Lav.*, 1981, 40; Cass. 14 aprile 1987 n. 3704, *Giust. Civ.*, 1987, I, 2574; Cass. 26 febbraio 1994 n. 1974, *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 197; *News letter* del Garante per la protezione dei dati personali 8-14 gennaio 2001, *Guida Lav.*, 2001, n. 3, 25; Cass. 3 maggio 2001 n. 6236, *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 891 e *RIDL*, 2002, II, 345; Cass. 4 dicembre 2014 n. 25674; Cass. 11 ottobre 2016 n. 20433; Cass. 1° agosto 2017 n. 19089; Cass. 15 giugno 2020 n. 11535; Cass. 17 giugno 2020 n. 11697; Cass. 28 ottobre 2021 n. 30547. *Contra* Cass. 8 gennaio 1980 n. 160, *Riv. Giur. Lav.*, 1980, II, 631; Cass. 26 febbraio 1982 n. 1241, *GC*, 1982, I, 1210. Sulla legittimità del ricorso ad agenzie investigative private per verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni in capo al dipendente con riguardo a comportamenti disciplinarmente rilevanti tenuti al di fuori dell'ambito lavorativo, cfr. Cass. 16 agosto 2016 n. 17113; Cass. 14 aprile 1987 n. 3704, *Giust. Civ.*, 1987, I, 2574; Cass. 6 giugno 1990, n.5407, in *Foro It.*, 1991, I, 578; Cass. n. 12810 del 2017; Cass. ord. n. 11697 del 2020.

⁵⁷ Il principio è risalente e mai smentito dalla giurisprudenza successiva, cfr. Cass. 16 giugno 1976 n. 2244; Cass. 10 marzo 1981 n. 1361; Cass. n. 2585 del 1987; Cass. n. 381 del 1988; Cass. 17 luglio 1991, n. 7915; Cass. 16 giugno 1994 n. 5833; Cass., Cass. 11 dicembre 2001 n. 15621; Cass. 1° luglio 2005 n. 14046; Cass. 19 dicembre 2006 n. 27104; Cass. 21 aprile 2009 n. 9474; Cass. n. 6047 del 2018 (la quale osserva che il lavoratore assente per malattia «non per questo deve astenersi da ogni altra attività, quale in ipotesi un'attività ludica o di intrattenimento, anche espressione dei diritti della persona»). Si aggiunge la necessità del confronto tra le mansioni contrattuali e l'attività svolta durante la malattia, che se è altrettanto gravosa impone di lavorare attestando la compatibilità tra lavoro e malattia: Cass. 24 aprile 2008 n. 10706; Cass. 21 aprile 2009 n. 9474, *Foro It.*, 2009, I, 1728. Secondo Cass. 29 luglio 1998 n. 7467, *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 830 il lavoratore malato che svolge un'attività meno gravosa di quella contrattuale e compatibile con la malattia ed il relativo recupero deve offrire la sua disponibilità al datore di lavoro che potrebbe utilizzarlo in mansioni equivalenti compatibili. In ogni caso se la malattia è compatibile con l'attività lavorativa dovuta, il dipendente deve offrire la sua prestazione ed in mancanza il licenziamento è legittimo: Cass. 21 aprile 2017 n. 10154; Cass. 17 giugno 2020 n. 11967.

scettibile di rilievo disciplinare, potendo anche determinare l'irrogazione della sanzione espulsiva⁵⁸, nei casi in cui sia ritenuta illecita poiché il lavoratore è tenuto, anche durante lo stato di malattia, a rispettare gli usuali obblighi di correttezza e buona fede⁵⁹ (*ex artt.* 1175 e 1375 c.c.), di diligenza e fedeltà (di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c.) e a non porre in essere, fuori dall'ambito lavorativo, comportamenti tali da ledere gli interessi morali e materiali del datore di lavoro o compromettere il rapporto fiduciario con lo stesso. Secondo Del Punta (2004 VI) questo comportamento «concreta una violazione di quel dovere preparatorio all'adempimento che consiste nel dovere di non pregiudicare il recupero delle proprie energie lavorative così da rimettersi in condizione di adempiere alla propria prestazione»⁶⁰.

Infatti, una delle fattispecie in merito alle quali più frequentemente insorge il contenzioso è proprio quella relativa allo svolgimento di altra attività, lavorativa o ludica, durante il congedo di malattia, che sia incompatibile con la medesima (qui incompatibile nel senso che determina un aggravamento della stessa) o che comunque risulta idonea a pregiudicare o ritardare, anche potenzialmente, la guarigione e il rientro in servizio⁶¹.

⁵⁸ Tra le tante, è stato confermato il licenziamento della lavoratrice che esercitava la prostituzione sulla pubblica via (Pret. Milano 26 giugno 1989, *RIDL*, 1989, II, 644), del casellante autostradale che operava come cassiere in un locale notturno (Cass. 14 dicembre 1991, n. 13490, *Giust. Civ.*, 1992, I, 2752), del telefonista che svolgeva lavori agricoli pesanti (Cass. 12 aprile 1985 n. 2434, *Giust. Civ.*, 1985, I, 1913), del malato di asserita lombalgia che effettuava prestazioni di carico e scarico nel negozio della moglie (Cass. 26 gennaio 1981 n. 584, *Giust. Civ.*, 1981, I, 694) o lavori agricoli (Cass. 3 dicembre 2002 n. 17128, *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 171), del malato di coxo-artrosi all'anca che guidava moto di grossa cilindrata (Cass. 21 aprile 2009 n. 9474, *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 516), del malato di depressione che lavorava come cameriere di ristorante con prolungamento e aggravamento della malattia (Cass. 5 novembre 2009 n. 23444); del medico di un'azienda pubblica che nel corso della malattia lavorava in una casa di cura privata (Cass. 5 ottobre 2016 n. 19933); del lavoratore affetto da lombosciatalgia che effettuava brevi spostamenti con l'autovettura o il motociclo senza aggravare la malattia (Cass. 7 ottobre 2021 n. 27322); Cass. 3 giugno 2021 n. 15465 (legittimo il licenziamento di un lavoratore per simulazione di sindrome ansioso depressiva e svolgimento di attività lavorativa presso l'esercizio commerciale della figlia); Cass. 7 ottobre 2022 n. 29229 (licenziamento per simulazione fraudolenta della malattia finalizzata a svolgere attività extralavorativa costituisce grave inosservanza dei doveri fondamentali insiti nel rapporto di lavoro); Cass. 12 maggio 2023 n. 12994 (legittimo il licenziamento del lavoratore che durante la malattia compie sforzi fisici che ne ritardano la guarigione). Sul licenziamento del dipendente che lavora presso terzi in malattia si veda Del Punta 1987, 91

⁵⁹ Cfr. Cass. S.U. 25 novembre 2008, n. 28056 secondo la quale nell'osservanza degli obblighi di correttezza e buona fede le parti del rapporto obbligatorio hanno il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte. Da ultimo, Cass. 2 settembre 2020 n. 18245; Cass. 13 aprile 2021 n. 9647.

⁶⁰ Tra gli obblighi preparatori viene compresa anche la prudenza necessaria per non ammalarsi durante le ferie, essendosi conseguentemente ritenuto legittimo il licenziamento per la prevedibile malattia contratta in un viaggio a rischio in Africa (Cass. 25 gennaio 2011 n. 1699, *MGL*, 2011, 636).

⁶¹ Tale principio è consolidato in giurisprudenza, tra molte Cass. n. 1747 del 1991, Cass. 19 dicembre 2000 n. 15916; Cass. n. 21253 del 2012, Cass. n. 17625 del 2014, Cass. 5 dicembre

Tale comportamento è sanzionabile, costituendo un illecito di pericolo e non di danno, quando la predetta attività abbia comportato un «effettivo» ritardo nella ripresa del servizio⁶² e anche quando quest'ultima sia stata meramente «messa in pericolo» in quanto ha rischiato di compromettere e/o aggravare e/o ritardare la guarigione dal suo asserito stato di malattia⁶³. È condivisibile l'opinione di Del Punta (2004 VII) per il quale la condotta che comporta «un pregiudizio potenziale per la salute del soggetto» non è ragionevolmente una condotta sanzionabile.

In tutte queste ipotesi, per quanto attiene all'onere della prova⁶⁴, il lavoratore non ha l'onere di provare, ad ulteriore conferma della certificazione medica, la perdurante inabilità temporanea rispetto all'attività lavorativa, ma la compatibilità dell'attività extra lavorativa con la malattia impeditiva della prestazione contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicarne il pieno recupero⁶⁵. Mentre è a carico del datore di lavoro, non solo l'onere di provare l'effettivo svolgimento di altra attività da parte del suo dipendente ma anche che il suo allontanarsi dall'a-

2016 n. 24812; Cass. 19 settembre 2017 n. 21667; Cass. 5 agosto 2015, n. 16465; Cass. 13 marzo 2018 n. 6047 che ha legittimato il licenziamento intimato per giusta causa ad un lavoratore che durante il periodo di assenza per malattia si era esibito in un concerto; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26496; Cass. 19 marzo 2019 n. 7641; Cass. n. 13980 del 2020.

⁶² Cass. 9 marzo 1987, n. 2452 in *Foro it.*, 1987, I, 3082.

⁶³ Cass. 17 luglio 1991, n. 7915.

⁶⁴ Cfr. Cass. 28 febbraio 2014 n. 4869; Cass. 14 settembre 2012 n. 15476; Cass. n. 6375 del 2011; Cass. n. 1173 del 2018; Cass. n. 13980 del 2020; Cass. n. 13063 del 2022 (in caso di licenziamento per aver svolto attività extra lavorativa durante la malattia grava sul datore di lavoro provare che essa abbia ritardato la guarigione). Per l'orientamento secondo il quale spetta al dipendente dimostrare la compatibilità dell'attività extra lavorativa con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa e quindi l'inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psicofisiche: Cass. n. 11142 del 1991, Cass. 13 aprile 1999, n. 3647; Cass. 25 novembre 2013 n. 26290; Cass. 4 novembre 2014 n. 24709; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21438; Cass. 7 luglio 2015, n. 13955; Cass. 3 marzo 2015 n. 4237 e Cass. 28 settembre 2016 n. 19187 con l'importante precisazione che l'onere della prova della compatibilità con la malattia grava sul lavoratore; Cass. 6 dicembre 2012 n. 21938, *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 314; Cass. 8 marzo 2013 n. 5809; Cass. 2 dicembre 2016 n. 24671; Cass. 23 maggio 2017 n. 12902; Cass. 27 aprile 2017 n. 10416; Cass. 8 novembre 2017 n. 26481; Cass. 17 novembre 2017 n. 27333; Cass. 13 maggio 2018 n. 6047; Cass. 30 ottobre 2018 n. 27656 e Cass. 17 giugno 2020, n. 11702 che affermano l'illegittimità del licenziamento in quanto l'attività lavorativa non ritardava la guarigione; Cass. 19 marzo 2019 n. 7641; Cass. 13 aprile 2021 n. 96471; Cass. 15 giugno 2020 n. 11535; Cass. 7 luglio 2020 n. 14086; Cass. 2 settembre 2020 n. 18245; Cass. ord. n. 26709 del 2021.

⁶⁵ Tuttavia, condivisibilmente, secondo Cass. 29 luglio 1998, n. 7467 con nota di M. MARAZZA (2000, 57), in virtù dei principi di correttezza e buona fede, il lavoratore in malattia che intende svolgere un'attività lavorativa presso terzi, non incompatibile con la sua malattia e non tale da ritardare la guarigione, deve preventivamente offrire tale prestazione parziale al proprio datore di lavoro, il quale – esercitando lo *ius variandi ex art. 2103 c.c.* – potrebbe temporaneamente assegnare il lavoratore proprio a quelle mansioni (equivalenti a quelle originarie) per le quali lo stesso sia idoneo. In ogni caso se la malattia è compatibile con l'attività lavorativa dovuta, il dipendente deve offrire la sua prestazione ed in mancanza il licenziamento è legittimo: Cass. 21 aprile 2017 n. 10154.

bitazione per compiere attività della vita privata contrasti con i doveri generali di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo o con gli obblighi specifici contrattuali di diligenza e fedeltà o ancora, la diversa attività accertata sia di per sé sufficiente a far presumere o l'inesistenza dell'infermità addotta a giustificazione dell'assenza, dimostrando quindi la sua fraudolenta simulazione, oppure che la diversa attività espletata fosse potenzialmente idonea a pregiudicare, anche in termini di mero ritardo, il suo rientro in servizio.

Riferimenti bibliografici

- Amorth, G. 1974. *La malattia nel rapporto di lavoro*. Padova: Cedam.
- Balletti, E. 1986. "Sanzionabilità dell'assenza alla visita sanitaria di controllo del lavoratore in malattia". *Rivista italiana diritto del lavoro* II: 147-64.
- De Angelis, L. 1984. "Il diritto alla salute nella crisi: i controlli di malattia nel lavoro subordinato." *Foro italiano* I: 2887-97.
- Della Rocca, G. 2023a. «La giustificazione tardiva dell'assenza per malattia.» *Lavoro e Previdenza Oggi* 5/6: 411-22.
- Della Rocca, G. 2023b. «Procedimento disciplinare e malattia.» *Lavoro e Previdenza Oggi* 9/10: 599-619.
- Del Punta, R. 1986. «Gli accertamenti sanitari sui lavoratori dipendenti dopo la normativa delle fasce di reperibilità.» *RIDL* I: 774-856.
- Del Punta, R. 1987. «Legittimità del licenziamento del dipendente che lavora presso terzi in pendenza di malattia.» *Giustizia civile* I: 91.
- Del Punta, R. 1988. «Note sull'incostituzionalità della normativa sulle «fasce orarie» di reperibilità», *Rivista italiana diritto del lavoro* II: 314-323.
- Del Punta, R. 1992. "La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111." In Piero Schlesinger, diretto da, *Il Codice civile, Commentario*, Milano.
- Del Punta, R. 2004. «Il controllo della malattia.» *Diritto e Pratica del Lavoro* 37, III-XII.
- Del Punta, R. 2008. *Diritto del lavoro*. Milano.
- D'Harmant Francois, A. 1975. «Sub art. 5», *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo Prosperetti, Milano.
- Dondi, G. 1973. «Controllo sulle assenze per infermità del prestatore di lavoro e sanzioni disciplinari.» *Rivista di Diritto del Lavoro* II: 211.
- Giugni, G. 1983. «Alcuni punti dell'accordo sul costo del lavoro meritano un'illustrazione.» *Lavoro informazione* 3: 6-14.
- Giuliani, C. 1988. «Accertamenti sanitari ed onere della prova.» *Rivista italiana diritto del lavoro* II: 715-28.
- Gorla, M. 1985. «Accertamenti sanitari del medico di controllo: efficacia nei confronti delle parti e del giudice.» *Diritto del lavoro*, 265-283.
- Gorla, M. 1990. «Reiterabilità delle viste mediche di controllo.» *Diritto del lavoro* II: 295-303.
- Grechi, A. 1972. «Legittimità costituzionale della normativa per il controllo della malattia denunciata dal lavoratore.» *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 570-72.
- Ichino, P. 1979. *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano.
- Ichino, P. 2003. "Il contratto di lavoro". In *Trattato Diritto civile e commerciale*, diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, vol. 3. Milano: Giuffrè.
- Malagugini, I. 1984. «I controlli delle assenze per malattia dei lavoratori subordinati alla luce della legge 11.11.1983, n. 638 e dei recenti rinnovi contrattuali.» *Lavoro* 80: 7-18.

- Marazza, M. 2000. «Malattia e capacità residue.» in *Diritto del lavoro* II: 57-65.
- Mazzotta, O. 1983. «Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro.» *Giornale diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1-41.
- Napoli, M. 1983. «L'accordo 22 gennaio 1983 sul costo del lavoro.» *Jus*, 259-71.
- Natoli, U. 1976. «Assenza per malattia del lavoratore e poteri di accertamento del datore di lavoro nella giurisprudenza.» *Diritto del lavoro* I, 3.
- Pandolfo, A. 1983. «Malattia, conservazione del posto e controlli.» *Contrattazione* 4: 79-85.
- Pandolfo, A. 1991. *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano.
- Papaleoni, M. 1988. «Malattia del lavoratore e fasce orarie di reperibilità.» *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 222-29.
- Pera, G. 1972, «Sub. art. 5.» in *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di Cecilia Assanti, Giuseppe Pera. Padova.
- Perone, G. 1983. «L'accordo sul costo del lavoro: problemi e prospettive.» *Diritto del lavoro* I: 91-101.
- Perone, G. 1997. *Lo Statuto dei lavoratori*, Torino.
- Piccininno, S. 1985. «La nuova disciplina sul controllo delle assenze per malattia: profili previdenziali.» *Diritto del lavoro* I: 157-70.
- Pisani, C. 2022. «La sanzione conservativa non tipizzata e la reintegrazione: quando l'«intenzione» del giudice prevale sull'«intenzione» del legislatore.» *Mass. Giur. Lav.* 4: 839-48.
- Pucci, L. 1971. «Gli accertamenti sanitari dei lavoratori nella l. 20 maggio 1970 n. 300.» *Rivista italiana previdenza sociale*, 233-51.
- Romagnoli, U. 1972. «Statuto dei diritti dei lavoratori.» In *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja, Giuseppe Branca, Bologna.
- Romagnoli, U. 1979-1981. «Statuto dei diritti dei lavoratori.» In *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja, Giuseppe Branca, Bologna, 2° ed.
- Rondo, A. 1999. «È illegittimo reiterare le visite mediche di controllo sulla malattia già accertata.» *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 275-79.
- Salutini, L. 1977. «Profili probatori, disciplinari e contrattuali nella malattia del lavoratore.» *Rivista diritto del lavoro*, 169-96.
- Santoni, F. 1985. «Sulla legittimità dei controlli delle assenze per malattia dei lavoratori nella disciplina della l. 11 novembre 1983, n. 638.» *Rivista italiana diritto del lavoro* II: 79-85.
- Tatarelli, M. 2002. *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Padova.
- Tiraboschi, M. 2023. «Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali.» *Diritto delle Relazioni Industriali*, 229-76.
- Vallebona, A. 1983. «Infermità e idoneità dei lavoratori (accertamenti sulla)» In *Appendice del Novissimo Digesto Italiano*, 1-12. Torino.

Il controllo a distanza del lavoratore agile

Ombretta Dessì

1. Premessa

Il tema del controllo a distanza del datore di lavoro sul lavoratore agile appare interessante, poiché la legge 3 luglio 2023, n. 85, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge 4 maggio 2023, n. 48, ha prorogato al 30 settembre 2023 il diritto, per i lavoratori fragili, di svolgere la prestazione in modalità di lavoro agile, con una variazione sul piano dell'esercizio dei poteri del suddetto contraente forte (Sartori 2020, 297 sgg.).

La scelta di celebrare la memoria del compianto Riccardo Del Punta con uno scritto in materia trova spiegazione nel fatto che iniziai con lui una lunga e proficua interlocuzione scientifica – che, in poco tempo, si trasformò in una bella e sincera amicizia – quando mi avvicinai per la prima volta al tema del controllo a distanza (art. 4 St. lav.). All'epoca, nel 2016, Riccardo aveva appena pubblicato sul n. 1 della *RIDL* il suo straordinario contributo, uno dei primi sull'argomento, che, nonostante il tempo trascorso, continua ad essere denso di spunti (Del Punta 2016, 77 sgg.). Per quanto non si rilevino riferimenti alla fattispecie sul piano del lavoratore agile, dalle intense pagine ad esso dedicate si può desumere indirettamente che questi, se sottoposto a vigilanza, necessita di una tutela maggiore rispetto a quelli ordinari. Come Riccardo insegna, infatti, gli strumenti da cui può derivare un controllo a distanza del lavoratore sono incompatibili con il principio di trasparenza, sia perché essi sono sempre operativi sia perché egli non può sapere quando è effettivamente sottoposto alla vigilanza datoriale (2016, 79).

Ombretta Dessì, University of Cagliari, Italy, odessi@unica.it, 0000-0002-7694-656X

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Ombretta Dessì, *Il controllo a distanza del lavoratore agile*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.23, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 399-414, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Posto ciò, lo scopo della ricerca è interrogarsi sui principali problemi esegetici della materia, regolata dall'art. 21, 1° comma, della legge 22 maggio 2017, n. 81 in combinazione con l'art. 4 St. lav., rivisitato dalla legge delega 10 dicembre 2014, n. 183¹, forse per sopperire alle aporie della versione previgente (Del Punta 2016, 81 sgg.). Una volta illustrata la disciplina ivi contemplata, occorre dedicarsi all'interazione tra legge, contratto collettivo e accordo individuale in sede di normazione della fattispecie, anche se solo quest'ultimo è menzionato dall'art. 21, 1° comma, della legge n. 81 del 2017. In seconda battuta, appare opportuno concentrarsi sul binomio «strumenti di controllo-strumenti di lavoro», che nel caso del lavoro agile si rivela centrale, perché l'interazione tra le parti del contratto individuale di lavoro subordinato ha luogo per mezzo di dispositivi elettronici. Altrettanto significativa, per le stesse ragioni, si reputa l'analisi degli applicativi informatici installati sugli strumenti di lavoro, poiché, non essendo chiaro se siano tali o se siano strumenti di controllo, non è agevole individuare la disciplina alla quale sono sottoposti. Ci si deve, inoltre, dedicare alla disamina della questione dei *big data*, poiché si tratta di un insieme di informazioni tanto estese in termini di volume, velocità e varietà da richiedere tecnologie e metodi analitici specifici per l'estrazione di valore o di conoscenza. Infine, non si può prescindere dall'analisi del diritto alla disconnessione del lavoratore agile, la cui previsione incide in maniera significativa sull'esercizio del potere di controllo a distanza del datore di lavoro, naturalmente se è regolato in maniera adeguata dall'autonomia privata.

2. La disciplina sul controllo a distanza del lavoratore agile

Prima di entrare nel cuore dell'indagine occorre prestare attenzione alla disciplina legislativa della fattispecie, all'interno della quale è possibile individuare i passaggi testuali che sono alla base delle questioni interpretative menzionate.

Secondo l'art. 21, 1° comma, della legge n. 81 del 2017, il potere di controllo a distanza del datore di lavoro sul lavoratore agile che esegue la prestazione all'esterno dei locali aziendali, presumibilmente con l'impiego di strumenti tecnologici, è regolato da un accordo individuale, nel rispetto dell'art. 4 St. lav. Per quanto concerne la citata legislazione statutaria, il divieto assoluto di ricorso ad impianti audiovisivi e ad altre apparecchiature di vigilanza a distanza sui lavoratori, pur non essendo previsto dall'art. 4 St. lav., si reputa in vigore per due ordini di ragioni (Sartori 2020, 76 sgg.). Anzitutto, se così non fosse, la legislazione in commento sarebbe in contrasto con la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e con la legge-delega 10 dicembre 2014, n. 183, in virtù della quale essa deve essere in armonia col diritto sovranazionale (art. 76 Cost.). Inoltre, l'assenza del divieto non sarebbe coerente con alcuni provvedimenti di diritto europeo e di diritto internazionale, che, pur non essendo formalmente vinco-

¹ L'art. 4 St. lav. è stato rivisitato dall'art. 23 del d.lgs. 15 settembre 2015, n. 151, attuativo dell'art. 1, comma settimo, lett. f), della l. 10 dicembre 2014, n. 183, a sua volta modificato dall'art. 5, comma secondo, del d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185.

lanti, possono essere usati come termine di paragone². In sostanza, si ritiene che l'art. 4 St. lav. implichi l'interdizione, sia perché consente di dare attuazione alla citata legge-delega, che così prevede (art. 1, 7° comma, l. n. 183/2014), sia perché garantisce l'osservanza delle previsioni del diritto europeo e degli obblighi internazionali in materia (art. 117, 1° comma, Cost.).

La normativa legislativa in esame pare configurarsi come un'eccezione al divieto di controllo diretto del datore di lavoro sui lavoratori mediante dispositivi tecnologici, da essa non previsto espressamente ma, evidentemente, mutuato dal diritto europeo e dal diritto internazionale. Lo stesso, infatti, viene meno se il datore di lavoro si serve di tali impianti per esigenze organizzative e/o produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale, anche se l'installazione e/o l'uso degli stessi gli consente di controllare indirettamente i dipendenti (art. 4, 1° comma, St. lav.). La legittimità dell'installazione e dell'uso degli impianti in parola è assicurata da un accordo sindacale tra datore di lavoro e Rsa/Rsu, ove il primo consista in un'azienda medio-piccola, e tra lo stesso (datore di lavoro) e i sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, ove sia un soggetto economico medio-grande. Se l'accordo sindacale non viene sottoscritto, invece, il datore di lavoro chiede la (previa) autorizzazione della sede territoriale o centrale dell'Ispettorato del Lavoro, anche in tal caso alla luce delle dimensioni dell'azienda. Come Riccardo Del Punta sottolinea, l'accordo sindacale e l'autorizzazione, anche se consistono, rispettivamente, in un negozio giuridico e in un atto amministrativo, servono a stabilire i termini della legittimità dell'installazione e dell'uso dei suddetti strumenti e dell'effettuazione del controllo a distanza (2016, 96).

L'art. 4 St. lav., inoltre, esclude l'applicazione dei vincoli menzionati nell'ipotesi in cui gli strumenti tecnologici impiegati dal datore di lavoro si identifichino con le apparecchiature da questi fornite ai lavoratori per la prestazione e con quelle dirette alla rilevazione degli accessi e delle presenze (art. 4, 2° comma, St. lav.). Ciò significa, in sostanza, che lo stesso datore di lavoro non necessita di un'intesa sindacale o dell'autorizzazione amministrativa per farvi ricorso, per cui esse possono essere installate e utilizzate senza vincoli di legge (Tullini 2017, 97 sgg.). Appare evidente che l'esenzione e la conseguente legittimità dell'installazione e dell'uso delle stesse trovino giustificazione nella scelta del legislatore di soddisfare alcune esigenze aziendali rilevanti come quelle di cui all'art. 4, 1° comma, St. lav. (Del Punta, 2016, 99). Solo così, infatti, ha potuto prendere posizione sulla questione giurisprudenziale dell'assoggettamento a un accordo sindacale o, in alternativa, a un'autorizzazione amministrativa dell'installazione e dell'assegnazione di un semplice *pc* al lavoratore (Del Punta, 2016, 100).

Infine, secondo l'art. 4, 3° comma, St. lav. il contraente forte può usare le informazioni personali riguardanti i lavoratori, che ha raccolto per mezzo degli

² Si veda la *Raccomandazione sul trattamento dei dati del lavoratore nel contesto occupazionale*, Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri, 1° aprile 2015, e il *Code of practice on the protection of workers' personal data*, OIL, 5 giugno 1997.

strumenti di controllo e di quelli di lavoro, in sede d'impiego degli stessi, nel rispetto dell'art. 4, 1° e 2° comma, St. lav. (Barbieri 2017, 183 sgg.). La legittimità del loro trattamento, peraltro, è subordinata all'osservanza della legislazione sulla *privacy* ed è condizionata dal fatto che egli comunichi ai lavoratori le modalità d'uso degli impianti menzionati e le modalità di effettuazione del controllo. La previsione parte, evidentemente, dalla premessa che l'utilizzabilità è «una fase successiva» al controllo, che «si colloca a valle [...] quando questo si è esaurito, essendo le informazioni entrate nella disponibilità del datore di lavoro» (Maresca 2017, 1 sgg.). Per mezzo di essa, infatti, il legislatore sembra voler superare l'ambiguo concetto di controllo difensivo e, al contempo, chiarire che i dati, se sono raccolti nel rispetto delle tre condizioni menzionate, sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, anche a quelli disciplinari (Del Punta 2016, 104).

3. Legge, contratto collettivo e accordo individuale sul controllo a distanza

Un primo dubbio esegetico è costituito dal ruolo svolto dai contratti collettivi e dall'accordo individuale ai fini della determinazione delle modalità di svolgimento della prestazione del lavoratore agile, poiché non appare chiaro quale sia la relazione che esiste tra i primi e il secondo da un lato e l'art. 4 St. lav. dall'altro (Proia 2018, 177 sgg.).

La questione appare degna di nota, perché il patto in parola, come si evince dall'art. 21, 1° comma, della legge n. 81 del 2017, si occupa della «contiguità virtuale» tra le parti, che ripristina idealmente l'unità «spaziale» venuta meno col ricorso al lavoro agile per lo svolgimento della prestazione (Ichino 2016, 7). Inoltre, consente di capire come lo stesso accordo individuale normi l'installazione e l'uso degli strumenti elettronici con cui il lavoratore agile è chiamato, dalla citata legge del 2017, all'adempimento della sua obbligazione principale (Bellavista 2018, 627). Per quanto concerne i contratti collettivi, invece, non si può trascurare che la suddetta legge (sul lavoro agile) non contiene alcun riferimento testuale in merito alla funzione di regolamentazione della fattispecie in commento. Ciò significa che la riflessione deve essere effettuata alla luce del fatto che, secondo il principio della libertà sindacale (art. 39, 1° comma, Cost.), essi possono intervenire ai fini della disciplina del controllo a distanza sul lavoratore agile, nel rispetto dell'art. 4 St. lav., nonostante l'assenza di un rinvio esplicito in tal senso da parte del legislatore.

Poste queste premesse, occorre interrogarsi, in primo luogo, sul ruolo che l'autonomia individuale gioca ai fini della regolamentazione della vigilanza a distanza del datore di lavoro sul lavoratore agile, poiché l'art. 21, 1° comma, della legge n. 81 del 2017 non si esprime chiaramente in proposito. Si concorda con chi asserisce che l'accordo individuale incida implicitamente sulla definizione dei confini di operatività della legge in tema di determinazione delle modalità di esercizio della sorveglianza tecnologica da parte del datore di lavoro (Santoro Passarelli 2017, 13). Infatti, visto che esso regola il controllo a distanza solo se il lavoratore agile esegue la prestazione all'esterno dell'azienda, si ritiene che

integri la normativa statutaria, senza, tuttavia, ritoccarne il perimetro di incidenza, per cui il datore di lavoro è sempre tenuto ad osservarla. Al contrario, lo stesso accordo individuale non ha alcun ruolo in sede di regolamentazione della vigilanza datoriale nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia del tutto interna all'azienda, nel qual caso la fattispecie è soggetta alle previsioni del solo art. 4 St. lav. L'impressione, dunque, è che il patto in questione serva per determinare le modalità di impiego degli strumenti di lavoro all'esterno dell'azienda, per informare il lavoratore agile della sua costante sottoposizione alla vigilanza datoriale e, al contempo, per delinearne l'ambito. Una conferma in tal senso pare desumersi da una Direttiva del Presidente del Consiglio sul lavoro agile nel pubblico impiego, che individua alcune fasce di reperibilità funzionali al coordinamento con l'organizzazione datoriale della prestazione svolta secondo tali modalità non ordinarie³.

Un altro aspetto che occorre mettere in evidenza è che l'accordo individuale, alla luce dei tratti caratteristici del lavoro agile, si occupa della vigilanza sull'attività lavorativa esterna all'azienda che non è *medio tempore*, ossia che non ha luogo solo in costanza di esecuzione della medesima. Appare, invece, innegabile che esso disciplini anche il monitoraggio sul rendimento del lavoratore e l'osservanza, da parte sua, delle istruzioni generali impartitegli, perché, operando al di fuori dei locali aziendali, si trova in una situazione analoga a quella del dipendente a domicilio (Vallauri 2016, 124 sgg.). Il riferimento alla verifica della conformità della prestazione alle modalità di esecuzione e ai requisiti indicati dal datore di lavoro, peraltro, induce a escludere che l'accordo si estenda al ritmo della prestazione esterna all'azienda e al modo in cui essa è svolta.

Per quanto concerne il ruolo del contratto collettivo nella disciplina del controllo a distanza sul lavoratore agile, invece, ci si domanda se esso possa essere proficuamente impiegato per determinare le modalità di esercizio dello stesso, accanto all'accordo individuale (art. 21, 1° comma, l. n. 81/2017). In generale, si reputa arduo ipotizzare che tale compito non spetti alle parti sociali, nonostante la tendenza all'individualizzazione dei rapporti di lavoro, posto il rischio «dei possibili condizionamenti [...] della libera volontarietà del soggetto [...] debole» (Brollo 2020, 558). Il rinvio all'autonomia individuale e non a quella collettiva, infatti, deve essere ricercato nel fatto che il controllo deve essere calibrato in vista del soddisfacimento degli interessi individuali, che quella collettiva non è in grado di assicurare in maniera adeguata. Inoltre, l'autonomia collettiva, in quanto espressione della libertà sindacale, normal'impiego degli impianti in quel contesto, onde evitare che il datore di lavoro sorvegli i lavoratori in violazione dei loro diritti fondamentali (Tiraboschi 2017, 962 sgg.). Non a caso, una parte della dottrina suggerisce alcune soluzioni alla questione richiamata poc'anzi, tra

³ Cfr. la «Direttiva del presidente del Consiglio dei Ministri recante indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti», 1° giugno 2017, in www.funzionepubblica.gov.it.

le quali si segnalano quella del ricorso agli incentivi per le misure di «*welfare aziendale*» previste dai contratti collettivi aziendali e, secondariamente, quella del rinvio alla legge (Brollo 2020, 558).

In generale, non si può prescindere dal fatto che i contratti collettivi nazionali normano il contratto individuale di lavoro, anche in modalità agile, diversamente rispetto a quelli di secondo livello, siano essi territoriali o aziendali, che, se intervengono, lo fanno alla luce di quanto stabilito all'interno dei primi. Pertanto, si suppone che quelli di livello nazionale determinino un pacchetto di regole generali o un insieme di linee-guida sul controllo del lavoratore agile, aventi lo scopo di adattare la disciplina legislativa alle peculiarità del settore professionale di riferimento. Appare, inoltre, verosimile che assegnino ai contratti collettivi di secondo livello la predisposizione di *policy* di raccolta e gestione dei dati, a garanzia dell'uniforme trattamento dei lavoratori agili e della protezione del tornaconto datoriale. Dato il loro ambito di applicazione, l'impressione è che i primi assicurino un più elevato grado di tutela dei contrapposti interessi in gioco e colgano le sfumature che i secondi, troppo generali ed astratti, non sono in grado di percepire. Inoltre, si suppone che il loro impiego agevoli il coinvolgimento del lavoratore agile nella definizione delle modalità di controllo a distanza, nel quadro di un'accentuata flessibilità spazio-temporale della prestazione, con indubbi vantaggi sul piano del soddisfacimento delle sue esigenze di conciliazione vita-lavoro. Occorre soffermarsi, infine, sulla funzione dei contratti collettivi aziendali di prossimità al riguardo, sul presupposto che, ove intervengano, non necessariamente apportano all'art. 4 St. lav. deroghe *in melius*, potendolo modificare anche *in peius*. Com'è noto, infatti, il controllo a distanza è compreso tra le materie da essi regolabili⁴ (art. 8, 2° comma, lett. a), d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, modificata dalla l. 9 agosto 2013, n. 99). Posto ciò, si ritiene che possano contenere clausole peggiorative per il lavoratore agile, in vista del perseguimento di obiettivi ampi come gli «incrementi di competitività», la «maggiore occupazione» o l'avvio di nuove attività (art. 8, 1° comma, l. n. 148/2011), purché in linea con la Costituzione e il diritto internazionale/comunitario.

4. Gli strumenti di controllo e gli strumenti di lavoro

Un ulteriore profilo di incertezza è costituito dalla distinzione tra gli strumenti tecnologici che il datore di lavoro installa e impiega per ragioni organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale,

⁴ Si ritiene che l'elenco delle materie derogabili sia tassativo e che non consenta ampliamenti per mezzo di interpretazioni analogico-estensive, poiché, secondo l'art. 8, comma 2-*bis*, le specifiche intese «operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro» (Corte cost. 4 ottobre 2011, n. 221, in <https://giurcost.org/decisioni/2011/0221o-11.html>), per cui l'effetto derogatorio può operare solo relativamente alle materie menzionate dall'art. 8, 2° comma, della legge n. 148 del 2011.

che gli permettono di sorvegliare, indirettamente, il lavoratore agile (art. 4, 1° comma, St. lav.) da un lato e, dall'altro, quelli che gli fornisce in dotazione per eseguire la prestazione e quelli che utilizza per la registrazione degli accessi e delle presenze, posto che anche per mezzo di questi ultimi può vigilare indirettamente su di lui (art. 4, 2° comma, St. lav.).

La questione appare degna di nota, perché il legislatore statutario dedica loro una diversa disciplina, nonostante si limiti a definire gli strumenti di controllo e a distinguerli da quelli di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze dal punto di vista del fine per il raggiungimento del quale sono usati dal datore di lavoro. Per quanto l'art. 21, 1° comma, della legge n. 81 del 2017 non faccia riferimento ad essi, la distinzione si considera di primaria importanza per il lavoratore agile, anzitutto perché egli adempie al relativo obbligo esclusivamente per mezzo di dispositivi tecnologici. Inoltre, il controllo di quest'ultimo da parte del datore di lavoro si svolge solo per mezzo di apparecchiature elettroniche e algoritmiche di ultima generazione, che lo espongono costantemente al rischio che la sua dignità subisca pregiudizi (Del Punta 2016, 78). Per comprendere appieno la distinzione tra le due fattispecie, dunque, si reputa opportuno soffermarsi sulla nozione legislativa di strumenti di controllo e, successivamente, isolare quella di strumenti di lavoro. Non sembra necessario, invece, riservare una particolare attenzione agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, perché, data la specifica finalità a cui sono destinati, si prestano poco a divenire oggetto di dubbi interpretativi di identificazione della disciplina concernente la loro installazione e il loro impiego.

Posto ciò, si ritiene che gli strumenti di controllo siano gli impianti audiovisivi e gli altri dispositivi dai quali deriva anche la possibilità di controllo a distanza, che possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale (art. 4, 1° comma, St. lav.). Appare ragionevole supporre che essi si caratterizzino, in primo luogo, per il fatto che il datore di lavoro può servirsene per una delle ragioni anzidette, come si evince, peraltro, da una circolare dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro⁵. Si ritiene che un loro ulteriore elemento essenziale consista nel fatto che la loro installazione e il loro impiego mettono il contraente forte del rapporto di lavoro nelle condizioni di vigilare costantemente, anche se indirettamente, sui lavoratori. Importante per l'individuazione di tali strumenti si considera anche la nozione di «distanza», che si concretizza in virtù del duplice significato, «temporale» e «geografico» (o «spaziale»), che le è proprio e che si ripercuote su quella di controllo tecnologico. Nella sua accezione «temporale» essa sembra attenere all'impossibilità di vigilanza con i dispositivi tecnologici di cui all'art. 4, 1° comma, St. lav. se un notevole lasso di tempo è decorso da quando il fatto o comportamento che ne costituisce oggetto si è verificato o è stato posto in essere. Sul piano «spaziale» o «geografico», invece, lascia intendere che il datore di lavoro, senza i dispositivi in questione, non possa procedere al

⁵ Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare 7 novembre 2016, n. 2, in www.isfol.it.

controllo dei lavoratori che si trovano in un luogo diverso da quello in cui quel fatto o quel comportamento ha avuto luogo. La distinzione si reputa utile per identificare i requisiti geografico-temporali del controllo effettuabile per mezzo di tali strumenti, senza, tuttavia, escludere che il potere corrispondente possa essere esercitato dal datore di lavoro nello stesso spazio di tempo e di luogo.

Circa gli strumenti di lavoro, la legge li distingue da quelli di controllo perché il contraente forte li mette a disposizione del lavoratore senza l'osservanza dei vincoli di cui all'art. 4, 1° comma, St. lav. (Tullini 2017, 107), a prescindere dal fatto che possano essere usati per gli stessi fini (art. 4, 2° comma, St. lav.). Il problema è che, nonostante la diversa disciplina, anch'essi gli consentono di vigilare a distanza sul contraente debole, tanto che una parte della dottrina li intende come *species* del *genus* «strumenti di controllo» (Marazza 2016, 10). La bipartizione si reputa degna di nota, perché coglie un aspetto comune a entrambi gli impianti, ma non pare condivisibile, perché troppo astratta, visto che essi sono «plurifunzionali», per cui il dubbio dovrebbe essere chiarito dalla giurisprudenza o dal Garante della *Privacy* (M.T. Carinci 2016, XIV). Non potendosi dedurre la nozione in parola dalla distinzione con gli strumenti di controllo, si presume che si connotino per la loro destinazione e per la relazione che li lega al lavoratore, ossia per la natura della prestazione e per il settore produttivo in cui l'azienda è «coinvolta». La soluzione sembra desumibile da un provvedimento del Garante della *Privacy* e da una nota del Ministero del Lavoro, per i quali l'esenzione opera se l'impianto tecnologico fornitogli in dotazione serve al lavoratore per la prestazione⁶. Invece, se si osserva dal lato del lavoro agile, che consiste in una *species* del *genus* «lavoro digitale», si ritiene che gli strumenti di lavoro siano il *pc*, il *tablet*, lo *smartphone*, ecc., che il lavoratore usa per eseguire la prestazione (Tullini 2017, 122 sgg.; Spinelli 2018, 142). Ciò detto, occorre sottolineare la loro sincrona operatività con la piattaforma del datore di lavoro, che è assicurata da un algoritmo, il quale ne traduce le direttive in linguaggio informatico, tanto che gli uni e l'altra potrebbero essere ricondotti ad un unico programma.

Infine, ci si chiede se l'esonero della disciplina di tali impianti dalla sfera dell'art. 4, 1° comma, St. lav. sia in armonia con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore agile e col principio di semplificazione amministrativa, consentendo di evitare le inefficienze dovute alla procedura statutaria (Pinto 2017, 145). Non essendo questa, evidentemente, la sede idonea per l'approfondimento della questione, si reputa sufficiente precisare che difficilmente la potenzialità di controllo dei lavoratori insita in tali impianti comporti l'assenza di vincoli in capo al datore di lavoro. Posto il diritto del prestatore a non essere sorvegliato in modo occulto e diretto, infatti, si ritiene che il ricorso ad essi sia lecito se non impediscono (allo stesso datore di lavoro) di effettuare controlli incostanti, saltuari e non intrusivi (Gragnoli 2016, 661 sgg.). Il dubbio ermeneutico, quindi, sembra concernere, più che altro, l'impiego improprio della

⁶ Cfr. Garante *Privacy*, 13 luglio 2016, n. 303, in *RIDL*, 2017, n. 2, II, 310 e Ministero del Lavoro, 18 giugno 2015, in www.lavoro.gov.it.

piattaforma digitale e dei terminali in possesso dei lavoratori, che è una proiezione del «rafforzamento delle prerogative datoriali nella gestione dei rapporti di lavoro» (Tullini 2017, 11).

5. Gli applicativi informatici

Un terzo punto dolente, sul piano esegetico, ha ad oggetto gli applicativi informatici, ossia i dispositivi tecnologici che sono utilizzati accanto a quelli di lavoro, anche se non necessariamente installati su di essi, per motivi diversi dall'esecuzione della prestazione (Zoli 2016, 644), poiché non è agevole stabilire se siano strumenti di controllo o di lavoro né, di conseguenza, quale sia la disciplina ad essi applicabile (Bellavista 2018, 628).

Per far fronte alla questione occorre effettuare una comparazione tra la dicotomia costituita dagli strumenti di lavoro impiegati dal prestatore di lavoro agile e dagli applicativi informatici in parola da una parte e il binomio *hardware-software* dall'altra, nel tentativo di desumere da quest'ultimo elementi utili alla soluzione della stessa. La premessa è che mentre i primi, ossia gli *hardware*, sono sempre funzionali all'attività lavorativa, i *software*, pur producendo informazioni documentate dal datore di lavoro (i cd. «log»), non possono essere intesi aprioristicamente nell'uno o nell'altro senso.

Posto ciò, appare evidente come gli applicativi informatici costituenti impianti a sé stanti, ossia fisicamente e virtualmente non collocati sugli strumenti di lavoro, non si prestino a dubbi qualificatori, perché, pur non essendo destinati alla prestazione, sono legittimamente usati solo per una delle ragioni di cui all'art. 4, 1° comma, St. lav. Se non è giustificabile dal datore di lavoro per uno dei motivi ivi contemplati, infatti, il ricorso a tali apparecchiature elettroniche si pone in contrasto col divieto di controllo diretto mediante impianti elettronici a ciò deputati, che è dato per presupposto dall'art. 4 St. lav.

L'incertezza emerge, invece, per gli elementi *middleware*, gli *application server* e per tutti gli altri strumenti di esecuzione di programmi informatici, installati su un *hardware* per scopi diversi, dei quali occorre verificare il funzionamento, specialmente in rapporto a quest'ultimo. Secondo una prima corrente di pensiero siffatti applicativi informatici sono veri e propri *software* che sono letteralmente «assorbiti» dall'*hardware*, sul presupposto che quest'ultimo è inteso come strumento di lavoro, mentre i primi non hanno alcun ruolo al riguardo (Pinto 2017, 146). Vi è anche chi ritiene che, se essi sono inclusi in una rete digitale composta da numerosi applicativi, la stessa si connota come uno strumento di lavoro, esattamente come l'*hardware*, mentre i singoli *software* non rilevano sul piano qualificatorio (Marazza 2016, 22 sgg.; Maio 2015, 1206 sgg.). Qualunque sia l'interpretazione che si ritiene di condividere, se ci si pone sul piano di entrambe le prospettive esegetiche, ci si rende conto che la funzione prestazionale del modello complesso prevale sempre su quella di ogni componente informatica secondaria.

Le soluzioni prospettate paiono interessanti, perché consentono di andare oltre la distinzione tra funzione prestazionale e di controllo propria di ogni *software*, ma non possono essere condivise, perché implicano l'uso illimitato degli

stessi, tale da mettere a rischio la libertà e la dignità del lavoratore. Infatti, come Del Punta insegna, sminuiscono i dispositivi «di controllo» rispetto a quelli «di lavoro», senza valutare che, se, «per il solo fatto di essere incorporato nello strumento utilizzato dal lavoratore», il *software* fosse «esentato dalla procedura» statutaria, si «toglierebbe [...] spazio al co. 1» (2016, 101).

Si ritiene, invece, che tali applicativi informatici siano «strumenti di controllo» se, dopo essere stati montati sull'*hardware*, sono impiegati per uno dei motivi di cui all'art. 4, 1° comma, St. lav., per cui l'installazione e l'uso degli stessi sono legittimi quando osservano la disciplina statutaria (art. 4, 1° comma, St. lav.). Rientrano nella tipologia degli «strumenti di lavoro», invece, se servono per semplificare o sveltire l'esecuzione della prestazione, per cui possono essere approntati dal datore di lavoro e forniti al lavoratore, unitamente all'*hardware*, senza l'osservanza dei vincoli anzidetti. Tale chiave di lettura sembra trovare conferma nella citata circolare dell'Ispettorato del Lavoro, che distingue particolari applicativi informatici, i *GPS*, dagli strumenti di lavoro quando sono usati per esigenze organizzative e produttive e per la tutela della salute⁷. Gli stessi si connotano come strumenti di lavoro, invece, se, alla luce di quanto asserito *supra*, sono utili all'attuazione di una prestazione che non può essere eseguita in loro assenza o se l'installazione è richiesta da specifiche normative legislative o regolamentari⁸.

Data la difficoltà, per il datore di lavoro, di distinguere tra gli uni e gli altri, si presume che, prima dell'installazione, egli debba procedere alla disamina di ciascun applicativo informatico in separata sede rispetto al sistema in cui è inserito, al fine di verificare se gli fornisce informazioni importanti sul lavoratore⁹ (Bellavista 2018, 627-28). Per risolvere agevolmente la questione, lo stesso (datore di lavoro) deve stimare se la produzione di *log* sia intrinseca al *software* esaminato o se, invece, dipenda dalla sua interazione col programma informatico principale¹⁰. Posto ciò, l'indagine dovrebbe condurlo a ritenere che nel primo caso l'applicativo informatico sia uno strumento di controllo e, nel secondo caso, uno strumento di lavoro, perché è «assorbito» dal programma informatico su cui è installato, che è fondamentale per la prestazione (Del Punta 2016, 100 sgg.).

Una riflessione a sé stante deve essere riservata ai dispositivi che si basano sulla tecnologia *bluetooth* e/o *gps* e che sono usati se i lavoratori eseguono la pre-

⁷ Si veda Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare 7 novembre 2016, n. 2, in *www.isfol.it*.

⁸ L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, nella circolare n. 2 del 2016, fa l'esempio dell'uso obbligatorio dei sistemi GPS per il trasporto di portavalori superiore a euro 1.500.000,00.

⁹ Cfr. il Garante della Privacy (Garante *Privacy*, *Relazione 2016*, Roma, 2017, 96 e sgg., *www.garanteprivacy.it*), la giurisprudenza di merito (Trib. Pescara, 25 ottobre 2017, in *RIDL*, 2018, II, 307), il Gruppo di lavoro sull'elaborazione dei dati personali sul luogo di lavoro (Gruppo di Lavoro *ex art. 29*, *Parere n. 2*, 8 giugno 2017, 16 sgg., in *www.garanteprivacy.it*), il Comitato dei Ministri agli Stati Membri del 1° aprile 2015 (*Raccomandazione CM/Rec(2015)5 sul trattamento di dati personali nel contesto occupazionale*, 1° aprile 2015, in *www.garanteprivacy.it*) e la CEDU (v. CEDU, 5 settembre 2017, n. 61496/08, *Barbulescu vs. Romania*, in *Lav. dir. Eur.*, 2018, n. 1, 1 sgg.).

¹⁰ Si veda Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare 26 luglio 2017, n. 4, in *www.isfol.it*.

stazione all'esterno dell'azienda, come, ad esempio, i corrieri, poiché tracciano il percorso da essi seguito per effettuare una consegna. Posto che si tratta di impianti che forniscono al datore di lavoro informazioni precise sui lavoratori, appare evidente che gli consentono di sorvegliarli a distanza, verificandone gli spostamenti, il che lascia supporre senza margini di dubbio che siano strumenti di controllo¹¹. Secondo il regolamento sulla *privacy*, infatti, il ricorso ad essi è legittimo se funzionano nel rispetto di quanto previsto dalla legge e risponde ai principi di minimizzazione dei dati (art. 5, 1° par., lett. c), Reg. (UE) n. 2016/679), nelle fasi del trattamento e dell'acquisizione degli stessi. Ad ogni modo, si ritiene che il loro uso sia ammesso se implicano il conteggio degli individui e/o la misurazione delle distanze, ma non se comportano l'analisi e la conservazione dei dati personali di soggetti, come i lavoratori, che sono anche solo potenzialmente identificabili.

6. La questione dei *big data*

Il massiccio impiego di dispositivi elettronici per il controllo dei lavoratori agili determina la specificità della disciplina in materia, anche se ricade nel campo di applicazione dell'art. 4 St. lav. e della normativa sulla *privacy*, per cui occorre verificare se la legislazione ivi contemplata si estende alle informazioni che circolano per effetto dell'uso di impianti di ultima generazione, come algoritmi o intelligenze artificiali, ossia i *big data*, che, tra l'altro, non sono necessariamente «personali», ma possono connotarsi anche come anonimi, aggregati o riferiti a gruppi o collettività.

Secondo un'indagine svolta congiuntamente da Agcom, Agcm e Garante della *Privacy*, la vigente legislazione sul trattamento dei dati personali garantisce i lavoratori agili esposti alla diffusione delle tecniche di *big data analytics* mediante i principi di *privacy by design* e *privacy by default*¹². A loro parere, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate a far sì che siano trattati, per impostazione predefinita, solo quelli necessari per ogni specifico fine dello stesso (art. 25, 2° par., Reg. (UE) n. 2016/679). Tutti gli strumenti tecnologici utilizzati a questo scopo, quindi, devono essere programmati in maniera tale da adattarsi alla velocità, alla varietà e al volume dei *big data* che transitano sulla rete, a prescindere dalla loro natura, esclusi, naturalmente, quelli che non possono essere trattati in maniera lecita.

La conclusione sarebbe ragionevole se i dati in circolazione fossero qualificabili come personali, perché la legge sulla *privacy* si riferisce solo a quelli di questo tipo, per cui, probabilmente, essa non è idonea alla tutela del lavoratore agile che deve fare i conti con la sfida dei *big data*. Si è detto, infatti, che essi non

¹¹ Cfr. Cass. 8 novembre 2016, n. 22662, in *Riv. giur. lav.*, 2017, n. 3, II, 276 sgg., con nota di M. E. Sauro, *I controlli difensivi tra tutela del patrimonio aziendale e tutela della riservatezza*; Cass. 5 ottobre 2016, n. 19922, in *Riv. giur. lav.*, 2017, n. 1, II, 29 sgg., con nota di A. Trojsi, *Badge e gps: strumenti di controlli (e probatori), prima e dopo il jobs act*.

¹² Agcom – Agcm – Garante *privacy*, *Big Data. Linee guida e raccomandazioni di policy. Indagine conoscitiva congiunta*, 2 luglio 2019, www.garanteprivacy.it.

sono sempre personali e che la capacità predittiva derivante dalla loro analisi può concernere anche quelli riferiti a gruppi o collettività o (i dati) aggregati, anonimi o anonimizzati, ossia estranei al suo campo d'applicazione. La ragione di tale stato di cose è che quelli di questo tipo non reggono di fronte alla potenza dell'accumulo e del raffronto propria e tipica della *data analytics*, per cui possono essere penetrati e interpretati dal datore di lavoro o da chi agisce in suo nome e per suo conto, per ricavare nuove informazioni sui lavoratori agili. Il problema è che la legislazione vigente è applicata ad un sistema tendenzialmente binario, in cui il titolare acquisisce i dati personali del lavoratore agile e li tratta o li fa trattare dal responsabile per un fine preciso, informandolo subito, in modo che acconsenta od obietti. Nella *data science*, invece, le informazioni in circolazione risalgono lungo una sorta di catena, al termine della quale sono aggregati ed esaminati «a monte» da un titolare, che può non coincidere con chi li ha raccolti per primo. Inoltre, prima che le medesime (informazioni) siano immesse nel sistema di analisi, allo scopo di produrre *output e insight*, non è dato sapere quali siano le connessioni che la *big data analytics* disvela, né come e per quali fini esse possono essere usate. Ciò comporta che i principi di protezione contemplati dal Regolamento UE sulla *privacy* non funzionino rispetto ai *big data*, per cui il lavoratore agile non sempre è in grado di comprendere *ex ante* come gli stessi siano trattati. Per di più, i contesti di *big data* si configurano sempre di più come contesti di intelligenza artificiale, per cui lo stesso interessato non conosce il suo interlocutore o i suoi interlocutori sul lato attivo dei trattamenti. In sostanza, il lavoratore agile non è in condizioni di esercitare efficacemente i diritti previsti dalla legge (accesso, rettifica, cancellazione, oblio, limitazione, ecc.), perché non sa quando e come i suoi dati sono acquisiti né come, da chi e a quale scopo sono utilizzati. Infine, i canoni di minimizzazione e di *purpose limitation*, così come il *test* di compatibilità che consente il *secondary use*, o lo stesso *balancing test*, che deve essere condotto per avvalersi del «legittimo interesse», non collimano con la tecnologia dei *big data*. Quest'ultima, infatti, si basa sulla maggiore aggregazione di dati possibile (cd. «*volume*») e sul loro uso per scoprire correlazioni nascoste (cd. «*hidden patterns*»), per cui, solo ed esclusivamente se individua *ex post* il lavoratore agile, può scorgere il vero fine del trattamento.

Per superare tali criticità, si può «leggere» la normativa sulla *privacy* in maniera restrittiva, in modo che i principi di cui all'art. 5 del Regolamento UE siano formalmente ritenuti soddisfatti, per consentire il fenomeno dei *big data*. Il problema è che, di fatto, tali principi sono svuotati di contenuto, per cui la loro applicazione non garantisce la tutela dell'interessato, che risulta «annullata». Si pensi, ad esempio, all'indicazione, all'interno dell'informativa sulla *privacy*, dell'assoggettamento dei dati a *mining* o *analytics*, in base alla quale il relativo obbligo si reputa soddisfatto. In alternativa, si può procedere alla rigorosa interpretazione degli stessi principi, dalla quale, tuttavia, si evince la loro inutilità rispetto agli stessi *big data*. Si pensi all'obbligo d'informativa, implicante la previa comunicazione all'interessato dell'esistenza di processi decisionali automatizzati e delle logiche sottostanti all'algoritmo. Tuttavia, per adempiere esattamente il datore di lavoro che analizza i *big data* dovrebbe inviare tante informative quanti sono quelli trattati e i tipi d'analisi a cui

sono sottoposti. Si ritiene, dunque, che dovrebbe essere il Garante della *Privacy* o un'autorità analoga ad individuare le misure idonee, naturalmente nel rispetto della legge. Tra queste, si segnalano, a titolo di esempio, il controllo dell'*Antitrust* nei confronti di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, posizioni dominanti o segregazione dei mercati e quello del Garante *ex artt. 57 e 58 Reg. (UE) n. 2016/679*.

L'unica via da seguire per porvi rimedio potrebbe essere l'introduzione di un'apposita normativa nazionale sulla protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro, che affronta e risolve tutte le criticità emerse in precedenza riguardo alla circolazione illimitata dei *big data* del contraente debole. Una simile previsione ha ragion d'essere in un momento, come quello attuale, in cui le aziende ricorrono con frequenza ai sistemi algoritmici e agli impianti di intelligenza artificiale che fuoriescono dal dualismo presupposto dalla disciplina generale. In particolare, la tutela dei dati non solo personali del lavoratore agile potrebbe comportare la definizione di nuovi e più specifici limiti esterni al potere di controllo a distanza del datore di lavoro e alla regolazione della *privacy*, in vista della garanzia della libertà dei lavoratori a non essere sorvegliati continuamente.

7. Controllo a distanza e disconnessione

Un ultimo aspetto che merita di essere analizzato, nell'economia del presente studio, è l'interazione tra il potere di controllo a distanza del datore di lavoro e la disconnessione del lavoratore agile, per verificare se quest'ultimo vincoli l'esercizio del primo.

Per effettuare l'analisi si deve partire dalla premessa che il termine «disconnessione» si riferisce al fatto che il prestatore può non rispondere alle comunicazioni del datore di lavoro nel periodo di non lavoro (Ferrante 2008; Occhino 2010), per recuperare le energie psicofisiche e avere tempo per sé stesso. L'espressione, dunque, non sembra riferirsi all'oggetto di un nuovo diritto, ma al fenomeno dell'adeguamento di tutele note che emerge «dall'intreccio e talvolta dalla sovrapposizione tra le nozioni di «non lavoro, tempo libero e riposo» (Occhino 2010, 199). Ciò implica che, in funzione della tutela del lavoratore agile che svolge la prestazione da remoto mediante l'impiego di dispositivi tecnologici e la gestione dei relativi rischi, il controllo a distanza di cui all'art. 4 St. lav. non possa essere esercitato in fase di disconnessione (Ferrante 2008, 1-70).

Per capire se la fattispecie condiziona la vigilanza datoriale, occorre partire dalla premessa che, secondo la legge del 2017, il lavoratore agile può disconnettersi dagli strumenti tecnologici e dalle piattaforme, nel rispetto dell'eventuale accordo sottoscritto col datore di lavoro, salvi eventuali periodi di reperibilità concordati¹³. Il problema è che tale disciplina non prevede la disconnessione come un diritto del lavoratore funzionale ad una maggiore tutela dei suoi tempi di riposo e della sua

¹³ La disciplina legislativa si «innesta» nel quadro dei limiti imposti, da quella del 2003, ai poteri datoriali riguardo alla collocazione e alla durata della prestazione lavorativa (Ferrante 2008, 265 sgg.).

salute e ad evitare di subire pregiudizi sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi. Pertanto, sarebbe maggiormente apprezzabile se gli attribuisse tale «diritto alla disconnessione», determinando il venir meno del rischio che ne sia minata l'effettività e che sia impossibile valutarne l'interrelazione col potere di controllo a distanza (Ferrante 2008, 58 sgg.). Più precisamente, se contemplasse una simile previsione, la legge del 2017 permetterebbe di evitare la dilatazione dell'orario di lavoro previsto dalla legge o dal contratto collettivo, creando una certa disarmonia tra la vita privata e la vita professionale del lavoratore agile.

L'integrazione e specificazione della disciplina del 2017 in termini di introduzione del diritto alla disconnessione in questione, anche in assenza degli accordi individuali previsti al riguardo, potrebbe limitare significativamente l'invasiva presenza del datore di lavoro (Ferrante 2008, 275 sgg.). Infatti, renderebbe difficile per quest'ultimo abusare di tali impianti e comporterebbe il rischio, per il contraente debole, che il lavoro agile, non adeguatamente regolato, sia soggetto ad una connessione continuativa, rispondente ai bisogni e ai tempi del solo datore di lavoro. Per questa ragione l'obiettivo del legislatore, ove procedesse all'introduzione del diritto alla disconnessione dello *smart worker*, potrebbe concretizzarsi nella tutela dei tempi di riposo e della salute dello stesso nei termini anzidetti. In altre parole, imporrebbe al datore di lavoro di tener conto di essi quando effettua il controllo a distanza e consentirebbe al lavoratore agile di disporre del proprio tempo libero, senza intrusioni «datoriali» nella sua sfera privata, e di usare gli strumenti di controllo e quelli di lavoro solo nel quadro del cd. «tempo di lavoro».

La novellazione sarebbe completa se la legge vigente, sulla scia di una proposta di legge del 2020, adeguasse il controllo a distanza sul lavoratore agile al diritto di disconnessione¹⁴, intimando al datore di lavoro di vigilare sulla sua osservanza (art. 2, 1° comma, lett. i), DDL S. 1833, 20/9/2020). Infatti, per quanto i contratti collettivi possano disporre lo spegnimento dei *server* in certe fasce orarie in base alle esigenze del settore professionale o dell'azienda, non sempre essi ovviano alle difficoltà del lavoratore agile di far fronte alle pressioni del datore di lavoro. Non per nulla, secondo la proposta di direttiva UE sul diritto di disconnessione, i lavoratori sono disponibili per i datori di lavoro nell'ambito dell'orario di lavoro ma non al di fuori di esso e i cd. «periodi di guardia» fanno parte dello stesso¹⁵. Tuttavia, visto e considerato che esso non è regolato dal diritto dell'Unione Europea e che gli Stati membri lo disciplinano diversamente, in alcuni casi l'autonomia collettiva è chiamata a intervenire in via sostitutiva (Ferrante 2008, 228 sgg.). Infatti, secondo la stessa proposta di direttiva la Commissione Europea e gli Stati membri doves-

¹⁴ DDL S. 1833, *Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti*, 20 settembre 2020, in <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/09/53042.pdf>.

¹⁵ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)), 21 gennaio 2021, in www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0246_EN.html, punto 10. Cfr. anche l'accordo quadro sulla digitalizzazione sottoscritto il 22 giugno 2020 dall'European Trade Union Confederation e dalle organizzazioni datoriali BusinessEurope, Ceep e Sme United.

bero incoraggiare le parti sociali a scambiarsi le migliori pratiche e a garantire un approccio comune coordinato alle condizioni di lavoro esistenti, lasciando impregiudicati i diritti sociali e la mobilità all'interno dell'Unione Europea¹⁶.

8. Conclusioni

La disciplina sul controllo a distanza nel lavoro agile, pur avendo come perno l'art. 21, 1° comma, della legge n. 81 del 2017, l'art. 4 St. lav. e la normativa sulla *privacy*, non regola adeguatamente l'impiego dei dispositivi elettronici ad esso implicito, inducendo l'interprete ad effettuare una considerazione generale, alla quale si può solo accennare in questa sede, ma che potrebbe essere oggetto di uno studio approfondito in futuro.

Quando si parla di controllo a distanza sul lavoratore agile si nota l'assenza, in seno alla legge del 2017, di una disciplina capace di andare oltre le anomalie interpretative e di far fronte ai fenomeni legati all'uso degli strumenti informatici e telematici propria di tale modalità di esecuzione della prestazione (Del Conte 2020, 199 sgg.). Per disporre di simili caratteristiche e, dunque, per superare le criticità esegetiche menzionate, la suddetta regolamentazione dovrebbe essere rivisitata dal legislatore interno alla luce di quanto stabilito dall'art. 88 del Regolamento UE n. 679 del 2016. Dovrebbe, cioè, contenere misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali dei lavoratori agili, soprattutto riguardo alla trasparenza del trattamento e ai sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro. Inoltre, vista e considerata la peculiarità dei diversi settori professionali in cui essi operano, dovrebbe essere integrata dall'autonomia collettiva, sia nazionale che di secondo livello, più o meno negli stessi termini ai quali si è fatto riferimento in precedenza. In sostanza, il legislatore e l'autonomia collettiva, prendendo spunto dal disegno di legge del 20 settembre 2020¹⁷, dovrebbero chiarire i dubbi lasciati irrisolti dalla suddetta legge n. 81 del 2017, senza, tuttavia, sconvolgerne l'impianto originario e senza mettere in pericolo l'effettività dello svolgimento della prestazione da parte del lavoratore agile.

Riferimenti bibliografici

- Barbieri, M. 2017. "L'utilizzazione delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, diretto da Patrizia Tullini, 183-208. Torino: Giappichelli.
- Bellavista, A. 2018. "Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza." In *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Gaetano Zilio Grandi e Marco Biasi, 621-32. Padova: Cedam.

¹⁶ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione, cit., punto 10.

¹⁷ DDL S. 1833, *Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti*, 20 settembre 2020, in <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/09/53042.pdf>.

- Brollo, M. 2020. "Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia." *Il lavoro nella giurisprudenza*, 6: 553-70.
- Carinci, M. T. 2016. "Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23 D.lgs. 151/2015): spunti per un dibattito." *Labour & Law Issues*, 1: III-XIV. <https://labourlaw.unibo.it/article/view/5994>.
- Del Conte, M. 2020. "Le prospettive del lavoro agile oltre l'emergenza." In *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, a cura di Michel Martone: 199-210. Roma: La Tribuna.
- Del Punta, R. 2016: "La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art.23, d.lgs. n. 151/2015)." *RIDL*, I: 77-110.
- Ferrante, V. 2008. *Il tempo di lavoro tra persona e produttività*. Torino: Giappichelli.
- Fiorillo, L. 2018. "Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro." In *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Luigi Fiorillo e Adalberto Perulli, 165-75. Torino: Giappichelli.
- Gragnoles, E. 2016. "Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione." *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 4: 651-67.
- Ichino, P. 2016. "Nota tecnica sul contenuto del testo legislativo e le modifiche apportate dalla Commissione." www.pietroichino.it, 3 agosto 2016.
- Maiò, V. 2015. "La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica." *Argomenti di diritto del lavoro*, 6: 1186 -215.
- Marazza, M. 2016. "Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)." *WP CSDLE "Massimo D'Antona."IT - 300/2016*.
- Maresca, A. 2017. "Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di Patrizia Tullini: 513-46. Torino: Giappichelli.
- Occhino, A. 2010. *Il tempo libero nel diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Pinto, V. 2017. "I controlli «difensivi» del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di Patrizia Tullini: 139-64. Torino: Giappichelli.
- Proia, G. 2018. "L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile", in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Luigi Fiorillo e Adalberto Perulli: 177-94. Torino: Giappichelli.
- Sartori, A. 2020. *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*. Torino: Giappichelli.
- Spinelli, C. 2018. *Tecnologie digitali e lavoro agile*. Bari: Cacucci.
- Tiraboschi, M. 2017. "Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro." *Diritto delle relazioni industriali*, 4: 921-77.
- Tullini, P. 2017. "Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali*, a cura di Patrizia Tullini: 97-124. Torino: Giappichelli.
- Vallauri, M. L. 2016. "Il telelavoro come strumento di conciliazione", in *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2005 (2016)*, a cura di Donata Gottardi: 123-35. Torino: Giappichelli.
- Zoli, C. 2016. "Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970." *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 4: 635-50.

La malattia del lavoratore

Giovanni Di Corrado

In caso di assenza del lavoratore causata dallo stato di malattia si crea un conflitto tra le fondamentali esigenze di efficienza produttiva delle aziende e il principio della tutela della salute individuale e collettiva.

La malattia del lavoratore deve essere intesa come ogni alterazione dello stato di salute fisica e psichica che determini una sua incapacità totale o parziale di attendere proficuamente allo svolgimento dell'attività lavorativa e che richiede cure sanitarie, comprese quelle termali. (Del Giudice, Izzo 2022, 273).

In altre parole, lo stato di malattia rientra tra i casi di impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione lavorativa e determina una situazione in cui, applicando la normativa generale sulle obbligazioni, ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c., al lavoratore non spetterebbe alcun trattamento economico, con conseguente estinzione del rapporto, nel caso che il datore di lavoro non abbia più interesse alla sua prosecuzione.

Con orientamento da ritenere consolidato, la Suprema Corte ha più volte affermato che gli obblighi la cui violazione, in base al combinato disposto degli artt. 2104, co. 2 e 2106 c.c., assume rilievo sotto il profilo disciplinare, non si identificano esclusivamente con le obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro subordinato, ma ricadono in una più vasta gamma di doveri, il cui adempimento è indispensabile per assicurare la corretta esecuzione del lavoro e, per quanto possibile, la produttività dell'impresa (Cass. 11.12.1995, n. 12686, in *Not. giur. lav.*, 1995, 893).

Come si può comprendere, la problematica di fondo sottesa al tema si estrinseca in un conflitto che nasce dal contrapporsi di un interesse di carattere produttivi-

Giovanni Di Corrado, info@studiodicorrado.it, 0000-0002-3514-7219

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giovanni Di Corrado, *La malattia del lavoratore*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.24, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 415-432, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

stico ad una pretesa attinente alla tutela della salute individuale e collettiva. La soluzione non può essere rimessa al lavoratore, obbligandolo in forza del sinallagma contrattuale a scegliere tra la tutela dei propri problemi di salute e la conservazione del posto di lavoro. In questo caso, infatti, probabilmente il lavoratore opterebbe per la tutela dell'esigenza primaria di sussistenza, a scapito del bene salute.

D'altro canto, la soluzione non può nemmeno essere temporalmente illimitata, tenuto conto che ci si muove pur sempre nell'ambito di un'obbligazione di carattere contrattuale.

La soluzione scelta dal combinato disposto dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2110 c.c. prevede che, in presenza di un'alterazione dello stato di salute del lavoratore che renda materialmente impossibile o, comunque, nocivo lo svolgimento dell'attività oggetto del suo obbligo contrattuale, è giustificata la sospensione dell'attività lavorativa.

Il datore di lavoro, pertanto, non può recedere dal rapporto fino alla guarigione del dipendente, in quanto viene ritenuto prevalente il diritto di quest'ultimo alla salute rispetto all'interesse del primo a ricevere la prestazione di lavoro. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro a favore del dipendente malato sussiste per il periodo di tempo (comporto) la cui durata è stabilita dalla legge, dalle norme collettive, dagli usi o secondo equità e varia a seconda dell'anzianità di servizio. Può essere unico (cd. *comporto secco*) o frazionato (più periodi di malattia in un determinato arco temporale, intervallati dalla effettiva ripresa dell'attività tra un periodo e l'altro); in quest'ultimo caso, l'estinzione del rapporto di lavoro è legittima solo se la sommatoria dei singoli episodi morbosi superi il periodo massimo stabilito (cd. *licenziamento per eccessiva morbilità*).

In merito a questo aspetto, un punto particolarmente dibattuto riguarda la possibilità o meno da parte del datore di lavoro di negare le ferie al lavoratore che chiede di usufruirne per evitare il decorso del termine del *comporto*. La Cassazione ricordando l'indirizzo di legittimità prevalente propone diverse argomentazioni a supporto delle ragioni del lavoratore.

Con ordinanza 23 settembre 2023, n. 26997, gli Ermellini hanno confermato l'orientamento consolidato che consente al lavoratore la possibilità di richiedere l'utilizzo delle sue ferie arretrate e non ancora godute prima della scadenza del periodo di *comporto*. Questa opzione ammette di modificare il motivo dell'assenza da «malattia» a «ferie», evitando così il decorso del periodo di *comporto*. Presupposto imprescindibile è che le ferie siano richieste e approvate prima della scadenza del *comporto* stesso.

Prima di affrontare la tematica sottoposta all'attenzione della Suprema Corte è d'obbligo proporre l'analisi dell'istituto del *comporto* in relazione alle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, evidenziando i poteri della parte datoriale quanto i diritti del lavoratore.

Il periodo di *comporto* è un intervallo di tempo durante il quale un dipendente può assentarsi per malattia (oltre che per infortunio, gravidanza o puerperio) senza il rischio di subire il recesso dal contratto di lavoro. Pertanto, anche se il dipendente non è in grado di lavorare, l'azienda non può licenziarlo durante questo lasso temporale e il rapporto può essere risolto solo nel caso in cui sia

stato superato il periodo in questione. La durata massima del periodo di malattia o infortunio è disciplinata dai contratti collettivi nazionali che definiscono le modalità di attuazione del principio previsto dal codice civile. Il datore di lavoro che intende risolvere il rapporto deve verificare che nei periodi presi in considerazione non vi siano eventuali malattie escluse dal periodo di comportamento, in attuazione di quanto previsto dal Ccnl. Inoltre vanno escluse malattie o infortuni imputabili al datore di lavoro per violazione delle norme in materia di tutela della salute e sicurezza.

In linea generale, la legge vigente stabilisce un massimo di 180 giorni di malattia retribuiti in un anno, ma, sempre a favore del lavoratore, il contratto collettivo nazionale di lavoro (Ccnl) o le disposizioni aziendali possono prevedere una diversa durata massima della malattia.

Innanzitutto è fondamentale ricordare che il dipendente malato ha il diritto alla retribuzione durante i giorni di malattia, secondo quanto previsto dalla legge o dal Ccnl. I primi tre giorni di malattia sono a carico del datore di lavoro (cd. periodo di carenza). Dal quarto giorno in poi l'onere ricade in capo all'Inps che paga una quota dello stipendio, mentre la restante parte viene comunque versata dal datore fino a raggiungere l'intera retribuzione. Per tale ragione è importante che il certificato medico (come poi si tratterà più diffusamente) sia trasmesso non solo al datore, ma anche all'Inps.

Peraltro deve essere favorito il rientro del lavoratore in azienda con il datore che deve cercare di facilitare il ritorno a lavoro, salvaguardando la salute del dipendente. Ad esempio, su consiglio del medico aziendale, il datore potrebbe assegnare al lavoratore mansioni più leggere e compatibili con il suo stato di salute, a parità di retribuzione.

Il dipendente, dal canto suo, deve seguire le procedure interne dell'azienda per presentare il certificato medico e per comunicare la propria assenza.

Durante il periodo di comportamento, come già evidenziato, il datore di lavoro non può procedere al licenziamento mentre, trascorso tale periodo, è possibile recedere dal contratto. La disposizione è contenuta all'interno dell'art. 2110 c.c. In particolare, il co. 2, stabilisce che «nei casi indicati nel comma precedente (infortunio e malattia), l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità».

Nella pratica il periodo massimo di malattia o infortunio è disciplinato dai contratti collettivi nazionali che definiscono le modalità di attuazione del principio previsto dal codice civile e la relativa durata.

Prima di avviare la procedura di risoluzione, il datore di lavoro deve effettuare alcune verifiche preliminari.

Innanzitutto occorre verificare che, nei tempi presi in considerazione, non vi siano eventuali malattie escluse dal periodo di comportamento, in attuazione di quanto previsto dalla contrattazione collettiva. Infatti è possibile che alcuni contratti collettivi abbiano escluso particolari patologie che -per la loro natura e gravità- sono considerate dall'opinione pubblica e dalla sensibilità delle persone come malattie da escludere dal comportamento (ad esempio, le malattie di natura oncologica). Da questo punto di vista, il legislatore non ha previsto alcuna

limitazione. La verifica è demandata al medico competente che dovrà appurare tali patologie su richiesta del dipendente, all'atto dell'informativa circa il raggiungimento del periodo massimo di comperto. Ciò al fine di non conteggiare nel comperto stesso tali malattie.

Inoltre non vanno conteggiati i periodi di malattie o infortuni imputabili al datore di lavoro per violazione delle norme in materia di tutela della salute e sicurezza. In argomento la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2527 del 4 febbraio 2020, ha espressamente chiarito come «le assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale, in quanto riconducibili alla generale nozione di infortunio o malattia contenuta nell'art. 2110 c.c., sono normalmente computabili nel previsto periodo di conservazione del posto, mentre, affinché l'assenza per malattia possa essere detratta dal periodo di comperto, non è sufficiente che la stessa abbia un'origine professionale, ossia meramente connessa alla prestazione lavorativa, ma è necessario che, in relazione ad essa ed alla sua genesi, sussista una responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c.».

Dello stesso tenore anche l'ordinanza n. 7247 del 4 marzo 2022 della Cassazione.

In definitiva, per il calcolo del periodo di comperto andranno sommate le sole malattie e infortuni non causati da una responsabilità del datore di lavoro e si dovranno detrarre quelle per cui sussista una sua responsabilità.

L'importanza del calcolo per la verifica circa il superamento del periodo di comperto è fondamentale. Non a caso la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 27334 del 16 settembre 2022, ha stabilito che, ove il giudice di merito accerti il mancato superamento del periodo di comperto, occorre disporre la reintegra nel posto di lavoro, a prescindere dal numero dei dipendenti in forza presso l'azienda, in quanto si è in presenza di un recesso adottato in violazione di una norma di legge, per cui il mero risarcimento non è sufficiente per sanare l'errore datoriale.

Sul versante procedurale è importante la tempestività della comunicazione di recesso. In tempi brevi il datore di lavoro dovrà accertare l'entità degli episodi morbosi e dovrà valutare la continuazione (o meno) del rapporto di lavoro. Il trascorrere di un lasso di tempo eccessivo può significare la rinuncia del datore di lavoro ad esercitare il diritto di recedere dal contratto per il superamento del periodo di comperto (Cass., 22.7.1999, n. 7899). In altri termini, ove al perdurare della malattia oltre il periodo di comperto il datore di lavoro non proceda con prontezza a comunicare il recesso, è legittimo l'affidamento del lavoratore nella continuità del rapporto di lavoro. In proposito, è d'obbligo evidenziare che la decisione di recedere dal contratto, per tale motivazione, è discrezionale per cui il datore di lavoro, qualora ritenga di voler proseguire il rapporto non considerando quanto previsto dal co. 2 dell'art. 2110 c.c., potrà trascurare tale disposizione ed attendere il rientro del lavoratore dalla malattia/infortunio.

Viceversa, in caso di recesso, il datore di lavoro dovrà concedere il periodo di preavviso ovvero erogare la relativa indennità sostitutiva del mancato preavviso.

In merito al recesso per tale motivazione, è di recente intervenuta la Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 9095 del 31 marzo 2023, ha affermato la nullità di un licenziamento per superamento del periodo di comperto irrogato

a un lavoratore disabile, qualora il Ccnl non abbia differenziato tale periodo per i lavoratori affetti da patologie correlate alla disabilità, in quanto ciò si presta a forme di discriminazione indiretta. In particolare, l'art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 216/2003, riconduce tra le forme di discriminazione indiretta le disposizioni e i comportamenti apparentemente neutri che mettono, tuttavia, le persone portatrici di handicap in una situazione oggettiva di svantaggio rispetto ad altre persone.

Non trattandosi di licenziamento disciplinare non è obbligatoria una preventiva contestazione delle assenze, né tantomeno è obbligatorio riportare analiticamente l'elenco delle assenze (Cass, 17.8.2018, n. 20761).

Sull'argomento è la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 6336 del 2 marzo 2023, ad aver ulteriormente precisato che il datore di lavoro non è obbligato a specificare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive; tuttavia, la motivazione da indicare nella lettera di recesso deve essere idonea ad evidenziare il superamento del comportamento in relazione alla disciplina contrattuale applicabile, dando atto del numero totale di assenze verificatesi in un determinato periodo, fermo restando l'onere, nell'eventuale sede giudiziaria, di allegare e provare, compiutamente, i fatti costitutivi del potere esercitato.

L'elenco delle assenze potrà essere consegnato al lavoratore dopo il licenziamento, previa sua richiesta (Cass., 27.2.2019, n. 5752).

Dal versante opposto, il lavoratore, in prossimità del termine del periodo di comportamento (non dopo), potrà richiedere la fruizione delle ferie residue, al fine di procrastinare la durata. Le ferie potranno essere negate, da parte del datore di lavoro, esclusivamente in presenza di motivate ragioni (Cass., 19.10.2018, n. 27392). Inoltre, come evidenziato dalla stessa Corte, nell'ambito di detto orientamento, è stato da tempo specificato che il lavoratore assente per malattia non ha incondizionata facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, quale titolo della sua assenza, allo scopo di interrompere il decorso del periodo di comportamento. Il datore di lavoro, di fronte ad una richiesta del lavoratore di conversione dell'assenza per malattia in ferie, nell'esercitare il potere, conferitogli dalla legge (art. 2109, co. 2, c.c.), di stabilire la collocazione temporale delle ferie nell'ambito annuale armonizzando le esigenze dell'impresa con gli interessi del lavoratore, è tenuto ad una considerazione e ad una valutazione adeguata alla posizione del lavoratore in quanto esposto, appunto, alla perdita del posto di lavoro con la scadenza del comportamento. Tale obbligo, a giudizio dei giudici, non è ragionevolmente configurabile in capo al datore di lavoro allorquando il lavoratore abbia la possibilità di fruire e beneficiare di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto per superamento del periodo di comportamento e, in particolare, quando le parti sociali abbiano convenuto e previsto, a tal fine, il collocamento in aspettativa, pur non retribuita.

Per precisione va esplicitato che il recesso al termine del periodo di comportamento non è da considerarsi quale licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in quanto ha una propria norma di riferimento (art. 2110 c.c.) e non è previsto nell'art. 3, l. n. 604/1966. Inoltre l'art. 7 della l. n. 604/1966 lo esclude dalla

procedura di conciliazione obbligatoria prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Da questo punto di vista, la Corte di Cassazione, con la sentenza a Sezioni Unite n. 12568 del 22 maggio 2018, ha precisato che

la giurisprudenza ritiene tale recesso assimilabile ad uno per giustificato motivo oggettivo anziché per motivi disciplinari: si tratta d'una mera "assimilazione" (e non "identificazione") affermata al solo fine di escludere la necessità d'una previa completa contestazione (indispensabile, invece, in tema di responsabilità disciplinare), da parte datoriale, delle circostanze di fatto (le assenze per malattia) relative alla causale e di cui il lavoratore ha conoscenza personale e diretta (fermo restando ovviamente l'onere del datore di lavoro di allegare e provare l'avvenuto superamento del periodo di non recedibilità).

Per concludere su questo aspetto, laddove il diniego delle ferie non sia opportunamente motivato, detto rifiuto non può che configurarsi violazione della disposizione civilistica di cui all'art. 1375 c.c.

Un'ulteriore soluzione per evitare lo sfioramento del periodo di comportamento prevista dall'art. 4, co. 2, l. n. 53/2000, è quello di richiedere una aspettativa per gravi e documentati motivi. Si tratta di una aspettativa dalla prestazione lavorativa di una durata massima pari a due anni che non dà diritto alla retribuzione ed alla relativa contribuzione previdenziale. La richiesta può essere avanzata previa esibizione documentale delle ragioni a supporto, a comprova della sinallagmaticità del contratto di lavoro, ovvero se da parte datoriale va motivato il diniego delle ferie per sospendere il decorso del periodo di comportamento, il lavoratore che richiede l'aspettativa non retribuita a seguito dello stesso dovrà documentare il perdurare dello stato di malattia e delle condizioni inibenti la prestazione lavorativa (Greco 2023, 26-30).

La classicità della malattia, nel novero degli eventi sospensivi della prestazione di lavoro, si fa apprezzare tanto in senso qualitativo, essendo l'istituto finalizzato alla protezione di un bene di elevato rango costituzionale quale la salute del cittadino lavoratore, quanto su quello empirico, trattandosi dell'ipotesi di più frequente realizzazione nella dinamica quotidiana delle relazioni di lavoro (Del Punta 2016).

Oltre all'effetto sospensivo sul rapporto di lavoro, rileva in tal caso anche la disciplina del trattamento economico spettante al lavoratore, che trova il suo fondamento direttamente nel diritto al sostentamento e all'assistenza previsto dall'art. 38 Cost. Le retribuzioni da corrispondere ai lavoratori ammalati aventi la qualifica di impiegato e quadro (con esclusione di quelli operanti nel commercio) sono a carico del datore di lavoro, mentre per tutte le altre categorie è a carico dell'Inps l'indennità giornaliera di malattia.

In apertura del presente contributo si è detto che la malattia del lavoratore deve essere intesa come ogni alterazione dello stato di salute fisica e psichica della sua salute che determini una sua incapacità totale o parziale di attendere proficuamente allo svolgimento dell'attività lavorativa e che richiede cure sanitarie.

La definizione appena data non è contenuta nell'art. 2110 c.c. che si limita a enunciare l'evento malattia, senza definirlo. Della malattia si parla come assenza

di malattia, in termini, quindi, solamente negativi, oppure la si collega alla condizione biofisiologica dell'uomo o, ancora, si tiene conto del rapporto di stretta integrazione tra uomo e ambiente naturale e sociale in cui vive, prendendo quindi in considerazione i diversi bisogni e i diversi ambienti, sociali e familiari, in cui esso vive e non solo il dato psico-fisico.

Il relativo onere è così passato agli interpreti, fra i quali è emerso, da tempo, il riferimento ad una nozione più ristretta di quella medica e/o medico-legale, tale da comprendere non ogni alterazione dello stato psico-fisico del lavoratore, ma esclusivamente quelle situazioni nelle quali l'infermità determini, per intrinseca gravità e/o per incidenza sulle mansioni normalmente svolte dal dipendente, una concreta ed attuale (seppure transitoria) incapacità al lavoro del medesimo (v., ad es., Cass., 26.11.2014, n. 25162). Questa nozione si è affermata anche sul piano previdenziale (art. 2, co. 1, l. 29.2.1980, n. 33).

Quanto sopra rilevato comporta che l'idoneità della malattia a giustificare l'assenza vada valutata in relazione alle circostanze specifiche ed alle mansioni affidate in concreto al lavoratore (Pret. Parma, 22.7.1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1195, II, 876): per esemplificare, quindi, un mal di gola, che comporta una temporanea afonia, può rappresentare un impedimento per una centralinista o per un addetto agli annunci alla stazione, ma non deve avere alcun effetto, sempre che non sia accompagnato da altri disturbi, sulla capacità lavorativa di un addetto all'inserimento dati su un supporto elettronico¹.

Alla luce di quanto affermato, il concetto di malattia giuridicamente rilevante è decisamente più ristretto rispetto alla nozione di malattia generale ed è individuabile nei casi in cui si presenti un'incapacità lavorativa qualificata, temporanea, specifica, concreta ed attuale (non ha rilievo il fatto che, continuando l'attività, possa sorgere il rischio del verificarsi di una successiva incapacità lavorativa).

La questione si pone in termini non diversi per l'infortunio del lavoratore subordinato, che si distingue dalla malattia (comune o professionale) per la causa violenta che l'ha determinato, ma che è ad essa accomunato sotto il profilo dell'inabilità al lavoro (qui anche permanente) del soggetto che ne è vittima.

¹ Ha fatto scuola il caso della centralinista con un mignolo ingessato che è stata riconosciuta in grado di continuare a lavorare, sia perché l'ingessatura non le impediva il sollevamento della cornetta, sia perché l'inabilità era di tale lieve entità che non richiedeva di riposo nemmeno dal punto di vista generale. In questo caso, manca una delle due condizioni che giustificano l'assenza per malattia, ossia che sia tale da impedire l'attività lavorativa. L'esito dell'accertamento sanitario ispettivo (prognosi di 20 giorni per la distorsione del dito mignolo) in questo caso, in base a quanto disposto dall'art. 5 Stat. lav., è pienamente sindacabile in sede giudiziale, dal momento che la presunzione di veridicità assiste soltanto i rilievi oggettivi compiuti dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni e non anche i giudizi opinabili, quali sono le diagnosi mediche. Ne consegue, per il principio del sinallagma contrattuale, la legittimità della sanzione disciplinare comminata alla lavoratrice di sospensione per tre giorni dal lavoro e dalla retribuzione, in quanto in base ai principi di buona fede, doveva essere risaputo da parte sua che una infermità di così lieve entità, quale quella che le era occorsa poteva tranquillamente consentirle di continuare a svolgere la propria attività lavorativa (Pret. Milano, 3.2.1989, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 350).

ma. Un'ulteriore distinzione è quella tra l'infortunio extra-lavorativo, di solito equiparato dai contratti collettivi alla malattia comune, e quello sul lavoro (cioè occasionato dal lavoro), normalmente equiparato, sulla scia della corrispondente assicurazione sociale, alla malattia professionale.

Le ragioni che hanno portato in auge il concetto di «incapacità al lavoro» sono, al fondo, interne alla disciplina. È concettualmente congruo che in un rapporto obbligatorio incentrato sull'utilizzazione continuativa delle energie lavorative della persona del debitore, il primo criterio di delimitazione delle ipotesi di legittima esenzione (per motivi di salute) dalla prestazione di lavoro non possa che guardare alle situazioni nelle quali il lavoratore non sia ragionevolmente in grado di svolgere, ostandovi le sue condizioni fisiche o psichiche, tale prestazione se non mettendo in pericolo la propria salute (Del Punta 1992, 40; Pandolfo 1991, 142).

Ne segue che, se vi sono malattie che determinano fatalmente un impedimento a svolgere qualunque tipo di lavoro, ve ne sono numerose altre (Carinci 2007, 493) la cui idoneità inabilitante è dipendente dalle mansioni assegnate al lavoratore ed altre ancora, anche di non lieve entità, che sono normalmente (ma non necessariamente) prive di rilevanza diretta nel rapporto di lavoro (si pensi ai disturbi cardiaci meno gravi, ad alcuni disturbi cronici dell'apparato circolatorio, alle forme più comuni di menomazione della vista, ai disturbi sessuali, ad ulcere gastriche in fasi non acute, alle malattie dentarie meno impellenti).

Il fatto che nel corpo dell'art. 2110 la conservazione del posto sia garantita al lavoratore malato o infortunato soltanto per un periodo delimitato di tempo ha consentito, altresì, di attribuire allo stato di malattia o di infortunio il necessario attributo della «temporaneità» (rapportabile, se si vuole, alla categoria dell'impossibilità parziale *ratione temporis*), realizzandosi altrimenti la diversa (per il diritto, più che per il senso comune) condizione dell'inidoneità definitiva al lavoro (sulla distinzione tra i due eventi, si veda Cass., 20.2.2013, n. 4206; sulla licenziabilità per giustificato motivo oggettivo del lavoratore inidoneo, si veda Cass., 2.7.2009, n. 15500), riconducibile ad un'impossibilità definitiva della prestazione, a sua volta filtrata sul piano lavoristico (ma all'ulteriore condizione dell'inutilizzabilità *aliunde* del dipendente) tramite il giustificato motivo obiettivo di licenziamento.

Andando più nel concreto, il procedimento di accertamento della malattia si suddivide in due fasi: quella (necessaria) rivolta a portare a debita conoscenza il datore di lavoro della sopravvenienza della malattia, tramite la comunicazione e la certificazione della medesima, e quella (eventuale) del controllo attivato dal datore di lavoro o dall'ente previdenziale assicuratore della malattia comune (Del Punta 2004, III).

La fonte dell'obbligo di comunicazione della malattia (di solito a breve, ad es. entro ventiquattro ore, ed anche con modalità informali), al di là della sua rispondenza al generale dovere di correttezza, è la contrattazione collettiva, di solito di livello nazionale.

Il lavoratore è tenuto a giustificare al datore di lavoro l'assenza, mediante apposita certificazione, che deve essere trasmessa per via telematica direttamente

dal sanitario all'Istituto Previdenziale, il quale provvederà a sua volta a comunicarla al datore di lavoro (art. 25, l. n. 183/2010). Secondo la Cassazione (Cass., 22.7.2016, n. 15226), rientra tra gli obblighi del lavoratore non solo comunicare tempestivamente lo stato di malattia, ma anche verificare che la trasmissione telematica del certificato sia avvenuta correttamente.

Il certificato di malattia destinato all'Inps contiene sia la diagnosi che la prognosi rese dal medico curante (art. 2, co. 1, l. n. 33/1980), mentre la certificazione o attestazione per il datore di lavoro reca esclusivamente la prognosi della malattia (co. 2).

Questa regola, pensata per proteggere la riservatezza del lavoratore, è stata criticata dalla dottrina (Ichino, 1979, 95-6), in quanto la mancata conoscenza (se non, talora, in via ufficiosa) della natura della malattia sottrae al datore di lavoro buona parte della sua legittima facoltà di valutazione circa la sussistenza dello stato di incapacità e la congruità della prognosi accusata dal lavoratore.

In alcune evenienze, peraltro, può essere lo stesso lavoratore ad avere interesse a rendere nota al datore di lavoro la natura della malattia, ad esempio per usufruire di particolari termini di compenso, come quelli previsti in caso di neoplasie (Cass., 19.12.2001, n. 14475).

La legge riconosce sia al datore di lavoro sia all'ente previdenziale la facoltà di effettuare accertamenti sullo stato di malattia del lavoratore, ma esclusivamente per mezzo di medici delle ASL e in determinati intervalli di tempo, le cd. fasce di reperibilità (che, per il settore privato, vanno dalle 10.00 alle 12.00 e dalle 17.00 alle 19.00). Nel caso in cui il datore di lavoro eserciti tale potere di controllo avvalendosi di medici di propria fiducia, gli accertamenti così irruotamente effettuati sono inutilizzabili e verrà applicata la sanzione penale di cui all'art. 38, l. n. 300/1970.

Tuttavia si attestano anche casi nei quali il datore di lavoro, senza aver disposto la visita di controllo, ha a disposizione e/o si procura elementi che gli permettono di considerare inattendibile il certificato di parte, rendendo possibile, di conseguenza, la comminazione di sanzioni disciplinari, motivate dall'assenza ingiustificata del lavoratore come conseguenza dell'assunta non veridicità della malattia (si veda Cass., 25.11.2014, n. 25162).

È, anzitutto, il caso di certificati formalmente irregolari o comunque esteriormente inattendibili, se non falsi (un problema che la modalità telematica dovrebbe aver neutralizzato). V'è poi, per il datore di lavoro, la possibilità almeno teorica di contestare la congruità della prognosi recata dalla certificazione (anche se ciò è rischioso, sinché si ignora la diagnosi).

Ma più frequente è che il datore di lavoro ritenga di desumere l'insussistenza della malattia e, quindi, l'inattendibilità della relativa certificazione medica, da circostanze extra-sanitarie (come il comportamento tenuto dal lavoratore anteriormente alla collocazione in malattia: v., ad es., Trib. Milano, 3.7.1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 396), dalle quali tragga, presuntivamente, tale conseguenza.

L'elemento fattuale che più ricorre in queste controversie è lo svolgimento, da parte del lavoratore, di altre attività (lavorative, sportive, ricreative ecc.) in pendenza dello stato di malattia, la cui valenza può essere duplice (Cass., 28.2.2014,

n. 4869): a) può dimostrare che il lavoratore non era effettivamente malato o comunque incapace di lavorare e, dunque, che la sua assenza dal lavoro era da ritenersi ingiustificata; b) anche ammessa l'autenticità della malattia, può rivelare la violazione dell'obbligo, incombente sul lavoratore nell'ambito dei doveri preparatori all'adempimento e in correlazione con i principi di correttezza e buona fede, di non pregiudicare il recupero delle proprie energie lavorative.

L'ipotesi *sub a*) dimostra come la condotta tenuta dal lavoratore possa essere un sintomo di non veridicità della malattia denunciata. Qualora il datore di lavoro venga a conoscenza, o per aver disposto appositi accertamenti o persino casualmente, che il lavoratore ha posto in essere comportamenti incompatibili con lo stato di malattia denunciato (nel senso che dimostrano che quello stato non era veritiero), egli può contestare disciplinarmente l'assenza ingiustificata che, a sua volta, se protratta oltre un certo numero di giorni, consente di solito il licenziamento. Ciò a prescindere dall'aver disposto una visita di controllo fiscale e dagli esiti della stessa, anche ove questi siano stati confermativi della prognosi resa dal medico di fiducia del dipendente.

Le informazioni sullo svolgimento di altre attività possono essere state acquisite tramite appositi accertamenti extrasanitari, come quelli condotti a mezzo di agenzie investigative. Sulla liceità di dette indagini, anche al cospetto di norme come l'art. 8 St. lav., non vi sono ormai più dubbi nella giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito.

Ne consegue la piena utilizzabilità delle informazioni in discorso, che di solito vengono verificate attraverso l'assunzione testimoniale degli investigatori. Secondo la Cassazione, indagini investigative sono legittime che se svolte da addetti alla vigilanza aziendale. Una volta superato lo scoglio preliminare in ordine all'acquisizione dei dati, si apre il ventaglio di un'ampia casistica incentrata sulla verifica *ex post* dello stato di malattia denunciato.

Ma lo svolgimento di altre attività in pendenza di malattia – giungiamo così al profilo *sub b*) – può essere ritenuto illegittimo a prescindere dal fatto di far dubitare della veridicità della malattia. Esso, infatti, concreta una violazione di quel dovere preparatorio all'adempimento che consiste nel dovere di non pregiudicare il recupero delle proprie energie lavorative, così da rimettersi in condizione di adempiere la propria prestazione. La giurisprudenza fa discendere tale dovere, in modo non del tutto limpido, dall'obbligo di fedeltà (che probabilmente non c'entra) e dai principi generali di correttezza e buona fede (questo è un richiamo più pertinente) e ritiene di solito irrogabile, in caso di acclarata violazione, la sanzione disciplinare più grave vale a dire il licenziamento per giusta causa.

Pertanto ad essere precluso non è lo svolgimento di qualunque attività, persino lavorativa, bensì esclusivamente quello di attività incompatibili con lo stato di malattia denunciato; incompatibili non nel senso, precedentemente considerato, che esse dimostrano l'inesistenza di tale stato, bensì in quello che determinano un aggravamento del medesimo.

In merito a questo aspetto, può essere utile un breve esame della recente sentenza n. 13063 del 26 aprile 2022 della Suprema Corte che ricostruisce i presupposti dell'eventuale illegittimità dell'attività extra lavorativa in costanza di

malattia. Muovendo dal principio che l'inidoneità al lavoro consente attività non incompatibili con il giudizio medico, la sentenza aderisce all'orientamento che pone in capo al datore l'onere probatorio dell'inadempimento del dipendente agli obblighi in essere anche nel periodo di malattia. Per la Corte questo è il necessario corollario dell'opzione operata dal legislatore *ex art. 5, l. n. 604/1966* circa il riparto dell'onere in tema di licenziamento. Ma nel sistema di accertamento e controllo della malattia nell'ambito del rapporto di lavoro il principio espresso conduce ad effetti paradossali sul piano processuale e sostanziale. Una verifica della tenuta degli orientamenti giurisprudenziali richiamati a fondamento della pronunzia sembra, quindi, imporsi, alla luce dei principi costituzionali posti a presidio del diritto di difesa e dell'attività economica del datore, creditore della prestazione (Schiavone 2023, 385).

Apparentemente, quindi, il sistema dei controlli e delle conseguenti determinazioni datoriali per l'attività resa dal lavoratore in costanza di malattia sembra destinato a fluire in un alveo che concorrerebbe a facilitare l'abuso del diritto. Ciò per le oggettive difficoltà che si frappongono alla necessità di contrastare comportamenti aventi intuibile rilievo previdenziale ed economico, ma soprattutto gestionale, in quanto incidenti sull'organizzazione del lavoro ed avvertiti come distonici a correttezza e buona fede dall'intera comunità del lavoro.

Ma, si è detto, si tratta di conclusione solo apparentemente inevitabile.

Ancor prima di procedere alla valutazione della tenuta, alla luce del dettato degli artt. 24 e 41 Cost., dell'assetto regolativo della fattispecie complessiva per come ricostruito dalla Cassazione, l'interprete deve porsi il problema se eventuali discrasie e palesi illogicità sostanziali e/o processuali non possano essere corrette semplicemente rivisitando la medesima fattispecie sul piano sistematico.

Ebbene, a conclusioni diverse si potrebbe pervenire rileggendo, anche alla luce dell'evoluzione della normativa in tema di mansioni *ex art. 2103 c.c.*, il reale ambito del principio secondo cui il lavoratore inidoneo alla prestazione per il proprio datore, possa prescegliere – per assenza di obblighi in tal senso – se e per chi svolgere altre attività pure implicanti impegno psico-fisico apprezzabile. Tale orientamento ha preso le mosse dalla metà degli anni '70 e appare suscettibile di un ripensamento critico, quantomeno per i casi in cui il lavoratore dichiarato temporaneamente inidoneo *ex art. 2110 c.c.*, successivamente e sulla scorta di sua propria valutazione di compatibilità, ritenga – a valle della diagnosi e prognosi certificate – che le condizioni psicofisiche non siano tali da impedire attività ulteriori e diverse dalla prestazione lavorativa oggetto del contratto di lavoro, ludica o lavorativa, per conto proprio o di terzi.

Si è visto che nessuno dubita che sul lavoratore malato incombono gli obblighi di correttezza, buona fede e diligenza e che sul medesimo gravi anche il dovere di salvaguardare l'interesse datoriale alla prestazione dovuta ed alla relativa utilità, purché questo non comporti un apprezzabile sacrificio della propria posizione giuridica.

Sul punto è stato anche rilevato, a margine ed a commento della pronunzia della Suprema Corte del 29 luglio 1998, n. 7467, come lo stato di malattia sospenda la prestazione lavorativa, ma non gli obblighi sinallagmatici atteso che

il lavoratore in genere percepisce una indennità – spesso in parte (ad integrazione dell'intervento dell'ente previdenziale), in altri casi totalmente – a carico del datore di lavoro.

Ebbene, proprio il principio espresso dalla pronuncia della Suprema Corte del 29 luglio 1998, n. 7464, in ordine al quale pure non si rinvergono prese di posizione contrastanti, legittima un parziale ma decisivo correttivo all'orientamento circa l'ambito della autodeterminazione del lavoratore malato.

La sentenza n. 7467/1998 pone, infatti, un preciso e preliminare adempimento per la legittimità della prestazione effettuata in costanza di malattia, laddove statuisce:

Può aggiungersi che nel contesto di un rapporto ispirato ai principi di correttezza e buona fede il dipendente in malattia che, seppur inidoneo temporaneamente alle mansioni alle quali è assegnato dal datore di lavoro, intenda svolgere attività lavorativa presso terzi in costanza di malattia – per essere non di meno idoneo a mansioni diverse, il cui espletamento non sia pregiudizievole al fine di un più rapido recupero della piena idoneità fisica – è tenuto ad offrire tale prestazione al datore di lavoro il quale – esercitando lo jus variandi nel rispetto dell'art. 2103 c.c. – potrebbe temporaneamente assegnare il lavoratore proprio a quelle mansioni (equivalenti a quelle originarie) per le quali il lavoratore sia idoneo.

Per concludere, possono aggiungersi alcune riflessioni.

Il principio appena trascritto è coerente con la distinzione tra malattia ed inidoneità alle mansioni specifiche, inserendo l'eventuale prestazione del lavoratore temporaneamente inidoneo nell'ambito delle logiche e norme del sistema giuslavoristico, riportando la fattispecie a logica e razionalità (e, cosa che non guasta, a buon senso):

1. ferma l'inidoneità certificata, laddove il lavoratore si determini a porre in essere ulteriore e diversa attività, l'obbligo di offrire prioritariamente le residue energie lavorative al datore discende dalle norme generali in tema di correttezza e buona fede, ma anche dagli obblighi specifici in tema di diligenza e fedeltà;
2. costituisce altresì necessaria applicazione del principio sinallagmatico, laddove l'indennità di malattia gravi in tutto o in parte sul datore;
3. inserisce la prestazione – a differenza di quella autogestita dal lavoratore con valutazione non sorretta da giudizio medico alcuno – nel sistema di controlli sulla sicurezza *ex* art. 2087 c.c. Infatti il datore di lavoro potrà accettare la prestazione offerta dal lavoratore, nei limiti della parziale idoneità temporanea e, eventualmente, inserirla nel proprio processo produttivo solo previa specifica valutazione ad opera del medico competente in ordine a rischi specifici e generali;
4. detta temporanea riallocazione dovrà intervenire in applicazione del novellato art. 2103 c.c., ovvero in mansioni che garantiscano equivalenza rispetto all'inquadramento in essere o, comunque, dato il carattere necessitato e transitorio, anche in mansioni di livello inferiore ma con conservazione del trattamento economico;

5. la soluzione comporta risparmi a carico dell'ente previdenziale, trasferendo sul datore gli oneri del periodo di prognosi fino alla ricostituzione dell'idoneità psicofisica.

Resta da aggiungere che, in applicazione del recente d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (Decreto trasparenza), potrebbe risultare funzionale al rispetto degli obblighi sopra menzionati informare il lavoratore che la prestazione lavorativa resa in costanza di malattia ed al di fuori dell'ambito datoriale, senza la preventiva offerta delle energie lavorative residue alla controparte contrattuale, deve intendersi vietata laddove – fatti salvi eventuali ulteriori inadempimenti – ponga a rischio la guarigione o si ponga in potenziale conflitto di interessi con l'organizzazione datoriale.

Infatti, se si muove dalla nozione giuridica di conflitto di interessi alla base della prerogativa datoriale riconosciuta dall'art. 8, è evidente la sussumibilità di tale nozione nell'interesse aziendale a far valutare dal medico competente i rischi connessi alla ulteriore e diversa prestazione del lavoratore già dichiarato inidoneo, sia sul piano sinallagmatico, sia per evitare in prospettiva il rischio di un potenziale differimento della guarigione.

Infine ci si potrebbe chiedere perché il principio espresso dalla sentenza n. 7467/1998, con orientamento confermato da successiva pronuncia della Suprema Corte, abbia avuto nella prassi giudiziale ben poca applicazione. Il fatto potrebbe farsi risalire alle determinazioni datoriali, laddove l'inadempimento dell'obbligo dell'offerta delle residue energie lavorative non sia stato oggetto di contestazione, ovvero ad uno «strabismo» giurisprudenziale sul tema.

In entrambi i casi, si tratterebbe di errore emendabile, almeno in un futuro auspicabilmente prossimo.

La valutazione sulla natura incompatibile della diversa attività svolta non è, in genere, affatto semplice, non essendo raro che i comportamenti del dipendente si collochino su un crinale sottile fra aggravamento dello stato di salute e sostegno alla guarigione.

Ricapitolando, ad essere precluso non è lo svolgimento di qualunque attività bensì esclusivamente quello di attività incompatibili con lo stato di malattia denunciato (v., per prima, Cass., 16.6.1976, n. 2244) e, dunque, tali da comportare un ritardo della guarigione (v., *ex multis*, Cass., 6.12.2012, n. 21938; Cass., 14.9.2012, n. 15476) del quale è ulteriormente dibattuto se debba essere effettivo (in questa logica, nel caso di una lavoratrice afflitta da coliche addominali che aveva partecipato ad una trasmissione televisiva come cantante amatoriale, il cui licenziamento è stato reputato illegittimo perché la guarigione non aveva patito ritardi, si veda Cass., 27.2.2008, n. 5106) ovvero, secondo una più rigorosa valutazione *ex ante*, meramente potenziale (Cass., 5.8.2014, n. 17625; Cass., 21.4.2009, n. 9474).

Ad ogni modo, in caso di assenza ingiustificata, è prevista la perdita dell'indennità per un periodo di volta in volta definito. Secondo la giurisprudenza, l'assenza alla visita di controllo non è sanzionata dalla perdita del trattamento economico di malattia e può essere giustificata nei seguenti casi: nelle ipo-

tesi di forza maggiore; in ogni situazione che, accertata dal giudice di merito, abbia reso indifferibile altrove la presenza personale dell'assicurato; quando sussista un'esigenza di solidarietà e di vicinanza familiare meritevole di tutela nell'abito dei rapporti etico-sociali garantiti dalla Costituzione (art. 29 Cost.: ad esempio, lavoratore assente alla visita di controllo in quanto impegnato nell'assistenza della propria madre, ricoverata in un centro specialistico di riabilitazione e priva di altro sostegno morale e senza altri familiari; si veda Cass. 23.11.2004, n. 22065; Cass. 9.3.2010, n. 5718); in situazioni in cui il comune sentire ritiene che ci siano eventi improvvisi che giustifichino l'assenza (ad esempio, non è stato ritenuto rientrante in tale ambito il caso dell'accompagnamento in ospedale del figlio per una visita da tempo programmata: Cass. 1.10.2019, n. 24492).

Per i Giudici di legittimità, dunque, l'assenza è giustificata da ogni situazione che, ancorché non insuperabile e nemmeno tale da determinare, ove non osservata, la lesione di beni primari, abbia reso indifferibile altrove la presenza personale dell'assicurato, come la concomitanza di visite mediche, prestazioni sanitarie o accertamenti specialistici, purché il lavoratore dimostri l'impossibilità di effettuare tali visite in orario diverso da quello corrispondente alle fasce orarie di reperibilità oppure in tutte le ipotesi in cui ci sia un nesso tra il momento dell'urgenza e l'allontanamento dal domicilio durante le fasce di reperibilità.

Da ricordare che, in alcuni casi, in considerazione della natura delle patologie dichiarate dal lavoratore, vi è l'esonero dall'obbligo di osservare le fasce di reperibilità: anche in questi casi, però, rimane la possibilità per l'Inps di effettuare comunque controlli sulla correttezza formale e sostanziale della certificazione e sulla congruità prognostica ivi espressa (circ. Inps, 7.6.206, n. 95 e Comunicato 23.10.2018).

Su questo aspetto, in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 151/2015 (art. 25), con D.M. 11 gennaio 2016 sono state individuate le patologie che esonerano dall'obbligo di reperibilità durante la malattia i lavoratori del settore privato (ipotesi di esonero erano state previste, fino ad ora, solo per i dipendenti pubblici). L'esonero può essere riconosciuto per le patologie gravi che richiedono terapie salvavita e per gli stati patologici sottesi o connessi alla situazione di invalidità riconosciuta, con riduzione della capacità lavorativa nella misura pari a superiore al 67%.

La Cassazione si è spinta oltre, definendo ulteriori confini al potere di controllo della malattia, sostenendo, in definitiva, che l'obbligo di cooperazione che grava sul lavoratore in malattia non può vietargli di compiere qualsiasi atto del vivere quotidiano (Cass. 18.7.2022, n. 22484).

Il caso affrontato riguarda un dipendente che, al momento della visita fiscale, si trova sotto la doccia, motivo per cui non sente il campanello: la pronuncia ha suscitato un certo interesse soprattutto perché si discosta da un precedente orientamento espresso dalla stessa Corte (Cass. 14.5.1997, n. 4216).

Il datore di lavoro avvia nei confronti del dipendente in questione un'azione disciplinare ritenendo che il mancato rispetto della reperibilità costituisce inadempimento contrattuale sanzionabile in sé, ossia a prescindere dalla presenza

o meno dello stato di malattia, perché il lavoratore ha nei confronti del datore di lavoro un dovere di cooperazione e, pertanto, anche nel domicilio, è tenuto ad astenersi da condotte che impediscono l'accesso al medico fiscale.

Contro il provvedimento adottato dal proprio datore di lavoro il dipendente agisce in giudizio anche perché lo stesso ha dimostrato di essersi immediatamente attivato, manifestando piena disponibilità a consentire l'accertamento, inviando tempestiva comunicazione dell'accaduto agli organi preposti.

Per gli Ermellini la sanzione prevista dall'art. 5, l. n. 638/1983 («qualora il lavoratore, pubblico o privato, risulti assente alla visita di controllo, senza giustificato motivo, decade dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a dieci giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo, esclusi quelli di ricovero ospedaliero o già accertati da precedente visita di controllo») ha carattere esclusivamente amministrativo. A tale sanzione, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, può aggiungersi un'ulteriore misura di carattere punitivo, espressione del potere disciplinare del datore di lavoro, ove la condotta del dipendente integri anche la violazione di obblighi derivanti dal contratto.

Nel caso in argomento, secondo il Collegio, il giudice del merito ha applicato i richiamati principi, atteso che, dopo aver accertato che il lavoratore era presente all'interno delle pareti domestiche, per escludere che la condotta tenuta dallo stesso fosse stata contraria agli obblighi di diligenza, correttezza e buona fede, ha correttamente valutato tutte le circostanze del caso concreto, compresa l'immediata attivazione del medesimo.

Ciò posto, la Corte ha, in conclusione, affermato il principio secondo cui l'obbligo di cooperazione che grava sul lavoratore in malattia, pur rilevando anche sul piano contrattuale del rapporto di lavoro, non può essere esteso fino a ricomprendere il divieto per il lavoratore medesimo di astenersi dal compiere qualsiasi atto del vivere quotidiano, normalmente compiuto all'interno delle pareti domestiche (Ziggiotto, Cicala, 2022).

A tal proposito, in un'ottica di ottimizzazione del rapporto con cittadini, pensionati, lavoratori e datori di lavoro, l'Inps, come comunicato con il messaggio n. 2442/2023, ha recentemente lanciato il progetto «Nuovo Sportello virtuale per il cittadino e le imprese su visite mediche di controllo» e rilasciato una nuova funzionalità per consentire al lavoratore la visualizzazione delle visite mediche domiciliari e ambulatoriali a lui riferite e dei relativi esiti.

La nuova funzionalità, denominata "Visualizza visite" è accessibile, per i cittadini, direttamente dal sito internet www.inps.it attraverso il seguente percorso: "Lavoro" > "Malattia" > "Sportello per il cittadino per le visite mediche di controllo" > "Utilizza il servizio" e permette al lavoratore di visualizzare la griglia contenente l'elenco delle visite e degli accessi, ordinati per data decrescente, e di consultare i relativi esiti e, per ciascuna visita, riporta il numero identificativo, la data, l'ora di effettuazione e il tipo di accertamento effettuato (domiciliare/ambulatoriale). Nelle informazioni di dettaglio è possibile consultare l'indirizzo comunicato per la reperibilità o informazioni utili per reperire il lavoratore, nonché l'esito della visita con le eventuali motivazioni. All'interno del servizio

“Sportello per il cittadino per le visite mediche di controllo” è presente, inoltre, la funzione denominata “Indirizzo reperibilità ai fini delle visite mediche di controllo”, attraverso la quale i lavoratori possono comunicare l’eventuale variazione dell’indirizzo di reperibilità per eventi di malattia in corso di prognosi. Su questo punto l’Inps ritiene opportuno ricordare che spetta al lavoratore verificare la correttezza dell’indirizzo di reperibilità e comunicare con la massima tempestività l’eventuale variazione. Nel caso di indisponibilità del servizio telematico, l’utente può ricorrere alla comunicazione del nuovo indirizzo tramite *Contact center*. Tale modalità è consentita a condizione che il recapito telefonico o la mail del lavoratore, precedentemente registrati nell’Archivio Unico dei Contatti Telematici, risultino aggiornati, non potendo l’operatore del *Contact center* inserire nuovi contatti per conto del cittadino. Nell’eventualità in cui non fosse presente alcun contatto in Archivio, è prevista la possibilità di comunicare un “contatto di scopo”, valido solo per la specifica comunicazione. In caso di indisponibilità all’uso del servizio, è consentita in ogni caso la comunicazione mediante la casella istituzionale dell’Ufficio Medico Legale della Struttura territorialmente competente (Poli, 2023).

Si ritengono di solito irrogabili, inoltre, sanzioni disciplinari ulteriori (conservative), purché sia stato predeterminato il relativo illecito da parte del contratto collettivo.

Per sanzionare in modo particolarmente rigoroso l’assenteismo diffuso nel lavoro pubblico e in quello privato, il legislatore non ha mancato di pronunciarsi neppure sul comportamento dei medici che favoriscono l’assenteismo rilasciando certificazioni che attestano falsamente uno stato di malattia: il d.lgs. n. 150/2009 – il cosiddetto decreto Brunetta – ha introdotto l’art. 55-*quinquies* nel testo unico del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione di cui al d.lgs. n. 165/2001.

Il co. 1 dell’art. 55-*quinquies* prevede che giustificare l’assenza dal servizio tramite una certificazione medica falsa, oppure falsamente attestante uno stato di malattia, viene punito in sede penale con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da quattrocento a milleseicento euro; la medesima pena si applica al medico che ha concorso nel reato.

Il co. 3 prevede poi che la «*sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui al co. 1*» comporta per i medici una serie di conseguenze indirette, o extra-penali, che sono persino più gravose di quelle che derivano direttamente dalla sanzione penale.

Si tratta di sanzioni disciplinari che si collocano sul piano deontologico (e che, dunque, vengono irrogate da parte del competente ordine dei medici) e su quello del rapporto di lavoro, subordinato o parasubordinato (*id est* convenzionato), da irrogarsi da parte della Azienda sanitaria presso la quale il medico presta servizio o con la quale è convenzionato.

Sul primo piano si prevede che la sentenza definitiva comporta la sanzione massima, ossia la radiazione dall’albo; sul secondo che la sentenza comporta il licenziamento per giusta causa del medico dipendente e la decadenza dalla convenzione per il medico convenzionato.

Va sottolineato che la formula del co. 3 equipara alla sentenza di condanna la sentenza definitiva di applicazione della pena su richiesta delle parti, ossia di patteggiamento.

I tempi in cui la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 251/1991, aveva precisato che la sentenza di patteggiamento ha un'efficacia affatto diversa da quella della sentenza di condanna sono ormai lontani.

All'inizio dello scorso decennio la l. n. 97/2001 ha inserito nell'art. 653 c.p.p. e il co. 1-*bis*, per cui «la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso»: e questa previsione è stata mandata indenne da censure di costituzionalità da parte della Consulta nella sent. n. 336/2009.

L'ultimo periodo del co. 3 soggiunge poi che «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».

In questo caso la radiazione, il licenziamento e la decadenza dalla convenzione vengono, dunque, irrogate a prescindere da qualsiasi condanna penale (Manfredi 2014, 793).

Atteso che, durante una malattia o un infortunio, l'attuazione del rapporto di lavoro non si può considerare sospesa, ma soltanto modificata, continuano a prodursi diritti e obblighi per entrambe le parti.

In particolare, l'art. 2110, co. 1, c.c. prevede l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al lavoratore malato o infortunato, nei limiti quantitativi e temporali previsti da leggi, contratti collettivi, usi o equità, e nelle situazioni non coperte da fondi equivalenti di previdenza o di assistenza, la retribuzione o un'indennità.

Sulla base della concezione ormai affermatasi, in connessione alle riflessioni teoriche in punto di aggiornamento del principio di corrispettività, in dottrina come in giurisprudenza, il trattamento di malattia ha natura retributiva, dovendosi leggere la norma in commento come l'espressione di una deroga all'art. 1463 c.c., giustificata dalla funzione sociale assolta dalla retribuzione (Treu, 1968, spec. cap. IV).

La concreta determinazione del trattamento «privatistico» di malattia è operata, di base, dai contratti collettivi, ai quali la disposizione rinvia; essi prevedono un obbligo retributivo esclusivo, là dove manca la copertura previdenziale (per i soggetti esclusi dall'assicurazione, come gli impiegati ed i quadri dell'industria, i dirigenti, i lavoratori del credito e delle assicurazioni, o per i primi tre giorni di «carezza» assicurativa), ovvero integrativo dell'indennità corrisposta dall'Inps, sino a raggiungere l'80-100% della normale retribuzione. Un regime analogo, ma più favorevole, vale per l'infortunio sul lavoro e la malattia professionale.

Dispone il co. 3 dell'art. 2110 c.c. che durante la malattia o l'infortunio si ha decorso dell'anzianità di servizio ai fini dei vari diritti per cui essa rileva, siano essi di genesi legale o contrattuale (ad es. scatti periodici di anzianità e mensilità aggiuntive); tanto è confermato, per il trattamento di fine rapporto, dall'art. 2120, co. 3, c.c.

Riferimenti bibliografici

- Carinci, F. (a cura di). 2007. *Trattato di diritto privato*. Torino: Giappichelli.
- Cui, S. 2006. *Lo stato di malattia del lavoratore. Le forme di controllo a cui il datore di lavoro può ricorrere*. Matelica: Halley.
- Del Giudice, F., Izzo, F. 2022. *Manuale di diritto del lavoro*. Napoli: Edizioni Simone.
- Del Punta, R. 1992. *La sospensione del rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2004. *Il controllo della malattia*. DPL 37, III.
- Del Punta, R. 2016. "Malattia del lavoratore." [https://www.treccani.it/enciclopedia/malattia-del-lavoratore_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/malattia-del-lavoratore_(Diritto-on-line)/).
- Greco, M. G. 2023. *Diritto alle ferie prima della scadenza del periodo di comporto*, *Guida al Lavoro* 44: 26-30. <https://top24diritto.ilsole24ore.com/private/default.aspx?iddoc=40852107#/showdoc/40852107/malattia%20del%20lavoratore?ref=pullsearch>.
- Ichino, P. 1979. *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Manfredi, G. 2014. *La responsabilità disciplinare dei medici in tema di certificazione di malattia*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 3.
- Pandolfo, A. 1991. *La malattia nel rapporto di lavoro*. Milano: Franco Angeli.
- Poli, M. 2023. *Visite mediche di controllo: al via la nuova funzionalità Inps, Norme&Tributi, Plus Lavoro*. <https://top24diritto.ilsole24ore.com/private/default.aspx?iddoc=40383407#/showdoc/40383407/malattia%20del%20lavoratore|sorveglianza|controllo|vigilanza|attivit%C3%A0?ref=pullsearch>.
- Schiavone. 2023, *Davvero il lavoratore può, in costanza di malattia, decidere se e in favore di chi, prestare attività lavorativa?*, *Il lavoro nella giurisprudenza* 4: 385.
- Treu, T. 1968. *Onerosità e corresponsività nel contratto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Ziggiotto, C., Cicala, S. 2022. *Visite fiscali, niente sanzioni disciplinari a chi è «sotto la doccia»*, *Norme&Tributi Plus Enti Locali & Edilizia*. <https://top24diritto.ilsole24ore.com/private/default.aspx?iddoc=38995099#/showdoc/38995099/malattia%20del%20lavoratore|sorveglianza|controllo|vigilanza|attivit%C3%A0?ref=pullsearch>.
- Cass. 11.12.1995, n. 12686, in *Not. giur. lav.*, 1995, 893.
- Pret. Milano, 3.2.1989, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 350.
- Trib. Milano, 3.7.1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 396.
- Pret. Parma, 22.7.1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1195, II, 876.

La libertà come non dominio. Il contrasto all'uso arbitrario del potere attraverso la ragionevolezza, le clausole generali e l'abuso del diritto¹

Riccardo Diamanti

1. *I riferimenti.* Il richiamo di Riccardo Del Punta alla teoria delle Capabilities è ben noto, e vi sono numerosi saggi, anche in inglese, dove Riccardo valuta le possibili ricadute di questa teoria sugli istituti lavoristici e le connesse implicazioni in materia di interpretazione e attività legislativa².

Accanto alla teoria delle Capabilities, l'altro grande punto di riferimento teorico nel pensiero di Riccardo è la teoria della «libertà come non dominio» della scuola di pensiero repubblicana, molto più nota nel mondo anglosassone che nella nostra esperienza³.

Si tratta di una scuola di pensiero che vede tra i suoi principali punti di riferimento l'opera di Philip Pettit, in particolare nel libro «Il repubblicanesimo – una teoria della libertà e del governo», pubblicato in Italia nel 2000 (Feltrinelli) e, con la Oxford University Press in inglese nel 1997, con il titolo «Republicanism: a theory of freedom and government» (Pettit 1997).

L'idea di fondo di questo saggio non è quella di dedicare uno specifico approfondimento alle teorie filosofiche che hanno in qualche modo influenzato il pen-

¹ Il contributo è stato anticipato nella rivista Lavoro Diritti Europa n. 2/2024, e riprende la relazione esposta alle Conversazioni di San Cerbone del 23-24 settembre 2023 su «Lavoro persona mercato. Sulla strada tracciata da Riccardo Del Punta.

² Del Punta 2019; 2016; 2013.

³ Si veda da ultimo Del Punta 2023.

Riccardo Diamanti, r.diamanti@studio-diamanti.com

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Riccardo Diamanti, *La libertà come non dominio. Il contrasto all'uso arbitrario del potere attraverso la ragionevolezza, le clausole generali e l'abuso del diritto*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.25, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 433-451, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

siero di Riccardo, ma illustrarne i contenuti essenziali, per poi valutare le possibili ricadute dell'ambito del diritto del lavoro, che era poi ciò che a lui interessava.

Ma prima di analizzare i contenuti è opportuna una premessa metodologica.

Riccardo, per formazione culturale, non era solito aderire incondizionatamente ad una specifica teoria sposandone integralmente il contenuto. Il suo non era un approccio dogmatico, ma molto pragmatico, pur con ampio spessore teorico.

La prima domanda che si faceva, anche in relazione alla teoria repubblicana della libertà come non dominio, era se potesse essere utile prenderla in considerazione e quali conseguenze ne sarebbero potute derivare in ambito lavoristico.

Aveva piena consapevolezza della impossibilità di individuare una teoria generale che potesse illuminare ogni aspetto dell'esperienza giuslavoristica, troppo complessa per essere racchiusa in una sola chiave di lettura.

Mentre nel mondo della fisica gli scienziati continuano ad interrogarsi sulla possibilità di individuare una «teoria del tutto», che unifichi la fisica quantistica e la relatività generale in un'unica spiegazione, Riccardo riteneva che un simile approccio nel mondo del diritto del lavoro fosse velleitario e sostanzialmente inconsistente (Del Punta 2023, 207).

Viceversa singoli aspetti del pensiero di teorie filosofiche, o sociali o economiche, possono essere utili a guidare l'interpretazione e l'applicazione della normativa, la ricostruzione sistematica ed anche la stessa legislazione, in relazione a specifici istituti giuslavoristici.

La condivisione di valori espressi su altri piani del pensiero umano e la conseguente elaborazione di principi, possono aiutare ad orientarsi e a muoversi su binari di coerenza in rotte ben chiare.

La sua attenta valutazione di ogni aspetto dell'esperienza giuslavoristica nell'ambito di orientamenti culturali più vasti, lo portava a ritenere che l'opportunità di ancorarsi a scelte filosofiche generali, assumesse valenze diverse in sistemi caratterizzati da costituzioni rigide rispetto a realtà dove non esistono (Del Punta 2023, 205). Certamente nel mondo anglosassone la ricerca di valori e conseguenti principi ispiratori si pone in modo più stringente rispetto a sistemi, come il nostro, dove le scelte di valori e l'elaborazione di principi si trovano per buona parte già inseriti nella Costituzione, anche se attraverso un bilanciamento di interessi mai statico.

Pur con questo approccio metodologico mai totalizzante, Riccardo riteneva che la teoria delle capabilities di Amartya Sen (1999; 2010) e Martha Nussbaum (2011) e la teoria della libertà come non dominio di Philip Pettit, con le variazioni di Frank Lovett (2010), potessero essere utili nel rileggere alcune parti del diritto del lavoro, in una prospettiva sistematica, precisando anche che concetti collegati a visioni filosofiche e politiche dovrebbero essere necessariamente filtrati per ricavarne applicazioni e linee guida nell'ambito del diritto del lavoro.

Riprendendo le parole illuminanti di Riccardo «quel che serve è un riferimento assiologico che, tenendo fermo il concetto dell'impegno sociale dello Stato in una con l'essenziale funzione di intermediazione svolta dai sindacati, e senza disconoscere il bisogno di protezione del lavoratore subordinato, sappia però guardare al di là di tale prospettiva difensiva, che poi è quella della social-

democrazia classica, per proiettarsi verso l'obiettivo positivo della «soggettivazione» del lavoratore, da considerare come il più profondo tra i valori sottesi alla materia» (Del Punta 2020, 54). In una dimensione normativa incentrata, riprendendo ancora le parole di Riccardo, sul primato «...della "libertà sostanziale" di ciascuna persona di poter essere o fare quello che desidera e quindi su una libertà che si proietta oltre il liberalismo classico nella misura in cui presuppone che lo Stato si preoccupi delle effettive possibilità di soddisfacimento delle aspirazioni di vita dei suoi cittadini» (Del Punta 2020, 55).

2. *La teoria repubblicana in pillole.* Fatte queste premesse metodologiche, la teoria repubblicana di Philip Pettit trova fondamento nell'analisi del rapporto tra cittadino e Stato nella Repubblica Romana, per esaminarne poi gli sviluppi nel corso del Medioevo e soprattutto nel Rinascimento, portando l'attenzione sul pensiero di alcuni autori anglosassoni nel XVIII secolo, per coglierne gli sviluppi nella rivoluzione americana e poi via via sino ai nostri giorni.

La teoria assume tra i suoi concetti fondanti quello della libertà intesa come non dominio, da ritenersi distinta rispetto all'idea classica del pensiero liberale della libertà come non interferenza⁴.

La teoria repubblicana si concentra sulla possibilità attribuita ad una parte di esercitare un potere arbitrario sull'altra. E ciò non richiede che il potere sia effettivamente esercitato, con conseguente interferenza. La sola possibilità che lo sia è sufficiente a comprimere la libertà di non essere dominati. Mentre l'approccio del pensiero liberale considera interferenza ogni intervento eteronomo della legge, il pensiero repubblicano recupera il ruolo della legge come strumento essenziale di contrasto all'arbitrio del potere, ponendo limiti a tutela della libertà sostanziale.

Anche la separazione dei poteri legislativo, giudiziario ed esecutivo e la creazione di strumenti di controllo delle posizioni tendenzialmente dominanti, costituiscono un baluardo imprescindibile a difesa della libertà individuale (Pettit 1997, 213 sgg.).

Alla tendenziale astensione del pensiero liberale puro, la teoria repubblicana sostituisce la ricerca costante di una architettura costituzionale che limiti le occasioni di esercizio di un potere arbitrario.

Il pensiero di Pettit, che si pone su un piano più generale, non presta particolare attenzione al ruolo della contrattazione collettiva nella limitazione dell'arbitrio, ma certamente non lo esclude.

Nell'elaborazione di Frank Lovett, l'attenzione al contrasto al dominio arbitrario è posta con maggiore accentuazione sul piano delle relazioni sociali e delle relative dinamiche.

In particolare Lovett individua tre elementi che possono caratterizzare la relazione tra datore di lavoro e lavoratore sotto il profilo del dominio: il concetto di dipendenza (dependency), lo squilibrio di potere (power imbalance) e l'arbitrio (arbitrariness) (Lovett 2010, 39 sgg.).

⁴ Pettit 1997, 68 sgg. L'impostazione è richiamata in Perulli, Speciale 2022, 67 sgg.

La dipendenza è presente ogni qual volta il costo di uscita dalla relazione da parte del lavoratore sia tale da scoraggiare il passaggio ad altro tipo di lavoro, con conseguente dipendenza e deterrenza rispetto a tale passaggio.

In questa prospettiva la dipendenza può riguardare anche lavoratori che godono di buoni trattamenti economici e non dovrebbe essere confusa con la subordinazione che è strettamente inerente alla relazione di rapporto di lavoro subordinato.

Il secondo fattore di dominio, lo squilibrio di poteri, è fisiologicamente collegato alla relazione contrattuale di lavoro subordinato dove l'esercizio del potere direttivo rientra nelle prerogative manageriali.

Infine l'arbitrio è collegato all'assenza di efficaci limiti sostanziali e/o procedurali di natura legale all'esercizio delle prerogative manageriali.

Se per un verso Pettit pone l'accento sulla libertà dal dominio arbitrario non solo a livello istituzionale ma anche nell'ambito delle relazioni contrattuali, l'attenzione di Lovett viene posta sostanzialmente sugli strumenti sociali che possono garantire una maggior libertà dal dominio come, ad es., un reddito universale di base incondizionato.

Da questa esposizione, inevitabilmente sommaria, si potrebbe ricavare la convinzione che il pensiero repubblicano di Pettit e Lovett non sia particolarmente originale, e riprenda spunti che si sono sviluppati in varie aree culturali sin dal diciottesimo secolo.

Ma ciò che a Riccardo interessava, probabilmente non era tanto l'originalità (che peraltro non può mai essere assoluta), quanto il tentativo di offrire una ricostruzione filosofica-politica e istituzionale organicamente collegata ad un preciso punto focale: la libertà sostanziale di individui e gruppi.

E ciò non costituisce affatto un dato acquisito per sempre, come può ricavarsi dalla spinta tendenzialmente egemonica che vari sistemi autoritari pretendono oggi di esercitare, giustificando l'eliminazione delle libertà democratiche, considerate una ipocrita foglia di fico, come necessaria ed auspicabile, nel nome della protezione di presunti valori tradizionali, religiosi e culturali e di una presunta maggiore efficienza di governo, spesso smentita dai fatti.

Nel contesto attuale molti Governi autocratici propongono il loro modello come direttamente contrapposto alle democrazie occidentali ed ai loro valori.

In questa prospettiva la protezione della libertà individuale, di quella che Riccardo definiva libertà sostanziale, ed il contrasto ad ogni forma di discriminazione, vengono visti come inutili orpelli delle decadenti società occidentali.

Senza dimenticare che, nell'ambito dell'Unione Europea, due paesi (Polonia e Ungheria) hanno adottato provvedimenti legislativi che compromettono gravemente la separazione dei poteri.

In questo contesto storico, che Riccardo ha vissuto con preoccupazione nella fase finale della sua vita, ogni manifestazione di pensiero che si prefigge l'obiettivo di difendere ed espandere tutte le manifestazioni di libertà contro poteri arbitrari, deve forse essere valutata con attenzione e non con sufficienza, al di là di ogni considerazione sulla sua maggiore o minore originalità.

3. *Le ricadute nell'ambito lavoristico negli ordinamenti anglosassoni.* In una pubblicazione di qualche anno fa sui fondamenti filosofici del diritto del lavoro (Collins, Lester, Mantouvalou 2018), vari autori anglosassoni hanno esaminato i possibili collegamenti tra teorie filosofiche di carattere generale e diritto del lavoro tra cui, ma non solo, la teoria di libertà come non dominio e la teoria delle *capabilities*, su cui ha portato particolare attenzione Riccardo.

In un intervento intitolato *Civic Republican Political Theory and Labour Law* (in Collins, Lester, Mantouvalou 2018, 104 sgg.), David Cabrelli e Rebecca Zahn, analizzano in dettaglio la teoria civica repubblicana di Pettit e Lovett evidenziandone le convergenze e divergenze, sottolineando la distinzione dalla teoria classica liberale della libertà come non interferenza, con possibili effetti di riequilibrio contrattuale su quella che viene definita come correttezza sostanziale (*substantive fairness*) nella relazione contrattuale.

Questa maggiore libertà nella ricostruzione di Cabrelli e Zahn può essere raggiunta attraverso la protezione procedurale e sostanziale della legge, che costituisce una interferenza auspicabile a fronte di un evidente squilibrio contrattuale sia nei rapporti di lavoro subordinato sia nell'ambito di quei rapporti contrattuali relativi a lavoratori definiti negli ordinamenti anglosassoni come *semi-dependent workers*.

Questa interferenza legislativa dovrebbe auspicabilmente concentrarsi sul tema della cessazione del rapporto (*Wrongful and unfair dismissal*) nella realizzazione di norme a tutela di una retribuzione minima, o comunque a protezione dei salari (*minimum wage and wage protection*) e norme limitative dei poteri manageriali in ordine a variazioni della relazione contrattuale (ad es. mansioni o luogo di lavoro).

Un ruolo particolare nell'applicazione di queste normative ha, secondo questi autori, il controllo di buona fede, istituito implicito nei termini della relazione contrattuale anche nella *Common Law*, identificato anche come «*mutual trust and confidence*».

In particolare, nell'ordinamento inglese, ma anche in Australia e negli Stati Uniti, può essere oggi rinvenuto un dovere generale di buona fede cui viene attribuito un contenuto minimo, in assenza di specifiche previsioni, di comportamento corretto ed onesto («the «core» requirement of the good-faith duty is that a party behaves honestly»).

Nella valutazione della correttezza del comportamento, secondo la Corte d'Appello inglese, assume un ruolo rilevante il giudizio di ragionevolezza (*reasonableness*) «...this duty may be breached by conduct taken in bad faith, which could include conduct which would be regarded as «commercially unacceptable by reasonable and honest people»⁵, in un caso in cui la minoranza dei soci contestava la decisione della maggioranza di rimuovere l'amministratore delegato e il direttore generale, considerata come abuso di maggioranza, con pregiudizio per i soci di minoranza.

⁵ Court of Appeal of England, 21 ottobre 2022, Mark Faulkner & Ors si veda Vollin Holdings Limited & Ors, EWHC787 Civ. 1371.

Negli ordinamenti anglosassoni la buona fede va di fatto a confluire con una valutazione della condotta sotto il profilo della correttezza che a sua volta appare strettamente legata alla ragionevolezza (*reasonableness*) e si sovrappone al principio di «mutual trust and confidence».

Un comportamento di malafede nelle circostanze concrete del caso può integrare una violazione contrattuale con conseguente possibile risarcimento del danno. Nel Regno Unito il concetto di «mutual trust and confidence» è stato ritenuto da molti autori idoneo a creare obblighi specifici in campo lavoristico, come il divieto di comportamenti vessatori che ledano la dignità del lavoratore, l'obbligo di non usare in modo irragionevole e sproporzionato le prerogative e poteri manageriali e, talvolta, per introdurre obblighi procedurali (ad esempio obbligo di preavviso nell'assunzione di determinate decisioni organizzative che incidono sulla posizione del singolo). La giurisprudenza si è progressivamente adeguata, seppur con qualche iniziale resistenza, che viceversa non ha avuto nell'utilizzare la buona fede per ritenere illegittimi, in determinate circostanze, scioperi proclamati⁶.

Il parametro o lo standard di *reasonableness* è quindi utilizzato negli ordinamenti di *common law*⁷. Nell'ambito di una riflessione globale sulle prospettive del diritto del lavoro Guy Davidov indica, tra gli standards che ritiene opportuno utilizzare per il raggiungimento degli obiettivi lavoristici più avanzati, la buona fede, le prerogative manageriali, e la proporzionalità, posta in stretta relazione con la ragionevolezza, intesa come razionalità della decisione⁸.

Pur dopo una iniziale resistenza, ancorata alla tradizionale visione della *Common Law*, nella giurisprudenza si è così progressivamente ritenuto esistente un implicito obbligo di buona fede, nell'ambito di una relazione fondata sulla reciproca fiducia, che può assumere una funzione integrativa, prescrivendo determinati comportamenti.

I giudizi di buona fede e ragionevolezza, nella valutazione del comportamento datoriale nell'ambito della relazione contrattuale lavoristica, possono portare secondo Cabrelli e Zahn ad una diminuzione dello squilibrio contrattuale di poteri, e quindi ad un minore dominio.

«As for the implied terms of good faith or mutual trust and confidence, to the extent that they control the power imbalance in personal work relationships and the level of arbitrariness exerted by the employer, it is abundantly clear that part of their ethos is to produce a diminution in domination» (Cabrelli, Zahn 2018, 121).

4. *Spunti derivanti dalla teoria repubblicana della libertà come non dominio per il nostro diritto del lavoro. Il controllo dei poteri datoriali attraverso le clausole generali di correttezza e buona fede, la ragionevolezza e l'abuso del diritto.* La connessione tra l'idea di libertà sostanziale come non dominio e le tutele legislative tese a riequilibrare lo squilibrio della relazione contrattuale e lavoristica è evidente, ed è stata

⁶ Si veda Bogg 2011; Davidov 2016, 169.

⁷ In merito si veda Fletcher 1989; Patti 2013, 23 sgg.

⁸ Davidov 2016, 163 sg., in part. 181, secondo cui «there must be a rational relation between the means and the goals».

valorizzata da Riccardo Del Punta (2023, 216 sgg.), cogliendo il chiaro nesso tra disciplina legale a tutela della parte debole, limitativa dei poteri datoriali, e riduzione del dominio stesso. Riduzione che si realizza non soltanto con limitazioni legali al potere, ma anche attraverso meccanismi partecipativi (Breen 2017, 419).

Cercando di individuare ulteriori modalità di limitazione dell'esercizio arbitrario del potere datoriale nell'ambito della relazione contrattuale lavoristica, si può portare l'attenzione non tanto e non solo sulle specifiche norme di fattispecie che assolvono a questa funzione limitativa e riequilibratrice, ma anche su strumenti di carattere generale, in parte previsti dalla stessa legge in parte ricavabili da principi, quali le clausole generali di buona fede e correttezza e l'applicazione del principio di ragionevolezza.

In questa prospettiva può anche essere toccato il tema molto controverso dell'abuso del diritto.

5. La rilevanza degli istituti di carattere generale. Preliminarmente è comunque opportuno sottolineare come le clausole di buona fede e correttezza hanno rilevanza per entrambe le parti del rapporto e quindi anche per il soggetto debole della relazione contrattuale lavoristica. In questo senso appaiono neutre. Stesse considerazioni in ordine alla ragionevolezza che costituisce strumento di carattere generale nella valutazione concreta del comportamento non solo del datore di lavoro ma anche del lavoratore, così come per l'abuso del diritto che può comprendere anche abusi dei lavoratori nell'esercizio dei loro diritti.

Tuttavia, pur non essendo preordinati esclusivamente alla riduzione del «dominio datoriale», questi strumenti generali possono senz'altro assolvere ad una funzione riequilibratrice e di limitazione dell'esercizio arbitrario del potere da parte del datore di lavoro.

6. I riferimenti normativi e i richiami giurisprudenziali. Nella nostra legislazione il richiamo alle clausole generali di buona fede e correttezza è espressamente contenuto in diversi articoli nel codice civile (artt. 1375 – 1376 – 1337 – 1358 – 1391 – 1460 c.c. per la buona fede e art. 1175 c.c. per la correttezza,) ed esiste in merito una vastissima letteratura in ambito civilistico, processualcivilistico, amministrativistico, commercialistico, tributario e giuslavoristico⁹.

Pur essendo stati avanzati dubbi sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità delle decisioni (Ferrajoli 2017), è un dato di fatto che anche il principio di ragionevolezza sia richiamato non raramente dalla Corte di Cassazione e dalla giurisprudenza di merito, dalla Corte di Giustizia, così come dalla stessa Corte Costituzionale nell'ambito del giudizio di legittimità sulle leggi, dove, come è stato autorevolmente evidenziato da Marta Cartabia «ha ormai guadagnato una sua autonomia rispetto al testo della Costituzione» (Cartabia 2013) e viene utilizzato congiuntamente a quello di proporzionalità, senza alcuna distinzione.

⁹ Sul piano lavoristico, tra gli altri, si veda Mazzotta 1989; 1994, 139 sg; Tullini 1990; Zoli 1988; Perulli 2015; 2002; Ferraro 2010.

ne, pur avendo in realtà entrambi una loro autonomia concettuale, attraverso la tecnica del bilanciamento dei diritti¹⁰. Frequenti sono i richiami alla ragionevolezza nei principi di diritto contrattuale europeo (PECL) e nel DCFR (Draft Common Frame of Reference) del 2009¹¹.

Ma anche nell'ambito della normativa civilistica vi sono numerosi richiami alla ragionevolezza.

Così a mero titolo esemplificativo nell'art. 1711 comma 2 c.c., secondo cui il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante e tali che non possano essere comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che il mandante abbia dato la sua approvazione, ed ancora nell'art. 1365 c.c., secondo cui quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto.

Od ancora si fa riferimento a un tempo ragionevole entro cui l'agente ha diritto alla provvigione anche su affari conclusi dopo lo scioglimento del contratto (art. 1648 comma 3 c.c.).

In materia di concorrenza e liberalizzazioni, l'art. 1 della legge 24 marzo 2012 n. 27, al comma 1, lettera B, prevede che siano abrogate le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non *proporzionati* alle finalità pubbliche perseguite, nonché disposizioni nell'ambito di programazioni e pianificazioni territoriali o temporali «che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate» condizionando l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici.

Al secondo comma si prevede poi che le disposizioni che recano divieti e restrizioni varie all'esercizio di attività economiche «sono in ogni caso interpretate e applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionate alle perseguite finalità di interesse pubblico generale».

Nell'ambito del diritto del lavoro vi è il riferimento a ragionevoli accomodamenti prima di procedere al licenziamento del disabile, sulla base delle Convenzioni Internazionali ONU, delle norme dell'ordinamento eurounitario, e della stessa disposizione di legge nazionale (art. 9, comma 4 ter, legge 9.8.2013 n. 99), a cui è seguita una sentenza di fondamentale importanza della Sezione Lavoro della Cassazione la n. 6947/2021¹², che ha approfonditamente trattato il tema della ragionevolezza.

Rispetto all'abuso del diritto è noto anche come l'art. 7 del progetto definitivo del codice civile contenuto tra le disposizioni generali sull'applicazione della legge prevedeva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto», e che tale disposizione

¹⁰ Cartabia 2013, 2, 4 sg., e 8 sg. In merito si veda Paladin 1997; Scaccia 2007; Bin 1992.

¹¹ Sul tema si veda le considerazioni di Patti 2013, 26 sg., che evidenzia come il richiamo alla ragionevolezza costituisca spesso un modo per superare la difficoltà di armonizzazione del diritto civile a livello europeo, attraverso un principio che consente un'interpretazione di volta in volta più vicina alle singole sensibilità nazionali.

¹² Cass. 9 marzo 2021 n. 6947.

non è stata poi inserita nel testo finale. Un accostamento all'abuso del diritto può rinvenirsi, pur con differenziazioni, nel divieto di atti emulativi ex art. 833 c.c. A sua volta l'art. 54 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, (Carta di Nizza) è intitolato nella rubrica «Divieto dell'abuso del diritto» prevedendo che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare un diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». In tema si veda anche art. 17 della CEDU.

In ambito tributario l'abuso del diritto è disciplinato dall'art. 10 bis della legge 212/2000, ed è integrato in presenza di operazioni prive di sostanza economica, preordinate ad ottenere solo benefici fiscali, in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario¹³.

L'abuso del diritto è disciplinato in Germania (paragrafo 226 codice civile), in Portogallo, (art. 334 codice civile), in Spagna (art 7, comma 2, disposizioni preliminari al codice civile), in Olanda (art. 13 codice del 1992), in Grecia (art. 281 del codice civile), in Svizzera (art. 2 del codice civile), ed è invece fondato su una base giurisprudenziale in Francia.

7. Le distinzioni teoriche e l'applicazione pratica. Richiamati alcuni riferimenti normativi agli istituti generali di cui stiamo parlando, il tema della distinzione tra clausole generali di buona fede e correttezza, ragionevolezza e abuso del diritto è stato più volte affrontato nel diritto civile con soluzioni diverse, anche se poi di fatto i profili di interferenza sono molteplici.

Certamente l'aspetto definitorio ha sempre grande rilevanza. Tuttavia, nell'analizzare questi strumenti, il profilo di maggiore interesse per le ricadute concrete non è tanto quello definitorio, quanto quello funzionale del loro modo di operare.

Se le clausole generali di correttezza e buona fede sono norme aperte che rinviano a regole sociali di condotta e richiedono un impegno a salvaguardare l'interesse e l'utilità dell'altra parte, costituendo espressione di solidarietà sociale, la ragionevolezza è considerata «Criterio utile al fine di coniugare interessi diversi e individuare situazioni congrue e adeguate all'ordinamento vigente e ai suoi valori» (Perlingeri 2015, 93).

Come è stato evidenziato nell'ambito del diritto civile, la ragionevolezza rappresenta il collante costante e necessario tra il caso concreto e il sistema giuridico di riferimento consentendo di scegliere tra più soluzioni possibili quella più conforme, più adeguata e più congrua agli interessi coinvolti e ai valori normativi presenti in un dato ordinamento (Perlingeri 2015, 121).

È opinione prevalente ritenere che rappresenti un criterio o canone di valutazione distinguendosi così da una mera clausola generale che costituisce una norma incompleta¹⁴. Tuttavia si è sottolineato come «nel momento applicativo tali astratte

¹³ Sul tema, tra le altre, si veda Cass. 16 gennaio 2023 n. 1166.

¹⁴ Patti 2012; 2013, 20; si veda anche Troiano 2009, 778 nota 112.

distinzioni e concettualizzazioni si dissolvono come neve al sole sia perché spesso, come visto, la ragionevolezza è utilizzata dal legislatore quale sinonimo di buona fede, diligenza, equità etc ..., sia perché i concetti non sono concepibili isolatamente e la ragionevolezza, come rilevato dalle stesse Sezioni Unite (S.U. 18.01.2001 n. 5 NDR) può cooperare in alcuni casi con le tradizionali clausole generali per la decisione del caso concreto e con finalità valutative» (Perlingeri 2015, 120).

Si può aggiungere che anche la figura dell'abuso del diritto, per chi la considera possibile¹⁵, presenta profili di interferenza con la clausola generale di buona fede e con la ragionevolezza.

La Cassazione ha ritenuto configurabile un abuso del diritto in tutti i casi in cui il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri sono attribuiti¹⁶.

Anche l'abuso del diritto può essere riferito all'esercizio del diritto da parte di entrambi i contraenti, e quindi anche della parte debole. La Cassazione l'ha spesso utilizzato con riferimento a comportamenti del lavoratore (uso improprio di permessi, comportamenti ostruzionistici formalmente ammissibili ma abusivi in quanto diretti a costringere il datore di lavoro ad assumere certe decisioni, ad esempio nel caso ricordato, a trasferire il lavoratore)¹⁷. Tuttavia certamente l'abuso del diritto può essere riferito anche a comportamenti datoriali.

La formulazione è ampia ed eterogenea con accostamento a correttezza e buona fede, ma anche sostanzialmente alla irragionevolezza, seppur non espresamente menzionata.

Il concetto di abuso è legato alle modalità di esercizio del diritto, ma anche la valutazione di buona fede e ragionevolezza può essere fatta in concreto nel momento dell'esercizio del diritto. Nell'abuso del diritto l'accento si pone in modo diretto sulla sproporzione del sacrificio subito dall'altra parte e sulla deviazione dalle ragioni per cui i poteri sono stati attribuiti.

Siamo di fronte a istituti e strumenti di carattere generale, che hanno loro distinte definizioni, ma sono parzialmente sovrapponibili, soprattutto in sede applicativa, e che non sono necessariamente preordinati alla tutela della parte più debole del rapporto rispetto all'esercizio arbitrario di poteri, ma che possono in concreto assolvere efficacemente a questa funzione.

8. Subordinazione fisiologica e dominio. I limiti. Prima di approfondire le modalità operative di questi istituti, si può osservare come il tema della libertà come non

¹⁵ La maggior parte della dottrina, sia civilistica che lavoristica, ha un atteggiamento critico rispetto alla stessa possibilità di configurare l'abuso del diritto. Per un quadro riassuntivo, con riferimenti a dottrina e giurisprudenza, si consenta un rinvio a Diamanti 2017.

¹⁶ Tra le altre, si veda Cass. 25 gennaio 2016 n. 1248

¹⁷ Sugli abusi dei lavoratori si veda Salvatore 2022.

dominio e del controllo sull'esercizio arbitrario dei poteri attribuiti, si inserisce in un contesto contrattuale caratterizzato comunque da un rapporto di subordinazione che per definizione presuppone l'attribuzione di specifici poteri organizzativi e di direzione in capo al datore di lavoro, sul presupposto che l'organizzazione gerarchica imprenditoriale possa garantire efficienza, e quindi complessivamente un miglioramento delle condizioni socio economiche della società civile.

Pertanto, inevitabilmente, la relazione contrattuale lavoristica di per sé è espressione di un dominio, ma il tema di fondo resta sempre quello del bilanciamento tra una forma organizzativa economica che si è dimostrata efficiente e la tutela della libertà individuale rispetto ad atti organizzativi che si discostano dal modello legale o, comunque, eccedono in modo arbitrario.

Come noto sia Riccardo Del Punta che Bruno Caruso e Tiziano Treu¹⁸ hanno sottolineato nel diritto del lavoro una possibile correzione nella identificazione della causa, portando l'attenzione sulla collaborazione (peraltro già presente nell'art. 2094 c.c.) con attenuazione del profilo strettamente gerarchico, alla luce delle trasformazioni produttive in corso, che richiedono spesso professionalità più elevate, il cui apporto collaborativo ha una valenza più ampia rispetto a professionalità più semplici e attenua la stretta sottoposizione al potere direttivo.

Tuttavia, anche in questo scenario, la valutazione di buona fede, correttezza e ragionevolezza del comportamento delle parti resterebbe immutata.

Nella prospettiva del bilanciamento di interessi, che di volta in volta può portare alla prevalenza dell'uno o dell'altro, il metro di giudizio su ciò che può apparire eccessivo e arbitrario è per un verso il superamento del limite legale e, per altro verso, in casi più limitati, la mancanza di ragionevolezza nell'atto o nel comportamento posto in essere, la contrarietà a correttezza e buona fede e talvolta il profilo dell'abuso.

La ragionevolezza assume peraltro una duplice valenza, in quanto eccezionalmente in assenza di limiti legali espressi costituisce essa stessa il metro di valutazione di un adeguato contemperamento tra interessi opposti, assolvendo una funzione integrativa, ma anche in presenza di norme di fattispecie, la loro interpretazione e, soprattutto, la loro applicazione al caso concreto, è normalmente collegata al parametro della ragionevolezza, che assume rilievo, talvolta sotto il profilo della interpretazione generale della norma, più spesso nella specifica applicazione al caso concreto.

Infine talvolta la ragionevolezza è espressamente richiamata nella fattispecie ed oggetto conseguente di interpretazione e valutazione nel momento applicativo.

La ragionevolezza pertanto si pone prevalentemente come criterio interpretativo – applicativo; meno frequentemente può assumere una funzione integrativa, e talvolta è essa stessa elemento della fattispecie.

9. La ragionevolezza nell'impostazione della Corte di Legittimità sui ragionevoli accomodamenti. Tra gli interventi legislativi è stato già ricordato quello relativo al licenziamento del disabile che deve essere preceduto dalla ricerca di ragionevoli accomodamenti.

¹⁸ Caruso, Del Punta, Treu 2020, 19 sgg.; si veda anche Caruso, Del Punta, Treu 2023, 55 sgg.

La Cassazione, nel definire i «ragionevoli accomodamenti», ha affermato che il controllo di correttezza e buona fede nella esecuzione del rapporto viene ad essere lo strumento attraverso cui si può esprimere una valutazione di ragionevolezza.

Nella prospettiva indicata dalla Corte di legittimità, questo tipo di controllo implica una comparazione tra l'interesse del datore di lavoro al libero svolgimento dell'iniziativa economica e l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, che costituisce modalità di realizzazione della propria personalità.

Si tratta di un controllo sulla congruità causale degli atti del datore di lavoro che, secondo la Cassazione, pur non potendo costituire un criterio generale di valutazione degli atti datoriali, assume un'autonoma rilevanza quando il legislatore, come nel caso di specie, richiama il canone della ragionevolezza nella valutazione delle scelte datoriali, in relazione agli adeguati accomodamenti.

Pur consapevole della indeterminatezza del concetto di ragionevolezza, che trova una sua valorizzazione soltanto nelle circostanze del caso concreto, i giudici di legittimità ritengono che comunque dal riferimento alla ragionevolezza, collegata alla correttezza e buona fede, si possano trarre dal punto di vista metodologico delle indicazioni utili alla individuazione del comportamento dovuto e alla sua eventuale valutazione giudiziale.

In particolare non si può prescindere dalla buona fede oggettiva, che implica l'obbligo di preservare gli interessi dall'altra parte, purché ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse della parte. Anche in quella sentenza l'interferenza tra ragionevolezza e buona fede emerge esplicitamente.

Il contemperamento degli interessi, attraverso una adeguata valutazione di quelli dell'altra parte, deve tradursi in un comportamento attivo del datore di lavoro nella ricerca degli accomodamenti che consentano comunque di preservare l'utilità della prestazione lavorativa, senza pregiudicare le situazioni soggettive degli altri lavoratori.

Questo giudizio dovrebbe essere condotto secondo parametri collegati alla «comune valutazione sociale».

Spetta al datore provare di aver cercato di trovare questi adattamenti, che potrebbero non essere realizzabili senza un eccessivo sacrificio dell'interesse datoriale.

Deve essere data la prova di uno sforzo «... diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata, che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo ad ogni circostanza rilevante nel caso concreto»¹⁹.

Come già evidenziato, per la Corte la ragionevolezza non può essere considerata criterio generale di valutazione degli atti datoriali, sotto il profilo della congruità causale, ma assume rilevanza ove richiamata dalla legge. L'affermazione suscita alcune riflessioni nell'ambito di una considerazione più generale sulla ragionevolezza.

10. *Il punto focale. Libertà imprenditoriale, esercizio dei relativi poteri e limitazioni.* Il tema centrale e più delicato è il rapporto tra uso di questi strumenti di carattere generale, con particolare riferimento alla ragionevolezza, e libertà imprenditoriale.

¹⁹ Così Cass. 9 marzo 2021 n. 6497, cit.

Un secondo tema, collegato al primo, è dato dal rischio di lesione del principio di legalità e dalla imprevedibilità delle decisioni (Irti 2015; 2016), che determina incertezze sui mercati e conseguenti danni economici.

a) L'utilizzo di questi strumenti di carattere generale è molto comune quanto meno in riferimento alle clausole di buona fede e correttezza e alla ragionevolezza.

Viceversa, l'abuso del diritto è strumento molto discusso, ma realisticamente dobbiamo considerare il fatto che la Cassazione lo ritiene ammissibile e lo utilizza.

Il principio di legalità non mi sembra sia messo in pericolo di per sé, dal momento che la buona fede e la ragionevolezza fanno parte della legalità e non ne possono essere considerati estranei. D'altra parte il Giudice, nell'applicare il diritto, fa riferimento ad una molteplicità di fonti (dalla Costituzione al diritto eurounitario, alle Convenzioni Internazionali ratificate alle leggi), che a loro volta generano principi, e questi principi vengono valutati spesso in un'ottica di bilanciamento, dove un ruolo non marginale assume la ragionevolezza, vista la sua prevalente natura di criterio di valutazione.

Il problema non è tanto l'uso di strumenti di carattere generale, ma la mancanza di equilibrio nella decisione ove sia ignorato e comunque sistematicamente sacrificato uno degli interessi in gioco (ad esempio la libertà di impresa).

In questa prospettiva il principio di legalità è rafforzato e non intaccato dall'uso di strumenti di carattere generale e l'attenzione si sposta sull'uso ragionevole o meno di questi strumenti da parte dell'interprete.

In definitiva se la ragionevolezza è certamente uno strumento di contrasto all'arbitrio del potere, non si può escludere di trovarsi di fronte ad una utilizzazione a sua volta arbitraria e unidirezionale del principio di ragionevolezza.

Con la consapevolezza che resta comunque un ambito insondabile di valutazione del caso concreto affidato alla sensibilità culturale di chi giudica ed espresso nella motivazione e nella sua capacità persuasiva, strumento imprescindibile di controllo democratico sull'operato del giudice²⁰.

b) La Cassazione ha escluso che «possa configurarsi nei rapporti di lavoro un obbligo giuridico a valenza generale di «ragionevolezza» nell'esercizio dell'attività di impresa, tale da consentire un esteso sindacato giudiziale diretto, ex post, di congruità causale degli atti del datore di lavoro»²¹, ammissibile invece quando la ragionevolezza è menzionata espressamente dalla legge come elemento della fattispecie.

Viceversa, secondo una parte di opinione dottrinale, «in questa dimensione causale – funzionale il potere trova un limite nella stessa razionalità strumentale, che impone adeguatezza e congruenza tra i mezzi e i fini dell'azione, affinché

²⁰ In questa direzione la ragionevolezza è stata considerata come «la soggettiva disponibilità e l'obiettivo possibilità di un dibattito cosciente con opinioni e argomenti che rendono possibile la formazione del consenso» Esser 1983, 22, costituendo la «base ineliminabile delle decisioni giudiziali che intendano rispondere agli «orizzonti di attesa» della collettività» Patti 2012, 9. Più in generale, sull'argomentazione e la sua persuasività, si veda Gentili 2013, 184 sgg.

²¹ Cass. 6497/2021, *cit.*

l'amministrazione del rapporto si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, secondo vincoli interni di razionalità teleologica» (Perulli 2015, in part. 88).

La precisazione della Cassazione è in linea con l'impossibilità di sindacare nel merito le scelte datoriali, ribadita per le norme generali anche dall'art. 30 del Collegato Lavoro.

Ciò di per sé, secondo lo stesso pensiero della Cassazione, non impedisce una valutazione di ragionevolezza attraverso le clausole generali di correttezza e buona fede in tutti i casi in cui sia necessaria una comparazione di aspettative e diritti. Si tratta di riferimenti noti all'uso delle clausole generali nei concorsi privati, nelle procedure di promozione, nella scelta dei lavoratori in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo plurimo ecc.

In effetti l'ammissione di una generale possibilità di valutazione della ragionevolezza degli atti imprenditoriali inevitabilmente sfocia poi in una valutazione di merito, con lesione della libertà di impresa.

Mi sembra tuttavia che la valutazione di ragionevolezza possa assumere in generale rilevanza, a prescindere da un espresso richiamo della legge, a fronte di una evidente arbitrarietà dell'atto, che di per sé può essere lesiva della libertà e della dignità della persona, esprimendo un disvalore sostanziale.

Se al lavoratore o alla lavoratrice viene chiesto di indossare un determinato indumento (una cravatta di un determinato colore o un tipo di gonna), la richiesta appare arbitraria ove non sia collegata ad alcuna ragionevole esigenza organizzativa, come ad esempio la divisa per il personale aereo, che risponde a esigenze di riconoscibilità e di immagine aziendale. Se questo collegamento non sussiste e non vi è una spiegazione logica plausibile della richiesta, il potere direttivo viene utilizzato in modo arbitrario, e quindi illecito.

Non si tratta di una valutazione di merito perché è palese la mancanza di collegamento tra l'esercizio del potere direttivo e le esigenze organizzative che lo giustificano e l'interferenza con la sfera giuridica e la dignità del soggetto che lo subisce.

L'arbitrarietà viene così a coincidere con un comportamento palesemente privo di razionalità, o determinato da fini diversi e impropri rispetto a quelli per cui il potere è stato concesso, con modalità di esercizio che si traducono in un abuso del diritto.

Si potrebbe pensare ad una valutazione quantitativa del grado di irragionevolezza che fa rientrare nell'ambito dell'arbitrarietà sindacabile dal Giudice quei comportamenti palesemente irragionevoli.

Potrebbe essere anche usato l'aggettivo «manifesta» irragionevolezza, anche se è una parola che non ha avuto, immeritatamente, molta fortuna nell'ambito del diritto del lavoro.

La gravità del disvalore consente una valutazione di arbitrarietà come palese mancanza di ragionevolezza, che determina l'illiceità del comportamento, ed è un giudizio sempre collegato alle specifiche circostanze del caso concreto che non costituisce interferenza di merito, ma al contrario contrasta un abuso.

Andare oltre, con una valutazione di congruità causale e di adeguatezza tra mezzi e fini mi sembra che costituisca ingerenza di merito lesiva di interessi costituzionalmente protetti.

Appare condivisibile, quindi, l'opinione di chi ritiene che non esista un obbligo giuridico generale di ragionevolezza, la cui violazione sia censurabile in sede giudiziale.

11. *L'uso della ragionevolezza e le funzioni assolute.* La ragionevolezza assume funzioni diverse nelle sue modalità d'uso andando spesso, come già detto, a sovrapporsi, seppur non integralmente, con correttezza, buona fede e l'abuso del diritto, ed in particolare:

1) la funzione prevalente è quella di criterio valutativo nella soluzione del caso concreto, che assume una connotazione immanente al sistema, visto che «il diritto... non può non considerarsi fondato sulla ragione e deve quindi essere «ragionevole» (Patti 2012, 8).

Tuttavia, in un'ottica di bilanciamento di interessi e di salvaguardia delle prerogative imprenditoriali, ciò non si traduce in una valutazione generale di ragionevolezza a fronte di qualsiasi atto o comportamento datoriale.

1a) le modalità valutative (rapporto tra ragionevolezza e proporzionalità).

Nei limiti in cui è ammissibile, il giudizio di ragionevolezza si pone in stretto rapporto con la proporzionalità.

La Cassazione, esaminando il tema dei ragionevoli accomodamenti, ha affermato che il giudizio di ragionevolezza si aggiunge a quello di proporzionalità, e potrebbero esservi casi in cui sia possibile un accomodamento proporzionato, ma che appare irragionevole perché, ad es., va ad incidere sulla posizione di altri lavoratori. La distinzione è apprezzabile, ma si pone su un crinale molto sottile, perché in fondo si potrebbe dire che quando l'adeguamento incide sulla posizione di altri lavoratori, in sostanza incide in modo sproporzionato sull'organizzazione aziendale, e di nuovo emerge il legame profondo tra ragionevolezza e proporzionalità.

Se la proporzionalità permea il giudizio di ragionevolezza, si tratta allora di verificare se sia possibile indirizzarlo in canoni metodologici che ne consentano una valutazione più suscettibile di condivisione. Si può porre in questi termini così il tema della utilizzabilità di test di proporzionalità. Si tratta di un metodo usato dalle corti superiori nell'ambito della verifica di legittimità delle leggi, ma anche dalla Corte di Giustizia e dalla CEDU, talvolta esteso dai giudici nazionali al controllo dell'uso dei poteri imprenditoriali. In particolare; 1) la verifica di un collegamento razionale tra mezzi e scopi, con i secondi effettivamente implementati dai primi, 2) una valutazione di minor impatto possibile, così che la realizzazione di un diritto avvenga nel modo che garantisca la minor lesione o compressione possibile del diritto altrui, 3) la lesione subita da un diritto deve essere proporzionale ai benefici che derivano da quella azione²².

²² Si veda Davidov 2016, 181, che fa riferimento ad una *rational relation*, ad un *minimal impairment*, facendo ricorso ai *least-restrictive means* e ad una *proportionality in the strict narrow sense*. Sul tema si veda anche Cartabia 2013, 5, nonché Perulli 2015, in part. 101; 2005, 1 sgg. Più recentemente su bilanciamento e proporzionalità in relazione al blocco dei licenziamenti collegato alla pandemia Covid-19, si veda Cosio 2021, 2.

Questi test, normalmente richiamati nella prospettiva di limitare le prerogative manageriali, possono essere usati per identificare i limiti ai «ragionevoli accomodamenti» richiesti al datore di lavoro. Nell'ambito di queste valutazioni assumono certamente grande rilevanza le dimensioni e le risorse finanziarie dell'azienda, in una prospettiva di bilanciamento di interessi.

2) Accanto alla proporzionalità, un altro strumento di controllo della ragionevolezza dei comportamenti, sempre e solo quando tale controllo può manifestarsi, è dato dalla coerenza logica dei comportamenti rispetto ai fini, ponendosi così sul piano della razionalità.

Si può aggiungere che i criteri di valutazione della ragionevolezza possono essere collegati anche a giudizi analoghi a quelli presenti nella giurisdizione amministrativa, che si sta spostando sempre più dal piano dell'interesse legittimo alle clausole generali di correttezza e buona fede e dal piano dell'atto a quello del rapporto²³.

Così il travisamento dei presupposti, la manifesta illogicità e incoerenza del comportamento datoriale, la contraddittorietà, possono costituire elementi utili al giudizio, traducendosi in una valutazione di logicità che ben integra, unitamente alla proporzionalità, il metro della ragionevolezza.

3) La ragionevolezza è stata talvolta utilizzata non in sede applicativa rispetto alle circostanze specifiche del caso, ma nell'interpretazione della norma, con risultati di grande impatto rispetto al testo.

Così in tema di dequalificazione nella vigenza del vecchio testo dell'art. 2103 c.c. la norma prevedeva l'illegittimità di ogni forma di dequalificazione con la nullità di ogni patto contrario. Ciò nonostante la Cassazione ha poi espressamente ammesso il patto di dequalificazione in alternativa al licenziamento, partendo dal caso della inidoneità alle mansioni, per passare poi ad ogni ipotesi di licenziamento per GMO, e giungere infine a stabilire l'obbligo del datore di lavoro di offrire al lavoratore, in alternativa al licenziamento, un posto di lavoro disponibile anche se in mansioni inferiori²⁴.

A giustificazione della evoluzione interpretativa, la Cassazione ha operato una tipica operazione di bilanciamento di interessi, sulla base del canone della ragionevolezza.

È stato confrontato l'interesse a non essere dequalificato con quello alla conservazione del posto di lavoro e, ragionevolmente, è stato ritenuto prevalente quest'ultimo.

Conseguentemente è stato prima ammesso il patto di dequalificazione per evitare il licenziamento e poi posta in essere una limitazione nel potere di recesso, imponendo al datore l'offerta del posto in mansioni inferiori, se esistente.

²³ In merito si veda Sigismondi 2012, 21 sgg. e 177 sgg.; Cudia 2008, 81 sgg.: C. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633; C. Stato, sez. IV, 23 dicembre 2010, n. 9347.

²⁴ Sul punto, fondamentale, Cass. S.U. 7 agosto 1998 n. 7755, che fa espresso riferimento al bilanciamento di interessi protetti a livello costituzionale; più recentemente si veda Cass. 20 ottobre 2020 n. 22790, Cass. 26 febbraio 2019 n. 5621.

Siamo di fronte ad un caso in cui il patto di dequalificazione era considerato nullo in virtù di una espressa previsione legale di nullità.

Il giudizio di ragionevolezza ha prevalso in sede interpretativa su una nullità legale, pur in assenza di una disposizione legislativa che potesse apparire derogatoria rispetto alla previsione di nullità.

Si tratta di un esempio che dimostra la forza per certi versi «dirompente» dello strumento della ragionevolezza, portata ai confini dell'interpretazione e forse anche oltre.

4) Una vera e propria funzione integrativa della ragionevolezza può ravvisarsi nel caso del licenziamento in prova.

Si tratta di un recesso libero, ma in alcuni casi, come ad esempio l'inadeguatezza della durata effettiva della prova, il licenziamento è stato considerato illegittimo, in quanto manifestazione di un esercizio arbitrario di un potere altrimenti liberamente esercitabile, a fronte di un inadempimento all'obbligo di consentire lo svolgimento effettivo della prova²⁵.

La conclusione è stata raggiunta considerando l'evidente sviamento rispetto alla funzione del patto di prova.

In tal modo si è integrata la norma che si limita a prevedere la possibilità di recesso ad nutum, limitandolo in ragione della illiceità del comportamento datoriale.

Alla base di questa conclusione vi è un giudizio che può essere definito di ragionevolezza, ma che potrebbe anche portare ad una valutazione dell'esercizio del potere di recesso in termini di abuso del diritto.

A conferma della quantomeno parziale sovrapponibilità dei concetti in sede applicativa una ulteriore ipotesi di illecito secondario, riconducibile ad una valutazione di ragionevolezza, ma anche ad un abuso del diritto, potrebbe essere individuata in caso di licenziamento per un fatto che in astratto assume rilievo disciplinare, ma nelle circostanze specifiche viene utilizzato strumentalmente.

Mi riferisco al licenziamento per un ritardo minimo che, a fronte della manifesta pretestuosità, può essere sanzionato con la reintegrazione per insussistenza del fatto, e non con il solo risarcimento del danno, in quanto assunto in palese violazione del principio di ragionevolezza, con manifestazione di abuso del diritto.

Si tratta comunque di ipotesi limitate rispetto alla funzione prevalente della ragionevolezza quale criterio valutativo per la soluzione del caso concreto.

12. In estrema sintesi, la teoria della «libertà come non dominio», che ha costituito uno dei punti di riferimento di Riccardo Del Punta, ha evidenti collegamenti con la limitazione dei poteri arbitrari nell'ambito giuslavoristico e, sia nel mondo anglosassone, sia nella nostra esperienza, può collegarsi a quegli strumenti di carattere generale che possono assolvere a questa funzione, pur sul crinale scivoloso del bilanciamento tra libertà di impresa e protezione della libertà sostanziale del lavoratore.

²⁵ Cass. 17 novembre 2010 n. 23231; Cass. 13 settembre 2006 n. 19558.

Riferimenti bibliografici

- Bin, R. 1992. *Diritti ed Argomenti: il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Bogg, A. 2011. "Good Faith in the Contract of Employment. A Case of the English Reserve?" *CLLPJ* 32, 3: 729 sgg.
- Breen, V. K. 2017. "Non-Domination, Workplace Republicanism, and the Justification of Worker Voice and Control." *IJCLLR* 33, 3: 419 sgg.
- Cabrelli, D., Zahn, R. 2018. "Civic Republican Political Theory and Labour Law." In *Philosophical Foundations of Labour Law*, a cura di H. Collins, G. Lester e V. Mantouvalou. Oxford: Oxford University Press.
- Cartabia, M. (2013). I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. *Manifesto per un Diritto del Lavoro Sostenibile*. CSDLE Massimo D'Antona. [https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf\(30/07/24\)](https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf(30/07/24))
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. "Manifesto". *Il Diritto del Lavoro nella Giusta Transizione*. Un Contributo «Oltre» il Manifesto. [https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu_2023.pdf\(30/07/24\)](https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu_2023.pdf(30/07/24))
- Collins, H., Lester, G., Mantouvalou, V. (a cura di). 2018. *Philosophical Foundations of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cosio, R. 2021. "Il Blocco dei Licenziamenti nel Decreto «Sostegni»." *LDE* 2, 2 sgg.
- Cudia, C. 2008. *Funzione Amministrativa e Soggettività della Tutela*. Dall'Escesso di Potere alle Regole del Rapporto. Milano: Giuffrè.
- Davidov, G. 2016. *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R. 2013. "Leggendo The Idea of Justice di Amartya Sen." *DLRI* 35, 2, 138: 197 sgg.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *IJCLLR* 32: 383 sgg.
- Del Punta, R. 2019. "Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille, 82 sgg. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R. 2020. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In *Diritto del Lavoro e la Grande Trasformazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta e T. Treu, 54 sgg. Bologna: Il Mulino.
- Del Punta, R. 2023. "Contratto di lavoro (teorie filosofiche)." In *Enciclopedia del diritto*, vol. 6, Contratto di lavoro, 204 sgg. Milano: Giuffrè.
- Diamanti, R. 2017. "L'Abuso nel Rapporto di Lavoro." *RIDL* I: 589 sgg.
- Esser, J. 1983. *Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto*. Trad. it S. Patti e G. Zaccaria. Napoli: ESI.
- Ferrajoli, L. 2017. "Argomentazione Interpretativa e Argomentazione Equitativa contro il Creazionismo Giurisprudenziale." In *Interpretazione Conforme, Bilanciamento dei Diritti e Clausole Generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, 161 sgg. Milano: Giuffrè.
- Ferraro, G. 2010. "Tecniche di Tutela e Abuso dei Diritti nella Legislazione del Lavoro." *MGL*, 14 sgg.
- Fletcher, G. P. 1989. "The Right and the Reasonable." *Harvard Law Rev.* 98, 5: 949 sgg.

- Gentili, A. 2013. *Il Diritto come Discorso*. Milano: Giuffrè.
- Irti, N. 2015. "Un Diritto Incalcolabile." *RDC*, 11 sgg.
- Irti, N. 2016. *Un Diritto Incalcolabile*. Torino: Giappichelli.
- Lovett, F. 2010. *A General Theory of Domination and Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Mazzotta, O. 1989. "Variazioni su Poteri Privati, Clausole Generali e Parità di Trattamento." *DLRI*, 583 sgg.
- Mazzotta, O. 1994. *Diritto del Lavoro e Diritto Civile – I Temi di un Dialogo*. Torino: Giappichelli.
- Nussbaum, M. 2011. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge: Harvard University Press.
- Paladin, L. 1997. "Ragionevolezza (Principio di)." *Enc. Dir., Aggiornamento, I*. Milano: Giuffrè.
- Patti, S. 2012. "Ragionevolezza nel Diritto Civile." *RTDPC*, 12 sgg.
- Patti, S. 2013. *Ragionevolezza e Clausole Generali*. Milano: Giuffrè.
- Perlingeri, G. 2015. *Profili Applicativi della Ragionevolezza nel Diritto Civile*. Napoli: ESI.
- Perulli, A. 2002. *La Buona Fede nel Diritto del Lavoro*. *RGL I*, 3 sgg.
- Perulli, A. 2005. "Razionalità e Proporzionalità nel Diritto del Lavoro." *DLRI*, 1 sgg.
- Perulli, A. 2015. "Il Controllo Giudiziale dei Poteri dell'Imprenditore tra Evoluzione Legislativa e Diritto Vivente." *RIDL I*: 83 sgg.
- Perulli, A. 2015. "Il Controllo Giudiziale dei Poteri dell'Imprenditore tra Evoluzione Legislativa e Diritto Vivente." *RIDL I*: 83 sgg.
- Perulli, A., Speziale, V. 2022. *Dieci Tesi sul Diritto del Lavoro*. Bologna: Il Mulino.
- Pettit, P. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Salvatore, L. D. 2022. "L'Abuso del Diritto da Parte del Lavoratore nella Recente Giurisprudenza. Note Critiche." *RIDL I*: 103 sgg.
- Scaccia, G. 2007. "Controllo di Ragionevolezza delle Leggi e Applicazione della Costituzione." In *Nova Juris Interpretatio*, 286 sgg. Roma.
- Sen, A. 1999. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Sen, A. 2010. *The Idea of Justice*. London: Penguin.
- Sigismondi, G. 2012. *Eccesso di Potere e Clausole Generali - Modelli di Sindacato sul Potere Pubblico e sui Poteri Privati e Confronto*. Napoli: Jovene.
- Troiano, S. 2009. "To What Extent Can the Notion of «Reasonableness» Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective." In *Ear. Rev. Priv. Law* 17, 5: 749-87.
- Tullini, P. 1990. *Clausole Generali e Rapporto di Lavoro*. Rimini: Maggioli.
- Zoli, C. 1988. *La Tutela delle Posizioni «Strumentali» del Lavoratore*. Milano: Giuffrè.

L'opacità algoritmica nei sistemi di intelligenza artificiale: continuando a ragionare intorno alle asimmetrie informative nei rapporti di lavoro

Claudia Faleri

1. L'incidenza delle asimmetrie informative nei rapporti incompleti: il contributo di Riccardo Del Punta nel dibattito con gli economisti

Le profonde trasformazioni socioeconomiche che hanno interessato questi primi decenni del XXI secolo hanno più volte condotto Riccardo Del Punta a interrogarsi su quale ruolo possa assolvere il diritto (e in particolare il diritto del lavoro) affinché queste non siano lasciate in balia di un incontrollato dispiegarsi dei rapporti di forza. Muovendo da una presa d'atto delle difficoltà, se non talora dell'incapacità, della disciplina lavoristica di adeguare le proprie strutture cognitive e valutative al mutato contesto esterno, Riccardo, nei suoi scritti, ha espresso forte l'esigenza – dapprima, con riguardo ai processi di europeizzazione e di globalizzazione, più recentemente, in riferimento al fenomeno della digitalizzazione – di (ri)disegnare un nuovo statuto giuridico del lavoratore, declinando in termini nuovi la giuridicità del diritto del lavoro¹.

A fronte di queste stagioni di cambiamenti e di crisi del diritto del lavoro egli ha sovente invitato la dottrina guislavoristica a non limitarsi a cogliere del termine «crisi» solo la sua accezione negativa, disconoscendone così l'origine etimologica²; piut-

¹ In particolare si richiamano, rispettivamente: Del Punta 2004, 127 sgg.; 2018b, 237 sgg.

² Al riguardo si rinvia alla dissertazione sulla parola greca *krisis* e alla sua origine etimologica che si rinviene in Del Punta 2013, 37.

Claudia Faleri, University of Siena, Italy, claudia.faleri@unisi.it, 0000-0002-7949-0174

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Claudia Faleri, *L'opacità algoritmica nei sistemi di intelligenza artificiale: continuando a ragionare intorno alle asimmetrie informative nei rapporti di lavoro*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.26, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 453-469, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

tosto la sua inclinazione anti-apocalittica³ lo ha indotto a esplorare nuovi orizzonti valoriali, capaci di tenere ferma la barra delle tutele sociali, seppur in una prospettiva meno paternalistica di quella tradizionale (Del Punta, Caruso 2016, 651), ovvero a ricercare nuovi paradigmi positivi, in grado di «tenere insieme le istanze della crescita economica e quelle della valorizzazione del lavoro, da concepirsi non come contrapposte, bensì come strategicamente complementari» (Del Punta 2018b, 226).

In quest'ottica Riccardo Del Punta si è aperto agli apporti della riflessione economica e in particolare a quel filone detto «economia dei contratti», specializzato nell'analisi delle disfunzioni dei rapporti contrattuali, specie laddove incompleti, ovvero caratterizzati da una disparità di potere tra le parti. L'aspetto che ha maggiormente richiamato la sua attenzione quale giurista del lavoro è il ricorso – nei modelli economici di matrice neoclassica – a *standard* protettivi inderogabili volti a compensare quella che, secondo questo filone dell'economia, è da considerarsi una delle ragioni di incompletezza contrattuale e delle principali cause di imperfezione del mercato, ovvero la ricorrenza delle asimmetrie informative.

Di particolare interesse per il dibattito giuslavoristico è stato segnatamente il confronto – effettuato da Riccardo in uno dei suoi saggi più significativi, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro* – con il modello economico di Aghion ed Hermalin, con cui gli economisti studiano le relazioni contrattuali caratterizzate da asimmetrie informative. Con tale modello essi “dimostrano” come nelle ipotesi in cui i soggetti economici tendono a comportarsi in modo opportunistico, mirano cioè a perseguire, a realizzare o ad accrescere i propri interessi approfittando delle condizioni di non osservabilità o di mancanza di verificabilità delle azioni poste in essere, si renda necessaria una regolazione legale (e potremmo aggiungere anche contrattuale) volta a correggere i risultati di inefficienza che l'asimmetria informativa potrebbe causare⁴.

Nella prospettiva giuslavoristica, da tale dimostrazione economica può (e deve) essere accolta di buon grado – come da Del Punta stesso significativamente puntualizzato – l'imposizione di una soglia minima di trattamento tale da consentire un equilibrio più efficiente, ravvisando in questa analisi sull'asimmetria informativa una sorta di traduzione, sul terreno economico, degli assunti lavoristici sulla disparità di potere tra datore di lavoro e lavoratore subordinato, con la consapevolezza tuttavia che la confluenza tra questi due concetti è solo parziale: se è vero che la carenza informativa è un ulteriore fattore di debolezza del lavoratore sul mercato del lavoro, non è vero, dal punto di vista del giuslavorista, l'opposto, ovvero che un lavoratore perfettamente informato è per ciò solo in una posizione di parità negoziale con la controparte (Del Punta 2001, 22). Più volte egli ha, infatti, ribadito, nel dialogo con gli economisti, come non si possa operare alcuna meccanica equazione fra il concetto di asimmetrie informative

³ Come la definisce lo stesso Del Punta 2013, 37.

⁴ Si rinvia alle osservazioni relative all'applicazione del modello Aghion ed Hermalin nel mercato del lavoro sviluppate da Del Punta 2001, 20.

e quello di disparità di potere, in ragione della diversa valenza dei beni in gioco: «il deficit informativo può sempre essere colmato, ma il potere, sia pure senza vederlo con connotazioni di classe o di condizione sociale, è una “bestia” assai più impegnativa» (Del Punta 2001, 23).

Queste linee direttrici indicate da Riccardo Del Punta hanno accompagnato e indirizzato, già in passato, studi giuslavoristici in tema di diritti individuali di informazione, in cui si è riflettuto – sia in una prospettiva *de iure condito*, sia in una *de iure condendo* – sull'adeguatezza di interventi di regolazione fondati su dispositivi informativi a contrastare le asimmetrie informative che incidono sulla condizione di debolezza contrattuale del lavoratore, e con esse gli squilibri insiti nel rapporto di lavoro, in un'ottica di rivalutazione dell'autonomia negoziale del prestatore di lavoro⁵.

Ancora oggi peraltro il contributo di Riccardo Del Punta sulle asimmetrie informative e sulle tecniche di regolazione atte a compensarle può costituire un faro atto a guidare gli studi sulle disuguaglianze di potere che discendono dall'impiego delle piattaforme digitali e dei sistemi di intelligenza artificiale, a causa della conclamata opacità degli algoritmi da questi utilizzate. Non v'è infatti chi non veda come le sue considerazioni sul metodo, sui valori e sui fondamenti della disciplina lavoristica possano continuare a fornire utili e importanti spunti di riflessione nell'affrontare la nuova stagione di crisi del diritto del lavoro e nel governare le sfide del prossimo futuro che i sistemi di intelligenza artificiale ci pongono.

2. Il problema delle asimmetrie informative ai tempi del *management* algoritmico

Di asimmetrie informative si torna, dunque, a parlare a fronte dei processi di digitalizzazione e in particolare dell'utilizzo sempre più diffuso degli algoritmi nell'ambito dei processi decisionali e di gestione dei rapporti di lavoro. Numerose sono le possibilità di impiego degli algoritmi, specialmente di quelli che integrano i sistemi di intelligenza artificiale, i quali, come la dottrina più attenta a queste tematiche ha da subito messo ben in evidenza, tendono ad aumentare a dismisura i tradizionali poteri datoriali, quasi a determinarne una sorta di mutamento morfologico o variazione genetica⁶.

Si parla a tal riguardo di *algorithmic management*, intendendo descrivere con tale espressione una realtà, già ampiamente consolidata e destinata a divenire sempre più pervasiva e totalizzante⁷, in cui attraverso gli strumenti algoritmici i

⁵ Sia consentito rinviare a Faleri 2007, con prefazione di R. del Punta.

⁶ Si richiama Tebano 2020, 193 sgg., in particolare laddove evidenzia come «il potere direttivo cambia pelle e si contamina con il potere di controllo assumendo le sembianze di un «potere di controllo direttivo»»; al riguardo si vedano altresì Peruzzi 2023, 7; Tullini 2021, 442 sgg.; Zappalà 2021b.

⁷ Sulle potenzialità d'uso degli algoritmi e il loro impatto nei rapporti di lavoro cfr. Novella 2022, 23; Zappalà 2022, 18; Aloisi, De Stefano 2020; Gaudio 2020, 23; Dagnino 2019; Franceschetti, Guarascio 2018; Maio 2018; Spinelli 2018.

processi decisionali, così come quelli di monitoraggio e di giudizio del *management* tendono a divenire parzialmente o persino integralmente automatizzati e come tali sovente di difficile esplicazione. Infatti, se, da un lato, l'introduzione di meccanismi decisori automatizzati sembra apparentemente poter incentivare l'autorganizzazione e l'autocontrollo del lavoratore riguardo alla prestazione di lavoro resa, dall'altro lato, la complessità, l'imprevedibilità e soprattutto l'opacità dei processi decisionali algoritmici possono andar ad accentuare la condizione di soggezione del lavoratore e a determinare un nuovo squilibrio nel rapporto di lavoro⁸. Si pensi, a tal riguardo, a come l'estrema difficoltà di comprensione e valutazione del funzionamento dell'algoritmo lasci di fatto i lavoratori all'oscuro rispetto alle modalità con cui vengono assunte determinate decisioni destinate a produrre effetti nei loro rapporti di lavoro.

L'imperscrutabilità dei processi decisionali algoritmici a cui ci si intende riferire non è tanto quella che discende dai doveri di riservatezza e segreto industriale posti *ex lege* a carico di coloro che sono chiamati a programmare e/o realizzare il funzionamento dell'algoritmo, né quella connessa al riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale che trovano la loro ragion d'essere nella necessità di garantire un vantaggio competitivo all'impresa che lo ha ideato e lo utilizza⁹. L'opacità dell'*algorithmic management* a cui in questa sede si fa riferimento riguarda piuttosto il fatto che i meccanismi che sottendono ai processi decisionali, anche qualora si basino su algoritmi semplici, presuppongono comunque competenze tecnico-informatiche altamente specialistiche, difficilmente possedute da un lavoratore; laddove poi ad operare siano i c.d. algoritmi di apprendimento, quelli cioè su cui si fondano i sistemi di *machine learning*, la complessità che questi presentano è tale da renderli incomprensibili o inspiegabili anche ai più esperti, potendo non essere decifrabile neppure per loro la logica dell'algoritmo che ha condotto a una specifica decisione¹⁰.

L'opacità che connota le decisioni assunte mediante strumenti algoritmici è pertanto tale da rendere alquanto difficoltoso per il lavoratore individuare e dimostrare un'eventuale violazione dei limiti legali e contrattuali posti dalla normativa lavoristica all'esercizio dei poteri datoriali e quindi il disconoscimento dei diritti che ne può conseguire, andando ciò a inficiare l'effettività della normativa e di conseguenza la possibilità per il lavoratore di ricorrere all'autotutela nel rapporto di lavoro e/o alla tutela giudiziale (Peruzzi 2023, 147). Altresì, la scarsa trasparenza propria degli strumenti del *management* algoritmico può essere tale da dissimulare e rendere problematico l'accertamento della natura di taluni rapporti di lavoro, nonché complessa l'identificazione del soggetto titolare del potere direttivo e organizzativo¹¹.

⁸ Al riguardo Novella 2022, 23; Tebano 2020, 245; Tullini 2017, 18.

⁹ Sul punto e sulla questione dell'opacità algoritmica si veda Covelli 2023, 94-95; Renzi 2022, 64; Spinelli 2022, 8; Gaudio 2020, 25.

¹⁰ Al riguardo Lo Faro 2022, 192, ove si definisce l'algoritmo «irrazionale», «cieco» e «specchio».

¹¹ cfr. Ciucciuvino 2018, 1043 sgg.

Si consideri, inoltre, come la strumentazione digitale e l'utilizzo degli algoritmi – specie nei processi di valutazione e misurazione della prestazione lavorativa – consentano nuove pratiche discriminatorie e il potenziamento di quelle già in atto, a seconda di come l'algoritmo è programmato. Come da più parti è stato evidenziato¹², i processi decisionali algoritmici non garantiscono imparzialità, specie laddove il decisore algoritmico sia dotato di IA: da un lato, si tenga conto come i dati utilizzati possano incorporare pregiudizi già radicati in una determinata realtà aziendale, sì da andare a replicare il pregiudizio potenzialmente all'infinito; dall'altro lato, si consideri come il modello decisionale automatizzato richieda comunque un *input* umano e possa pertanto risentire degli eventuali pregiudizi soggettivi del programmatore (Gaudio 2020, 24). Al riguardo, la Commissione Ue – nella Comunicazione del 5 marzo 2020 dal titolo *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025* – ha già avuto modo di evidenziare come gli algoritmi, laddove non siano sufficientemente trasparenti, rischino di riprodurre, amplificare o contribuire a far sorgere pregiudizi, di cui i programmatori possono non essere a conoscenza o che sono il risultato di una specifica selezione di dati. Tra l'altro, in questi termini era altresì intervenuto il Libro bianco sull'intelligenza artificiale del 2019, in cui già si riconosceva come l'utilizzo dell'IA possa comportare una serie di rischi per i diritti fondamentali in ragione dell'uso di meccanismi decisionali opachi.

Le piattaforme digitali, dunque, per quanto non rappresentino una forma organizzativa di carattere gerarchico, sono ugualmente capaci di produrre asimmetrie di potere (Stark, Pais 2021, 57); la gestione algoritmica dei rapporti di lavoro con la sua difficile intelligibilità va, infatti, a incidere sul grado di asimmetria informativa che già connota il rapporto fra il datore e il prestatore di lavoro¹³, dando luogo a un nuovo e più incisivo profilo di subordinazione, che ha indotto la dottrina a parlare a tal proposito di «subordinazione tecnologica-informativa del prestatore di lavoro» (Zappalà 2021c, 28). A fronte del rischio che queste asimmetrie informative di ultima generazione possano condurre i lavoratori a soccombere ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa in termini di compressione dei loro diritti fondamentali, si impone pertanto che si intervenga a colmare i vuoti regolamentativi che la complessità dei processi decisionali algoritmici genera.

3. Sul valore abilitante dei diritti di informazione nei processi di transizione: tendenze regolative in atto

Le problematiche connesse all'opacità e all'imperscrutabilità proprie dei processi decisionali algoritmici e l'esigenza di compensare la condizione di subordinazione tecnologica del lavoratore che ne consegue hanno indotto il legislatore

¹² Al riguardo cfr. De Simone 2022; Lazzeroni 2022; Barbera 2021; Tullini 2021, ove si evidenzia la «forza deterministica e [solo] apparentemente neutrale che possiedono le tecnologie».

¹³ Al riguardo si vedano Faleri 2007; Gragnoli 1996.

europeo a riconoscere esplicitamente l'incidenza delle asimmetrie informative nella gestione automatizzata dei rapporti di lavoro e il rischio di comportamenti di opportunismo contrattuale che da queste può derivare. In linea con il principio n. 7 del Pilastro europeo dei diritti sociali proclamato a Goteborg nel 2017 ove la trasmissione di informazioni sulle condizioni contrattuali di lavoro è espressamente prevista per affrontare le sfide derivanti dai cambiamenti sociali, tecnologici e produttivi, il legislatore eurounitario è infatti intervenuto a introdurre doveri di trasparenza e diritti di informazione come forma di tutela del lavoratore quale soggetto contraente debole.

Si richiama innanzitutto la Direttiva 2019/1152, adottata con lo scopo precipuo di garantire a tutti i lavoratori dell'Unione un livello adeguato di trasparenza e prevedibilità riguardo alle loro condizioni di lavoro (*Considerando 6*); preso atto dell'inadeguatezza della Direttiva 91/533 a far fronte ai profondi cambiamenti subiti dai mercati del lavoro a causa della digitalizzazione e nella consapevolezza che alcune nuove forme di lavoro si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali in termini di prevedibilità, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili per i lavoratori interessati, l'Ue ha avvertito l'esigenza di dettare una nuova regolamentazione affinché i lavoratori possano essere pienamente e tempestivamente informati in merito alle condizioni essenziali del loro lavoro (*Considerando 4*). Per quanto la finalità perseguita sia la medesima della Direttiva del 1991, quella cioè di contrastare lo stato di disorientamento del prestatore di lavoro circa i diritti e gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e realizzare quella comprensione funzionale alla loro rivendicazione¹⁴, significativo risulta il fatto che ad essere previsto nella nuova Direttiva è il diritto del lavoratore ad acquisire le informazioni che gli consentono non solo di conoscere le condizioni contrattuali applicate al rapporto di lavoro ovvero di «fotografare» l'esistente, ma anche di poter prevedere le eventuali loro modifiche che nell'era digitale intervengono «ad alta velocità» e dunque maturare una visione dinamica della sua condizione lavorativa¹⁵.

Medesima logica protettiva della persona del lavoratore fondata sull'esigenza informativa del soggetto contraente debole è quella che ha ispirato la Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali, definitivamente approvata e di prossima pubblicazione, al cui art. 9.2 si torna a valorizzare la trasparenza rispetto alla gestione algoritmica dei rapporti di lavoro, prescrivendo espressamente che le informazioni inerenti i sistemi di monitoraggio e decisionali automatizzati in uso siano comunicate «in forma trasparente, intellegibile e facilmente accessibile» attraverso «un linguaggio semplice e chiaro», al fine di garantire la conoscibilità dell'informativa da parte del lavoratore¹⁶. Rispetto a tale finalità risulta particolarmente significativo il riconoscimento esplicito ai sensi dell'art. 11 di tale Direttiva di un vero e proprio *right to explanation*,

¹⁴ Sul tema Faleri 2007, 69 sgg.; Rivara 1999; Izzi 1998; Clark, Hall 1992.

¹⁵ Così Zappalà 2021a, 26; al riguardo cfr. altresì Zilli 2022a.

¹⁶ Cfr. Peruzzi 2023, 47; Covelli 2023, 93.

prevedendo un diritto del lavoratore a ottenere una spiegazione per qualsiasi decisione presa o sostenuta dal sistema decisionale automatizzato, con la possibilità di rivolgersi a tal proposito a una persona di contatto designata dalla piattaforma per discutere e chiarire i fatti, le circostanze e i motivi della decisione. In sostanza viene ad essere declinato in modo esplicito quanto già disposto dal Regolamento generale per la protezione dei dati personali 2016/79 (GDPR), anch'esso fondato sul principio di trasparenza, ovvero sulla conoscibilità e comprensibilità dei dati computati dagli algoritmi¹⁷.

In questi termini è altresì intervenuto il legislatore italiano con il d.lgs. n. 104 del 27 giugno 2022 (c.d. Decreto trasparenza), mediante il quale non solo è stata implementata la Direttiva 2019/1152 rivedendo il contenuto del d.lgs. n. 152/97, che a sua volta aveva implementato la Direttiva 91/533, ma è stato al contempo in parte anticipato il dettato eurounitario contenuto nella proposta di Direttiva COM(2021)762. Nel riformato art. 1-*bis* d.lgs. n. 152/97 si è infatti esplicitamente riconosciuto al lavoratore un diritto ad essere informato riguardo all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, prescrivendo che siano ad esso fornite «indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori», al fine di rendere le finalità di utilizzo di tali sistemi leggibili e comprensibili al lavoratore¹⁸.

Peraltro, il timore che la valorizzazione della conoscenza dei dipendenti possa comportare un eccessivo appesantimento burocratico a carico delle imprese ha indotto il Governo a riformare il Decreto Trasparenza con l'adozione del d.l. n. 48/2023, conv. con modifiche in l. 3 luglio 2023, n. 85, volto espressamente a semplificare gli obblighi informativi datoriali nei confronti dei lavoratori. A tal fine si è innanzitutto proceduto a depotenziare la formulazione originaria circoscrivendo l'ambito di operatività dell'obbligo informativo ai soli casi di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio «integralmente automatizzati»; così disponendo, la modifica apportata risulta *prima facie* comportare un ridimensionamento del potenziale garantistico dell'art. 1-*bis* del d.lgs. n. 152/1997 nel testo introdotto dall'art. 4 del d.lgs. n. 104/2022, peraltro scongiurato da quanto previsto dal GDPR che impone al datore di lavoro specifici obblighi in-

¹⁷ Sul punto Viscomi 2023, 129; Peruzzi 2021, 80; Tullini 2021, 436.

¹⁸ Al riguardo si richiamano Zilli 2023; Allamprese, Borelli 2022; Zappalà 2021a. In senso fortemente critico rispetto alla trasposizione della Direttiva nel testo normativo italiano, cfr. Faioli 2022, 107, laddove riconosce come eccessivi, irragionevoli ed ultronei gli obblighi di informazione previsti dalla normativa nazionale rispetto a quella europea; *contra* cfr. Carinci, Giudici, Perri 2023, laddove si puntualizza come in realtà il legislatore italiano abbia inteso «garantire non un'attuazione formale della Direttiva, ma piuttosto la piena effettività dell'imperativo di trasparenza posto dalla fonte eurounitaria».

formativi nei casi di trattamento dei dati interamente o anche solo parzialmente automatizzato (art. 13)¹⁹.

Nell'ambito del quadro normativo delineato si consideri inoltre il Regolamento UE sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*): nel testo approvato dal Parlamento europeo nel giugno 2023 – in linea con quanto già previsto dall'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del 2020²⁰ – anche l'apparato regolativo dei sistemi di IA trova finalmente fondamento sui principi di trasparenza e conoscibilità, grazie alla previsione per i sistemi di IA c.d. ad alto rischio di veri e propri momenti informativi volti ad assicurare sistemi trasparenti, tracciabili, nonché non discriminatori e rispettosi della normativa posta a tutela dei dati personali (Alaimo 2023, 146). Tra le principali novità che presenta la versione definitiva del Regolamento spiccano, da un lato, l'art. 26.7 che prescrive in capo all'operatore («*deployer*») e dunque al datore di lavoro, «prima di mettere in servizio o di utilizzare un sistema di IA ad alto rischio sul luogo di lavoro», l'obbligo di informare *uti singuli* i dipendenti interessati che saranno soggetti al sistema, dall'altro lato, l'art. 86.1, significativamente rubricato *Diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali*, ove si attribuisce alla persona soggetta a una decisione automatizzata che produca «effetti giuridici o in modo analogo incida significativamente su tale persona in un modo che essa ritenga avere un impatto negativo sulla sua salute, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali [...] il diritto di ottenere dal *deployer* spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata»²¹.

Rileva dunque l'approccio proattivo al tema dei diritti di informazione, intesi come misure funzionali a realizzare in capo al lavoratore uno stato di consapevolezza in una prospettiva emancipatoria, volti cioè a restituire al lavoratore un qualche controllo sull'espletazione dei poteri datoriali e con esso una certa autonomia decisoria e di azione. In tal modo l'informazione acquisisce un valore che potremmo definire abilitante.

Del resto, la validità di una regolamentazione fondata sugli obblighi di informazione e sul principio della trasparenza risulta inoltre da tempo ampiamente riconosciuta anche dalla c.d. legislazione di settore, in primo luogo quella posta a tutela dei consumatori, dove le asimmetrie informative sono ancora una volta configurate come turbativa della libertà di decisione e qualificate come una delle più importanti forme di traduzione delle disuguaglianze sociali²². A partire incida significativamente su tale persona in un modo che essa ritenga avere un impatto negativo sulla sua salute, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali dal-

¹⁹ Al riguardo si vedano Faioli 2023, 49; Proia 2022.

²⁰ Sul punto si rinvia a Rota 2020, c. 25.

²¹ Sull'importanza del riconoscimento di un diritto all'accesso all'algoritmo e alla spiegazione della decisione da questo prodotta nella nuova formulazione del Regolamento IA, cfr. Alaimo 2023; Covelli 2023, 93 dove l'A. configura il diritto alla conoscibilità come un diritto digitale; Falletti 2023, 7.

²² A tal riguardo si è parlato di «asimmetria informativa» proprio per descrivere quella ignoranza di classe che turba la naturale capacità di contrattazione: cfr. De Poli 2002, 10.

la Direttiva 93/13/Cee in materia di clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori e dalla l. n. 52/1996 che l'aveva attuata nell'ordinamento italiano fino all'approvazione del d.lgs. n. 206/2005 (il c.d. Codice del consumo), la trasparenza delle clausole contrattuali che devono risultare «chiare e comprensibili» è sempre stata prevista in funzione del recupero della forza contrattuale del soggetto negozialmente più debole. Si tratta, dunque, di una disciplina che fa leva proprio sulla trasmissione della conoscenza e delle informazioni come strumenti di compensazione del divario contrattuale, ovvero come idonei contrappesi a garanzia della posizione del soggetto contrattualmente più debole; si consideri che l'elenco dei diritti dei consumatori è stato considerato come l'antecedente logico e giuridico del libero sviluppo della persona e della sua capacità di autodeterminarsi (Barba 2000, 437). Sembra pertanto poter rilevare come sempre più frequentemente e diffusamente si interviene ricorrendo alla tecnica della compensazione della deprivazione informativa (*Kompensation des Informationsdefizits*), elaborata dalla dottrina tedesca, per rendere effettiva la possibilità per il soggetto contraente debole di compiere scelte razionali.

Il ricorso alla tecnica regolativa ispirata al principio di trasparenza e agli obblighi di informazione si riscontra, tra l'altro, in modo evidente anche nei recenti interventi del legislatore eurounitario volti a governare i processi di transizione ambientale. Ci si intende riferire, in primo luogo, alla Direttiva 2022/2464/UE sulla rendicontazione societaria di sostenibilità, la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD), intervenuta a modificare la precedente *Non-Financial Reporting Directive* (NFRD) 2014/95/UE, recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 254 del 2016, al fine di soddisfare le istanze di trasparenza dell'agire economico in virtù del principio del “render conto” che si concretizza attraverso la previsione di processi strutturati di *reporting*²³. Accanto a questa, si richiama, in secondo luogo, la Direttiva UE 2024/1760 sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* ove si richiede alle imprese di rendicontare gli impatti negativi, reali o potenziali, della loro attività sui diritti umani e l'ambiente in un'ottica di promozione di condotte aziendali sostenibili²⁴.

Dunque, in ragione del ruolo di crescente importanza riconosciuto ai diritti/doveri di informazione e della rapida successione dei più recenti interventi legislativi che si fondano sulla trasparenza e sulla prevedibilità delle condizioni contrattuali, sembra poter in definitiva rilevare come i principi di conoscibilità e comprensibilità assumano carattere trasversale e con essi il principio di trasparenza, nonostante i suoi limiti e le sue fragilità, sia proposto sempre più spesso come un nuovo paradigma anche nel diritto del lavoro²⁵.

²³ Si ricorda, infatti, come già con la Direttiva del 2014 era stato introdotto a carico delle imprese di grandi dimensioni un obbligo di rendicontazione e divulgazione di informazioni di carattere non finanziario attinenti ai temi ambientali, sociali e di buon governo: al riguardo si consenta di rinviare a Faleri 2023.

²⁴ Sempre con riguardo ai profili della sostenibilità sociale, si rinvia a: Borzaga, Mussi 2023; Brino 2022.

²⁵ Sulle potenzialità dello strumento della trasparenza come tecnica forte di tutela, cfr. Peruzzi 2023; Zilli, 2022b, 151 sgg.

4. Spunti di riflessione per un dialogo che rimane aperto

L'impatto della transizione digitale nei processi produttivi e nei sistemi organizzativi delle imprese evidenzia esigenze di tutela dei lavoratori ignote alla società industriale novecentesca, che il diritto del lavoro tradizionale incontra difficoltà a soddisfare. Affinché, dunque, il diritto del lavoro non rischi di perdere il contatto con l'universo di appartenenza e sappia, *rectius* voglia, accogliere le istanze di varia natura provenienti da un confronto interdisciplinare²⁶, si richiede necessariamente un ripensamento non solo dei principali istituti della disciplina, ma anche della cornice valoriale generale in cui essi si collocano.

Con specifico riferimento alla realtà dell'impresa digitale, forte si avverte il bisogno di forme giuridiche di protezione che si distacchino dal paradigma protettivo incentrato sull'eteronomia paternalistica della legge e del contratto collettivo, valorizzando il carattere attivo del lavoratore; in altri termini appare sempre più imprescindibile il ricorso a nuove e diverse forme di tutela dei lavoratori, che non si risolvano in soluzioni normative «espropriative» o «sostitutive» dell'autonomia individuale del lavoratore, ma piuttosto «preformative» della stessa nell'ottica di promuovere momenti di autodeterminazione e realizzazione del lavoratore²⁷. L'emersione carsica delle istanze di personalizzazione e di soggettivazione regolativa propria dell'Impresa 4.0. ha indotto parte della dottrina a mettere in discussione l'inderogabilità standardizzatrice con la sua funzione egualitaria: si fa esplicito riferimento a quella funzione che ha trovato «linfa [...] nella configurazione antropologica e socio-tecnica del lavoro dominante in un determinato periodo storico contraddistinto dall'idea (e dall'identità) di classe di lavoratori come figura social-tipica rilevante»²⁸.

Come Riccardo Del Punta ha avuto modo (e tempo) di scrivere più volte, non è pensabile che i fenomeni di trasformazione in corso – a livello di strutture produttive, dispositivi tecnologici, sistemi organizzativi, tecniche comunicative, modelli culturali – possano passare senza incidere in profondità sugli indirizzi valoriali di fondo: se, da un lato, i bisogni dei lavoratori sono sempre i medesimi, anzi possono essere acuitizzati dai nuovi fenomeni di sfruttamento 'tecnologico', dall'altro, «i cambiamenti profondi che stanno verificandosi in ampi settori (soprattutto) dell'industria, e che sono alimentati dalle tecnologie digitali, prefigurano per i lavoratori ruoli radicalmente nuovi e producono, in corrispondenza, nuove istanze e nuovi bisogni» (Del Punta 2022, 24).

Del resto, in questa direzione sembrano indirizzarsi le iniziative legislative prese in esame, le quali, seppur nella loro eterogeneità, assumono una comune prospettiva: a fronte di un quadro dominato da nuove asimmetrie e nuovi rischi, dentro e fuori i rapporti di lavoro, si registra una sostanziale convergenza dei processi regolativi europei fondata sul principio della trasparenza e sugli strumenti

²⁶ Timore sentito e così espresso da Del Punta 2013, 42.

²⁷ Nei termini che furono di D'Antona 1991, 478.

²⁸ Ciucciavino 2023, 94. Al riguardo cfr. altresì Perulli 2018, 417.

conoscitivi ad esso correlati, chiamati a realizzare in capo al lavoratore uno stato di consapevolezza come preconditione per la valorizzazione della sua persona.

Merita peraltro ricordare come, da parte della dottrina giuslavoristica, sia stata già attribuita rilevanza all'informazione come processo conoscitivo volto a fornire il senso dell'agire ovvero quella presa di coscienza necessaria per un'effettiva possibilità di esercizio della libertà di decisione e di azione²⁹. Così, anche la letteratura costituzionalista ha da sempre riconosciuto all'informazione la capacità di favorire l'emancipazione culturale e spirituale delle persone in considerazione di come il sapere identifichi l'essenza e il valore in cui si concretizza la dignità umana³⁰; d'altronde, altresì la letteratura privatistica, dal canto suo, ha configurato l'informazione come lo strumento che consente di acquisire quella conoscenza necessaria «per controllare, per contrattare, per proporre, per partecipare, per deliberare», ovvero per realizzare l'einaudiano «conoscere per deliberare» (Rodotà 1992, 32).

Se il diritto del lavoro, nato come un diritto “valorista” e sempre stato “valorista” a tutela della libertà e dignità del lavoratore, saprà cogliere – come auspicato da Riccardo Del Punta nei suoi scritti³¹ – il senso profondo del processo di trasformazione in atto, interpretando ed elaborando le tendenze delle regolazioni che “positivizzano” nuovi valori, al fine di adeguare le proprie strutture cognitive e normative al mutato contesto economico, sociale e culturale, in tal modo la disciplina lavoristica potrà salvaguardare il proprio statuto assiologico originario e il diritto del lavoro del XXI secolo potrà avere un fondamento più solido.

5. Postilla. Un ricordo personale sugli insegnamenti metodologici di Riccardo Del Punta a partire dagli anni trascorsi all'Università di Siena³²

Le riflessioni svolte sul tema delle asimmetrie informative³³ e gli studi da me compiuti inerenti a questo³⁴ discendono dal profondo scambio di idee che negli anni ho condiviso con Riccardo, favorito dal dialogo privilegiato che ho mante-

²⁹ Così Gagnoli 1996, 16. Più recentemente si veda Recchia 2023, c. 40, ove riconosce come sulla lunga distanza il principio di trasparenza abbia finito «con l'emergere nella cultura giuridica grazie alla convergenza, sul piano generale, della rivendicazione della democratizzazione delle relazioni di potere di fronte a dinamiche di sviluppo e controllo dello stesso sempre meno accessibili, soprattutto a tutela del c.d. contraente/cliente/consumatore debole».

³⁰ Si rinvia *ex plurimis* in particolare a Loiodice 1971, 472 laddove afferma che tramite la corresponsione di informazioni «il popolo da massa indifferenziata si trasforma in organismo capace e consapevole».

³¹ Così si veda in particolare Del Punta 2013, 48.

³² La postilla riporta l'intervento tenuto dall'Autrice al convegno «Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Convegno in ricordo di Riccardo Del Punta», svoltosi a Firenze, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze, il 26 gennaio 2024, nella sessione intitolata «Il contributo alla formazione di studiosi e studiose».

³³ Si richiamano puntualmente le riflessioni svolte nel contributo che precede tale postilla.

³⁴ *Ex plurimis* si richiama Faleri 2007.

nuto con lui a partire dal conseguimento della mia laurea. Il mio ricordo personale di Riccardo muove proprio da quel 15 aprile 1994, quando discussi la mia tesi di laurea in Giurisprudenza all'Università di Siena, di cui egli fu Relatore: di quel giorno domina su tutte un'immagine, quella del momento in cui, conferendomi la laurea, Riccardo mi tese la mano accogliendomi al suo insegnamento e cambiando così per sempre la mia vita.

Di quella breve parentesi senese di Riccardo conservo il ricordo indelebile della generosità con cui egli si dedicò, sin da subito, ad avviarmi allo studio della giurisprudenza, per l'elaborazione delle prime note a sentenza che mi accingevo a scrivere per la *RIDL*, avvertendo fortemente e facendomi percepire l'importanza di quello che – come il Suo Maestro Giuseppe Pera gli aveva insegnato – era da concepire come un genere letterario a sé. Mi trasmise così quello che lui chiamava il “metodo Pera” ovvero «l'andare 'al fondo' delle cose», l'afferrare appieno l'oggetto che si analizza, mettendolo a nudo, al di là di ogni idea generale, preconetto o ideologia (Del Punta 2018a, 155). Questo andare alla ricerca del senso vero della decisione del giudice, così come della norma posta dal legislatore, ha rappresentato «l'eredità più profonda» che Pera gli aveva lasciato³⁵.

Questo approccio metodologico, assieme a quello interdisciplinare che ha altresì sempre contraddistinto Riccardo, portandolo ad aprirsi al dialogo e al confronto con le altre scienze sociali (tra cui l'economia), lo resero un protagonista indiscusso del vivace dibattito sul rapporto tra diritto ed economia – e in particolare tra diritto del lavoro ed economia – che agli inizi degli anni Duemila si sviluppò nella allora Facoltà di Economia dell'Università di Siena.

L'onestà intellettuale con cui si apriva agli apporti della riflessione economica, disposto a mettere in discussione le proprie posizioni, senza tuttavia mai tradire la missione del giurista, ne fecero un interlocutore privilegiato della Scuola degli Economisti di Siena, tanto che entrò a far parte del Collegio dei docenti del dottorato in *Law and Economics* da questi a Siena costituito. Come Riccardo stesso scrisse in *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro* (uno dei suoi più significativi saggi, la cui pubblicazione nel *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* risale proprio agli anni della sua esperienza nel Dottorato di Siena e in parte forse ne è il frutto), «il giurista deve saper difendere ad ogni costo, con la passione dei buoni argomenti, la linea che egli ha il compito di tracciare, una volta compiuti i processi dell'apertura e dell'osmosi cognitiva, a protezione della normatività» (Del Punta 2001, 4).

Le lezioni che Riccardo teneva nell'ambito di questo dottorato e i suoi interventi ai numerosi seminari interdisciplinari che venivano organizzati costituivano non solo per i dottorandi, ma anche per i giovani giuristi che – come me – a vario titolo imparavano a muoversi in un Dipartimento di carattere interdisciplinare quale era il Dipartimento di Diritto dell'Economia della Facoltà di Economia di Siena, importanti momenti e occasioni di crescita formativa.

³⁵ Come ricordato da Vallauri 2024, 22.

Riccardo invitava noi giovani a riflettere sulla complessità e spesso opacità dei rapporti fra il diritto del lavoro e l'economia, specificando come ciò «implica tracciare [...] distinzioni e ripartizioni di compiti, che [...] riportano a questioni di identità e di funzione delle rispettive discipline»³⁶. Proprio riguardo al rapporto tra diritto (del lavoro) ed economia – allora ancora tra l'altro poco approfondito scientificamente dalla dottrina giuslavoristica italiana – Riccardo sottolineava puntualmente che: «mettere in contatto posizioni teoriche elaborate nei rispettivi campi di ricerca, può essere proficuo a condizione che vi sia un chiarimento preliminare sui rapporti che si ritiene debbano intercorrere fra economia e diritto (del lavoro)» (Del Punta 2001, 4).

Peraltro, all'entusiasmo con cui Riccardo – nelle varie occasioni di confronto che ebbe con gli Economisti negli anni del Dottorato senese – difendeva strenuamente l'identità del giuslavorista e l'autonomia del diritto del lavoro rispetto alle ragioni dell'economia, spesso si accompagnavano momenti in cui egli lamentava le difficoltà che incontra chi propone di gettare ponti tra due mondi tra loro significativamente distanti di origine e il timore di chi, pur riuscendo a edificare un ponte, ha la consapevolezza che quel «ponte [...] sarà sempre percorso da una parte sola»³⁷.

L'apertura di Riccardo all'economia e il suo approccio metodologico al dibattito sul rapporto tra diritto del lavoro ed economia – che così fortemente hanno influenzato il mio percorso formativo, in particolare la mia attività di ricerca sui diritti individuali di informazione che svolgevo proprio in quegli anni – mi indussero a confrontarmi con quel filone dell'economia detto economia dei contratti che studia le disfunzioni dei rapporti contrattuali c.d. incompleti e con la nozione di asimmetria informativa riconosciuta dagli studi di analisi economica dei contratti quale una delle principali cause di incompletezza contrattuale e di imperfezione del mercato.

I confronti stimolanti avuti con Riccardo a tal riguardo mi portarono a riconoscere l'importanza delle sinergie che possono sprigionarsi dal dialogo fra due saperi diversi, maturando contestualmente la consapevolezza che questi presuppongono comunque punti di osservazione e strumenti di analisi diversi. Questa consapevolezza mi consentì di affrontare e sviluppare il tema dei diritti di informazione “con occhi nuovi”, assumendo una nuova e inusuale prospettiva rispetto a quella tradizionalmente accolta riguardo a tale tema. Ed è stato grazie a questa nuova prospettiva che approdai alla mia prima monografia, intitolata appunto *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, di cui Riccardo mi fece l'onore di scrivere la Prefazione.

Tuttavia, con riguardo al dialogo tra diritto del lavoro ed economia, a costituire l'insegnamento più importante che Riccardo Del Punta ha trasmesso a

³⁶ Come da puntualizzato anche nei suoi scritti: cfr. ancora Del Punta 2001, 4.

³⁷ Per riprendere le parole usate da Riccardo stesso in una sua lettera a Pietro Ichino intitolata *Si al dialogo con gli economisti (meglio ancora se reciproco)* pubblicata il 23.07.2017 su <https://www.pietroichino.it>.

me (ma non solo a me) è la difesa dei valori del diritto del lavoro a fronte dell'avanzare delle logiche economiche, specie quando si attraversa stagioni di crisi e transizione. Per costruire un diritto del lavoro in grado di governare i profondi mutamenti indotti da transizioni di carattere epocale, riuscendo a tener insieme le istanze della crescita economica e della valorizzazione del lavoro, Riccardo, più volte, ha infatti invitato i giuristi a spogliarsi idealmente delle loro preferenze di valore, per giungere – anche attraverso un dialogo aperto con l'economia – a porre le fondamenta di una nuova e più forte legittimazione del diritto del lavoro. Per questo – pur in presenza di epocali cambiamenti – Riccardo riteneva di non dover parlare di crisi dei valori, ma piuttosto di crisi di determinate forme socio-culturali ed istituzionali che nel tempo hanno incarnato quei valori: «I valori del diritto del lavoro debbono [...] essere difesi [...] ma possiamo difenderli efficacemente soltanto ridefinendoli e ricontestualizzandoli» (Del Punta 2002, 351).

Del resto, è noto a tutti noi il valore dei valori, ovvero (in questo caso) il valore e il ruolo che Riccardo riconosceva ai valori del diritto del lavoro specie nelle fasi di grande transizione. In particolare, con riguardo ai processi di digitalizzazione, si ricorda quanto egli abbia avvertito forte il bisogno di un ripensamento non solo dei principali istituti della disciplina, ma anche della cornice valoriale generale in cui essi si collocano; solo in tal modo, infatti, il diritto del lavoro potrà elaborare nuovi paradigmi regolativi in grado di salvaguardare il proprio statuto assiologico originario (Del Punta 2013, 48).

Ed è questa l'eredità più importante di Riccardo che porto con me in questo cammino verso un futuro quanto mai incerto, dominato dagli algoritmi e dalle intelligenze artificiali, ove mi lascerò orientare dai valori di riferimento del diritto del lavoro, con la consapevolezza che questi probabilmente potranno non essere più quelli che hanno tenuto insieme il diritto del lavoro classico. È infatti in questa prospettiva che oggi mi trovo a riflettere sul ruolo di crescente importanza che stanno assumendo nuovi principi, come quello della trasparenza, su cui si fondano le più recenti normative – dalla Direttiva 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili a quella richiamata sul miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali al Regolamento UE 2024/1689 sull'intelligenza artificiale, al GDPR, alla Direttiva 2022/2464/UE sulla rendicontazione societaria di sostenibilità, fino alla Direttiva 2024/1760 *Corporate Sustainability Due Diligence* – elevandolo a principio trasversale³⁸. In altri termini, richiamandomi a come Riccardo qualificava il diritto del lavoro come un diritto “valorista” che è riuscito a “positivizzare” i propri fondamenti valoriali (Del Punta 2013, 48), oggi avverto forte l'importanza che il diritto del lavoro sappia proporre nuovi paradigmi al fine di adeguare le strutture cognitive e normative a un contesto economico, sociale e culturale in profonda trasformazione.

³⁸ Su questo tema insiste il contributo che precede questa Postilla: in particolare si veda *supra* parr. 2 e 3.

È dunque evidente come l'eredità di Riccardo Del Punta sia tutt'altro che definita e conclusa e come la ricchezza e la profondità delle sue riflessioni e delle sue proposte siano destinate a dar luogo ancora a molti confronti, in una sorta di dialogo che ognuno di noi intende proseguire con lui: egli ci ha lasciato gli strumenti affinché non ci si senta disorientati nelle epoche di grandi transizioni.

Se mi è consentito in conclusione ricorrere a una metafora, mi piace raffigurare Riccardo come un cartografo che ha tracciato le linee capaci di delineare nuove figure evocatrici di future morfologie, di rivelare così allo sguardo di un osservatore attento territori nuovi o non ancora visti. Come scriveva Marcel Proust, uno degli scrittori più amati da Riccardo (che il destino ha voluto che siano venuti a mancare entrambi il 18 novembre a distanza di cent'anni esatti) nel suo *Alla ricerca del tempo perduto*: «Il vero viaggio di scoperta non consiste nel trovare nuovi territori, ma nel possedere altri occhi».

Riferimenti bibliografici

- Alaimo, A. 2023. "Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?" *federalismi.it* 25: 133 sgg.
- Allamprese, A., e Borelli, S. 2022. "L'obbligo di trasparenza senza la prevedibilità del lavoro. Osservazioni sul decreto legislativo n. 104/2022." *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 671 sgg.
- Aloisi, A., e De Stefano, V. 2020. *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*. Bari: Laterza.
- Barba, A. 2000. "Consumo e sviluppo della persona." In *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di A. Barba. Napoli: Jovene.
- Barbera, M. 2021. "Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione." *Labour & Law Issues* 7, 1.
- Borzaga, M., e Mussi, F. 2023. "Luci e ombre nella recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità." *Lavoro e diritto*, 495 sgg.
- Brino, V. 2022. "Governance societaria sostenibile e due diligence: nuovi orizzonti regolativi." *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Carinci, M.T., Giudici, S., e Perri, P. 2023. "Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis «Decreto Trasparenza»): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?" *Labor* 1: 11 sgg.
- Ciucciiovino, S. 2018. "Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione." *Diritto delle relazioni industriali* 4: 1043 sgg.
- Ciucciiovino, S. 2023. "Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica." *Diritto delle relazioni industriali*, 94 sgg.
- Clark, J., e Hall, M. 1992. "The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship." *Industrial Law Journal*, 106 sgg.
- Covelli, R. 2023. "Lavoro e intelligenza artificiale: dai principi di trasparenza algoritmica al diritto alla conoscibilità." *Labour & Law Issues* 9, 1.
- Covelli, R. 2023. "Lavoro e intelligenza artificiale: dalla trasparenza alla conoscibilità." *Labour & Law Issues* 9, 1.

- D'Antona, M. 1991. "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 455 sgg.
- Dagnino, E. 2019. *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*. Adapt University Press.
- De Poli, M. 2002. *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*. Milano: Giuffrè.
- De Simone, G. 2022. "Discriminazione." In *Lavoro digitale*, a cura di M. Novella e P. Tullini. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 2001. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 1: 3 sgg.
- Del Punta, R. 2002. "Il diritto del lavoro tra valori e storicità." *Lavoro e diritto* 3: 349 sgg.
- Del Punta, R. 2004. "Diritti e libertà del lavoro: quali tutele per il lavoro che cambia." In *Libertà, sviluppo, lavoro*, a cura di G. Mari. Milano: Mondadori.
- Del Punta, R. 2013. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *Lavoro e diritto* 43 sgg.
- Del Punta, R. 2016. "Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta." *Lavoro e diritto* 645 sgg.
- Del Punta, R. 2018a. "Il metodo di Giuseppe Pera." *Rivista italiana di diritto del lavoro* I: 155 sgg.
- Del Punta, R. 2018b. "Un diritto per il lavoro 4.0." In *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati e G. Mari. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2022. "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 24 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Faioli, M. 2022. "Trasparenza e monitoraggio digitale. Perché abbiamo smesso di capire la norma sociale europea." *federalismi.it* 25.
- Faioli, M. 2023. "Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull'imbarazzante «truismo» del decreto trasparenza." *Diritto delle relazioni industriali* 1: 25 sgg.
- Faleri, C. 2007. *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Faleri, C. 2023. "Diritti di informazione e principio di trasparenza per una governance societaria sostenibile." *Lavoro e diritto*, 545 sgg.
- Falletti, E. 2023. "Algoritmi: la discriminazione non è uguale per tutti." *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Franceschetti, M., e Guarascio, D. 2018. "Il lavoro ai tempi del «management» algoritmico." *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 705 sgg.
- Gaudio, G. 2020. "Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo." *Labour & Law Issues* 6, 2.
- Gragnoles, E. 1996. *L'informazione nel rapporto di lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Izzi, D. 1998. "La Direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro." *Diritto delle relazioni industriali*, 393 sgg.
- Lazzeroni, L. 2022. "Discriminazioni digitali." In *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, a cura di S. Borelli et al. Torino: Giappichelli.
- Lo Faro, A. 2022. "Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme." *federalismi.it* 25.
- Loiodice, A. 1971. "Informazione (diritto alla)." In *Enciclopedia del diritto* XXI: 472 sgg.
- Maio, V. 2018. "Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica." *Argomenti di diritto del lavoro*, 1414 sgg.
- Novella, M. 2022. "Impresa." In *Lavoro digitale*, a cura di M. Novella e P. Tullini. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2018. "La «soggettivazione regolativa» nel diritto del lavoro." *Biblioteca '20 Maggio'* 1: 417 sgg.

- Peruzzi, M. 2021. "Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro: ragionando di tecniche di trasparenza e poli regolativi." *Ianus* 24: 80 sgg.
- Peruzzi, M. 2023. *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*. Torino: Giappichelli.
- Proia, G. 2022. "Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa." *Labor* 6: 658 sgg.
- Renzi, S. 2022. "La trasparenza dei sistemi algoritmici utilizzati nel contesto lavorativo fra legislazione europea e ordinamento interno." *La Nuova Giuridica*, 59 sgg.
- Rivara, A. 1999. "La Direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 133 sgg.
- Rodotà, S. 1992. *Repertorio di fine secolo*. Roma: Laterza.
- Rota, A. 2020. "Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro." *Labour & Law Issues* 6, 2.
- Spinelli, C. 2018. *Tecnologie digitali e lavoro agile*. Bari: Cacucci.
- Spinelli, C. 2022. "La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma." *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Stark, D., e Pais, I. 2021. "Management algoritmico nell'economia delle piattaforme." *Economia & Lavoro* 3: 57 sgg.
- Tebano, L. 2020. *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Tullini, P. 2017. "La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa." In *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. Tullini. Torino: Giappichelli.
- Tullini, P. 2021. "La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo." *Lavoro e diritto* 35, 3-4: 429 sgg.
- Tullini, P. 2021. "Presentazione." In *Webinar di Labour Law Community, Algorithm at work; machine learning and discrimination*, 23 aprile.
- Vallauri, M.L. 2024. "Riccardo Del Punta, giuslavorista intellettuale." In *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, vol. I, a cura di W. Chiaromonte e M.L. Vallauri. Firenze: Firenze University Press.
- Viscomi, A. 2023. "Per una sandbox giuslavoristica. Brevi note a partire dal «decreto trasparenza»." *Labour & Law Issues* 9, 1.
- Zappalà, L. 2021a. "Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0: verso una nuova procedimentalizzazione dei poteri datoriali." *Ianus* 24: 23 sgg.
- Zappalà, L. 2021b. "Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale." *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*.IT 446/2021, ora pubblicato in *Biblioteca '20 Maggio' 2*.
- Zappalà, L. 2021c. "Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?" *Professionalità studi* IV, 1.
- Zappalà, L. 2022. "Algoritmo." In *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, a cura di S. Borelli et al. Torino: Giappichelli.
- Zilli, A. 2022a. "Condizioni di lavoro (finalmente) «trasparenti e prevedibili»." *Labor* 6: 661 sgg.
- Zilli, A. 2022b. *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*. Pisa: Pacini Editore.
- Zilli, A. 2023. "La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili." *Diritto delle relazioni industriali*, 25 sgg.

I lavoratori autonomi e i 'nuovi' bisogni di tutela: il ruolo essenziale del divieto di discriminazioni per motivi sindacali

Maurizio Falsone

1. Il diritto antidiscriminatorio multilivello fra aperture verso il lavoro autonomo e chiusure verso il fattore sindacale

In un intervento al congresso Aidlass del 1994 a Gubbio su Lavoro e Discriminazione, Riccardo Del Punta affermò che la tutela antidiscriminatoria rappresenta «un punto di forza di un diritto del lavoro che tende ad indebolirsi se non proprio a disarticolarsi» ed intravede nelle evoluzioni della disciplina lo spostamento di «baricentro del sistema sulla protezione antidiscriminatoria, additabile come fronte di resistenza [...] che il diritto del lavoro deve difendere ad ogni costo [...] intendendola come parte di un nucleo protettivo fondamentale volto alla difesa dei beni primari del cittadino-lavoratore» (Del Punta 1996, 218). Non erano ancora maturi i tempi per intravedere nel diritto positivo una tutela antidiscriminatoria per il lavoro autonomo, ma l'approccio all'idea di tutela antidiscriminatoria che il prof. Del Punta espresse in quell'occasione è evidentemente aperto ad una sua valenza ben oltre il lavoro subordinato in senso stretto, ricomprendendo tutte le esperienze di lavoro¹.

¹ Già attratto dal pensiero di Amartya Sen, Riccardo Del Punta sottolineò che il concetto di parità di trattamento in cui potrebbe pure declinarsi la tutela antidiscriminatoria va inteso in senso «debole», cioè «strumentale» (Del Punta 1996, 217), se è vero che è necessario «introdurre nel discorso sull'eguaglianza anche una nuova considerazione della variabile

Ci sarebbe voluto ancora del tempo prima che questa sensibilità maturasse e, ancora di più ne sarebbe servito perché si facesse strada, come vedremo in modo accidentato, negli anfratti della legge. Infatti, nonostante il lavoro autonomo sia giunto – dopo un po' di resistenza – all'attenzione della dottrina e della pubblica opinione (Treu 2023, 1), il fenomeno delle discriminazioni delle persone che lavorano senza vincolo di subordinazione non è stato, finora, oggetto di interventi regolativi chiari ed uniformi da parte del legislatore, sia italiano che europeo.

Si potrebbe pensare che questa situazione dipenda dal fatto che il lavoro autonomo non beneficia ancora di un regime di tutele sostanziali tale da giustificare il supporto strumentale del diritto antidiscriminatorio a garanzia dell'esercizio di altri diritti e libertà espressamente riconosciuti. Sarebbe però una considerazione scorretta perché, come è oramai acquisito, il diritto antidiscriminatorio vive (anche) di vita propria, vietando l'utilizzo di specifici fattori discriminatori a prescindere dal fatto che tale uso le da altre posizioni giuridiche sostanziali (Barbera 2014, 381 e 384). Non a caso, è da tempo condivisa l'idea che i divieti di discriminazione rappresentano oramai uno standard essenziale basilare che, semmai, agevola il riconoscimento di nuove posizioni di diritto sostanziale (Del Punta 1996, 218).

Dal punto di vista dei principi, quello fra diritto antidiscriminatorio e lavoro autonomo è stato un rapporto complicato a causa della (vecchia) idea, fondata sul valore della libertà contrattuale, secondo cui la discriminazione (che, come è noto, può prescindere da una volontà persecutoria) non può essere vietata quando le «vittime» scelgono di lavorare in modo indipendente, perché così facendo accettano le regole del mercato libero e concorrenziale. Dal punto di vista tecnico e pratico, invece, il rapporto non è agevolato perché il lavoratore autonomo, almeno quello vero, opera individualmente e a volte anche in solitudine (Waas 2017, 154), senza integrarsi in contesti aziendali/lavorativi abbastanza da poter svolgere quel processo comparativo utile a individuare – innanzitutto egli stesso – il pregiudizio e a denunciarlo.

Non a caso, alcuni interventi legislativi (cfr. l'art. 47-*quinquies* d.lgs. n. 81/2015 sui *riders* non etero-organizzati) e numerose ricerche che propugnano l'estensione verso il lavoro autonomo delle tutele anti-discriminatorie si riferiscono a lavoratori collocabili nella zona grigia fra autonomia e subordinazione (Borelli, Ranieri 2021, 21 e De Stefano, Aloisi 2021) ove 1) è più facile rilevare la condotta discriminatoria del committente/datore e condividerne un giudizio di disvalore, al pari di quello oramai diffuso a proposito dei lavoratori subordinati; e 2) è dubbia la stessa qualificazione come lavoratore autonomo della persona discriminata.

«libertà», ed in specie di quella che è stata definita la libertà di scegliere la propria differenza» (Del Punta 1996, 220). Quest'ultima affermazione conferma che l'approccio del punto è chiaramente sensibile ad una idea di tutela antidiscriminatoria che possa varcare i limiti del lavoro subordinato classico.

Si tratta di analisi e proposte interpretative che, in fondo, guardano criticamente più al diritto del lavoro tradizionale che ai paradigmi del diritto antidiscriminatorio in sé, perché cercano di rimediare alle angustie delle definizioni qualificatorie di autonomia e subordinazione. Sono strategie esegetiche condivisibili perché affrontano di petto i recenti sviluppi tecnologici (intelligenza artificiale e piattaforme digitali *in primis*) che tendono ad amplificare l'impatto delle discriminazioni dirette e indirette nel lavoro, subito fuori il recinto classico dei rapporti di lavoro subordinato (Izzi 2023, 1; Peruzzi 2023, 159; Ballestrero 2021; Peruzzi 2021, 48; nell'ambito della subordinazione Gaudio 2024). È naturale, dunque, che gli interpreti cerchino di difendere la funzione originaria delle tutele antidiscriminatorie classiche, dilatandone l'applicazione verso i margini esterni della subordinazione.

Ciò detto, proprio in ragione del carattere sempre più indiscriminato delle condotte discriminatorie (il gioco di parole è evidentemente voluto), non mancano le ricerche sull'applicazione delle tutele antidiscriminatorie nell'ambito del lavoro autonomo *tout court*, cioè a prescindere dal fatto che si tratti di un lavoro, in qualche misura, parasubordinato². Il salto di qualità di queste ricerche è evidente perché lo sforzo esegetico, in questo caso, non è (solo) rivolto ad affrontare il dilemma qualificatorio, ma punta direttamente ad estendere i limiti del diritto antidiscriminatorio confrontandosi con i suoi propri paradigmi e le sue radici costituzionali (cfr. ad esempio Ratti, Centamore 2019, 669).

Tali ricerche, invero, non si sono sviluppate solo in ragione degli impatti negativi «amplificati» dalle tecnologie della quarta rivoluzione industriale: già da prima, infatti, la figura del lavoratore autonomo (compresa quella del professionista) si è indebolita pure nel mercato – non solo nei rapporti, più o meno continuativi, con i committenti (Razzolini 2022, 3) – fino a diventare un prototipo nuovo di vulnerabilità sociale da affrontare (Freedland, Kountouris 2012, 65; Ales 2022, 109). Ciò, sia in ragione dei marcati disequilibri e fluttuazioni fra domanda e offerta, sia perché la composizione sociale e la distribuzione nei settori produttivi della categoria dei lavoratori autonomi sono rispettivamente eterogenea e diseguale, coinvolgendo diverse minoranze a rischio (Corazza 2006, 104; Izzi 2005, 25; Borelli, Guariso, Lazzeroni 2019, 248 nota 316).

Aperto il varco della tutela antidiscriminazione per i lavoratori autonomi non può non considerarsi prioritariamente l'estensione al lavoro autonomo delle protezioni contro le discriminazioni per motivi sindacali: lo sviluppo recente di nuove istanze protettive ancora insoddisfatte nell'area del lavoro autonomo i fenomeni di autotutela collettiva inediti e non sempre coperti da posizioni di diritto sostanziale adeguate³ e, infine, il riconoscimento istituzionale del ruolo

² In questo caso non si intravedono specifici interventi legislativi sul punto (cfr. l'assenza di ogni riferimento al tema della discriminazione negli artt. 1-17 del d.lgs. 81/2017).

³ Come è noto, lo statuto dei lavoratori si applica ai lavoratori subordinati anche se non vi sarebbero ragioni di limitare certe libertà riconosciute nei primi due titoli anche a lavoratori non subordinati (cfr. Garofalo, 2010).

della contrattazione collettiva almeno per i lavoratori autonomi⁴ pongono questo aspetto del tema al centro del dibattito anche politico/legislativo.

Con il presente contributo, innanzitutto, si dà conto di come l'UE stia guidando con una certa convinzione l'estensione delle tutele antidiscriminatorie oltre i confini angusti del lavoro subordinato, seguita in ciò dai paesi membri, fra cui l'Italia, che non pare abbiano e avranno motivo per discostarsi da questa tendenza (par. 2).

In secondo luogo, si osserva come, viceversa, l'ordinamento italiano si collochi in una posizione più avanzata dell'UE rispetto al contrasto delle discriminazioni per motivi sindacali, mentre l'UE (*rectius*, la Corte di Giustizia – d'ora in avanti C. giust.) ridimensioni non poco la rilevanza giuridica di tale fattore (par. 3), con motivazioni non convincenti (par. 4).

Inoltre, si evidenzia come militino diverse buone ragioni a difesa dell'estensione del diritto antidiscriminatorio, per un verso, a tutela del lavoro autonomo e, per un altro, a tutela dell'attività sindacale. Infine, si sottolinea come tali estensioni siano coerenti con recenti proposte normative finalizzate alla tutela dei lavoratori nel contesto globale delle catene del valore, come la proposta di direttiva UE relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e la proposta di uno strumento giuridicamente vincolante promosso nell'ambito delle Nazioni Unite, sulle imprese transnazionali e altre imprese commerciali in materia di rispetto dei diritti umani. Entrambe, infatti, riconoscono sia i fondamentali diritti sindacali sia i divieti di discriminazione in chiave soggettivamente universale, ovvero senza distinzioni fra categorie di lavoratori (par. 5). Pertanto, si conclude auspicando che l'orientamento interpretativo della giurisprudenza italiana non venga superato in senso regressivo, come potrebbe accadere se i giudici dei casi concreti decidessero di adeguarsi acriticamente alle posizioni della C. giust. a proposito delle discriminazioni per motivi sindacali.

2. La spinta della Corte di giustizia verso l'universalizzazione soggettiva del diritto antidiscriminatorio

La questione dell'applicabilità del diritto anti-discriminatorio alle persone che lavorano in modo autonomo è già da tempo in corso di esplorazione (Barbera, Borelli 2022, 1559). I primi timidi interventi legislativi a proposito risalgono agli anni '80 del secolo scorso seppure in riferimento al solo fattore di genere (Barnard, Blackham 2017, 197, Borelli, Guariso, Lazzeroni 2019, 248, Corazza 2006, 103 e 106). La questione, tuttavia, ha attratto l'attenzione della dottrina e dell'opinione pubblica solo a seguito delle direttive UE di c.d. «seconda generazione» (2000-2006, su cui *infra*), delle discipline nazionali di recepimento, delle successive riforme del diritto primario UE (*in primis*, la Carta di Nizza) e,

⁴ Cfr. la Comunicazione del 29 settembre 2022 della Commissione UE contenente gli «orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali» (2022/C 374/02).

infine, delle significative decisioni giudiziarie nazionali o della C. giust., oggetto in certi casi di attenzione ben oltre il ristretto campo della comunità giuslavoristica⁵. Queste innovazioni, infatti, non hanno solo aperto delle brecce in favore dei lavoratori autonomi, ma hanno smosso le fondamenta stesse del diritto antidiscriminatorio, imponendo, come vedremo, una reinterpretazione della legislazione derivata/ordinaria alla luce del diritto primario UE⁶.

In estrema sintesi, si conviene generalmente su due punti, che sono poi due risvolti della medesima medaglia: *a)* il diritto antidiscriminatorio oggi presenta una «ampiezza» e «malleabilità» tale da farne un settore elettivo per lo sviluppo di tutele in favore dei lavoratori non subordinati⁷; tuttavia, *b)* l'impossibilità di applicare a livello interprivato (cioè in senso orizzontale) il principio di eguaglianza e la regola di parità di trattamento⁸, nonché la complicata fattura delle variegate e stratificate discipline, «non consentono di accertare l'esistenza di una tutela antidiscriminatoria generalizzata in favore dei lavoratori autonomi; dovendosi piuttosto riscontrare un'applicazione residuale»⁹.

In effetti, le discipline UE in materia di discriminazione nei rapporti di lavoro sono numerose e il loro campo di applicazione varia problematicamente sotto tanti punti di vista: quello dei fattori discriminatori vietati, quello dell'ambito oggettivo di applicazione (cioè degli aspetti di vita protetti) o quello dell'ambito soggettivo di applicazione, compreso, per l'appunto, quello dell'applicabilità delle tutele antidiscriminatorie oltre la subordinazione. Nel caso del lavoro autonomo, il problema del raggio d'azione delle tutele antidiscriminatorie si può presentare sotto una duplice veste. Infatti, il diritto anti-discriminatorio UE si è rivolto al fenomeno del lavoro autonomo, a volte, nella sua dimensione oggettiva, ovvero nella

⁵ Si pensi al noto caso Taormina (Trib. Bergamo, ord. 6 agosto 2014, App. Brescia, 11 dicembre 2015 e Cass., 20 luglio 2018, n. 19443, C. giust. 23 aprile 2020, C-507-18, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford*, Cass., 15 dicembre 2020 n. 28646) che ha portato alla condanna del titolare di uno studio legale che aveva dichiarato di non gradire la collaborazione di colleghi avvocati omosessuali.

⁶ Non saranno oggetto di considerazione la dir. 2004/58/CE sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e la dir. 2006/123/UE relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. dir. Bolkestein), perché, pur riguardando anche i lavoratori autonomi, sono funzionali solo alla protezione del mercato interno più che all'applicazione di un principio di parità di trattamento, tanto che esse riguardano i soli cittadini UE, non i lavoratori extra-comunitari. Cfr. anche la dir. 2014/54/UE sull'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori.

⁷ È un diritto che, in questo senso, offre «indicazioni incoraggianti» secondo Ratti, Centamore 2019, 665 e 674 (cui appartengono anche i virgolettati nel testo). Più ottimistica la posizione di Corazza 2006, 109 secondo cui all'esito delle riforme della c.d. seconda generazione risulta «la piena operatività dei divieti di discriminazione anche rispetto al lavoro autonomo e si estende, dunque, a tutta l'area del lavoro indipendente il complesso apparato di tecniche di tutela previsto dal diritto antidiscriminatorio».

⁸ Anche se qualche spazio è ora offerto dall'art. 20 della Carta di Nizza almeno per gli ambiti di intervento del legislatore UE (Barbera, Borelli 2022, 1562).

⁹ Così più realisticamente (e criticamente) Borelli, Ranieri 2021, 26.

sua qualità di attività economica – estendendo, in certi casi, ai lavoratori autonomi (o a qualificate categorie di essi) le peculiari tutele previste per le imprese¹⁰. Altre volte, ha guardato al lavoro autonomo nella sua dimensione soggettiva, cioè come lavoro svolto “personalmente” – estendendo, a volte ai lavoratori autonomi le protezioni originariamente previste per i lavoratori dipendenti.

Quando il diritto antidiscriminatorio UE ha adoperato entrambe le prospettive, come nel caso delle discriminazioni di genere, le possibili interferenze regolative sono state risolte dal legislatore UE prevedendo che le regolamentazioni UE del primo tipo (potremmo dire quelle di matrice mercatista, perché dedicate alla protezione dell’attività economica) si applicassero solo in via sussidiaria, cioè nella misura in cui non fossero applicabili altre direttive UE (quelle di matrice lavorista) contenenti divieti di discriminazione posti a protezione dei lavoratori autonomi. Così:

- la dir. 2010/41/UE sull’applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un’attività autonoma è dedicata «ai lavoratori autonomi, vale a dire chiunque eserciti, alle condizioni previste dalla legislazione nazionale, un’attività lucrativa per proprio conto». Tuttavia, ai sensi dell’art. 1 comma 1, essa non è applicabile per gli aspetti disciplinati dalla dir. 2006/54/UE riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, che, come si vedrà meglio, si riferisce, seppure solo parzialmente, anche ai lavoratori autonomi (Alessi 2019, 695, Peruzzi 2023, 51);
- allo stesso modo, la dir. 2004/113/UE sulla parità di genere nell’accesso a beni e servizi e nella loro fornitura, ai sensi dell’art. 3 comma 4, non si applica alle questioni riguardanti l’impiego e l’occupazione, comprese le questioni riguardanti il lavoro autonomo «nella misura in cui esse sono disciplinate da» altre fonti UE.

Per individuare il diritto antidiscriminatorio applicabile, quindi, bisogna considerare prima di tutto la disciplina UE di matrice lavorista.

Ebbene, la dir. 2006/54/UE sulla parità di genere in materia di occupazione e impiego si applica a «l’accesso al lavoro, la promozione e la formazione professionale, b) le condizioni di lavoro, compresa la retribuzione; c) i regimi professionali di sicurezza sociale» e, seppure con possibili problemi interpretativi, prevede espressamente, capo per capo, diversi ambiti soggettivi di applicazione delle tutele previste, escludendo e a volte includendo il lavoro autonomo: si badi al caso peculiare del capo sulla parità di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale che si applica ai lavoratori autonomi *ratione personae*, ma non ai contratti individuali dei lavoratori autonomi *ratione materiae* (cfr. artt. 6 e 8).

¹⁰ Come noto, infatti, i lavoratori autonomi genuini sono considerati dalla C. giust., a certe condizioni, imprenditori (C. giust., 4 dicembre 2014, causa C-413/13, *FNV Kunsten p.to 33*). In generale Razzolini 2012.

Le dir. 2000/43/CE e 2000/78/CE sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, nonché in materia di occupazione e condizioni di lavoro per gli altri noti fattori tipizzati, presentano un campo d'applicazione soggettivo se possibile ancora più ambiguo, perché non lo definiscono direttamente con una disposizione espressa (se non con il generico riferimento alle «persone»), ma lo lasciano individuare indirettamente attraverso le norme che stabiliscono l'ambito oggettivo di applicazione, ovvero i particolari aspetti o momenti della vita tutelati da le due direttive (Freedland, Kountouris 2012, 56). Infatti, come noto, esse si applicano, per quel che interessa in questa sede, a «a) condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione [...]; b) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; c) occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione; d) affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro o in qualunque organizzazione i cui membri esercitano una particolare professione, nonché alle prestazioni erogate da tali organizzazioni». Ebbene, questa tecnica normativa, in sé e per sé considerata, lascia prefigurare un ambito soggettivo di applicazione differenziato, cioè esteso al lavoro autonomo solo rispetto a certi fenomeni (le condizioni di accesso all'occupazione) e non ad altri (l'occupazione e le condizioni di lavoro). Anche il diritto interno presenta una simile condizione frastagliata (Cfr. soprattutto d.lgs. n. 215/2003, n. 216/2003 e n. 198/2006), avendo dato attuazione alle direttive UE, come è noto, con discipline piuttosto fedeli alla loro lettera, senza quindi preoccuparsi di sciogliere i nodi e, di fatto, lasciando all'applicazione giurisprudenziale il compito di farlo.

Questo contesto normativo ha certamente provocato disordine e favorito una minore effettività delle tutele soprattutto a spese del lavoro autonomo (la giurisprudenza in materia, infatti, è qualitativamente significativa, ma non abbondante); tuttavia, esso presenta una porosità che ha permesso al valore della parità di trattamento di insinuarsi nel caos della regolamentazione in modo da espandersi di più e meglio nei rapporti interpretati, scoraggiando in particolare le interpretazioni restrittive pure legittimamente avanzabili in un quadro così complesso.

In generale, le possibili letture restrittive volte ad escludere i lavoratori autonomi sono state subito criticate in dottrina, sia per la loro intrinseca irrazionalità, sia per la loro incongruenza rispetto ai principi generali UE¹¹. In termini più costruttivi si è fatto spesso leva su argomenti sistematici (cfr. Borelli, Ranieri 2021, 27 che, su certi aspetti, anticipano i ragionamenti della C. giusta) e/o teleologici, per dimostrare l'applicabilità *tout court* delle due direttive ai lavoratori autonomi.

¹¹ Si è evidenziato, ad esempio, che non ha senso tutelare il lavoro autonomo solo in certi frangenti dell'esperienza lavorativa e non in altri, anche considerando che il principio di non discriminazione e quello di parità di trattamento, almeno a livello dei Trattati, non ammettono tali differenziazioni (cfr. Borelli, Guariso, Lazzeroni 2019, 168).

Anche la C. giust. ha accolto questo approccio. Giunta l'occasione ha affermato che la succitata lett. c) relativa «alla occupazione e alle condizioni di lavoro» può destare qualche dubbio esegetico, soprattutto in contrappunto con la precedente lett. a), ma che, fra le possibili letture, si deve preferire quella teleologicamente orientata (C. giust., 12 gennaio 2023, causa C-356/21, J.K. v TP S.A anche in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2/2023, 331 con nota di Ranieri). Perciò, alla luce degli obiettivi della dir. 78/2000/CE e della sua stessa base giuridica – ovvero l'art. 19 TFUE sulla parità di trattamento e non l'art. 153 TFUE dedicato ai lavoratori subordinati – non sarebbe corretto, ovvero, sarebbe (per paradosso) discriminatorio, distinguere fra lavoratori in base al tipo di contratto (p.ti 54 e 55) e/o tutelare i lavoratori autonomi in fase di accesso al lavoro e non nelle fasi successive (p.to 56). L'universalismo del diritto antidiscriminatorio, ben rappresentato dal diritto primario UE, impedisce infatti selezioni esclusive, ove l'interpretazione lo permetta, poiché il valore sottostante le regole applicate è quello della tutela di tutte le persone senza inutili distinzioni (p.to 57). Perciò «la nozione di «[condizioni di] occupazione e [...] di lavoro» non può che riguardare, in senso ampio, le condizioni applicabili a qualsiasi forma di lavoro dipendente e autonomo, a prescindere dalla forma giuridica in cui esso viene svolto» (p.to 58)¹².

La posizione della C. giust. è stata considerata «storica» (Countouris, De Stefano, Freedland 2023), nonché spia di un cambiamento di approccio (Aloisi 2023, 7, 15 e 18). In effetti, la decisione è innovativa perché senz'altro aggiunge un tassello importante alla costruzione del diritto anti-discriminatorio, ma non giunge davvero inaspettata e soprattutto non smentisce precedenti sulla questione specifica. La portata storica della decisione e la valenza riformatrice di vecchi orientamenti possono riconoscersi, dunque, a condizione che questo precedente della C. giust. sia capace di attecchire oltre l'ambito della dir. 78/2000/CE (e della dir. 43/2000/CE) e, in particolare, se riuscirà ad influenzare la questione della qualificazione dei rapporti di lavoro anche al di là del diritto anti-discriminatorio (Ranieri 2023, 339; Perulli 2023, 415-16).

Questa capacità, per quanto auspicabile, non è scontata, anzi: per almeno due ragioni. La prima si legge nella stessa C. giust., 12 gennaio 2023, cit., J.K., ove i giudici sottolineano che la direttiva «non concerne solo la tutela dei lavoratori quale parte più debole di un rapporto di lavoro, ma è volta a eliminare» le discriminazioni nell'interesse di tutte le persone. Infatti, è alla luce di questo peculiare fine del diritto antidiscriminatorio che la Corte di Lussemburgo predilige una interpretazione dei termini della direttiva non tecnica ma lata. A contrario, laddove

¹² Ma questa conclusione poteva già essere presagita alla luce dell'approccio adottato da C. giust., 2 giugno 2022, causa C-587/20, HK/Danmark and HK/Privat che – seppure in riferimento alla lett. a), trattandosi di un caso di accesso all'occupazione o al lavoro – ha fatto rientrare nel concetto di «lavoro» e di «occupazione» anche l'attività della segretaria generale di una organizzazione sindacale incaricata allo svolgimento delle relative funzioni tramite elezioni del congresso. In questo caso, infatti, la natura lavoristica di tali attività era discutibile (sia nella forma autonoma che dipendente) (cfr. p.ti da 23 a 29 e in dottrina Ales 2023, 326).

il diritto UE interviene al fine di tutelare la parte debole del rapporto di lavoro, i medesimi termini ora considerati potrebbero essere coerentemente interpretati in senso più selettivo¹³. La seconda ragione consiste nel fatto che, mentre in ambito anti-discriminatorio la nozione di lavoratore è radicata nel medesimo diritto UE e non può essere oggetto di rinvio agli stati membri (per le già ricordate esigenze anti-selettive che caratterizzano i valori fondanti di questa branca del diritto) (C. giust., 13 gennaio 2004, causa C-256/01, *Allonby*, p.to 66), la nozione di lavoratore applicata agli istituti di diritto del lavoro tradizionale è rimessa ancora ai singoli stati, per cui l'approccio estensivo di cui sopra troverebbe questo ostacolo non banale ove la C. giust. o il legislatore UE volessero esportarlo al di fuori dell'area del diritto antidiscriminatorio (Battista 2021, 624).

Come che sia, è chiaro che gli argomenti di natura sistematica o teleologica spesi in dottrina e dalla C. giust. non potrebbero certo superare la lettera delle direttive e altri profili formali del sistema normativo UE. A questo riguardo, però, v'è da dire che la formulazione delle dir. 78/2000/CE e 43/2000/CE lascia margini interpretativi più che sufficienti per giungere alla conclusione della protezione dei lavoratori autonomi anche rispetto alla fondamentale lett. c) dell'art. 3 sulla «occupazione e condizioni di lavoro», non foss'altro che per la sua ampiezza di significato (termini ampi peraltro utilizzati dal legislatore UE anche nel titolo della direttiva, cfr. Freedland, Kountouris 2012, 61). Eppure, fino ai tempi più recenti, l'argomento letterale non ha avuto abbastanza fortuna, sia a causa del richiamato contrappunto con la lett. a) dell'art. 3, che fa riferimento in modo esplicito al lavoro autonomo, sia a causa del fatto che la medesima locuzione nel TFUE (cfr. artt. 45, 153 e 156) o in altre direttive UE (ad esempio, in materia di distacco dei lavoratori, cfr. dir. 71/96/CE) viene riferita usualmente ai lavoratori dipendenti (e tuttalpiù ai falsi lavoratori autonomi).

Oggi, la C. giust. focalizza e valorizza meglio l'elasticità oggettiva del dato letterale, evidenziando un aspetto tralasciato in passato, ovvero che i termini «occupazione» e «condizioni di lavoro» – in mancanza di una definizione formale da parte della stessa direttiva – devono essere interpretati nel «loro senso abituale» (p.ti 35 e 37 della C. giust., 12 gennaio 2023, cit.) e «ai sensi del linguaggio corrente» (p.to 26 della C. giust., 2 giugno 2022, cit.) e perciò non possono che ricomprendere anche il fenomeno del lavoro autonomo, come può intuire anche il lettore non specialista (Ales 2023, 317).

Sul piano dell'esegesi letterale, peraltro, è ancora più significativo il fatto che il legislatore UE affianchi alla richiamata locuzione i riferimenti al «licenziamento» e alla «retribuzione», naturalmente riconducibili all'universo del solo lavoro subordinato (cioè vale sia per le dir. 78/2000/CE e 43/2000/CE, sia per la succitata dir. 154/2006/CE). Ebbene, a tale affiancamento deve essere riconosciuto un valore esemplificativo dei casi più diffusi e odiosi di discriminazio-

¹³ Ad esempio, ricomprendendo, tuttalpiù, i lavoratori autonomi deboli: mono-committenti, economicamente deboli o che lavorano personalmente, etc.). Cfr. la lettura critica, su questo aspetto della decisione, di Ales 2023, 313.

ne verso i lavoratori più deboli. Essi, infatti, vengono «compresi» in un ambito più ampio di casi di discriminazione che riguardano tutti i lavoratori, pure quelli non deboli o meno deboli. Si tratta, in sostanza, di riferimenti esemplificativi cui non può darsi una capacità selettiva delle categorie soggettive coinvolte.

La C. giust., impegnata a valutare se i mancati rinnovi dei contratti di lavoro autonomo di cui al caso di specie fossero sussumibili nel raggio d'azione della dir. 78/2000/CE, conferma questa prospettiva laddove chiarisce che il riferimento ai licenziamenti è solo un esempio di «condizione di occupazione e lavoro» che allude alle «cessazioni unilaterali» dei rapporti di lavoro, fra le quali possono essere ricomprese anche quelle perpetrate dai committenti (p.to 62 della C. giust., 12 gennaio 2023, *J.K.*, cit.). Tuttavia, bisogna riconoscere che la C. giust. si spinge oltre l'argomento letterale, valorizzando nuovamente l'approccio teleologico. La C. giust., infatti, sembra ritenere che, per rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva, i casi di cessazione unilaterale del rapporto di lavoro debbano essere assimilabili e assimilati ai licenziamenti dei lavoratori dipendenti con valutazione di merito che spetta ai giudici nazionali (p.to 65, anche se non è chiaro sotto quali profili debba essere valutata tale assimilazione). In questo caso, però, tale criterio esegetivo pare inutile, perché i casi di cessazione unilaterale del rapporto potrebbero rientrare nel concetto di «condizioni di occupazione e lavoro», come visto estese a quelli dei lavoratori autonomi.

In sostanza, per concludere, con quest'ultima decisione il percorso verso l'applicazione generalizzata del diritto anti-discriminatorio UE oltre la subordinazione può considerarsi ad uno stadio piuttosto avanzato. Tuttavia, non può certo dirsi concluso fino a che permarranno le ambiguità ed incertezze interpretative, figlie di una stratificazione normativa problematica che necessiterebbe di essere affrontata dallo stesso legislatore UE, oltre che dagli stati nazionali, piuttosto che lasciata nelle mani dei giudici.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, la giurisprudenza non ha ancora avuto modo di esprimersi sull'analogia disciplinaria di recepimento della direttiva 78/2000/CE, ovvero l'art. 3 d.lgs. n. 216/2003 (ma lo stesso vale per l'art. 3 d.lgs. n. 215/2003). Stando, però, all'approccio assunto fino ad ora dalla giurisprudenza italiana, non vi sono ragioni di ipotizzare un discostamento rispetto alle conclusioni raggiunte dalla C. giust.: in assenza di insuperabili ostacoli di diritto interno, infatti, i giudici italiani hanno sempre interpretato la disciplina nazionale di recepimento delle direttive UE alla luce di tutte le fonti UE rilevanti, comprese le posizioni assunte dalla C. giust. (Bernardi 2015, Cosio 2020, 5; in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 1 dicembre 2022, n. 35423, C. giust., 24 gennaio 2012, causa C-282/10, Dominguez, p.to 27, C. giust., 6 novembre 2018, causa C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft).

3. Il diritto antidiscriminatorio e il fattore sindacale: il rischio di un cortocircuito multilivello

L'estensione delle tutele antidiscriminatorie verso il lavoro autonomo induce a considerare in particolare un fattore di discriminazione, quello per motivi

sindacali, che potremo definire «classico», almeno nell'ordinamento italiano. Questa analisi è più che opportuna se è vero che il diritto antidiscriminatorio ruota attorno a fattori di differenziazione in ragione della loro tipicità (anti)soziale (Barbera 2014, Ghera 1975, 409 secondo cui «la discriminazione è non creata ma trovata nella realtà sociale»). Come anticipato, infatti, la categoria dei lavoratori autonomi si è accresciuta quantitativamente, si è diversificata sotto il profilo delle provenienze sociali (di categoria «proteiforme» parla Treu 2023, 3) si è indebolita economicamente e di conseguenza ha preso a coalizzarsi e a negoziare collettivamente in modo relativamente più diffuso (Razzolini 2021, 49), pur senza un apparato protettivo di diritto sostanziale paragonabile a quello dei lavoratori subordinati.

In questo contesto, il dibattito scientifico e quello politico si sono concentrati maggiormente sulla compatibilità degli accordi collettivi a tutela di lavoratori autonomi rispetto alla disciplina UE della concorrenza costruita per garantire il buon funzionamento del mercato unico¹⁴. Un'attenzione relativamente minore, però, è stata paradossalmente riservata al fenomeno sindacale *tout court* e a quelle libertà fondamentali esercitate, anche dai lavoratori autonomi, preliminarmente o comunque in funzione della negoziazione collettiva e della stipula degli accordi. Questa carenza non agevola la messa a fuoco del rapporto (strettissimo) fra protezione del fenomeno sindacale e diritto antidiscriminatorio.

Il diritto antidiscriminatorio italiano nasce proprio entro la culla del diritto sindacale (Treu 1974), come dimostra la versione originaria dell'art. 15 St. lav. che statuisce la nullità degli atti discriminatori per affiliazione sindacale, attività sindacale, partecipazione allo sciopero (oltre che per ragioni politiche o religiose). Invece le radici del diritto antidiscriminatorio UE risalgono al fattore di genere e si sono sviluppate in un contesto ordinamentale intento a creare e proteggere innanzitutto la concorrenza e il mercato unico. Ciò ha indotto la C. giust. ad essere sostanzialmente scettica rispetto alla possibilità di allargamento dei divieti di discriminazione ai motivi sindacali e più disinvolta nel censurare le attività sindacali che impattano sulla libertà di circolazione e stabilimento (Ci si riferisce alle celeberrime C. giust., 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*, C. giust., 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, C. giust., 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert*).

In un'ottica multilivello, questa differente matrice genetica giustifica senz'altro dei disallineamenti, ma in punto di ricomprensione del fattore sindacale nel raggio d'azione del diritto antidiscriminatorio si registra una tensione che rischia di minare l'armonia inter-ordinamentale. Come vedremo, la giurisprudenza italiana, oltre a censurare le condotte discriminatorie per ragioni sindacali in virtù

¹⁴ L'esito «normativo» più avanzato è rappresentato dalla comunicazione del 29 settembre 2022 della Commissione UE contenente gli «orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali» (2022/C 374/02). La bibliografia sul rapporto fra contrattazione collettiva e diritto *antitrust* è ormai molto ampia. Per tutti i riferimenti si rinvia a Villa 2024.

delle chiare previsioni di diritto interno (art. 15 St. lav.), è orientata ad includere tale fattore discriminatorio in quelli previsti dalla disciplina italiana di recepimento delle direttive UE (cfr. d.lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003) che, invece, non presentano indicazioni altrettanto chiare. La C. giust., invece, resiste apertamente all'allargamento verso questo fattore discriminatorio.

I giudici italiani, in particolare, hanno ritenuto che il riferimento a «la religione o le convinzioni personali» quali fattori discriminatori debba essere interpretato come riferibile anche alle discriminazioni fondate sulle convinzioni sindacali, alla luce delle quali le persone partecipano, in diversa misura, al fenomeno sindacale/collettivo (Cfr. per il merito già App. Roma, 9 ottobre 2012, in RCDL, 2012, 3, 661). Secondo la prima decisione di Cassazione intervenuta, «la contiguità dei due termini, religione e convinzioni personali, separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due concetti, senza tuttavia confonderli», per cui «se il legislatore [...] avesse voluto comprendere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al carattere religioso, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le [due] ipotesi di discriminazione». La Corte ne deduce che l'espressione «convinzioni personali» va «qualificata come professione di un'ideologia di altra natura rispetto a quella religiosa» e che, in definitiva, con il riferimento alle convinzioni personali si è voluto applicare il divieto di discriminazione rispetto al fattore della «libertà ideologica», quale contenitore «ampio» caratterizzato da «eterogeneità» (Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, p.to 9). Anche una seconda decisione più recente della Cassazione conferma questa visione, aggiungendo che il riferimento alle «convinzioni personali» deve essere interpretato come «formula di chiusura del sistema», a protezione delle «opinioni del lavoratore, che possono riguardare temi diversi» (Cass., 21 luglio 2021, n. 2081, p.to 6.2 (problematico, invero, il riferimento alle «opinioni» che sono qualcosa di diverso dalle «convinzioni», cfr. infra par. 4).

Ma ciò che più conta è che la giurisprudenza italiana puntella la propria posizione non in ragione del proprio retroterra costituzionale e storico, ma in virtù della *ratio* e delle finalità del diritto derivato antidiscriminatorio UE, le quali a loro volta vengono significativamente tratte dalle fonti di diritto primario, come evolutesi anche dopo l'entrata in vigore della direttiva 78/2000/CE.

Per cui, prima che intervenisse sul punto la C. giust., la Cassazione ha interpretato il riferimento alle convinzioni personali in modo estensivo, facendo leva sul fatto che l'art. 21 della Carta di Nizza presenta oggi un elenco di fattori di discriminazione vietata non tassativo (i fattori sono introdotti dalla locuzione «in particolare») (Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, p.to 9). Di conseguenza, sempre secondo i giudici italiani, se sono protette dalle discriminazioni tutte le convinzioni personali, fra queste devono certamente includersi le convinzioni sindacali: le fonti UE e internazionali, infatti, proteggono indissolubilmente il fenomeno sindacale, quanto meno attraverso la tutela delle libertà fondamentali di manifestazione del pensiero, riunione e associazione, ovvero le posizioni principali attraverso cui si esprimono tutte le convinzioni personali (Cass., 21 luglio 2021, n. 2081, p.to 6.3). Per cui, se le convinzioni personali vanno protette contro le discriminazioni e se tali convinzioni si esprimono normalmente attraverso l'esercizio delle libertà

di espressione, riunione e associazione, non è ragionevole escludere dall'insieme delle convinzioni personali tutelate quelle relative al fenomeno sindacale.

Dopo la seconda e (per ora) ultima decisione della Cassazione sulla questione, è intervenuta la C. giust., impostando l'analisi del diritto UE in modo piuttosto diverso. Con la decisione del 13 ottobre 2022, causa C-344/20, *L.F.*, infatti, la Corte di Lussemburgo ha affermato, confermando un precedente *obiter dictum*¹⁵ che l'espressione religione o convinzioni personali «costituisce un solo e unico motivo di discriminazione che comprende tanto le convinzioni religiose quanto le convinzioni filosofiche o spirituali», non invece altri motivi non menzionati espressamente quali le «convinzioni politiche o sindacali né le convinzioni o le preferenze artistiche, sportive, estetiche o di altro tipo» (p.to 28)¹⁶. In pratica, la C. giust. interpreta rigidamente il riferimento alle convinzioni personali ritenendo che la direttiva 78/2000/CE si riferisca solo a quelle convinzioni personali affini a quelle religiose, come per l'appunto le convinzioni filosofiche o spirituali; non invece ad altre convinzioni personali espressione della libertà ideologica *tout court* cui fa esplicito riferimento la Corte di Cassazione. Anche la C. giust., invero, fa leva, come la Cassazione, sulla Carta di Nizza. Tuttavia, essa non valorizza il fatto che tale fonte primaria preveda un principio di divieto di discriminazione per fattori non tassativamente espressi, dato che la dir. 78/2000/CE continua a prevedere un elenco chiuso (C. giust., 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacón Navas* e C. giust., 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *Fag og Arbejde*). Piuttosto la C. giust. valorizza il dato formale per cui l'art. 21 della Carta di Nizza accosta alla «religione o alle convinzioni personali» (richiamate anche nella dir. 78/2000/CE) le «opinioni politiche o di qualsiasi altra natura» (non richiamate invece nella medesima direttiva), evidentemente volendo tenere distinti i due fattori (p.to 27). È a partire da tale distinzione che la C. giust. deduce che le convinzioni politiche o sindacali (come le convinzioni o preferenze artistiche, sportive, estetiche o di altro tipo) non rientrano nell'aria delle «convinzioni personali» (protette sia dall'art. 21 della Carta che dalla dir. 78/2000/CE), ma piuttosto in quella delle «opinioni politiche o di altro tipo» (protette dall'art. 21 della Carta ma non dalla dir. 78/2000/CE).

Come se ciò non bastasse, la C. giust. precisa anche che una diversa interpretazione estensiva non può essere considerata un trattamento di miglior favore legittimo ai sensi dell'art. 8 della dir. 78/2000/CE, perché la scissione dei due motivi di discriminazione (religione e convinzioni personali) metterebbe in discussione «il testo, il contesto, e la finalità» del motivo di discriminazione

¹⁵ C. giust., 15 luglio 2021, cause C-804/18 e C-341/19, *Wabe*, pubblicata sei giorni prima della seconda decisione della Cassazione citata nel testo e quindi non considerata dall'estensore di quest'ultima. Cfr. Barbera, Borelli 2022, 1600 secondo cui l'*obiter dictum* sulle convinzioni personali che non ricomprendrebbero quelle sindacali si spiega in ottica di timore della C. giust. ad assumere un ruolo antimaggioritario.

¹⁶ L'affermazione è stata ripresa recentemente da C. giust. 28 novembre 2023, causa C-148/2022, *OP*, p.to 22 ma in modo un po' rituale, nel senso che essa non ha alcuna funzione argomentativa utile ai fini della decisione della questione sottoposta all'attenzione della C. giust.

pregiudicando l'effetto utile della direttiva (ad esempio in punto di riconducibilità di un trattamento differenziale fra le discriminazioni dirette o indirette). Come si vede, c'è un innegabile contrasto interpretativo pronto ad esplodere.

4. (segue) I limiti dell'interpretazione restrittiva della Corte di giustizia

La posizione assunta da ultimo dalla C. giust. (13 ottobre 2022, *L.F.*, cit.) induce a domandarsi che impatto possa avere sulla giurisdizione italiana, anche considerando il ruolo determinante assunto dal principio/criterio di interpretazione conforme al diritto UE e alla giurisprudenza della C. giust.

Stando alle motivazioni, infatti, la Cassazione ha chiaramente trattato il fattore delle convinzioni sindacali come un fattore autonomo e distinto (cfr. gli stralci riportati *supra* e i relativi riferimenti giurisprudenziali), perciò la C. giust. avrebbe sufficiente agio a rilevare delle incompatibilità fra interpretazione del diritto interno e interpretazione delle direttive UE¹⁷.

Se così è, per evitare che il conflitto esploda, è necessario, per un verso, verificare se esistono ulteriori argomenti a sostegno dell'orientamento della Cassazione che siano meno indigesti per la C. giust. e, per altro verso, evidenziare i punti di debolezza dell'orientamento di quest'ultima, nella speranza di un ravvedimento.

Quanto al primo profilo, si può evidenziare ciò che tutto sommato è rimasto implicito nelle motivazioni della Cassazione, ovvero che l'orientamento della giurisprudenza italiana non deriva solo dall'interpretazione della disciplina di recepimento delle direttive UE, ma dal complesso delle discipline interne di diritto antidiscriminatorio di matrice non unionale (art. 15 St. lav.) a loro volta ispirate ai principi costituzionali (artt. 39 Cost.). Questo aspetto potrebbe distinguere nettamente il caso italiano da quello belga nella cui Costituzione non vi sono riferimenti espressi alle libertà sindacali (anche se questi si possono dedurre in ragione del riconoscimento del diritto alla contrattazione collettiva contenuto nell'art. 23) e il cui diritto ordinario – stando alla ricostruzione della C. giust. e/o del giudice del procedimento principale – non presenta divieti di discriminazione per motivi sindacali esterni alla disciplina di recepimento UE. Ebbene, facendo leva su questo profilo differenziale, si potrebbe assumere che la distinzione del fattore religioso da quello delle convinzioni personali, utile a far rientrare entro queste ultime anche le convinzioni sindacali, rappresenti nel caso specifico una norma più favorevole legittima ai sensi dell'art. 8 della direttiva (cfr. Bonardi 2023, 8): infatti, essa non sarebbe più frutto di una (suppostamente) scorretta interpretazione della direttiva, quanto di una applicazione della disciplina di recepimento orientata al rispetto del diritto interno costituzionale e ordinario *tout court* (oltre che delle tradizioni

¹⁷ Invece, secondo un'interpretazione volta a sdrammatizzare il contrasto, «l'orientamento nazionale che include l'adesione sindacale alle convinzioni personali non pare violare i vincoli interpretativi posti dalla CGUE» sia «in quanto non mira a scindere il fattore di discriminazione» della «religione e delle convinzioni personali» sia in quanto tale orientamento rappresenterebbe una «misura di maggior tutela» ammessa dall'art. 8 della direttiva (Bonardi 2023, 8).

costituzionali comuni ai paesi membri e alla Cedu, ma cfr. meglio *infra*). La fondatezza di questa ipotesi è confermata dal fatto che il dispositivo della C. giust., 13 ottobre 2022, *L.F.*, cit., limita la valutazione di incompatibilità della scissione del fattore «religione e convinzioni personali» solo alle «disposizioni nazionali che garantiscono la trasposizione di tale direttiva nel diritto nazionale» (c.v.o nostro).

Quanto ai punti di debolezza delle motivazioni della C. giust., se ne individuano almeno tre: essersi smentita rispetto all'approccio elastico applicato ad altri fattori, aver svalutato la differenza fra «convinzioni» e «opinioni» facendo ricadere il fenomeno sindacale nell'ambito riduttivo delle sole opinioni e, soprattutto, non aver valorizzato complessivamente il contesto «costituzionale» UE.

In primo luogo, come è stato subito evidenziato in dottrina (Bonardi 2023, 7), la C. giust. non chiarisce perché altri fattori discriminatori siano stati interpretati estensivamente sia rispetto all'ambito materiale/oggettivo (quello della disabilità, ad esempio, è stato esteso fino a certi casi di malattia grave e duratura (C. giust., 11 aprile 2013, causa C-335-11, *HK Danmark*, Trib. Pavia, 16 marzo 2021, n. 876, in *DRI*, 2023, 2, 445 anche per altri riferimenti), quello del sesso anche al caso del mutamento di sesso, cfr. C. giust., 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. vs and Cornwall Council County*, Cass. 7 marzo 2022, n. 7415, non relative alla dir. 78/2000/CE ma applicabili anche ad essa) sia alle sue caratteristiche intrinseche (si pensi alle discriminazioni per associazione, cfr. C. giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*), mentre il fattore delle condizioni personali non possa essere trattato con un analogo grado di elasticità esegetica. Le interpretazioni estensive della C. giust., infatti, sono state avallate proprio alla luce delle fonti di diritto primario UE e internazionale sopravvenute rispetto alla direttiva 78/2000/CE oppure, addirittura, alla luce dei principi fondamentali che ispirano l'azione dell'UE anche da prima dell'entrata in vigore della direttiva in questione, come il principio di uguaglianza¹⁸. Invece, nel caso del fenomeno sindacale, la loro pregnanza sul piano esegetico ha perso rilievo.

In secondo luogo, interpretando la direttiva alla luce dell'art. 21 della Carta di Nizza, la C. giust. guarda solo agli ambiti materiali dei fattori discriminatori (per osservare che il fenomeno religioso e quello spirituale/filosofico sono tenuti distinti dai fenomeni politico, sindacale, artistico, sportivo, estetico o di altro tipo), ma non considera i caratteri intrinseci assegnati a tali fattori discriminatori (ovvero la loro natura di «convinzioni» oppure di «opinioni»). Leggendo in continuità i p.ti 27 e 28 di C. giust. 13 ottobre 2022, *L.F.*, cit., infatti, si può notare che la Corte non presta attenzione al fatto che l'art. 21 della Carta di Nizza distingue chiaramente i fattori discriminatori anche in ragione della loro

¹⁸ Cfr. C. giust., 30 aprile 1996, *P.*, cit., secondo cui «la direttiva [allora vigente in materia di parità uomo/donna nel lavoro] non è quindi che l'espressione, nella materia considerata, del principio di uguaglianza, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario [...] [e che] costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza [...] Di conseguenza, la sfera d'applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso» (p.ti 18-20).

appartenenza all'universo della «convinzioni» ovvero a quello delle «opinioni». Così facendo, la C. giust., al dichiarato fine di considerare unitariamente l'ambito materiale della «religione e delle convinzioni personali», finisce inevitabilmente per relegare il fenomeno sindacale nell'area delle «opinioni», svilendo la qualità e l'intensità dei moventi intellettuali in virtù dei quali le persone svolgono attività sindacali nella maggior parte dei casi. Non v'è dubbio, infatti, che le principali attività sindacali, oggetto di possibili discriminazioni, esprimono una convinzione – si pensi, innanzitutto, all'adesione associativa – e solo alcune (marginali) condotte individuali possono ragionevolmente essere ricondotte all'area delle opinioni (si pensi alla manifestazione del pensiero durante riunioni di lavoro) (come è noto, la differenza fra opinioni e convinzioni è colta e valorizzata dalla Corte EDU, 25 febbraio 1982, Campbell). Né è ipotizzabile o auspicabile che i fenomeni sindacali vengano spezzettati a seconda che siano espressione di opinioni sindacali (protette dalla Carta di Nizza) o convinzioni sindacali (non protette dalla direttiva UE), sia per l'irragionevolezza del diverso trattamento, sia per la difficoltà di distinguere nettamente le prime dalle seconde (ad esempio l'adesione ad uno sciopero o il voto per una rappresentanza aziendale sono la manifestazione di una opinione o di una convinzione?) (Bonardi 2023, 8). Perciò la riconduzione del fenomeno sindacale *tout court* nell'ambito del contenitore meno adatto (quello delle opinioni) non è convincente; anzi la rilevanza «costituzionale» del principio di non discriminazione avrebbe giustificato qualche sforzo in più nel senso del riconoscimento del fenomeno quale espressione di convinzioni personali.

In terzo ed ultimo luogo, C. giust. non convince non per aver ignorato *tout court* il ruolo esegetico del diritto primario UE sopravvenuto rispetto alla dir. 78/2000/CE. Come si è detto, infatti, la C. giust. prende in considerazione la formulazione dell'art. 21 della Carta di Nizza e riconosce apertamente che esso «costituisce parte integrante del contesto rilevante ai fini dell'interpretazione della direttiva 2000/78» (p.to 35). Piuttosto, non convince la mancata considerazione del diritto primario nel suo complesso sistematico. I Giudici di Lussemburgo, infatti, laddove chiariscono il raggio d'azione del divieto di discriminazione per motivi religiosi, non esitano a valorizzare l'importanza della libertà di coscienza e di religione sancita dall'art. 10 della Carta di Nizza, quale diritto sostanziale il cui esercizio non deve dare adito a discriminazioni; e nel farlo riconoscono a tale libertà un valore fondamentale in una società democratica in linea con la vincolante interpretazione che della medesima libertà (richiamata all'art. 9 Cedu) offre la Corte EDU¹⁹. Viceversa, quando la C. giust. valuta l'ampiezza e il rapporto reciproco dei fattori di discriminazione previsti nella dir. 78/2000/CE si limita, come si è detto, a valutare alcuni aspetti della formulazione dell'art. 21 della Carta di Nizza (e dell'art.

¹⁹ In C. giust. 15 luglio 2021, *Wabe*, cit. il giudizio è confermato anche in ragione delle tradizioni costituzionali comuni quali principi generali del diritto dell'UE. Si ricorda che le disposizioni della Carta di Nizza devono essere interpretate coerentemente con la Cedu e con gli orientamenti delle Corte EDU ai sensi dell'art. 52 della medesima Carta.

19 TFUE)²⁰, ma non considera né il fatto che l'art. 21 presenta un elenco di fattori aperto e non tassativo (i fattori sono introdotti dalla locuzione «in particolare», come ha ricordato la Cassazione italiana), né le tradizioni costituzionali comuni dei paesi membri da sempre rispettose delle libertà sindacali, né il ruolo parimenti centrale riconosciuto dalla Carta di Nizza ai diritti sostanziali in materia sindacale²¹ garantiti dalla Cedu (cfr. art. 11) (Per analoghe critiche cfr. Barbera, Borelli, cit., 1584 in riferimento a C. giust. 15 luglio 2021, *Wabe*, cit.).

Valorizzando questi riferimenti del diritto primario quale «parte integrante del contesto rilevante ai fini dell'interpretazione della direttiva 2000/78» (per usare le parole della stessa C. giust.), si sarebbe potuto (e si potrebbe in futuro) fare leva sul fatto che uno dei principali diritti sindacali fondamentali è proprio quello a non essere discriminati per ragioni connesse alle convinzioni sindacali, come confermano sia le tradizioni costituzionali dei principali paesi membri (Fontana 2010), sia la Conv. OIL 98/1949 che pone in cima all'art. 1 la disposizione secondo cui «i lavoratori devono beneficiare di un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego» (Borelli, Guariso, Lazzeroni 2019, 257), sia la stessa Cedu che all'art. 14 afferma che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella [...] Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione».

5. La titolarità universale delle libertà sindacali fondamentali incoraggia l'inclusione del fattore sindacale fra quelli vietati anche a tutela del lavoro autonomo

I divieti di discriminazione per motivi sindacali, nella misura in cui tale fattore venga considerato protetto dal diritto positivo, come è in Italia e come è auspicabile che, per le ragioni chiarite *supra*, avvenga a livello UE, si applicano indifferentemente ai lavoratori subordinati come agli autonomi.

Il fatto che i singoli ordinamenti riconoscano solo ai lavoratori subordinati un paniere più ampio di diritti e libertà sindacali sostanziali non inficia questo assunto. I divieti di discriminazione per ragioni sindacali, infatti, prescindono dal riconoscimento di specifici diritti e libertà sostanziali o, meglio, hanno un raggio d'azione che copre sia l'esercizio di questi ultimi, sia tutte le altre condotte di espressione delle convinzioni sindacali non altrimenti protette dall'ordinamento, visto che, come ricordato, il diritto antidiscriminatorio non ha solo una funzione ancillare al diritto sostanziale, ma una sua portata autonoma.

Naturalmente, però, il riconoscimento di diritti e libertà sostanziali e la conseguente facoltà di esercizio rappresentano il principale movente di condotte discriminatorie e quindi la leva primaria di intervento del diritto antidiscriminatorio. A questo riguardo va ricordato che le libertà e i diritti fondamentali, di

²⁰ Quelli utili a distinguere l'ambito materiale religioso/spirituale/filosofico da quello politico ma non quelli utili a valorizzare la differenza fra convinzioni e opinioni (cfr. *supra*).

²¹ Cfr. l'art. 12 sulla libertà di associazione anche sindacale, l'art. 27 sull'informazione e consultazione dei lavoratori, l'art. 28 sulla negoziazione collettiva e il conflitto sindacale.

solito di rango costituzionale/primario, sono riconosciute indifferentemente ai lavoratori autonomi e a quelli subordinati. Ciò è vero, sia a livello di diritto interno (ove, tuttalpiù, solo specifiche posizioni protette sono riservate ai lavoratori dipendenti – si pensi al titolo III dello statuto dei lavoratori e all'art. 28 St. lav.) (Pino 2022, 1203, Topo 1997, 203, Gil y Gil 2021, 327, sia a livello di diritto internazionale (De Stefano 2019, 429), sia in ambito Cedu e UE ove le libertà essenziali sono riconosciute a «chiunque» ovvero alle «persone» (art. 11 Cedu) o agli «individui» *tout court* (art. 12 Carta di Nizza). Quanto poi all'UE, il pur rilevante problema di compatibilità con il diritto *antitrust* dell'esercizio della contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi (Villa 2024; Stylogiannis 2023 494; Hiessle 2023²²) non significa che a questi ultimi non spettino le libertà e i diritti sindacali. Semmai, l'area di incompatibilità di cui attualmente si discute, a tutto voler concedere, designa un'area eccezionale di divieto di esercizio di attività negoziali collettive, al di fuori della quale i lavoratori autonomi tornano ad acquisire le medesime libertà fondamentali dei lavoratori e delle persone *tout court*.

In definitiva, se si ammette l'estensione tendenziale del diritto antidiscriminatorio ai lavoratori autonomi (par. 2) e l'inclusione del fenomeno sindacale fra i fattori di discriminazione vietati (parr. 3 e 4), non v'è alcuna ragione di non estendere il diritto a non essere discriminati per ragioni sindacali anche ai lavoratori autonomi. Anzi, il naturale e radicale connubio fra libertà sindacali e divieti antidiscriminatori²³, ben rappresentato, fra gli altri, dall'art. 1 della Conv. OIL 98/1949, rappresenta una ragione forte per estendere ad essi anche la protezione antidiscriminatoria per questo specifico fattore oggi (almeno potenzialmente) strategico, sia rispetto all'esercizio di libertà e diritti sostanziali espressamente riconosciuti agli autonomi, sia rispetto all'espressione di convinzioni e condotte di rilievo sindacale non altrimenti protette dall'ordinamento.

Questa conclusione è supportata dal diritto recentemente positivizzato²⁴ ed è confermata *de iure condendo* nell'ambito di quelle proposte normative volte a produrre effetti protettivi per i lavoratori oltre i confini territoriali tradizionali. Vi sono infatti

²² Che segnala la possibile incoerenza politica dell'UE laddove contesta ai paesi partner commerciali extra-UE, come la Korea del Sud, la disapplicazione delle libertà sindacali ai lavoratori autonomi, ma poi limita al proprio interno le libertà negoziali degli stessi (cfr. in generale, Biasi 2018, 443).

²³ Il rapporto stretto fra libertà sindacali e divieti di discriminazione ha radici antiche. Esso dipende anche dal fatto che entrambi sono «*enabling rights*» (cfr. anche Borelli, Ranieri 2021, 35), si focalizzano sui processi e sulle relazioni prima che sui beni della vita cui, alla fine, aspirano le persone che ne sono protette (Barbera 2014, 389 e 392, Del Punta 1996, 217), sono frutto di un riconoscimento legale postumo di un fenomeno reale (le coalizioni dei lavoratori e delle imprese, per un verso, le categorizzazioni preconcrete diffuse nella società su determinati caratteri minoritari, per l'altro).

²⁴ Cfr. da ultimo l'art. 47 *quinquies* d.lgs. n. 81/2015 che estende ai c.d. *riders* autonomi «la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore», fra cui si devono ricomprendere innanzitutto le libertà sindacali essenziali, come evidenzia l'assonanza del riferimento normativo con la rubrica del titolo I dello statuto dei lavoratori (cfr. Ascola 2022, 2282).

diverse iniziative recenti che, con il precipuo obiettivo di «esportare» e globalizzare il rispetto di standard essenziali di tutela, non manca di avvalorare il connubio inestricabile fra diritto antidiscriminatorio e libertà sindacali, che rende irrazionale e irragionevole sia l'ipotesi di escludere dai fattori di discriminazione vietata quello sindacale, sia l'ipotesi di escludere da questo intreccio di tutele i lavoratori autonomi.

Il primo esempio è offerto dalla proposta di direttiva UE relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (COM/2022/71 final), anche nella versione finale oggetto di accordo interistituzionale (2022/0051 (COD)) (Borzaga Mussi, 2023, 495). La proposta di direttiva, infatti, impone degli obblighi, innanzitutto procedurali, per individuare e combattere gli impatti negativi potenziali e attuali lungo l'intera catena del valore/attività «causat[i] da qualsiasi azione che inibisca o riduca la capacità di un individuo o di un gruppo di godere dei diritti o di essere protetto dai divieti sanciti dalle convenzioni e dagli strumenti internazionali elencati nell'allegato» alla direttiva stessa. Fra questi ultimi si enumerano tutte le principali fonti di diritto internazionale antidiscriminatorio e sindacale, che presentano un campo d'applicazione esteso anche al lavoro autonomo²⁵. A conferma di ciò, peraltro, sta il fatto che la proposta di direttiva riconosce le protezioni (e i rimedi in caso di violazione della due diligence) ai «portatori di interessi colpiti» in senso lato, ovvero alle «persone fisiche, gruppi o comunità [...] e i legittimi rappresentanti di tali persone fisiche o gruppi, compresi i lavoratori e i loro rappresentanti e i sindacati...», dunque senza limitarsi ai lavoratori dipendenti.

Lo stesso dicasi per la proposta di uno strumento giuridicamente vincolante, attualmente negoziata da un gruppo di lavoro intergovernativo aperto promosso dalle Nazioni unite, sulle imprese transnazionali e altre imprese commerciali in materia di rispetto dei diritti umani, attualmente al 9° round (risoluzione n. 26/9 del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, del 26 giugno 2014). L'ultima versione della proposta, infatti, richiama tutte le convenzioni fondamentali dell'OIL, fra cui quelle in materia di divieto di discriminazione (nn. 100/51 e 111/58) e di libertà sindacali (nn. 87/1948 e 98/1949), come detto ad applicazione universale (<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>).

²⁵ Cfr. allegato I, parte I, sottotitolo I, punto 15: «Diritto alla libertà di associazione e di riunione, del diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva in conformità dell'articolo 20 della Dichiarazione universale dei diritti umani, degli articoli 21 e 22 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, dell'articolo 8 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, della convenzione dell'OIL concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, del 1948 (n. 87), e della convenzione dell'OIL sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, del 1949 (n. 98), compresi i diritti seguenti: [...] b) la costituzione di un sindacato, così come l'adesione e l'appartenenza ad esso, non deve essere invocata come motivo di discriminazione ingiustificata o ritorsione» e punto 16: «Divieto di disparità di trattamento in materia di occupazione, a meno che ciò non sia giustificato dai requisiti dell'impiego ai sensi degli articoli 2 e 3 della convenzione dell'OIL concernente l'uguaglianza di retribuzione, del 1951 (n. 100), degli articoli 1 e 2 della convenzione dell'OIL concernente la discriminazione in materia di impiego e di professione, del 1958 (n. 111) e dell'articolo 7 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali; la disparità di trattamento comprende, in particolare, il pagamento di una retribuzione ineguale per un lavoro di pari valore».

Riferimenti bibliografici

- Ales, E. 2023. "La Corte di giustizia torna sul lavoro autonomo: un'occasione persa." In *Diritti, Lavori, Mercati*, 2: 313-30.
- Ales, E. 2022. "Genuine Autonomous Work: Towards a Tailor-made Social Protection." In *Defining and Protecting Autonomous Work. A Multidisciplinary Perspective*, a cura di Tindara Addabbo, Edoardo Ales, Ylenia Curzi, Tommaso Fabbri, Olga Rymkevich, Iacopo Senatori, 109-20. London: Palgrave Macmillan.
- Alessi, C. 2019. "Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE." In *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di Cristina Alessi, Marzia Barbera, Luciana Guaglianone, 683-97. Bari: Cacucci.
- Aloisi, A. 2023. "J.K. v TP S.A. and the 'Universal' Scope of EU Anti-Discrimination Law at Work: A Paradigm Shift?" In *Industrial Law Journal*, 52(4): 977-996. <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwad025>.
- Ascola, S. 2022. "Art. 47 quinquies d.lgs. 81/2015." In *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, diretto da Raffaele De Luca Tamajo, Oronzo Mazzotta, 2280-83. Torino: Cedam.
- Ballestrero, M. V. 2021. "Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma" *Labor*, 1: 104-14.
- Barbera, M. 2014. "Discriminazione e pari opportunità (diritto del lavoro)." *Enciclopedia del Diritto*, Annali, VII: 377-95.
- Barbera, M., Borelli, S. 2022. "Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione." In *Il lavoro privato*, a cura di Giovanni Amoroso, Vincenzo Di Cerbo, Arturo Maresca, 1542-601. Milano: Giuffrè.
- Barnard, C., Blackham, A. 2017. "Discrimination and the self-employed, The scope of protection in an interconnected age." In *European Contract Law and the Chart of Fundamental Rights*, a cura di Hugh Collins, 197-218. Cambridge: Intersentia.
- Biasi, M. 2018. "Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017" *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2: 443-75.
- Battista, L. 2021. "L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione Europea" *Argomenti di Diritto del Lavoro* 3: 624-42.
- Bernardi, A. (a cura di). 2015. *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli: Jovene.
- Bonardi, O. 2023. "La discriminazione per motivi sindacali dopo la sentenza L.F. della Corte di giustizia UE" *Italian Equality Network*, 22 ottobre: 8. <https://www.italianequalitynetwork.it/la-discriminazione-per-motivi-sindacali-dopo-la-sentenza-l-f-della-corte-di-giustizia-ue/>
- Borelli, S., Guariso, A., Lazzeroni, L. 2019. "Le discriminazioni nel rapporto di lavoro." In *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti* a cura di Marzia Barbera, Alberto Guariso, Torino: Giappichelli.
- Borelli, S., Ranieri, M. 2021. "La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo frank" *Labour Law Issues*, 7: 18-47. <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13169>.
- Borzaga, M., Mussi, F. 2023. "Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità" *Lavoro e Diritto*, 3: 495-514. DOI: 10.1441/108236.
- Corazza, L. 2006. "Attività autonome e tecniche di tutela antidiscriminatorie." In *Le attività autonome*, a cura di Luca Nogler, Torino: Giappichelli, 103-23.

- Cosio, R. 2020. "Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso" *Lavoro, Diritti, Europa*, 3: 1-8.
- Countouris, N., De Stefano, V., Freedland, M. 2023. "Il diritto antidiscriminatorio e il concetto di lavoro personale" *il Mulino*, 6 febbraio, <https://rivistailmulino.it/a/il-diritto-antidiscriminatorio-e-il-concetto-di-lavoro-personale>.
- Del Punta, R. 1996. "Intervento." In *Lavoro e discriminazione: atti dell'11° Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Gubbio, 3-5 giugno 1994, Aa. Vv., 216-20. Milano: Giuffrè.
- De Stefano, V., Aloisi, A. 2021. *Il tuo capo è un algoritmo*, Roma-Bari: Laterza.
- De Stefano, V. 2019. "L'ambito di applicazione soggettivo degli International Labour Standards dell'OIL" *Lavoro e Diritto*, 3: 429-446.
- Fontana, G. 2010. "Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti", *WP D'Antona, Int.*, 78: 228-77.
- Freedland, M., Kountouris, N. 2012. "Employment Equality and Personal Work Relations—A Critique of *Jivraj v Hashwani*" *Industrial Law Journal*, 41(1): 56-66.
- Garofalo, M. G. 2010. "Lo statuto ieri e oggi" *Rassegna Sindacale*, 29 febbraio.
- Gaudio, G. 2024. "Le discriminazioni algoritmiche" *Lavoro, Diritti, Europa* 1: 1-20.
- Ghera, E. 1975. "Art. 15." In *Commentario allo statuto dei lavoratori*, diretto da Ubaldo Prosperetti, 400-43, Milano: Giuffrè.
- Gil y Gil, J. L. 2021. "Collective Bargaining for the Self-Employed" *Comparative labor law and policy journal*, 42(2): 327-70.
- Hiessle, C. 2023. "Enforcement Priorities as an Escape Route from European Competition Law? An Appraisal of the Commission's Guidelines on Collective Bargaining for the Solo Self-Employed." In *The Lighthouse Function of Social Law*, Av. Vv., Cham: Springer, 123-40. https://doi.org/10.1007/978-3-031-32822-0_7.
- Izzi, D. 2023. "La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi nell'Unione europea: un percorso a ostacoli" *Lavoro, Diritti, Europa* 3: 1-4.
- Izzi, D. 2005. *Eguaglianza e differenze dei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli: Jovene.
- Perulli, A. 2023. "Discriminazione e lavoro autonomo nella prospettiva della Corte di Giustizia" *Labor*, 4: 401-18.
- Peruzzi, M. 2023. *Intelligenza artificiale e lavoro*, Torino: Giappichelli.
- Peruzzi, M. 2021. "Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale" *Labour Law Issues*, 7: 48-76. <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13117>.
- Pino, G. 2022. "Il lavoro autonomo e subordinato nelle attuali tendenze del conflitto collettivo" *Argomenti di Diritto del Lavoro* 6: 1194-226.
- Ranieri, M. 2023. "La corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi." *Diritti, Lavori, Mercati*, 2: 331-45.
- Ratti, Luca, Centamore, Giulio. 2019. "Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand." In *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di Cristina Alessi, Marzia Barbera, Luciana Guaglianone, 663-682. Bari: Cacucci.
- Razzolini, O. 2022. "Self-employed workers and collective actions. A necessary response to increasing income inequality" *Comparative labor law and policy journal*, 42, 2: 293-326. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4244169>.
- Razzolini, O. 2021. "Organizzazione e azione collettiva nei lavori autonomi" *Politiche Sociali*, 1: 49-73. 10.7389/100586.
- Razzolini, O. 2012. *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino: Giappichelli.

- Stylogiannis, C. 2023. "The effective application of the right to collective bargaining for self-employed (platform) workers: 'Not such an easy task'" *European Labour Law Journal* 14(4): 494-513.
- Topo, A. 1997. "Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo" *Lavoro e Diritto* 2: 203-15.
- Treu, T. 2023. "Lavoro autonomo e diritti collettivi nell'Unione europea." *Lavoro, Diritti, Europa* 3: 1-12.
- Treu, T. 1974. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Milano: F. Angeli.
- Villa, E. 2024. "A proposito di lavoro autonomo e contratti collettivi il lento avvicinamento fra diritto europeo della concorrenza e prospettiva costituzionale" *Labor* 2: in corso di pubblicazione.
- Waas, B. 2017. "What role for solopreneurs in the labour market?" *European Labour Law Journal*, 8(2): 154-67. <https://doi.org/10.1177/2031952517712>.

La professionalità per l'occupabilità in una lettura di genere¹

Valeria Fili

1. «*Mind the gap!*»: le leggi non bastano

Nonostante siano numerosissime in Italia le leggi che sanciscono la parità di genere e il divieto di discriminazioni per sesso, la lettura dei dati del mercato del lavoro e, più in generale, di quelli socioeconomici ci restituisce un quadro tutt'altro che conforme ai principi costituzionali e dell'Unione europea.

Il tema di fondo è sempre lo stesso: se la società è caratterizzata da un forte squilibrio, lo è anche il mondo del lavoro.

Volendo approcciarsi al fenomeno, innanzi tutto, in una prospettiva eurounitaria e comparata, basta consultare il «*gender equality index*», cioè l'indicatore elaborato dall'«European Institute for Gender Equality-EIGE»² in cui accanto al dato medio dell'UE si trova quello di ciascun Paese membro.

Nell'indice del 2023 l'Italia è tredicesima su ventisette con un punteggio di 68,2/100, rispetto alla media UE di 70,2/100. Sopra la media UE si collocano tutti i Paesi del Nord Europa e la Spagna ma, a partire dal 2010, l'Italia ha recuperato posizioni più di tutti gli altri, incrementando di 14,9 punti.

¹ Questo contributo, dedicato alla memoria del compianto Prof. Riccardo Del Punta, è frutto di una ricerca riconducibile al PRIN- Bando 2017 Prot. 2017RTYN2N – n. CUP G24I19002630001- WORKING POOR N.E.E.D.S.: NEw Equity, Decent work and Skills (P.I. Marina Brolo).

² *Gender Equality Index*, cfr. <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/IT>.

Valeria Fili, University of Udine, Italy, valeria.fili@uniud.it, 0000-0002-0755-0713

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Valeria Fili, *La professionalità per l'occupabilità in una lettura di genere*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.28, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 493-502, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Il nostro punto di forza riguarda la tutela della salute in cui la parità di genere ha raggiunto risultati superiori alla media UE, mentre quello di debolezza resta la partecipazione delle donne nel mercato del lavoro (di quasi 9 punti inferiore alla media UE)³.

Secondo i dati dell'EIGE, infatti, il lavoro femminile in Italia è ancora fortemente caratterizzato dal tempo parziale, la vita lavorativa delle donne è più breve rispetto a quella degli uomini e la segregazione occupazionale è ancora molto accentuata⁴.

Un altro indicatore importante è quello che monitora la distribuzione del «potere» tra i generi⁵. Guardando alle donne titolari di Ministeri o altri incarichi di elevato rilievo istituzionale, elette in Parlamento o in assemblee regionali o consigli comunali, lo squilibrio di genere è ancora molto marcato con le donne che si assestano in percentuali dal 24 al 33. Negli organi di governo delle società quotate in borsa si nota un maggior bilanciamento, verosimilmente dovuto alle ricadute della legge 12 luglio 2011, n. 120, c.d. Golfo-Mosca, che ha imposto la presenza femminile con lo strumento delle quote, viceversa in altre società o organizzazioni private la percentuale di donne è sempre di molto inferiore a quella degli uomini.

Dulcis in fundo, il «gender equality index» certifica un differenziale retributivo a svantaggio delle donne in tutta l'UE con l'Italia che registra un *gap* un po' più accentuato rispetto alla media dei Paesi membri⁶.

A questo quadro generale si aggiungono anche ulteriori elementi che possono far comprendere *ictu oculi* come l'Italia sia molto lontana dal raggiungere, nel breve termine, gli obiettivi sanciti dalla Commissione UE nella Strategia della Parità di Genere 2020-2025.

I dati dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro sulle dimissioni rassegnate nel 2022⁷ da parte di genitori di bambini fino ai tre anni rappresentano l'ulteriore conferma non solo del *gender gap*, ma del fatto che l'Italia continua a *non* essere un Paese per donne e specialmente per madri, situazione che ci ha condotto all'inverno demografico che stiamo vivendo⁸.

³ *GEI and Italy*, cfr. <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/country/IT>.

⁴ *Work indicators in Italy*, cfr. <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/domain/work/IT>.

⁵ *Power indicators in Italy*, cfr. <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/domain/power/IT>.

⁶ *Comparing Money*, cfr. <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/compare-countries/money/1/bar>.

⁷ INL, *Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri per l'anno 2022*, pubblicazione del 5 dicembre 2023, cfr. <https://www.ispettorato.gov.it/2023/12/05/convalide-dimissioni-lavoratrici-madri-e-lavoratori-padri-anno-2022-presentata-la-relazione-annuale/>

⁸ ISTAT, *La dinamica demografica. Anno 2022*, 20 marzo 2023, cfr. <https://www.istat.it/it/archivio/282316> e *Report. Natalità e fecondità della popolazione residente. Anno 2022*, 26 ottobre 2023, cfr. <https://www.istat.it/it/files/2023/10/Report-natalita-26-ottobre-2023.pdf>.

Delle dimissioni convalidate il 72,8% riguardano madri di bambini da zero a tre anni e le motivazioni sono sempre le stesse: difficoltà – *rectius* impossibilità visto l'epilogo – di conciliare lavoro e famiglia.

I dati sono sconcertanti ma non sconvolgenti, visto che confermano una tendenza consolidata da anni, che solo gli attori politici si ostinano ad ignorare.

L'unico indicatore che davvero mi pare estremamente significativo e spunto di ulteriori riflessioni in quanto indice di un baratro da cui sarà difficile uscire, è che le dimissioni delle donne dirigenti sono superiori a quelle degli uomini dirigenti (in numeri assoluti) pure essendo le donne sottorappresentate rispetto agli uomini nella categoria dirigenziale. Detto diversamente, la nascita di un figlio rappresenta un ostacolo non solo alla carriera ma allo stesso lavoro delle donne a qualunque livello della «scala gerarchica»⁹.

Le leggi che sanciscono la parità sono dunque necessarie ma non sufficienti per cambiare le dinamiche socioeconomiche.

2. Sempre difficile sfondare il tetto di cristallo: la segregazione verticale

Per segregazione verticale si intende la diversa concentrazione di donne e uomini nei diversi livelli di responsabilità e di comando all'interno delle organizzazioni o di gruppi sociali e gli indicatori via via creati servono per verificare e monitorare la permanenza e persistenza del così detto «tetto di cristallo», cioè di quel confine invisibile (spesso difficilmente valicabile per le donne) che separa i generi nell'ascesa verso il vertice della struttura organizzativa.

L'elaborazione periodica in molte organizzazioni complesse, pubbliche e private, di un bilancio di genere, oltre che la rilevazione biennale per le aziende pubbliche e private che occupano più di cinquanta dipendenti ai sensi dell'art. 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, e quella annuale effettuata dai Comitati Unici di Garanzia delle Pubbliche Amministrazioni ai sensi della Direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 2/2019, consentono, tramite appositi indicatori, di monitorare lo squilibrio di genere, anche in termini di potere, sui luoghi di lavoro.

Stesso discorso vale per il bilancio di genere redatto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato dello Stato. Tale adempimento – non si capisce perché ancora sperimentale – è previsto dall'art. 38-*septies* della legge 31 dicembre 2009, n. 196, allo scopo di valutare il diverso impatto della politica di bilancio sulle donne e sugli uomini, in termini di denaro, servizi, tempo e lavoro non retribuito, anche al fine di perseguire la parità di genere tramite le politiche pubbliche, ridefinendo e ricollocando conseguentemente le risorse, tenendo conto anche dell'andamento degli indicatori di benessere equo e sostenibile.

⁹ INL, *Relazione annuale*, cit., 8.

Se si esamina proprio il bilancio di genere redatto dal MEF per l'esercizio finanziario 2021¹⁰ si legge che la presenza delle donne nelle amministrazioni centrali dello Stato è aumentata di circa 4 punti percentuali dal 2008 al 2020 (passandosi dal 53,5 al 57,2) ma questa diminuisce man mano che si sale nella scala gerarchica, essendo più numerosa la componente maschile nelle posizioni apicali. Emerge, inoltre, che gli uomini riescono a garantire una presenza più assidua sul luogo di lavoro se paragonati alle donne che spesso optano per il *part-time* oppure utilizzano congedi per soddisfare esigenze familiari e di cura.

Tornano quindi sempre i soliti problemi di cui si parla da anni e che non vengono comunque mai efficacemente affrontati: da un lato, l'iniqua distribuzione dei ruoli nella gestione dei carichi familiari che penalizza le donne, dall'altro, la difficoltà di conciliare vita lavorativa e vita familiare da parte dei genitori che lavorano e *in primis* delle madri, che spingono queste ultime ai margini o fuori dal mercato del lavoro (come dimostrano le dimissioni di cui abbiamo già detto).

Per quanto riguarda la presenza delle donne negli organi di amministrazione e controllo delle società quotate e di quelle a controllo pubblico non quotate, la citata legge 12 luglio 2011, n. 120, c.d. Golfo-Mosca (Brollo, 2016, 349), nel prevedere le quote di genere ha certamente dato i suoi frutti facendo aumentare in modo robusto la percentuale di presenza femminile sebbene queste tendenzialmente non ricoprono la carica di presidente né l'incarico di amministratore unico e nemmeno risultano affidatarie di deleghe di rilievo¹¹.

L'analisi dei bilanci di genere delle Università italiane che si sono impegnate nella redazione di questo documento – accogliendo l'invito formulato dalla Conferenza dei Rettori nel 2019¹² – confermano la tendenza per cui prevalgono gli uomini sia nei ruoli dirigenziali, con riguardo al personale tecnico amministrativo, sia tra i professori ordinari e associati¹³, nonché negli organi di vertice degli Atenei¹⁴.

L'analisi del *gender gap* nelle Università italiane diventa ancora più interessante se la consideriamo dall'angolo prospettico della professionalità.

¹⁰ MEF, *Bilancio di genere 2021, Sintesi e principali risultati*, cfr. https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/attivita_istituzionali/formazione_e_gestione_del_bilancio/rendiconto/bilancio_di_genere/index.html.

¹¹ Camera dei deputati – Servizio per il controllo parlamentare, *Relazione di monitoraggio e controllo sulle società a partecipazione pubblica e ricognizione degli assetti organizzativi*, n. 49, luglio 2023, spec.18-20, cfr. <http://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/CP0723S.pdf>.

¹² CRUI, *Linee guida per il Bilancio di Genere negli Atenei italiani*, cfr. <https://www.cruai.it/bilancio-di-genere.html>.

¹³ Si legga la tabella del Bilancio di Genere per l'anno 2021 dell'Università degli Studi di Udine che paragona il dato della citata Università con quello della media delle Università italiane (pp. 38-41), cfr. <https://www.uniud.it/it/ateneo-uniud/ateneo-uniud-organizzazione/organi-ateneo/altri-organi/cug/cug-content/bilancio-2021.pdf>. Si legga anche la Strategia Nazionale per la Parità di Genere 2021-2026,8, cfr. <https://www.pariopportunita.gov.it/it/politiche-e-attivita/parita-di-genere-ed-empowerment-femminile/promozione-delle-discipline-stem/>

¹⁴ CRUI, cfr. <https://www.cruai.it/atenei-e-rettori-cruai.html>.

Evidentemente, nemmeno nei luoghi di produzione di scienza e cultura, le competenze da sole bastano, intrecciandosi ad altri fattori che determinano quella che viene chiamata «la forbice delle carriere», per cui, la percentuale della presenza femminile diminuisce e quella degli uomini aumenta con l'ascesa verso ruoli accademici di maggior rilevanza.

Dall'altro lato, secondo l'ISTAT nonostante le donne abbiano un tasso di istruzione superiore agli uomini e pur essendoci una proporzionalità diretta tra tasso di occupazione e titolo di studio, «il vantaggio femminile nell'istruzione non si traduce in un vantaggio lavorativo: il tasso di occupazione femminile è molto più basso di quello maschile (57,3% contro 78,0%) e il divario di genere è in aumento nel 2022»¹⁵.

Dal quadro sopra tratteggiato possiamo quindi trarre una lezione: se è vero che l'ingresso e la permanenza nel mercato del lavoro, in generale e delle donne in particolare, è strettamente condizionata dalle competenze acquisite, e quindi dai livelli di istruzione e formazione, dall'altro lato la carriera e il livello di reddito sono condizionati anche da molti altri fattori.

La segregazione occupazionale verticale è un fenomeno pernicioso, radicato ed esteso, che, però, con le norme antidiscriminatorie e specifiche azioni positive, ad esempio le quote di genere o meccanismi di certificazione della parità adeguatamente incentivati, può essere fronteggiato e parzialmente arginato, sebbene i progressi si vedano negli anni e non nei mesi, dovendo essere sorretti da un cambio culturale e dall'accesso in modo massiccio di donne a tutti i livelli e in tutti gli ambiti.

La sfida è però ancora più complessa laddove la segregazione verticale sia anche connessa a quella c.d. orizzontale.

3. Gli stereotipi di genere nelle professionalità: la segregazione orizzontale

Per segregazione orizzontale si intende la diversa concentrazione di donne e di uomini in settori del mercato del lavoro o aree professionali.

Questo fenomeno è ampiamente conosciuto e studiato, anche a livello internazionale, in quanto è pacificamente considerato frutto di tradizioni culturali che affondano le loro radici negli stereotipi di genere che identificano le attività «da uomini» e quelle «da donne», così da ricreare un dualismo nel mercato del lavoro che è parallelo e conforme a quello presente nella società e nella famiglia, impedendo alle persone di svolgere attività sintoniche con i propri talenti e conseguentemente rappresentando un freno alla liberazione delle migliori energie e sinergie nel mercato del lavoro.

La segregazione occupazionale, in Europa e, in generale, nei Paesi occidentali, viene vista, dunque, come un ostacolo allo sviluppo dell'occupazione e un fattore di rallentamento per l'economia.

¹⁵ ISTAT, *Report. Livelli di istruzione e ritorni occupazionali*, 6 ottobre 2023, cfr. <https://www.istat.it/it/files//2023/10/Report-livelli-di-istruzione-e-ritorni-occupazionali.pdf>.

Uno degli indicatori presi in considerazione dal *Gender Equality Index* è infatti proprio quello della presenza delle donne nei settori considerati «femminili» per eccellenza, quali quelli dell'istruzione e formazione, salute e servizi sociali¹⁶.

Ovviamente, accanto ai settori ad alta percentuale di presenza femminile esistono anche quelli considerati tradizionalmente maschili e su questi si concentra l'attenzione del Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014, sebbene con un approccio apparentemente neutrale, essendosi adottata una formulazione della disposizione applicabile ad entrambi i generi. Si legge infatti all'art. 2, punto 4 lett. f), del citato Regolamento che «lavoratore svantaggiato» è anche chi si trovi nella condizione di «essere occupato in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sotto-rappresentato». In Italia, da ultimo con il decreto interministeriale 20 novembre 2023, n. 365¹⁷, sono stati individuati i settori e le professioni caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che superi di almeno il 25% il tasso di disparità medio uomo-donna rilevato dall'ISTAT per l'anno 2022, che è pari al 9,8%.

Le tabelle allegate al decreto ministeriale scattano una fotografia di quella che possiamo chiamare segregazione occupazionale orizzontale conclamata. Si tratta dell'agricoltura, dell'industria, delle costruzioni, dell'attività estrattiva, energetica, manifatturiera, dell'acqua e della gestione dei rifiuti, dei servizi di trasporto e magazzino, informazione, comunicazione e servizi generali delle pubbliche amministrazioni.

Scendendo più nel dettaglio emerge che le donne sono poco presenti, da un lato, quando si tratta di professioni poco o per nulla qualificate (ad esempio in agricoltura, nella manifattura, nell'attività estrattiva, nelle costruzioni e nei servizi) e, dall'altro, quando le professionalità richieste, anche molto elevate, sono estremamente tecniche.

La carente presenza di donne in questi settori e in queste professioni ha, come dicevamo, radici antiche che solo tramite l'educazione e il cambio culturale possono essere ridimensionate.

Dalla lettura dei bilanci di genere delle università italiane ma anche dai dati Alma Laurea spicca, infatti, in maniera eclatante la penuria di donne nelle aree c.d. STEM. Le scienze dure (matematica, scienze...) e l'area delle tecnologie (ingegneria, informatica...) sono ancora forte appannaggio maschile, a tutti i livelli: studentesse, dottorande di ricerca, assegniste di ricerca, ricercatrici, professoressa associate e ordinarie.

Non si può però dire che le donne non siano brave, anzi, risulta che le ragazze iscritte a corsi STEM si laureino prima e con voti più alti dei colleghi maschi¹⁸

¹⁶ *Gender Equality Index, Segregation and quality of work*, cfr. <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/compare-countries/work/2/bar>.

¹⁷ Decreto interministeriale 20 novembre 2023, n. 365, cfr. <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normativa/di-n-365-del-20112023-disparita-uomo-donna>.

¹⁸ ALMA LAUREA, Focus Gender Gap 2023, cfr. https://www.almauniversita.it/sites/default/files/2023-03/FOCUS-GENDER-GAP_2023.pdf.

e questi dati non smentiscono quelli ricavati dalle prove c.d. INVALSI, anzi li confermano, evidenziando come il sistema educativo italiano crea il *gender gap* sin dalla scuola primaria e poi lo consolida nel tempo¹⁹.

Le ragazze, quindi, concluso il ciclo delle c.d. scuole medie, avendo avuto in matematica *performance* più basse rispetto ai compagni, optano poi inevitabilmente per studi meno tecnici o tecnologici, così inevitabilmente riducendo le proprie *chance* occupazionali future. Infatti, nel mercato del lavoro attuale «i più favoriti sono i laureati del gruppo informatica e tecnologie ICT, così come quelli di ingegneria industriale e dell'informazione, del gruppo medico-sanitario e farmaceutico e di architettura e ingegneria civile; a questi, inoltre, si aggiungono i gruppi scientifico, agrario-forestale e veterinario, economico nonché educazione e formazione. Meno favoriti, invece, sono i laureati dei gruppi disciplinari psicologico, arte e design, letterario-umanistico, così come giuridico»²⁰.

Sebbene nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza²¹ si dia atto della scarsa presenza delle donne nei percorsi di studio riconducibili all'area STEM, le iniziative ivi previste per invertire la rotta non sono state tradotte in azioni concrete²²; viceversa, degne di nota sono le azioni positive intraprese da qualche Università²³ anche in sinergia con gli enti territoriali e il Governo, per la sensibilizzazioni delle studentesse delle scuole secondarie di secondo grado verso le scienze c.d. dure e le materie tecnologiche.

Condivide la stessa sorte del PNRR la Strategia Nazionale per la Parità di Genere 2021-2026²⁴, in cui si prospettano alcune misure che risulterebbero di estremo interesse ed indubbia efficacia se fossero state finanziate ma purtroppo è tutto lettera morta. Mi riferisco ad esempio: a) all'introduzione di corsi di

¹⁹ INVALSI, Le differenze di genere all'ultimo anno di scuola secondaria di secondo grado, cfr. <https://www.invalsiopen.it/le-differenze-di-genero-allultimo-anno-di-scuola-secondaria-di-secondo-grado/#:~:text=Come%20già%20emerso%20nelle%20precedenti,la%20cavano%20meglio%20in%20Matematica.>

²⁰ ALMA LAUREA, XXV Indagine, Condizione occupazionale dei laureati, Sintesi del Rapporto 2023,4, cfr. https://www.almalaurea.it/sites/default/files/2023-06/rapportoalmalaurea2023_sintesi-occupazione.pdf.

²¹ PNRR-Italia Domani,38, cfr. <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/home.html>.

²² Per rendersi conto della pochezza di ideazione ministeriale si legga l'unico bando emanato dal Dipartimento delle Pari Opportunità «STEM2020» ancora prima dell'approvazione del PNRR, cfr. <https://www.pariopportunita.gov.it/it/politiche-e-attivita/parita-di-genero-ed-empowerment-femminile/promozione-delle-discipline-stem/>

²³ Si pensi ad esempio al progetto realizzato nel 2023 dall'Università degli Studi di Udine con la Regione Friuli Venezia Giulia e la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche giovanili e il Servizio civile universale finalizzato a promuovere l'orientamento verso i corsi di laurea STEM e l'educazione finanziaria delle studentesse delle scuole superiori, cfr. <https://www.uniud.it/it/ateneo-uniud/ateneo-uniud-organizzazione/organ-ateneo/altri-organi/cug/cug-content/pari-opportunita-e-inclusione-nelle-materie-stem.>

²⁴ Strategia Nazionale per la Parità di Genere 2021-2026,8, 15, cfr. <https://www.pariopportunita.gov.it/it/politiche-e-attivita/parita-di-genero-ed-empowerment-femminile/promozione-delle-discipline-stem/>

potenziamento nelle discipline STEM con lo stanziamento di fondi per l'erogazione di corsi facoltativi di potenziamento in discipline matematico-scientifiche e in educazione finanziaria, condotti a scuola, in classe e nei laboratori in orari extra-scolastici destinate a tutte le alunne e gli alunni iscritti presso quegli istituti scolastici superiori che risultino sotto la media dei test INVALSI-PISA; b) all'utilizzo degli spazi scolastici per "centri estivi" tematici in area STEM per gli studenti delle scuole elementari, medie e superiori volti a promuovere, fin dall'infanzia, le materie scientifiche tramite attività primariamente ludiche e pratiche (ad es., esperimenti realizzati dagli alunni, gite presso laboratori o parchi tecnologici), durante la pausa per le vacanze estive, promossi specialmente tra le studentesse; c) al rafforzamento dei programmi curricolari di matematica in termini di ore e qualità dell'insegnamento; d) al finanziamento di borse di studio pubbliche a favore di studentesse iscritte a corsi di laurea di area STEM; e) al potenziamento dei servizi di orientamento scolastico individuale per promuovere l'accesso agli studi delle materie STEM; f) alla definizione di un numero di posti riservati alle studentesse nelle facoltà STEM con test di ammissione specialmente negli atenei a bassissima presenza femminile.

Le ipotesi di azioni positive contro gli stereotipi di genere nell'istruzione e nei percorsi formativi e per contrastare la segregazione occupazionale nel mercato del lavoro non sono stati finanziati dal Governo e, di conseguenza, le buone prassi continuano ad essere rimesse alla lungimiranza di singoli istituti scolastici o Atenei e al recupero occasionale di finanziamenti da destinare a questi specifici obiettivi.

4. Le donne guadagnano di meno: il c.d. *gender wage gap*

In ogni indice o rilevazione che riguardi il mercato del lavoro emerge sempre il dato concernente il c.d. *gender wage gap*, cioè la differenza reddituale tra donne e uomini.

Nel rapporto Alma Laurea 2023 si dà conto del differenziale salariale già a cinque anni dalla laurea, a parità di titolo di studio e settore di impiego²⁵, e anche nel settore delle libere professioni, le donne guadagnano di meno rispetto agli uomini in ogni fascia di età, come risulta chiaramente dai dati a disposizione delle Casse private e dell'Inps Gestione Separata²⁶.

Come si è già avuto modo di evidenziare (Filì 2021), per quanto riguarda l'Italia la questione non concerne tanto la retribuzione oraria in sé (stante la copertura della contrattazione collettiva e le norme antidiscriminatorie vigenti, nel lavoro subordinato, e le tariffe professionali in quello autonomo) quanto il reddito da lavoro in senso ampio, per l'incidenza e la sinergia di diversi fattori che

²⁵ ALMA LAUREA, *Focus Gender Gap 2023*, 6, cfr. https://www.almalaurea.it/sites/default/files/2023-03/FOCUS-GENDER-GAP_2023.pdf.

²⁶ ConfProfessioni, *VII Rapporto sulle libere professioni in Italia – Anno 2022*, 72-84, cfr. <https://confprofessioni.eu/speciali/presentazione-vii-rapporto-sulle-libere-professioni-in-italia-anno-2022/>

si riflettono sulla retribuzione globale di fatto, nell'area della subordinazione, e sul compenso, nell'area dell'autonomia.

Ad esempio, possono avere una ricaduta rilevante sulla R.A.L. di un lavoratore o una lavoratrice la in/disponibilità a svolgere lo straordinario o ad andare in trasferta, la richiesta di permessi o congedi per l'accudimento della prole o di familiari non autosufficienti, l'utilizzo prevalente o minimale del lavoro agile, l'accettazione di incarichi di elevata responsabilità che implicano una maggiore presenza nel luogo di lavoro, la richiesta di riduzioni di orario o l'opzione per il lavoro a tempo parziale e, in generale, l'assunzione con contratti di lavoro non standard (Zilli 2020, 1345).

Nel lavoro autonomo libero professionale incidono molto gli stereotipi di genere della clientela, la propensione a lavorare presso studi gestiti da altri ovvero ad esercitare in piena autonomia, la flessibilità oraria e l'adattabilità alle esigenze del cliente, il numero di ore lavorate (Carchio, 2019, 129).

In definitiva, le donne non sono più mezze forze ma comunque sono più povere sia quando hanno una occupazione, subordinata o autonoma, sia quando sono disoccupate (proprio perché la NASPI e la DISColl sono parametrize sia sulla retribuzione sia sulla contribuzione versata) sia da pensionate (poiché le pensioni sono lo specchio della vita lavorativa), come segnala da anni, con seria preoccupazione, l'Inps²⁷.

5. Formazione professionale e azioni positive per il riequilibrio di genere

La lunga cavalcata tra i dati e gli indicatori utilizzati per dare una lettura in prospettiva di genere del mercato del lavoro, serve per constatare che, comunque, le donne si inseriscono e resistono di più nel mercato del lavoro, anche occupando posizioni stabili e meglio retribuite, se si collocano in profili professionali medi o elevati.

La formazione professionale è certamente una leva indispensabile per acquisire maggiori e migliori *chances* occupazionali per tutte le persone in cerca di lavoro e in particolare per le donne.

Sullo sfondo restano però ancora delle importanti zone d'ombra: quella della segregazione verticale e orizzontale e dei differenziali salariali, cui si è accennato sopra, e quelle della scarsa valorizzazione del lavoro di cura prestato in ambito familiare gratuitamente dalle donne, da un lato, e della scarsa presenza sul territorio italiano di efficienti servizi per l'infanzia e per la non autosufficienza, dall'altro.

Per quanto riguarda l'ultimo profilo, preso atto che nel nostro Paese l'iniqua distribuzione dei carichi familiari non viene bilanciata da un adeguato dispiego di servizi pubblici che possano supportare i genitori che lavorano e in particolare le lavoratrici madri (Filì 2023, 435), il risultato cui si sta assistendo è la

²⁷ Da ultimo si veda il XXII Rapporto Inps, 8 agosto 2023, 12, 14, 18, cfr. <https://www.inps.it/it/it/dati-e-bilanci/rapporti-annuali/xxii-rapporto-annuale.html>.

denatalità e, che si sta traducendo in decrescita demografica irreversibile, che le aziende italiane stanno già toccando con mano stante la difficoltà di reperire la forza lavoro necessaria in termini di numero e di professionalità.

Il pur apprezzabile sforzo di rafforzare i congedi per i padri (si pensi al decreto legislativo 30 giugno 2022, n. 105)²⁸ non può bastare a risolvere la situazione della sotto occupazione femminile e della scarsa natalità.

Per aumentare l'occupazione femminile, anche quella di qualità, e incidere, al contempo, sulla crescita demografica sono indispensabili oltre ai già citati servizi pubblici a costi sostenibili e diffusi su tutto il territorio nazionale per l'infanzia, l'adolescenza e la non autosufficienza (per consentire sul serio e non solo a parole il c.d. *work-life balance*) e una capillare ed efficace formazione rispettosa delle differenze di genere e per la promozione delle pari opportunità nella scuola, di tutti gli ordini e gradi, e nelle università. Certo, se si semina oggi si raccoglie tra 5, 10, 20 anni, mentre la politica corre di semestre in semestre.

Riferimenti bibliografici

- Brollo, M. 2016. *Le quote di genere negli organi di governo delle società: dalle norme agli strumenti*, in *Labor* 5-6: 349 e sgg.
- Carchio, C. 2019. *Le donne nelle libere professioni*, in R. Nunin (a cura di), *Il lavoro femminile in Friuli Venezia Giulia*, Rapporto 2019, Franco Angeli, Milano, 129 e sgg., cfr. <https://www.francoangeli.it/Libro/Il-lavoro-femminile-in-Friuli-Venezia-Giulia.-Rapporto-2019?Id=26231>.
- Filì, V. 2021. *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *Lavoro Diritti Europa – LDE*, n. 2, cfr. <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/parita-e-non-discriminazione/698-le-difficili-liberta-delle-donne-tra-gender-wage-gap-soffitti-di-cristallo-e-bassa-fecondita>.
- Filì, V. 2023. *L'impatto del decreto n. 105/2022 sul contesto. Ottimismo della volontà, pessimismo dell'intelligenza e pragmatismo visionario*, in Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì, A. Trojsi, a cura di. *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, ADAPT Labour Studies e-book series n. 96, cfr. https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/72321/mod_resource/content/0/vol_96_2023_aa.vv._trasparenza.pdf.
- Del Punta, R. 2000. *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 149 e sgg.
- Del Punta, Riccardo. 2005. *I congedi parentali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, XXIII e sgg.
- Garofalo, D. et al. (a cura di). 2023. *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, ADAPT Labour Studies e-book series n. 96, 2023, cfr. https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/72321/mod_resource/content/0/vol_96_2023_aa.vv._trasparenza.pdf.
- Zilli, A. 2020. "Di genere precario. La questione del lavoro delle donne di fronte, e oltre, la pandemia Covid 19." *Arg. Dir. Lav.* 6, 1: 1345 sgg.

²⁸ Mi piace ricordare che uno dei primi commentatori alla legge sui congedi parentali è stato Riccardo Del Punta, cfr. R. Del Punta, "La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi." *RIDL* I (2000): 149 sgg., e Del Punta, "I congedi parentali." *Dir. Prat. Lav.* (2005): XXIII e sgg.

Cosa nascondono le grandi dimissioni? Riflessioni di un giuslavorista sul rifiuto del lavoro

Giorgio Fontana

1. Fra i tanti fenomeni di questo periodo storico così difficile un rilievo particolare andrebbe riconosciuto alle «grandi dimissioni». Questo scritto, dedicato ad un giurista del nuovo secolo con uno sguardo sempre rivolto al futuro qual è stato Riccardo Del Punta, prende spunto da un volume di Francesca Coin in cui si affronta il tema dell'abbandono e della disaffezione al lavoro, che finora, in verità, non ha attratto granché l'attenzione – se non in circoli molto ristretti – nella riflessione giuslavorista (Coin 2023). Eppure è un fenomeno che ci riguarda da vicino, per le indubbie connessioni con la stessa cultura giuslavorista – intrisa di quella che Aris Accornero ha definito «l'ideologia del lavoro» (Accornero 1980), carattere forse addirittura fondativo o comunque basilare del diritto del lavoro.

Il rifiuto del lavoro salariato da parte di un numero crescente di persone in età lavorativa, che lasciano il proprio lavoro spesso senza cercarne un altro, potrebbe indurre a credere che si stia realizzando un distacco netto dai paradigmi «laburisti» storicamente egemoni, fondati sul rapporto vita-lavoro inculcato dal capitalismo post-ottocentesco, con la nascita della grande industria e del lavoro salariato di massa, già messo in crisi dal cosiddetto «post-fordismo». Del resto, più di quarant'anni fa proprio Accornero, nel suo volume appena citato, parlava di «crisi della categoria lavoro» come fenomeno «che attraversa il corpo delle società contemporanee agendo in profondità ed esplodendo in superficie» (Accornero 1980).

I numeri sono auto-evidenti: oltre cinquanta milioni negli Stati Uniti hanno abbandonato il proprio lavoro nel solo 2022, con un aumento esponenziale ne-

Giorgio Fontana, University of Reggio Calabria Mediterranean, Italy, giorgio.fontana@unirc.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giorgio Fontana, *Cosa nascondono le grandi dimissioni? Riflessioni di un giuslavorista sul rifiuto del lavoro*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.29, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 503-532, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

gli ultimi anni (basti pensare che nel 2013 si erano registrate circa 13 milioni di dimissioni¹) mentre in Italia nello stesso anno si sono avute più di due milioni di dimissioni, in continua crescita di anno in anno². L'Italia è un caso a sé stante che finora nessuno è riuscito a spiegare del tutto, visto che, diversamente dagli USA che si trovano in una situazione di pieno impiego, all'abbandono del lavoro salariato da parte di tanti lavoratori fa riscontro un mercato del lavoro asfittico con una quota molto alta di disoccupati (oltre cinque milioni). Un numero altissimo di lavoratori (circa un terzo della forza lavoro) risulterebbe poi impegnato nella ricerca di un nuovo impiego, per motivi diversi, ma in gran parte collegati all'insoddisfazione per il proprio lavoro, anche se, paradossalmente, sembrano esserci oggettive difficoltà in molti settori di reperire manodopera (qualificata e non), come ha evidenziato il rapporto OCSE del gennaio 2024 sull'Italia³. Secondo l'OCSE le dimissioni dall'impiego in Italia sono in costante aumento dal 2015 in avanti, fino a superare nel 2023 il 2,5% su base annua (percentuale calcolata sul numero complessivo di posti occupati). Al tempo stesso sale il cosiddetto *Labour Leverage Ratio*, coefficiente che misura il rapporto fra dimissioni e licenziamenti come causa di risoluzione anticipata del rapporto di lavoro (più che raddoppiato dal 2014 al 2023)⁴. Anche l'Inps certifica un aumento costante delle dimissioni volontarie dal 2019 in avanti (+ 14% nel 2021, + 26% nel 2022)⁵. Del resto tutti gli studi in materia attestano un aumento del fenomeno, non collegato ad una specifica congiuntura ma iniziato già da vari anni⁶. Sono dati liberamente interpretabili, ovviamente, e possono essere letti sia come ritirata dei lavoratori dal mercato del lavoro che come «rimescolamento», ossia come ricerca di un migliore impiego, per quanto il tasso di ricollocazione non sia molto elevato, coinvolgendo poco più del 60% dei lavoratori dimissionari⁷. In ogni caso, sono numeri che certificano quanto meno insoddisfazione e

¹ Dati del U.S. Bureau of Labor Statistics, Work Institute, Department of Labor, fonte Society for Human Resource. Il rapporto è pubblicato su *shrm.org* (8/3/2023) e conferma il trend dell'aumento delle dimissioni dal lavoro. Secondo i dati riportati da Francesca Coin nel suo volume, il numero di dipendenti che ha lasciato il lavoro in rapporto all'occupazione totale ha toccato la percentuale del 32,8% nel 2021 (Accornero 1980, 47). Su questo fenomeno si veda di recente Ciucciuvino, Caravaggio 2023.

² Fonte Il Sole 24 ore 11 marzo 2023.

³ Rapporto OCSE gennaio 2024 sull'Italia, 21. L'esistenza di disallineamenti occupazionali è del resto in linea con le precedenti analisi dell'OCSE, che documentano le notevoli asimmetrie fra domanda e offerta di competenze sul mercato del lavoro italiano.

⁴ Si veda sempre il rapporto OCSE pag. 21, grafici C e D.

⁵ Si veda il Rapporto annuale Inps 2023, anche per i dati citati in precedenza.

⁶ Si veda Ciucciuvino, Caravaggio 2023 per un'analisi molto precisa, i quali si concentrano soprattutto sul periodo pre- e post-Covid.

⁷ Si veda il rapporto Inps. Per un commento riguardante la realtà degli USA si veda Himes 2022; Reyneri 2023, il quale propende per una spiegazione insieme economica e culturale, sottolineando in particolare come il numero di donne lavoratrici dimissionarie che trovano una nuova occupazione risulti essere molto basso.

disaffezione per il proprio impiego e, almeno in parte, una tendenza all'abbandono del lavoro salariato⁸.

Nel suo libro Francesca Coin ci parla di questo problema con dati di prima mano e con un'analisi interessante, che mette al centro il rapporto con il lavoro nel mondo d'oggi. Il focus del volume è principalmente sulla crisi che corre fra due momenti con una valenza simbolica molto forte, ossia fra l'implosione del sistema finanziario del 2007-2008 e l'epidemia del 2019-2020: quando inizia l'«epoca delle catastrofi», secondo Roberto Esposito, ossia delle crisi non più rimediabili (o molto difficilmente superabili)⁹. È dunque in un contesto estremamente complesso e difficile che va calata la «fuga dal lavoro salariato» che interessa l'Occidente capitalistico. La riflessione che si propone in questo breve saggio avrà il seguente svolgimento: dopo aver fornito una sintesi più concreta del fenomeno, si cercherà di calarlo all'interno delle coordinate giuslavoriste, proseguendo un dialogo con Riccardo Del Punta, purtroppo interrotto, ma non con le sue stesse conclusioni: la via d'uscita che si propone non è quella liberale, temperata e densa di civiltà giuridica che lui proponeva, ma la critica ai modelli sociali egemoni a cui prima si accennava, per una nuova cultura del lavoro – o per meglio dire, provocatoriamente, del «non-lavoro».

2. E' bene chiarire, prima di entrare nel vivo della nostra discussione, che quando si discute di «rifiuto del lavoro», viene messo in discussione il «dovere di lavorare», su cui si fonda la nostra stessa formazione sociale. Naturalmente non ci si riferisce qui all'obbligazione di lavorare derivante dal contratto individuale di lavoro. Trattando questi aspetti, la discussione si sposta sul terreno – ben diverso – dei comportamenti devianti di carattere individuale che integrano un inadempimento contrattuale, violando gli obblighi sanciti dalla disciplina giuslavorista. Qui si discute invece del dovere di lavorare come limite del non-lavoro, uno dei modi come disaffezione al lavoro, che si è manifestata nel tempo con comportamenti di assenteismo di massa o di nomadismo e/o distacco dei lavoratori dal lavoro, come «crisi di disamoramento» (Accornero 1980, 9).

Francesca Coin nel suo volume richiama Hirschman e la sua nota teoria sulle diverse strade che può prendere l'insoddisfazione del lavoratore, fra protesta (*voice*) e defezione (*exit*): una scelta, aggiunge, che dipende dalla *loyalty*, un terzo concetto fondamentale che può essere tradotto come «lealtà», «fedeltà» o anche «fidelizzazione» (Coin 2023, 19). Nella pratica, come sappiamo, il conflitto è uno dei modi attraverso il quale i lavoratori hanno contrapposto al potere dell'impresa capitalistica il contropotere di classe, per migliorare le proprie condizioni di lavoro. Tutto il diritto sindacale italiano si è costruito su questi

⁸ Gli studi e le statistiche segnalano una tendenza stabile in tal senso, come indicato da organismi indipendenti e «insospettabili» come il fondo di investimento Black Rock, che segnala un tasso di abbandono in USA del lavoro passato dal 15% nel 2009 al 28% nel 2019 e infine al 32,8% nel 2021.

⁹ Esposito 2022. Sia consentito qui rinviare, per un commento alla crisi attuale, al mio scritto Fontana 2022.

presupposti. L'abbandono, la fuga, l'esodo non hanno mai rappresentato una scelta privilegiata, anche di fronte alle più dure condizioni di lavoro. Ma com'è riuscito il capitalismo a convincere i lavoratori a rimanere nonostante tutto «fedeli»? Abbiamo dato per scontato che i lavoratori, fra le diverse opzioni, scelgano sempre la prima, ossia la costruzione di un potere sindacale organizzato, senza considerare che questa è stata semmai la caratteristica di un *particolare* modello di capitalismo, che, come spesso capita nel pensiero occidentale ed anche ai giuslavoristi, abbiamo elevato ad *universale*.

In realtà, come ci racconta il libro della Coin, le cose non sono andate sempre così. Nella fase iniziale dello sviluppo industriale l'ideologia del lavoro era molto debole e la «dedizione» molto scarsa, tanto da diffondersi fenomeni di fuga dal lavoro sotto forma di dimissioni volontarie, assenteismo e allontanamento dalle fabbriche. Uno dei problemi più importanti per la nascita della grande industria è stato proprio questa costante emorragia. Per ridurre il turn-over le imprese furono costrette ad introdurre forme di retribuzione diretta, indiretta e differita, calcolata sull'anzianità. Racconta Francesca Coin che Ford, per contrastare l'abbandono del lavoro (che era arrivato al 370%) e un assenteismo altrettanto elevato, fu costretto ad introdurre il cosiddetto sistema del «Five-dollar», raddoppiando i salari e diminuendo l'orario di lavoro a otto ore al giorno (Coin 2023, 20). Fu la strada che il nascente capitalismo industriale scelse, forse l'unica a sua disposizione, per avere una manodopera più stabile, dando avvio ad una serie di riforme del lavoro, con garanzie non solo economiche ma estese ai diritti individuali e alla tutela sindacale che interessarono un po' ovunque, quasi interrottamente fino agli Settanta-Ottanta del Novecento, i paesi occidentali. In tal modo riuscì la difficile alchimia della fidelizzazione dei lavoratori, quanto meno nei settori centrali del mercato del lavoro, ottenendo anche un notevole grado di stabilità produttiva.

Con lo smantellamento del sistema di garanzie e tutele che aveva caratterizzato il periodo keynesiano il lavoro subirà com'è noto importanti trasformazioni, diventando «mobile» e precario. La fedeltà diventa «unilaterale» e priva di una ragione di scambio: «i lavoratori» – scrive Francesca Coin – «devono dimostrare devozione al lavoro, mentre le aziende possono assumerli per licenziarli quando vogliono, in una relazione *usa e getta* fondata, in maniera strutturale, sull'infedeltà» (Coin 2023, 22). Il vecchio «contratto sociale» può considerarsi oramai tramontato e il concetto stesso di fedeltà è destinato forse ad essere consegnato all'archivio storico del capitalismo occidentale.

Come sostiene Accornero, la crisi del lavoro nel post-fordismo è crisi «come ideale e come merce» (Accornero 1980, 10): cambiano le condizioni materiali e crolla l'ideologia del lavoro, insieme a tutti i suoi corollari. Nella fuga dal lavoro salariato non è facile dire se le cause sono da rintracciare unicamente nella precarietà e nelle contro-riforme sociali messe in atto dopo l'epoca fordista-keynesiana, o c'è dell'altro, che attiene ad un cambio di rotta generale e a nuovi modelli culturali¹⁰. Anche perché nella complessità storica e sociale insi-

¹⁰ Coin 2023, 34. Si veda il volume di Greppi, Cavalli, Marazzi 2022.

ta nell'evoluzione del capitalismo occidentale, non si può negare che la fine del pieno impiego e della stabilità del posto di lavoro, con la forte contrazione della forza lavoro necessaria, le nuove relazioni salariali e lo smantellamento dei diritti acquisiti, sono coincisi con una nuova prospettiva caratterizzata da quella che Wartzman ha ribattezzato come *The End of Loyalty* (Wartzman 2017). Per questo dopo l'«età dell'oro», in cui il lavoro era stato fidelizzato attraverso il *do ut des* di cui si è detto in precedenza, la crisi del rapporto con il lavoro si può leggere anche come crisi della disponibilità al lavoro e della considerazione sociale del lavoro (Accornero 1980, 13 sgg.). Naturalmente non mancano altre letture, finanche chi ha collegato il rifiuto del lavoro a nuove domande esistenziali, al nuovo rapporto con la sfera lavorativa, di cui parleremo in seguito. Ma la questione forse più interessante è comprendere la risposta data alla disaffezione al lavoro salariato, con la fine della «formula di pace» socialdemocratica¹¹, ossia come è stata ottenuta fedeltà e disponibilità al lavoro da parte dei lavoratori nel nuovo contesto, che vede il depauperamento delle garanzie sociali, retributive e normative offerte alla classe lavoratrice come contropartita al suo impegno e alla sua dedizione al lavoro. Nel suo volume la Coin richiama a tal proposito l'*employee engagement*, ossia la tendenza indotta all'interiorizzazione da parte del lavoratore di sentimenti di «felicità» o almeno di soddisfazione individuale per il fatto stesso di essere produttivo ed utile (secondo Wartzman, ironicamente, la formula magica è «*Take This Job and Love It*»), realizzando un rapporto empatico fra lavoro e capitale fondato sulla valorizzazione, almeno apparente, del suo ruolo nella sfida competitiva sul mercato concorrenziale, indipendentemente dal riconoscimento di adeguate condizioni retributive, professionali e di contesto. Secondo questa corrente di pensiero alla mancanza di sicurezza si è risposto dunque con l'arma molto sofisticata del coinvolgimento e della partecipazione dei lavoratori, trasformando il rapporto di lavoro in una sorta di irenica unione felice, fatta di reciprocità e di obiettivi comuni, di fiducia e cooperazione, allo scopo di aumentare o almeno preservare la produttività e i profitti aziendali. Si potrebbe parlare di *soft power*, di potere persuasivo, ma bisogna ricordare che il *soft power* nasce pur sempre dall'*hard power*, così come il potere persuasivo dal potere coercitivo.

Alcuni autori come Mandell, nel suo *The Corporation as Family*¹², ricollegano il nuovo spirito collaborativo e partecipativo (ed anche il welfare aziendale) alla rifondazione post-keynesiana delle imprese capitalistiche occidentali, «plasmandole sul modello della famiglia vittoriana» e creando un singolare connubio di «amore e precarietà», tanto da prodursi forme di lavoro gratuito, uno sfruttamento intenso del lavoro fino a sconfinare nel tempo libero, utilizzando «risorse emotive» (Coin 2023, 35). Ma anche questo filo si è spezzato. Il deterioramento delle condizioni di impiego, a cui corrisponde un enorme plus-valore per l'im-

¹¹ Prendendo a prestito un'espressione utilizzata spesso da Wolfgang Streeck.

¹² Il volume di Nikki Mandell *The Corporation as Family: The Gendering of Corporate Welfare*, è stato pubblicato nel 2002 da North Carolina University Press.

presa capitalistica che ha accumulato in tal modo profitti immeritati, non poteva che far risaltare l'illusorietà del nuovo ruolo del lavoratore nell'impresa e la matrice ideologica della «filosofia» partecipativa.

Certamente uno dei maggiori fattori di disaffezione e rifiuto del lavoro salariato è rappresentato dalle condizioni materiali come le retribuzioni molto basse, specialmente in alcuni settori, tanto basse da non essere considerate un corrispettivo adeguato all'impegno e ai sacrifici richiesti. Si può dire, anzi, che «la classe precaria a basso salario sia la protagonista delle Grandi dimissioni»¹³. Ma sono anche i cambiamenti nella produzione e nel lavoro, trasversali a molti settori, a costituire un fattore disincentivante all'impegno lavorativo. Il riferimento più comune, di cui si parlava in precedenza, è alla spinta insistente – una «spinta gentile» ma determinata – a lavorare sempre di più, «a essere *always on* e sempre disponibili, incluso la sera, nei festivi e nei fine settimana»: tema a lungo sottovalutato, che ha provocato un enorme allontanamento dei lavoratori, soprattutto giovani, e un distacco oramai definitivo dall'ideologia del lavoro novecentesca basata su un'etica del lavoro smentita clamorosamente nei suoi presupposti di fondo dal capitalismo stesso, unilateralmente.

Il rapporto di lavoro, idealizzato come una meta per le giovani generazioni, appare spesso nella sua concretezza come «una relazione abusiva, priva di reciprocità», un contesto in cui i rapporti non si sviluppano su un piano di parità ma restano sbilanciati e in qualche caso assumono tratti dispotici. Non a caso intellettuali come Hugh Collins si sono interrogati criticamente sul carattere illiberale del contratto di lavoro (tanto da chiedersi se il contratto di lavoro non sia, realisticamente, «calculated to destroy liberty, equality, privacy, and other liberal values»; Collins 2018, 49) mentre altri, come Elisabeth Anderson, addirittura suggeriscono che i rapporti di lavoro potrebbero essere considerati «as a form of dictatorship»¹⁴. Non molto diversamente, va detto, da quanto sosteneva lo stesso Kahn Freund nel suo *Labour and the Law*, molti anni prima¹⁵. La conclusione di Collins è drastica: «without such laws in place, the institution of the contract of employment will remain inherently incompatible with liberal values»: quando la legge arretra, allora torna in auge in modo non più sorvegliato il vecchio dispotismo padronale. È quindi contestabile o almeno discutibile l'idea che il capitalismo neoliberale sia portatore di un cambiamento di fondo tanto da produrre in modo generalizzato o comunque esteso, nell'impresa che produce valore, un «attivo coinvolgimento del lavoro qualitativo e cognitivo» in senso reale e concreto. In verità, è forse più giusto dire che il lavoro, con la sua perenne connessione a sistemi automatizzati e digitali, esige dal lavoratore

¹³ Coin 2023, 53. Un aspetto interessante riguarda le classi di età maggiormente implicate in questo fenomeno, che non sono solo i giovani, anzi sembra registrarsi un abbandono di massa dal lavoro più degli adulti che dei giovani, come attesta il già citato rapporto di *Black Rock*, dal titolo *After the Great Resignation* citato da Francesca Coin.

¹⁴ E. Anderson, *Private Government: How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk About It)*, Princeton University Press, 2017.

¹⁵ Ne cita un passaggio Collins 2018, 49 e 51, anche per la citazione nel testo.

un superiore livello di conoscenza e «alfabetismo» informatico ed un comportamento adesivo, una partecipazione convinta all'impresa¹⁶, ma nel contesto di un riduzione e non di un ampliamento degli spazi di libertà, indipendenza ed autonomia rispetto al potere datoriale, che, anzi, diventa più pervasivo, incontrollato, capace di insinuarsi in ogni momento della vita quotidiana, nel lavoro come nel tempo di (apparente) non-lavoro¹⁷.

Non è solo questione di salari poveri: la disposizione al sacrificio può dirsi oggi profondamente cambiata, soprattutto nelle nuove generazioni, che fanno i conti con aspettative decrescenti e vengono immessi in un sistema produttivo che chiede una partecipazione totale ma senza corresponsabilità. Da questo punto di vista il fenomeno del rifiuto del lavoro e l'abbandono di massa del lavoro salariato, più che «l'ingresso nell'età dell'anti-ambizione» (Malone 2022) sembrano rappresentare una sorta di lotta silenziosa, di sciopero generale «non ufficiale», come afferma Robert Reich (2021), «teso a rinegoziare il confine di ciò che è lecito e ciò che non è più accettabile» nel rapporto di lavoro, che va di pari passo con la ripresa del conflitto sociale e delle lotte sindacali¹⁸. Potrebbero essere il preludio di un cambiamento culturale e antropologico, rinnovando le propensioni individuali verso il lavoro e mettendo in discussione uno dei pilastri del capitalismo occidentale, ossia la relazione salariale (Coin 2023, 79). Ma non è solo un problema limitato ai paesi geograficamente appartenenti al mondo occidentale. Anche altri paesi che hanno in comune con l'Occidente il richiamo ossessivo alla crescita economica – secondo una concezione tipicamente «sviluppista» – e dove da tempo si convive con un capitalismo aggressivo e iper-produttivista (causa, fra l'altro, di grandi problemi alla salute dei lavoratori secondo l'ILO¹⁹), movimenti o controculture della «sottrazione» aprono una crepa nell'etica del lavoro. Un approccio filosofico diverso, non razionalista e non propenso a coniugare incessantemente vita e lavoro, è del resto presente da sempre nella cultura orientale (e può essere incarnato oggi dal pensiero attuale di Byung-Chul Han e dal suo «invito» a fermarsi, a rallentare, a decrescere; Han 2017). Quanto al caso dell'Italia, le condizioni lavorative soprattutto delle fasce marginali del mercato del lavoro (giovani, donne, migranti) sono all'insegna della precarietà oramai da decenni e proprio questo «immobilismo» sembra essere all'origine, prima ancora di altri fattori, della «fuga dal lavoro» in un paese a così alta disoccupazione. Come negli altri paesi, le «Grandi dimissioni» non sollevano soltanto interrogativi sulle evidenti incongruenze del rapporto fra l'impegno lavorativo richiesto e le condizioni contrattuali, ma testimonia-

¹⁶ In tal senso Caruso 2024, 19 sgg. da cui anche la citazione.

¹⁷ Fra i tanti Vecchi 2017; si veda anche Into the Black Box 2021, con postfazione di Sergio Bologna.

¹⁸ Si vedano i dati dell'analisi del *Workers Institute* della *School of Industrial and Labour Relations* della Cornell University, *Labor Action Tracker*, pubblicati il 21 febbraio 2022 sul sito www.ilr.cornell.edu/worker-institute, che ha evidenziato un aumento di circa il 50% degli scioperi nel mondo.

¹⁹ Cfr. il rapporto dell'*International Labour Organization* del 17/5/2021.

no anche, implicitamente, una critica sociale nei confronti del lavoro nell'epoca neoliberale, che molti, anche fra i giuslavoristi²⁰, si ostinano a non voler vedere.

3. Una delle critiche contro l'istituzione del reddito di cittadinanza – insieme alla nota polemica contro gli abusi consentiti dal D.L. n. 4/2019 – è stata quella di contribuire ad allontanare i giovani dal lavoro, anzi a disincentivare la ricerca di un lavoro, con discorsi che sembrano tratti da vecchie teorie ottocentesche, come quella di chi riteneva che la disponibilità al lavoro operaio potesse derivare esclusivamente (o quasi) dall' «imperativo della necessità»²¹. Del resto anche la legislazione sembra procedere ancora oggi lungo questa linea di tendenza, discriminando fra occupabili e non occupabili, come se anche nella cultura di governo si fosse registrata un'improvvisa regressione.

Con il dibattito sollevato dal reddito di cittadinanza e dalla successiva abrogazione dello stesso, in nome dell'occupabilità, tornano a farsi sentire tematiche che sembravano relegate in momenti lontani nel tempo, come il «dovere di lavorare», su cui si è dibattuto a lungo nella Costituente e formulato nell'art. 4, 2° comma, della Costituzione come «dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». Una formula vaga, meno diretta ed incisiva, ma con un riferimento alla condizione di cittadinanza che rende ben comprensibile il bilanciamento fra diritti e doveri di cui si nutre nella Costituzione il rapporto fra individuo e stato, fra vita e lavoro. Mancini, nel suo commento all'art. 4, ritenne che nella disposizione si potessero individuare due diversi «segni ideologici, poiché da un lato «ad essere massimizzata è la libertà del singolo», la sua autodeterminazione, ma dall'altro c'è la socialità, tanto da allargare «il campo dei comportamenti censurabili in chiave di parassitismo e di devianza» (Mancini 1982, 249). Va detto che furono proprio gli esponenti della sinistra storica di orientamento marxista ad assumere una posizione molto ferma, nell'ottica di definire un vero e proprio obbligo di lavorare per tutti i cittadini, salvo gli inabili, con sanzioni per i renitenti al lavoro. Il sintetico resoconto che fa Somma del dibattito nella Costituente è in tal senso significativo (Somma 2024): fu grazie agli esponenti del mondo cattolico che si riuscì a temperare la matrice ideologica socialista e comunista, da cui scaturiva la volontà di imporre un dovere in termini giuridicamente efficaci ed esigibili. Pur ammettendo che una vera e propria costrizione a lavorare, ossia un obbligo al lavoro «forzato» non poteva ritenersi ammissibile né eticamente né giuridicamente, da parte di uno schieramento piuttosto ampio, che vedeva nel lavoro il cuore del patto di cittadinanza, si sostenne l'esigenza di sanzioni indirette (ma non meno efficaci), come quella di escludere gli oziosi e i vagabondi dalle misure assistenziali

²⁰ Ad esempio P. Ichino, nel suo commento su *lavoce.info*, *Se è il lavoratore a scegliere l'impresa*, pubblicato il 3 giugno 2022, posizione a cui aderisce Caruso 2024.

²¹ Accornero 1980, 11. Christian Marazzi (1998) afferma a tal proposito che, storicamente, «la fuga dal lavoro salariato è stata resa possibile dalla disponibilità delle terre libere».

previste per gli inabili al lavoro o per chi fosse sprovvisto dei mezzi necessari a sopravvivere (tanto da potersi dire, *a contrario*, che chi è abile al lavoro non ha diritti e non può essere «mantenuto» a carico dello stato e della collettività²²). Addirittura, in una prima stesura dell'art. 4 della Costituzione era stato inserito un comma, poi cancellato dall'assemblea, che prevedeva l'adempimento del dovere di lavorare come condizione per l'esercizio dei diritti politici²³. Queste posizioni – per le quali si vedano nell'Assemblea costituente le dichiarazioni di insospettabili personalità della sinistra politica – ebbero uno sviluppo successivo; fu questa la «norma programmatica», più che il diritto al lavoro, ad essere raccolta tempestivamente dal legislatore italiano nei bui anni Cinquanta, tanto che già con la l. 27 dicembre 1956 n. 1423 si adottarono misure nei confronti degli «oziosi e i vagabondi abituali validi al lavoro», ritenendo la resistenza al dovere di lavorare un comportamento anti-sociale: ai reprobri veniva riservata la «sorveglianza speciale della pubblica sicurezza» con obbligo di attivarsi alla ricerca di un lavoro sotto pena dell'arresto²⁴. La linea era dunque quella dell'emarginazione dei diversi e delle fasce marginali, della colpevolizzazione dei poveri e dei renitenti al lavoro, in accordo con la mentalità di quegli anni, che non si poneva in nessun modo il problema della integrazione degli emarginati. Anzi le disposizioni in parola consentirono, come osserverà Federico Mancini, di «fabbricare uno stereotipo dell'*asociale* o del *socialmente pericoloso* che serve in modo egregio al controllo dei sottoproletari disadattati e dei dissenzienti» (che oggi si ripropone) (Mancini 1982, 262).

Scrivendo a ridosso del '68, Mancini il problema fosse diventato molto più complesso con l'emergere del «dissenso» e di «quella disaffezione per il lavoro e per la sua disciplina a cui nessuna società industriale sembra sfuggire». Nella teorizzazione di un vero e proprio dovere di lavorare poteva in effetti rintracciarsi un'ideologia risalente «al nucleo della teoria weberiana sul rapporto tra etica protestante e spirito del capitalismo», che aveva dato inizio «a quel processo di esaltazione del lavoro» che costituiva la nuova teologia della nascente borghesia, e che, poco dopo, attecchirà anche nel movimento operaio grazie all'interpretazione in chiave economicista «del concetto marxiano di sviluppo delle forze produttive» da parte dei teorici della Seconda Internazionale (Mancini 1982, 254-55). Ma era un'ideologia che i movimenti giovanili avrebbero poi dissacrato e messo in crisi.

²² Su questa linea si veda ad esempio Mortati 2005; si vedano le osservazioni in proposito di Mancini 1982, 259.

²³ Ne riferisce Mancini nel già citato *Commento all'art. 4*, 260.

²⁴ Secondo alcuni queste norme potevano ritenersi addirittura attuative dell'art. 4 della Costituzione, in quanto dirette «a colpire con sanzioni anche di natura penale i parassiti incorreggibili a carico della comunità che non siano fisicamente incapaci», come ebbero a dire eminenti giuristi dell'epoca. Ne riporta il passo Somma 2024, 11; il riferimento è a Baschieri, Bianchi D'Espinosa, Giannattasio 1949. Ma vedi anche Mancini 1982, 261, con riferimento alle posizioni di Abbamonte e Prosperetti.

È poi prevalsa nel nostro ordinamento un'interpretazione generalmente cauta da parte della dottrina post-costituzionale ed è maturato, nei confronti dell'emarginazione e della devianza, un atteggiamento molto diverso²⁵. Si dovettero comunque attendere oltre trent'anni per veder abrogare la legislazione repressiva, con la legge 3 agosto 1988 n. 327, ma si era già in altra epoca e in altro clima culturale (post '68) che aveva visto la fine dell'isolamento e della segregazione dei «diversi», anche grazie alla legge Basaglia del 1980, passando dal regime illiberale degli anni cinquanta alla più matura considerazione del disagio sociale e del dovere dei pubblici poteri di provvedere al reinserimento degli emarginati²⁶. Ma ancora oggi residua e pare rinnovarsi un «odio dei poveri» e dei diseredati, tanto da rivedersi all'opera dispositivi che, si è notato, «colpiscono chi non rientra in un modello ideale di cittadinanza e di produttività sociale» (Ciccarelli 2023).

La questione merita un commento critico. Nel movimento operaio storico e nell'arco di forze progressiste che hanno svolto un ruolo fondamentale nel tratteggiare i caratteri della democrazia italiana, sono sempre convissute, rispetto al lavoro come «valore», due diverse linee. La prima, certamente maggioritaria, legata all'affermazione del lavoro come chiave risolutiva dei problemi della società italiana, tanto da creare una vera e propria «mitologia» del lavoro, la quale è coesistita a lungo con la critica marxiana al lavoro estraniato ed alienato, fonte dello sfruttamento e dell'oppressione delle classi subalterne: una contraddizione rimasta irrisolta e rimossa, la cui soluzione veniva implicitamente rinviata al futuro cambio di sistema («a profetismo dogmatico, volontarismo romantico», commenterà sarcasticamente Accornero 1980, 15). L'ideologia del lavoro si inseriva in un progetto storico di emancipazione e progresso realizzato gramscianamente attraverso l'alleanza dei produttori, con il fine di creare un blocco sociale egemone, nascondendo in tal modo la «negatività» del lavoro ed esaltandolo in quanto strumento di realizzazione dell'essenza stessa dell'uomo, in base ad una concezione del lavoro che si potrebbe definire effettivamente «idealistico-naturalistica»²⁷. Come ha osservato Accornero, nell'ideologia socialista e comunista il lavoro come «valore» era logicamente anteposto allo sfruttamento capitalistico che rende il lavoro alienato al lavoratore, così che esso conservava integre le sue potenzialità liberatrici per consentire alla classe subordinata di passare dal «regno della necessità» al «regno della libertà» (quando il lavoro diventa il «primo bisogno della vita stessa»²⁸).

A questa posizione della sinistra storica si è contrapposta una diversa (seppure minoritaria) corrente politico-culturale, alquanto critica dell'idea ortodossa del

²⁵ Si veda soprattutto Amato 1967, che ribaltava completamente l'atteggiamento repressivo nei confronti del disagio sociale contribuendo non poco all'evoluzione della mentalità dei giuristi nei confronti del disagio sociale e degli emarginati.

²⁶ Su questi temi, di recente, l'interessante volume di Carluccio 2022.

²⁷ Così Accornero 1980. Lo sottolineano Sarti, Bellavitis, Martini 2020, 22-23.

²⁸ Le citazioni di Marx sono tratte rispettivamente dal Libro primo del *Capitale* e dall'opera precedente *Critica al programma di Gotha*.

graduale sviluppo delle forze produttive, visto come la principale via di progresso ostacolata solamente dall'anarchia del mercato e dalla ineguale distribuzione della ricchezza sociale, attorno a cui era stata costruita la «glorificazione socialista del lavoro». Posizione, a ben vedere, molto vicina all'elevazione del lavoro a «dovere sociale», che da altro versante faceva la sua apparizione nell'ideologia borghese, che vedeva nel lavoro lo spirito del capitalismo, annunciando la nuova etica weberiana, in una comune «deificazione dello sforzo laborioso»²⁹.

Si trattava di una diversa visione del lavoro, storicizzata e critica, che era in realtà di Marx stesso, che nelle sue opere era stato «assai più attento alla faccia negativa del lavoro – quella salariata, l'unica ben visibile – anch'egli per denunciarne la condizione, ma ancor più per rivelarne l'inestricabile intrinsecità storica con il capitale e con il suo modo di produzione» (Accornero 1980, 26).

La contraddizione fra il lavoro come fulcro del progetto di emancipazione della classe subordinata e la critica al lavoro alienato insito nel capitalismo industriale del XX secolo sarebbe rimasta irrisolta e celata fintanto che risulterà credibile proprio quel collegamento ideale fra lavoro e liberazione del lavoro che è stato alla base del progetto di stampo marxista, fra realtà ed utopia. Ma è una contraddizione che tornerà a manifestarsi in modo dirompente con la fine del taylor-fordismo e con la frammentazione in mille pezzi della classe operaia, che non potrà mai più farsi «classe generale», tanto da veder decadere la stessa missione di fare del proprio lavoro, attraverso la riappropriazione del processo produttivo, il cuore pulsante del progetto storico di emancipazione della classe. D'ora in avanti, spento questo faro, del lavoro risalterà il lato in ombra, quello «negativo» dell'alienazione del lavoro e del depauperamento dell'uomo che lavora, di pari passo alla distruzione della valenza socio-politica del ruolo della classe operaia nelle società dell'Occidente capitalistico.

4. Il tema del «rifiuto del lavoro salariato» riapparirà negli anni Settanta e Ottanta, quasi a segnalare *in Italia come altrove* l'avvento della società post-fordista. Ne parla Mancini – che prima di essere un giuslavorista era un fine intellettuale del suo tempo – collegando il rifiuto del lavoro produttivo alla «rivolta contro il lavoro» dei giovani, giustificata dalle nefaste conseguenze «del nostro modo di produzione... [che] ci porterà ad abitare un mondo sovraffollato, inquinato, spoglio di risorse», tanto da poter dire – sono le parole di Federico Mancini – che «progresso vuol dire oggi arresto della crescita, sviluppo zero» (Mancini 1982, 250-51). Temi che saranno ripresi e riproposti negli anni successivi da altri intellettuali come Serge Latouche, diventato popolare per la sua teoria, spesso malamente intesa e finanche dileggiata, della «decrescita»³⁰.

È in questa fase storica che una minoranza visionaria ma protagonista del cambiamento culturale e ideologico, destinata nel tempo a immedesimarsi nella

²⁹ Accornero 1980, 25, qui la citazione di Rousselet.

³⁰ Di cui si veda, almeno, nell'enorme mole di opere pubblicate da questo filosofo: Latouche 2005; 2007; 2010; 2011; 2020; 2022.

classe «creativa» di cui parla Paolo Perulli³¹, inizia a pensare al rifiuto del lavoro in termini non astratti ma di vera vita vissuta senza il lavoro, creando spazi liberati dove sperimentare nuove forme di società: un'utopia incarnata dai movimenti giovanili alternativi e dalla cosiddetta «controcultura», che mettevano in discussione radicalmente il modo di produzione del capitalismo industrialista e la gabbia del lavoro salariato a vita, preparando il terreno, inconsapevolmente, all'ideologia della flessibilità e a nuove categorie di riferimento, come il lavoro creativo, la rivincita dell'individuo sul collettivo e finanche il sogno della «fine del lavoro» come obbligazione sociale. Molte di queste pratiche si diffusero, in Italia e in Europa, durante gli anni Ottanta. Ma sono queste solo alcune delle tendenze profonde nate nella crisi iniziata negli anni Settanta, che hanno lasciato solchi profondi nella cultura del lavoro. Un'altra corrente che ha contribuito a mettere in discussione la società del lavoro deriva dalla critica al paradigma della crescita illimitata di intellettuali come Vandana Shiva ed altri, in una linea di pensiero che si ricollega all'elaborazione primordiale di Marcel Mauss e al pensiero ecologista radicale di autori come Illich, Caillé ed altri, fino al celebre Latouche, citato in precedenza, prendendo le distanze dalla separazione «cartesiana e baconiana» dalla natura determinata dallo sviluppo capitalistico, come scrive Vandana Shiva, che crea nuove gerarchie e una divisione del lavoro in cui l'unico lavoro riconosciuto come produttivo è quello riferibile alla «di-seconomia dell'avidità e dell'estrazione», mentre tutto il resto, dal lavoro delle donne a quello dei contadini, viene considerato non-lavoro (Shiva 2023, 52).

Senza tornare a Lafargue³², è possibile rintracciare un filo rosso nella storia del rapporto fra lavoro e non-lavoro, o «rifiuto del lavoro», che collega differenti eventi e lotte politiche a partire dagli anni Sessanta, fino ad arrivare ai movimenti *no-global* e alle mobilitazioni di Seattle (1999) e Genova (2001): sono fermenti e novità emersi nella crisi del compromesso socialdemocratico e dell'orizzonte disegnato dal «socialismo realizzato di stato» – con la sua esaltazione del lavoro, non dissimile, a ben vedere, nell'ideologia borghese, anzi ancora più rigida – a cui le giovani generazioni guardavano con crescente estraneità (e finanche ostilità).

Ma se si vuol stabilire un momento cruciale sul piano teorico, forse si dovrebbe tornare all'operaismo di Raniero Panzieri e soprattutto di Mario Tronti, il quale riteneva che il rifiuto di produrre rappresentasse la più grande forza che la classe operaia potesse mettere in campo, contestando l'etica del lavoro della sinistra «ortodossa» ed introducendo nel dibattito politico non l'obiettivo di una generica alleanza dei produttori, ma il rifiuto dei lavoratori per la propria condizione materiale e per il proprio lavoro come destino imposto dalla società capitalistica (Tronti 1977). Da questo punto di vista, l'operaismo, in realtà già con Panzieri e Rieser, rappresentava una critica molto radicale della visione «apologetica» dello sviluppo tecnico-scientifico, tipica del marxismo tradizionale. La rottura era molto

³¹ Perulli 2021; Vettoreto 2022.

³² L'opera di Lafargue *Il diritto all'ozio* può essere letta nel volume dedicato alla Comune di Parigi del 1871 (Bedani 2022).

radicale, poiché con la teorizzazione del rifiuto del lavoro veniva superata di fatto un'intera tradizione del movimento operaio storico, in cui, osserva Accornero, al centro c'era un lavoratore «che reclamava il suo ruolo con orgoglio».

Anche il movimento femminista, durante quegli anni, cominciò ad interrogarsi sulle questioni del lavoro (e del non-lavoro) delle donne. Partendo dall'analisi della condizione femminile e dalla «crisi dei rapporti di genere», ricollegata alla crisi della società patriarcale, alcune correnti del movimento femminista arrivarono a teorizzare – in risposta alla doppia oppressione, patriarcale e classista, delle donne³³ – il rifiuto del lavoro di cura e domestico come rifiuto del ruolo disconosciuto e invisibile ad esse assegnato per «la riproduzione sociale, la sostenibilità economica del sistema e la sopravvivenza della specie» (Gheering, Landi 2022, 11). La critica al «destino naturale» delle donne e la lotta per il salario diventavano così momenti di critica militante del ruolo femminile, in quanto legato alla duplice obbligazione di lavorare all'interno della produzione capitalistica e fare di sé e del proprio corpo uno strumento di riproduzione. In definitiva, era la contestazione radicale di un sistema in cui tutte le attività e relazioni anche affettive venivano trasformate in lavoro gratuito (Federici, Fortunati 1984, 7-34). Si ricusava l'organizzazione sociale che relegava il lavoro di cura nel non-lavoro, considerandolo un'attività naturale delle donne e un impegno gratuito³⁴; ma che ad un'analisi più profonda appariva, non diversamente dal lavoro propriamente detto, come un contributo essenziale al processo di valorizzazione³⁵. Negando il salario e trasformando il lavoro domestico in «atto d'amore» si sanciva il ruolo ancillare delle donne nella riproduzione della forza lavoro, tanto da adibirla a «servire fisicamente, emotivamente e sessualmente il lavoratore maschio». Il rifiuto del lavoro domestico («completamente naturalizzato e sessualizzato», per farne un attributo tipicamente femminile) e la stessa rivendicazione del salario, finivano quindi per disvelare la «finzione» che giustificava la trasformazione del lavoro femminile in non-lavoro³⁶, con il duplice fine di ghettizzare il lavoro delle donne nella sfera familiare e, come sottolinearono le femministe, in modo tale da liberare «the man from these functions so that he is completely free for direct exploitation»³⁷.

³³ Federici 2014. Su tali questioni si veda pure Chistè, Del Re, Forti 2020.

³⁴ Come osserva Silvia Federici, proprio perché non retribuito il lavoro delle donne lo si poteva qualificare (e giustificare) come non-lavoro (si veda Federici 2014, 32-33).

³⁵ Così Del Re 2020. Su questi temi il dibattito anche giuridico non è molto presente in Italia. Si veda, anche per altre considerazioni, Conaghan, Rittich 2005; Conaghan 2018.

³⁶ Federici 2014, 35 sgg. Su questi temi si ricorda il volume di Mariarosa Dalla Costa e Selma James *The Power of Woman and the Subversion of the Community*, pubblicato nel 1970 e divenuto in breve tempo un bestseller mondiale, che diede vita alla campagna di lotte femministe per il salario per il lavoro domestico.

³⁷ M. Dalla Costa, S. James, *The Power of Woman and the Subversion of the Community*, op. cit.; si veda in termini analoghi, per la sottolineatura della funzione produttiva svolta dal lavoro nella famiglia, da non potersi considerare lavoro «improduttivo» secondo la vulgata marxiana, Saraceno 1976, 115; su tale questione si veda recentemente Pescarolo 2020 e in Sartis, Bellavitis, Martini 2020 ulteriori riferimenti.

Lungi dall'essere isolate in un determinato periodo storico, queste tendenze hanno avuto importanti sviluppi nel mettere in discussione l'artificiosa e forzata separazione tra la sfera della produzione di merci e la sfera della riproduzione, intesa quest'ultima come «non-lavoro», quindi, di fatto, proprio per questo sfruttata come «inestimabile fonte di produzione di valore», come se si trattasse di cose naturali³⁸. All'invenzione del lavoratore salariato corrisponderà l'invenzione della famiglia nucleare su cui il capitalismo fordista fin dagli inizi del XX secolo ha costruito la sua fortuna, alla mistificazione del ruolo delle donne l'identificazione del «lavoro» esclusivamente come lavoro salariato: una divisione di carattere sessista che sarà recepita, paradossalmente, anche dal movimento operaio, che accetterà «the dichotomy of unpaid vs. paid work, as well as that of family vs. market» (Sartis, Bellavitis, Martini 2020, 66). Il filone «laburista» della sinistra storica non riuscirà mai a vedere il lavoro nascosto dietro il non-lavoro delle donne: nella sua prospettiva politica c'era soltanto l'operaio salariato, maschio e capo-famiglia, e il lavoro di produzione delle merci, la produzione per il mercato. Non a caso l'art. 29 della Costituzione, votato da tutte le forze politiche cattoliche, socialiste e comuniste nell'Assemblea costituente, definiva la famiglia come «società naturale», tanto che i rapporti all'interno della famiglia venivano considerati delle obbligazioni naturali «that excludes any contamination with economic exchanges» (Sartis, Bellavitis, Martini 2020, 67). Le donne, in definitiva, rimanevano estranee al progetto di organizzazione della classe e private del potere che agli operai derivava «dal riconoscimento del loro lavoro e del contratto sociale insito nel rapporto salariale»³⁹. Sarà anche questo un nodo a lungo irrisolto e una contraddizione rimossa dall'orizzonte della sinistra storica: in realtà, come osserva Joanne Conaghan, una giurista femminista, «the distinction between paid and unpaid labour... is not natural or inevitable but constructed and correspondent with the particular configuration of social and work relations which emerged with industrial capitalism» (Conaghan 2018, 283).

Ma anche il lavoro femminile era destinato a cambiare nel tempo seguendo le trasformazioni sociali, come osserveranno i sociologi attenti alla composizione del lavoro, come Massimo Paci⁴⁰. Saranno proprio i movimenti femministi a segnalare, con la loro nascita, la crisi dell'organizzazione sociale basato sullo «scambio» fra salario maschile e lavoro gratuito delle donne. Tuttavia l'ingresso in massa delle donne nel mercato del lavoro – la loro «fuga» dal lavoro domestico – sarebbe avvenuto paradossalmente proprio nel momento in cui, con la svolta neoliberale, il lavoro salariato iniziava a perdere le caratteristiche di sicurezza e stabilità e si attuava, con la crisi dello stato sociale, un gigantesco disinvestimento nella spesa pubblica per la riproduzione (scuola, sanità, assistenza sociale ecc.).

³⁸ Curcio, *Introduzione* e Federici 2022.

³⁹ Le citazioni sono di Federici 2022, 16 sgg. Sul ruolo delle donne e del lavoro gratuito nella società fordista, anche per l'importanza assunta nell'ambito delle politiche keynesiane, Dell Costa 1983.

⁴⁰ Paci 1979. Per una rivalutazione del carattere produttivo del lavoro domestico, da un punto di vista economico, si veda Alesina, Ichino 2009.

Alla ristrutturazione dell'economia globale seguirà la ristrutturazione anche del lavoro riproduttivo, che cambierà ancora una volta il ruolo femminile e la stessa natura del lavoro domestico, collocando nelle relazioni di mercato il lavoro di cura (*caregiving*), che proprio per questo sarà interessato da grossi processi di svalorizzazione⁴¹. La fine dell'*old gender order* non porterà tuttavia l'agognata liberazione delle donne ma «new forms of subjection and exploitation» (Conaghan 2018, 284): il mercato «diventa la grande madre», scrive Silvia Federici (2022, 58), nascondendo il carattere «co-dependent» del lavoro produttivo (*paid*, salariato) e del lavoro riproduttivo (non pagato, *unpaid*). Non cambia neppure tanto il ruolo sociale delle donne, anche perché l'acquisto del lavoro di cura sul mercato non è permesso a tutti, così che la vecchia divisione del lavoro resta ancora in piedi per un'ampia fascia di popolazione femminile, a cui spetta ora il ruolo sempre più diretto e richiesto nella produzione (con salari bassi) e la riproduzione (come lavoro gratuito) producendosi una netta distinzione di classe ed anche culturale con i ceti più benestanti⁴².

Ma lo «strabismo» non sarà un deficit visivo soltanto del movimento operaio, contagiando anche il diritto del lavoro, riproponendo inercialmente ed in modo sempre meno credibile «the paid work paradigm of current labour law», così trascurando completamente il lavoro gratuito di riproduzione, per quanto sia sempre più evidente, come scrive Joanne Conaghan, che «the current conception of labour which underpins labour law is historically contrived and not universally prescribed» (Conaghan 2018, 286).

Dal pensiero femminista – che ha messo in discussione la concezione del lavoro e la teoria economica classica, ponendo interrogativi importanti su quali siano le attività che meritano un reddito – nasce dunque la consapevolezza del salario come spartiacque artificioso tra lavoro e non lavoro, potere e mancanza di potere⁴³. Tale riflessione è innaturale e forse urticante per la tradizionale visione laburista, anche di stampo marxista, che ha sempre considerato il lavoro delle donne come non-lavoro, inerente alla sua natura, e quando si è posto il problema del risarcimento delle donne e del riconoscimento della «parità» lo ha sempre fatto nell'ottica dell'inserimento nei rapporti di produzione, come «diritto al lavoro», e non piuttosto come riconoscimento che il non-lavoro

⁴¹ Pescarolo 2020. Come osserva questa autrice, «Yet instead of a dichotomy, we can now see a long chain formed of many intermediary rings: Goods and services that, although exchanged on the market, have value because they are intrinsic to trust and affection and subjected to process of familiarization».

⁴² Come osservano Sartis, Bellavitis, Martini 2020, 42: «The spreading ideology of separate spheres had been associating the private one (as opposed to the public) with nature, instincts, emotions, love, the family, the home, domesticity, women, femininity, care, protection, leisure, non-market activity, and, definitely, non-work».

⁴³ Ma se gli ordinamenti nazionali e in particolare quello italiano sono così arretrati, anche sul piano normativo, da non riconoscere il lavoro domestico, l'ILO ha dedicato ad esso, dopo la Raccomandazione n. 123/1965 su «Women Workers with Family Responsibilities», la Convenzione n. 189 «Decent Work for Domestic Workers» del 2011, dove riconosce come espressamente il salario per il lavoro domestico e di riproduzione.

delle donne è in realtà a tutti gli effetti un'attività che crea valore ed anzi essenziale proprio nell'ambito di quei rapporti economici da cui le donne sono state escluse per tanto tempo⁴⁴.

5. Come hanno notato alcuni studiosi, con la crisi del vecchio modello sociale fordista e industrialista il lavoro invisibile e non riconosciuto «è uscito dalla dinamica domestica affermandosi con prepotenza all'intero sistema economico». Proprio nei processi di digitalizzazione e frammentazione del lavoro si insinuano le più svariate forme di gratuità del lavoro: «la gratuità rimanda alla vita messa al lavoro, al lavoro non riconosciuto della vita» (Greppi, Cavalli, Marazzi 2022, 16), estendendosi a tutta la società «l'appropriazione gratuita da parte dell'economia di competenze maturate in ambito extra-lavorativo»⁴⁵. Si spezza, in modo sempre più netto, il rapporto fra occupazione e salario, fra tempo libero e tempo di lavoro, fra lavoro e non-lavoro, anche se il paradigma del lavoro salariato resta ancora, paradossalmente, il modello politico-giuridico del diritto del lavoro.

L'influenza della rivoluzione tecnologica, dell'avvento del capitalismo delle piattaforme e dell'intelligenza artificiale nella produzione e nei servizi, del «comando» algoritmico sul lavoro vivo lungo tutta la catena di produzione di valore, ha un impatto straordinario e performante, cambiando totalmente la natura stessa del lavoro e i confini con il tempo libero, inteso come non-lavoro: se da un lato il lavoro non garantisce più un'occupazione stabile e adeguatamente retribuita, dall'altro la produzione di valore tracima al di fuori del lavoro ed invade il tempo di non-lavoro, tanto da potersi parlare effettivamente di «lavoro gratuito», a cui si affianca la sistematica appropriazione dei dati e delle informazioni come sostiene Zuboff (2019), che non è un processo molto diverso da ciò che accade nella produzione materiale, se le informazioni sono la «nuova merce» del capitalismo digitale. Di fatto, la creazione di valore si trasferisce dall'uomo alla macchina algoritmica, che incorpora il lavoro vivo, tanto da ridurre il valore del lavoro stesso, che quasi scompare. Ma il punto cruciale pare essere non tanto l'assorbimento da parte delle macchine delle funzioni e delle prestazioni svolte dal lavoratore, ossia la riduzione del lavoro necessario, quanto il cambiamento che riguarda le fonti del valore, ossia la disconnessione, come ha chiarito Castel, della produzione di valore dal lavoro classicamente inteso. L'estrazione di valore avviene oggi direttamente «dagli atti della vita quotidiana» (Greppi, Cavalli, Marazzi 2022, 23): la produzione capitalistica non si limita più ad estrarre valore dal lavoro «ma si estende in maniera crescente anche al consumo e al tempo libero, fino a trasformare in tempo di lavoro qualsiasi ritaglio di tempo vitale» (Greppi, Cavalli, Marazzi 2022). Da qui il passaggio, sottolineato da Christian Marazzi, di quote sempre più consistenti di attività lavorativa dalla sfera della produzione (dove veniva assicurata dal lavoro salariato) nella sfera del consumo e nel tempo di non-lavoro, dove si forma la nuova figura del

⁴⁴ Per queste riflessioni si veda ancora Federici 2014, 47-48.

⁴⁵ Greppi, Cavalli, Marazzi 2022, 24. Sul tema si veda Barbera 2018, 2.

«lavoratore inconsapevole» che produce mentre consuma o che partecipa attivamente ma inconsapevolmente alla produzione di ciò di cui si serve. Si tratta di uno sforzo produttivo ulteriore e non remunerato, sia che avvenga come attività distolta dalla produzione e messa sulle spalle del consumatore (come avviene ad esempio tutte le volte in cui viene richiesto al consumatore di svolgere parte dell'attività precedentemente inserita nell'organizzazione del lavoro) sia nel senso della valorizzazione di tutte le informazioni fornite dall'utente, ignaro produttore di valore per il capitale, nel momento in cui è connesso alla rete⁴⁶. L'estrazione di valore si estende così a tutti gli ambiti della vita, è la vita stessa a essere messa al lavoro.

Alla captazione del valore dalla vita stessa, dalla «folla indistinta», si aggiunge la *gig economy*, l'economia dei lavoretti e la precarizzazione estesa dei lavori, a tal punto estesa da determinare svalorizzazione e finanche annientamento della relazione salariale. La stessa fascia dei lavoratori marginali che costituiscono l'esercito dei *woorkig poors* può dirsi vittima della gratuità del lavoro, nella misura in cui al differenziale rispetto al salario adeguato corrisponde una quota di lavoro non pagata e offerta gratuitamente: «tutto ciò che non è dato al salariato è dato gratuitamente» (Greppi, Cavalli, Marazzi 2022, 41). Insomma fra salario, lavoro e non-lavoro c'è una relazione molto complessa che continua a svilupparsi anche nell'era algoritmica e nel lavoro digitale. Non dunque «fine del lavoro», che vorrebbe dire identificare la caratteristica distintiva del lavoro (creare valore economico) con una particolare forma di lavoro, ma al contrario estensione del lavoro vivo in tutti gli ambiti dell'esistenza: sempre meno lavoro salariato, sempre più lavoro invisibile e non riconosciuto. Non dimenticando che anche nel lavoro salariato si assiste ad un incunarsi del lavoro gratuito e non riconosciuto, sotto varie forme, dallo sfruttamento lavorativo all'abbattimento degli ambiti separati di lavoro e tempo libero, dallo sconfinamento del lavoro oltre gli obblighi contrattuali alla pervasività delle nuove tecnologie, che si insinuano fra tempo di lavoro e non-lavoro, senza contropartita retributiva. Il lavoro gratuito è lavoro produttivo non pagato a cui si aggiungono le nuove forme di lavoro tramite piattaforma, «una nuova economia che permette contemporaneamente di creare occupazione nella *gig economy* in cambio della cessione gratuita di dati e quindi di valore» (Greppi, Cavalli, Marazzi 2022, 51). Fondato sulla stabilità, il lavoro nell'epoca fordista vedeva la rigida definizione dei tempi di lavoro, dei livelli retributivi e della carriera professionale (Castel 2019); la riconfigurazione del lavoro nel post-fordismo crea un lavoro in cui prevale la destrutturazione temporale, la scomposizione dei tempi di vita e di lavoro e la loro continua sovrapposizione (*domestication*)⁴⁷. L'evoluzione successiva sembra andare ancora di più nella direzione di uno sviluppo verso forme di lavoro «allargato». Mobilità e innovazione sono le principali richieste del capitalismo globalizzato, che vuol dire anche aumento del rischio, indeterminatezza e individualizzazione

⁴⁶ Su questi temi si veda Casilli 2020.

⁴⁷ Si veda, dal versante giuslavorista, fra gli altri Barbera 2014, 4.

del lavoro, tanto da far crescere l'insicurezza⁴⁸, e naturalmente lavoro gratuito, messa al lavoro della vita stessa.

In un contesto di crescita delle disuguaglianze (Piketty 2014), la crisi del lavoro sembra rappresentare, come sostiene Marazzi (2015), una nemesi per il capitalismo occidentale, che ha distrutto la classe operaia fordista ma con un effetto boomerang per la sua stessa sopravvivenza e sviluppo, ritrovandosi ora nella difficoltà di contraddire obiettivi che farebbero il suo stesso interesse, come sarebbe una più equa distribuzione della ricchezza. Attraverso la «desalarizzazione», la «decontrattualizzazione» e le misure capillari di precarizzazione del lavoro, si dissolve la possibilità di integrare la classe subordinata nel circuito economico. Resta da capire a questo punto come ricostruire la condizione di corrispettività rispetto alla disponibilità al lavoro, senza tornare anacronisticamente al rapporto salariale «fordista» in una società oramai «post-salariale». È il grande tema ineludibile del reddito di base, su cui si dovrebbe aprire un confronto aperto e propositivo anche nell'ambito giuslavorista, impegnato invece sulla questione del salario minimo, che, per quanto rilevante e positiva, è una risposta ancora nell'ottica del giusto rapporto lavoro-salario.

Il capitalismo delle piattaforme ha completamente soggiogato il lavoro distruggendo il rapporto salariale per ragioni collegate alla natura stessa della prestazione richiesta al lavoratore digitale. La frammentazione tipologica, la temporaneità dell'impiego e le altre forme di lavoro precario contribuiscono anch'esse all'istituzione della società post-salariale. Il salario è sempre meno collegabile alla carriera, all'anzianità di servizio e alla acquisizione di professionalità, è sovradeterminato da limitazioni temporali che non consentono l'ascesa professionale, oppure svincolato da fonti eteronome e liberamente pattuito nella fase genetica del contratto di lavoro non subordinato, o ancora dipendente dalle occasioni di lavoro, dalle singole somministrazioni di lavoro a favore di terzi, con contenuti contrattuali incerti destinati a concretizzarsi in base alle caratteristiche dell'azienda utilizzatrice, quando non collegato, come nel lavoro irregolare, ad una relazione salariale addirittura invisibile e inconoscibile. Tornando alle «grandi dimissioni», si potrebbe dire, come sostengono alcuni, che esse trovino la loro reale spiegazione come fenomeno nel fatto che oggi «la disutilità di un'ulteriore unità di prestazione lavorativa non è più pareggiata dall'utilità che è possibile ricavare dal reddito addizionale» (Greppi, Cavalli, Marazzi 2022, 27), ossia alla «produttività marginale», ma per il lavoratore.

Dalla precarietà e dalla dissoluzione dell'impiego stabile deriva una rottura profonda, uno «scivolare dal piedistallo», come ha osservato con espressione immaginifica Accornero. La relazione lavoro-identità, già messa in crisi dalla fine del fordismo, sembra svanire completamente nella società consumeristica, dove la ricerca di un'identità sociale avviene «attraverso le scorciatoie del non-lavoro» e la stessa produzione di valore si realizza in una sfera che è al di fuori

⁴⁸ Ancora attuali le riflessioni di Beck 2013.

del lavoro in senso proprio, che Gorz ha definito tempo libero alienato (Gorz 1978). L'impossibilità di identificarsi nel lavoro getta le persone in un mondo nel quale «la scala dei valori si sconnette dalla scala dei lavori»: il lavoro cessa di essere fonte di legittimazione sociale⁴⁹. Ma questa disconnessione, questo offuscamento dell'identità, non è senza conseguenze sulla scala dei desideri e della scelta fra lavoro e non-lavoro, tanto più che è venuta meno anche la promessa di fondare sul lavoro l'identità collettiva⁵⁰.

Sono cambiate completamente le coordinate di riferimento e la natura stessa del rapporto fra lavoro e cittadinanza, come ci ha insegnato Romagnoli (2018), il dovere di lavorare è rimasto senza un corrispettivo e si assiste ad un cambiamento fondamentale, «alla riduzione dell'inclusione sociale a inclusione nel mercato», distruggendo il vecchio patto di cittadinanza. Allo svanire del compromesso keynesiano si sono dissolti, come per una sopravvenuta mancanza di «realismo», anche nozioni e concetti come quello del «dovere di lavorare», inteso come dovere da parte del singolo di non sottrarsi alla «attivazione», per la mobilitazione delle energie di lavoro socialmente necessarie. Il tormentato sviluppo della società dell'informazione sembra ora fare un salto in avanti, nel senso della scomposizione del rapporto lavoro-non lavoro in tutti gli ambiti della vita, trasformandola in una scacchiera su cui ogni mossa produce valore e creando un sovrapporsi apparentemente caotico di tempo libero e tempo di lavoro, di gratuità e redditività, di dono e appropriazione.

6. Ma che fine fa il lavoro come obbligazione sociale? In realtà si tornerà a parlare di «dovere di lavorare» recentemente con l'entrata in vigore del reddito di cittadinanza, dando l'impressione, in verità, di una reazione irrazionale alla crisi del lavoro e, per altro verso, di un'opposizione ideologica alla disconnessione della tutela del reddito della classe subordinata dal lavoro. Il reddito è sembrato realmente «fumo negli occhi» per l'esasperato produttivismo dell'era neoliberale e, al tempo stesso, ostico per la mentalità della sinistra italiana e del sindacalismo confederale, in cui il mito del lavoro è ancora largamente presente.

Concretizzare l'antica aspirazione allo *ius existantiae* indipendentemente dal lavoro, è alla base invece della più radicale corrente di pensiero che fa riferimento a Van Parijs e Vanderborght, a Bronzini e Fumagalli⁵¹. Il tema del reddito diventa così uno dei terreni che consentono di ricomporre le figure sociali frammentate, senza confondere il reddito di base incondizionato con le politi-

⁴⁹ Accornero 1980, 52-53, anche per le citazioni di cui al testo, il quale osservava che «essere fieri dell'identità che matura nello sfruttamento è concesso soltanto agli operai», vale a dire, più esattamente, alla «coscienza che la classe operaia ha di sé».

⁵⁰ Accornero 1980, 56-57. Nella figura del lavoratore precario, flessibile, mobile, sempre adattabile, spicca «non più tanto la ricerca di una promozione attraverso i lavori, quanto piuttosto di una sopportabilità ed accettabilità del lavoro».

⁵¹ Di cui si veda almeno Van Parijs, Vanderborght 2017; Bronzini 2017; Allegri 2018; più recentemente si veda Fumagalli, Morini 2023 e qui i contributi dello stesso Fumagalli, Bronzini e Bascetta.

che attive del lavoro tipiche dei sistemi di *workfare*⁵². La critica sociale sottesa a queste teorie ha come punto centrale l'ineludibile passaggio ad una diversa fase dei rapporti di produzione, in cui il reddito garantito è (anche) remunerazione del lavoro che si nasconde nel non-lavoro, nella creazione di valore con modalità spesso non visibili, coinvolgendo la vita stessa nella sua essenza e dissolvendo i luoghi di lavoro e il perimetro tradizionale dell'orario lavorativo (si veda Fumagalli 2018).

Ma la riforma, per quanto avesse un evidente fondamento costituzionale e nelle Carte dei diritti⁵³, ha resistito poco tempo alle tendenze regressive e all'insofferenza di molte forze politiche. Il D.L. n. 4/2019 è stato abrogato dal governo Meloni e sostituito con due distinte misure: l'assegno di inclusione e il cosiddetto «supporto» per la formazione e il lavoro, rispettivamente per gli «occupabili» e i «non occupabili» a vario titolo inabili al lavoro (l. 4 maggio 2023 n. 48). Niente reddito per chi può lavorare, anche se non lavora (o è da considerarsi diversamente al lavoro, come le donne e tutti quelli che svolgono un'attività di produzione di valore al di fuori dello schema del lavoro salariato). L'ostilità ideologica verso la possibilità di utilizzare il reddito come strumento per sottrarsi al lavoro non è stata del resto mai superata. In bilico fra *workfare* e *welfare*, la stessa disciplina del reddito di cittadinanza mirava fundamentalmente all'attivazione ed a realizzare il «dovere di lavorare» più di quanto sia dato evincere dalla violentissima campagna scatenata contro la misura del reddito. Lo dimostrano le disposizioni che condizionavano il reddito alla «dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro» da parte di tutti i componenti del nucleo familiare, l'obbligo di adesione ad un percorso di accompagnamento all'inserimento lavorativo e di sottoscrizione del cosiddetto «patto per il lavoro». La ricerca attiva del lavoro costituiva in quest'ottica la reale contropartita del reddito, insieme all'immediata disponibilità e ai percorsi personalizzati di inserimento al lavoro, con l'obbligo del beneficiario di partecipare ai progetti «utili alla collettività» dei Comuni.

È stata una breve parentesi, che tuttavia aveva fatto sperare in un cambio di paradigma da parte della legislazione, se non altro disincentivando proposte lavorative «indecenti», non rispettose di condizioni di lavoro costituzionalmente legittime: legittimando dunque a certe condizioni il non-lavoro, la scelta di sottrarsi al dovere di lavorare. In realtà già il governo Draghi, in due tornate – una prima volta con la legge di bilancio 2022 e una seconda con la legge di bilancio 2023 – aveva introdotto misure restrittive, proprio nell'ottica di impedire la sottrazione al dovere di lavorare (riducendo prima da tre a due le offerte di lavoro congrue, poi prevedendo che il rifiuto anche solo di una offerta di lavoro congrua dovesse comportare la decadenza dal reddito).

Soltanto come provvedimento eccezionale e temporaneo è stato concepibile nell'ordinamento italiano scollegare il reddito dal lavoro, come è avvenuto

⁵² A. Fumagalli, «La democrazia del reddito universale», prefazione a Fumagalli, Morini 2023.

⁵³ Per un approfondimento si rinvia a Fontana 2019.

nel periodo del Covid con le misure di sostegno al reddito (denominato come «reddito di emergenza») ai sensi dell'art. 82 D.L. n. 34/2020.

Le misure poi approvate dal Governo Meloni⁵⁴, sembrano dirette, come osserva Alessandro Somma, a «punire coloro i quali si reputa abusino delle misure di sostegno alla povertà, ovvero che si accontentano delle limitate risorse messe a disposizione dei pubblici poteri pur di non impegnarsi nella ricerca di un'occupazione»; la logica è che il diritto va collegato alla meritevolezza del soggetto, introducendo una vera e propria «moralizzazione del discorso dei poveri», con una «esaltazione dello Stato attivatore nella sua essenza di dispositivo punitivo, o se si preferisce abilitante nella misura in cui si caratterizza per il ricorso a modalità coercitive di inserimento lavorativo» (Somma 2024, 150-51). Fino al punto di consentire allo Stato di ingerirsi nell'utilizzo fatto dal singolo dell'assegno ricevuto, onde verificare se le spese effettuate sono coerenti con le finalità ammesse, collegando il sostegno all'approvazione del comportamento individuale del singolo⁵⁵.

In definitiva, la cultura neoliberale di governo è stata costantemente ispirata dal principio di corresponsività fra benefici concessi e comportamenti individuali, considerando il non-lavoro una sorta di stigma, di condizione non innocua per l'ordine sociale, fino ad escludere permanentemente da qualsiasi sostegno non soltanto chi si sottrae volontariamente al lavoro, ma anche chi, pur essendo «occupabile», non ricerca (o non trova) un'occupazione, quale che sia. Secondo alcuni, si dimostra qui «la volontà di governare, selezionare, premiare o punire chi non rispetta un prontuario di prescrizioni», per inseguire il mito «di uno Stato sociale basato sul cittadino operoso, e non sul diritto all'esistenza di tutti e di ciascuno» (così ancora Ciccarelli 2023).

Il reddito, abbiamo detto, non è mai stato accolto con favore in Italia, anzi ha sollevato molte perplessità sia negli schieramenti politici che sindacali. Se si può comprendere l'ostilità delle componenti più conservatrici dello schieramento politico e del mondo intellettuale, meno comprensibile è la freddezza delle componenti più progressiste, forse per l'atavico spirito laburista o come scrive Ferraro per il rimpianto per una mitica «età dell'oro» che le spinge ancora a guardare con ostilità «qualsiasi proposta innovativa che voglia spostare l'asse gravitazionale delle tutele», per introdurre «sistemi più avanzati di sicurezza sociale» (Ferraro 2008, 251-52). Si può riprendere, anche se in una chiave diversa, la critica di Riccardo Del Punta ai giuslavoristi «ortodossi», incapaci di uscire dall'orbita del sistema di tutele novecentesco e non disponibili a «correzioni di rotta» rispetto al «modello antropologico e culturale di riferimento»,

⁵⁴ Il primo, com'è noto, riservato alle famiglie con minori, ultrasessantenni o disabili («non occupabili») che hanno diritto all'assegno per un periodo di 18 mesi prorogabili di 12, ma con le stesse condizionalità già previste dalla disciplina del reddito di cittadinanza; il secondo, invece, riservato agli «occupabili» (dai 18 ai 60 anni di età) con importi dimezzati e con maggiori condizionalità.

⁵⁵ Sulla questione della povertà si veda Morlicchio 2020; recentemente, sull'atteggiamento del potere nei confronti del fenomeno, si veda Ciccarelli 2023.

costruito attorno ad un lavoratore subordinato (maschio, adulto, nativo) che tendeva a realizzarsi nel lavoro e ad organizzarsi come soggetto nella dimensione collettiva (Del Punta 2008).

In una vasta area trasversale il lavoro salariato resta, per motivi diversi, centrale all'interno delle coordinate culturali giuslavoriste, perdendo di vista la rarefazione della soggettività e la perdita di senso del rapporto lavoro-salario-produzione. E torna a presentarsi il dovere di lavorare, che riappare nelle cronache giuridiche e mediatiche con toni ancora più stringenti ed imperativi di come era stato concepito nel dibattito della Costituente, come dovere di carattere essenzialmente morale, che, peraltro, segue e non precede il diritto al lavoro. Una svolta, fra l'altro, piuttosto anacronistica, in nome dell'obbligazione di produrre e lavorare, proprio mentre il lavoro di massa sta morendo.

7. Naturalmente, in linea di principio nessuno ammetterebbe (ed a ragione) che sia consentito a chiunque, anche in età lavorativa ed abile al lavoro, di sottrarsi al dovere di contribuire al progresso della società. Eppure è proprio la società ad indurre le persone a non considerare più il lavoro come una componente necessaria della propria vita e della stessa organizzazione sociale, a rinnegare l'idea stessa del lavoro come elemento ordinatore della società (Accornero 1980, 34). Da un lato si vorrebbe il disciplinamento dell'esistenza delle persone «in nome del lavoro, della responsabilità e dell'emancipazione» (Cicarelli 2023), dall'altro si costruisce un orizzonte in cui l'identità è fondata sul non-lavoro, la produzione di valore avviene al di fuori del lavoro e si sta speditamente andando verso una società «post-salariale». Il dovere di lavorare si trasforma così in finzione, quasi simulatorio, con la perdita di senso del «dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» solennemente enunciato dall'art. 4 della Costituzione, visto che, oltre tutto, il lavoro socialmente necessario si realizza e si produce sempre di più al di fuori del lavoro umano come l'abbiamo sempre inteso. Non sembra potersi dire, quindi, che le grandi dimissioni dimostrano addirittura la libertà del lavoratore di scegliersi il datore di lavoro, la sua conquistata maturità e forza contrattuale, contravvenendo ai dati di realtà, alla fenomenologia del lavoro, alla sua estesa precarizzazione e frammentazione, pur con diversa intensità e diffusione⁵⁶.

C'è da chiedersi piuttosto cosa sia accaduto dopo la fine dell'industrialismo e del taylor-fordismo, con la mutazione antropologica che aveva comportato nel lavoro umano e nella figura del lavoratore. La grande promessa della dottrina neoliberale era stata proprio quella di restituire al lavoratore la sua natura di «demiurgo», come scriveva Gramsci, in cui «la personalità del lavoratore si riflette nell'oggetto creato»; modelli cooperativi, autonomia e coinvolgimento dei lavoratori dovevano esprimersi in tutti i settori e in tutte le attività umane, in modi diversi ma sempre riformulando il lavoro come lavoro creativo ed in-

⁵⁶ È questa la tesi di P. Ichino, nel suo commento su lavoce.info, "Se è il lavoratore a scegliere l'impresa", pubblicato il 3 giugno 2022.

telligente, ispirandosi alle teorie partecipative e al mito dell'autorealizzazione, del lavoratore imprenditore di se stesso, idealizzando l'impresa flessibile e sconfessando la forma gerarchica e l'alienazione del lavoro nella grande fabbrica⁵⁷. Ma il grande fallimento della teoria neoliberale del lavoro è che ancora oggi resta irrisolto il problema di come coniugare concettualmente precarizzazione dei rapporti di lavoro e partecipazione, lavoro povero e coinvolgimento dei lavoratori, in definitiva come spiegare che ad una presunta qualità democratica, aperta dell'impresa partecipata, ritenuta da acutissimi giuslavoristi «in pieno rilancio» – tanto da parlare di «adesione consapevole, volontaria e consensuale di persone fidelizzate, che diventano parte integrate di una missione comune» – si associ non il miglioramento ma il peggioramento delle condizioni di lavoro, sotto ogni latitudine⁵⁸.

Dopo aver demolito una certa idea di lavoro, nell'era della precarietà e del lavoro gratuito l'unica ideologia rimasta appare dunque l'ideologia dell'impresa e al mito del lavoro sembra sostituirsi l'impresa con le nuove mitologie sorte intorno ad essa, come quella sull'impresa «partecipata». Ma della nuova ideologia si può dire quello che si diceva della vecchia ideologia del lavoro, diventata «solo retorica... che alimenta l'autoinganno» (Accornero 1980, 38): nell'impresa oggi non c'è più ma meno libertà, meno potere del lavoro vivo nella produzione, il rapporto è sempre più individualizzato e l'assoggettamento alla tecnologia digitale, che introietta la funzione di direzione e comando, è «non solo del lavoro come oggetto ma anche del lavoratore come soggetto»⁵⁹.

La critica al lavoro salariato è insita, come osserva Accornero, nella critica al taylorismo, che con la sua organizzazione scientifica del lavoro aveva messo al centro «il lavoro... asservito, plagiato e *sussunto* – come diceva Marx – entro un apparato capace di imprigionarlo». Sganciato dalle rigide regole dello *scientific management*, il capitalismo neoliberale ha prodotto il lavoratore flessibile di cui parla Sennet ed il suo *alter ego* del lavoratore precario che Guy Standing considera fuori dal patto di cittadinanza – «vite da scarto» le ha definite Baumann – senza un progetto di emancipazione nel lavoro o fuori dal lavoro. Dopo l'epoca del lavoro inteso più come diritto che come dovere – un diritto non tanto simbolico – siamo passati ad un capitalismo che ha assunto forme diverse, che hanno prodotto «più spesso uno scoraggiamento che non una promozione al lavoro», come Accornero con il suo acume intravedeva già nel 1980, notando come «fra lavoro e non lavoro si sono in sostanza incunee mille forme di quasi-lavoro».

Oggi più che mai abbiamo nuovamente bisogno di realismo nella visione dei lavori⁶⁰, per collocarli nel loro tempo reale, nel loro spazio vero e nella crisi odierna di certezze e valori, per tornare ad una critica sociale come critica

⁵⁷ Sia consentito rinviare a Fontana 2004.

⁵⁸ Il riferimento è al recentissimo saggio di Caruso 2024, da cui sono tratte le citazioni.

⁵⁹ Così, con efficace sintesi, Bavaro (v. op. ult. cit.) descrive la condizione del lavoro cognitivo nella realtà del rapporto di produzione.

⁶⁰ V. Bavaro, "Introduzione" in Accornero 1980.

«pratica» (Accornero 1980, 200 sgg.) dopo la fine dell'ideologia del lavoro ed il fallimento dell'ideologia dell'impresa. Molti, ancora oggi, si sentono orfani del vessillo del lavoro, del mito e della cultura del lavoro, tanto che l'eclissi del lavoro gli appare come crisi di civiltà, senza vedere che la nostra è già una società post-lavoristica e post-salariale (ed è anche «post-soggetto»; Fornari 2024). Vie così messa in discussione la stessa relazione salariale, che o non c'è (come nel lavoro gratuito di cura e nella produzione di valore attraverso le piattaforme digitali, nel lavoro autonomo e nelle diverse aree in cui è disabilitata la funzione protettiva del diritto del lavoro) oppure vive solo in una parte del mondo della produzione, nei settori centrali e più garantiti del mercato del lavoro, mentre si allarga l'area del lavoro precario in cui il salario è disconnesso dalle sue «normali» determinanti (anzianità, tempo pieno di lavoro, professionalità, progressioni di carriera ecc.) e non garantisce il reddito necessario, spesso acquisito al di fuori del lavoro, grazie alla *gig economy*.

8. Nella polemica di Riccardo Del Punta nei confronti dell'ortodossia giuslavorista ci sono quindi sacrosante critiche all'immobilismo ideologico, ai riferimenti socio-politici datati, idealizzati e assunti come imm modificabili della dottrina più vicina alla visione tradizionale del vecchio movimento operaio, in cui, notava Del Punta, «prevalgono coloriture preoccupate e talora persino nostalgiche»⁶¹. A questa posizione, affezionata all'idea del lavoro come baricentro ineliminabile della società e del modello di tutela⁶², e quindi del sistema giuslavorista, Egli opponeva, accogliendola, una linea «riformista» più duttile, in grado di salvare il nucleo fondante del diritto del lavoro dai venti impetuosi della globalizzazione, adattandolo ai cambiamenti, attraverso, in sostanza, la storicizzazione del diritto del lavoro tutelare e «la combinazione di libertà (sostanziale) ed eguaglianza di opportunità»⁶³. Tuttavia, in questo modo alla crisi del «lavoro» (come soggetto e come ideologia) si dava una risposta elusiva dei nodi giganteschi e dei problemi dell'economia globalizzata, della sua conclamata crisi (crisi «di sistema»), e si dimenticavano, eliminandole dal campo del possibile e dello sperimentabile, altre visioni della crisi e altre prospettive normative, meno «permeabili»⁶⁴. Per dirla con il linguaggio preferito da Riccardo, la trama delle premesse epistemologiche ed ontologiche restava la stessa: chiusa una crisi se ne apriva un'altra più grande ancora.

Quanto al lavoro, all'avvento della società post-industriale non è seguita la progettazione di una tutela estesa ed uguale per tutte le forme di lavoro instabile, frammentato, temporaneo, intermittente, ibrido, ma piuttosto la centralità dei problemi del mercato e della gestione efficiente dell'impresa come dimensione

⁶¹ Del Punta 2008, 286; ma si veda anche Del Punta 1998.

⁶² Fra le posizioni più aperte L. Mariucci, di cui si possono leggere le intuizioni già in Mariucci 2024a e 2024b (già pubblicati nel 2003).

⁶³ Del Punta 2002. Si veda per questa linea di rinnovamento culturale, fra gli altri, Giugni 1994.

⁶⁴ Per una critica da sinistra Allegri, Bronzini 2015.

essenziale della regolazione, immaginando idealisticamente «una progressiva riconciliazione fra un diritto ancora votato alla tutela, ma sulla base di logiche nuove, e le esigenze del sistema economico» (Del Punta 2008, 317). Posta in questo modo la questione della crisi del diritto del lavoro dell'epoca keynesiana, il cambio di paradigma delle tutele *del lavoro sul mercato*, di cui tanto si è parlato, continuava ad ignorare la crisi del lavoro nella società post-industriale del XXI secolo e della relazione salariale nel sistema del lavoro precario. I meccanismi socio-economici che producono la svalorizzazione del lavoro non sono indipendenti dal diritto e per smontarli serviva una riconsiderazione critica del contributo del diritto del lavoro, con i suoi assetti giuridici ed ideologici, al peggioramento delle condizioni della classe subordinata, cosa molto difficile proprio per le posture idealistiche sopra ricordate, che hanno assunto nella comunità dei giuslavoristi il carattere di una sorta di «autoconvalida», come spiega (ma in altro contesto) Gregory Bateson per definire il formarsi di convinzioni profonde su presupposti empirici e fattuali fragili.

Come si è cercato di dimostrare in questo saggio, andrebbero completamente ridiscussi i «confini» delle attività che esigono un reddito. Per quanto non si possa qui approfondire, andrebbe ripreso e portato fino in fondo il discorso sul fondamento costituzionale del superamento del lavoro salariato come ambito di tutela esclusivo o privilegiato, prendendo atto della crisi irreversibile e definitiva della subordinazione⁶⁵: suggerimento che peraltro è ben lungi dall'essere seguito e assecondato dalla politica del diritto egemone, oggi come ieri. La prospettiva di estendere le tutele soffre del resto di un gradualismo selettivo anacronistico e riduttivo, stante la poliedricità del lavoro nella società dell'informazione, che si articola in un linguaggio comune e si presenta oggi veramente «come forza produttiva posseduta dal capitale *per natura*», come preconizzava Marx, almeno in questo illuminante.

Anche i nuovi modelli culturali recepiti dal discorso giuridico avrebbero bisogno di essere sezionati, analizzati e confrontati con il rigore della ricerca empirica, non diventare una nuova premessa epistemologica astratta e speculativa. La «sostenibilità» – entrata nel gergo consuetudinario anche del discorso giuridico – sembra oggi diventare, nel deserto di proposte alternative di «governo» della crisi, la nuova ideologia sostitutiva e surrogatoria dopo il prosciugarsi delle risorse dei suoi precursori, il lavoro e l'impresa, e farsi strumento di approvazione e conferma di un sistema che resta uguale a se stesso, senza mettere in discussione la contraddittorietà dello *sviluppo sostenibile*, semplice aggettivazione di uno sviluppo «inceppato» incapace di produrre redistribuzione e benessere, ma solo crescita disuguale (Franz 2022). Siamo ovviamente lontanissimi dal discorso di Marcuse, ossia dal tentativo, oggi del tutto ignorato, di guardare agli spazi naturali e all'ambiente per modellare realtà diverse da quelle

⁶⁵ Perulli, Treu 2022. Sempre nel tentativo di riformulare le coordinate di fondo del diritto del lavoro, si veda un altro contributo importante della dottrina giuslavorista: Perulli, Speciale 2022.

dominate dalla razionalità tecnologica, indirizzando la progettualità «verso una mera riduzione del numero e dell'intensità delle esternalità negative del modello di sviluppo» (Capurso et al. 2020). Tanto che al tema della sostenibilità non è corrisposta un'evoluzione reale e politica, né sul piano ambientale né sociale, anzi si può dire che essa sia stata assorbita negli schemi economici e produttivi, nascondendo e mistificando i quesiti radicali posti dal cambio di paradigma, in nome di una teoria conservativa di un modello di capitalismo che sopravvive consumando tutte le risorse, ambientali ed umane, addirittura mercificando la stessa sostenibilità come un *brand* di successo e consumistico⁶⁶.

Quanto al diritto del lavoro, non sembra ancora uscito dall'ideologia della transizione «da un'epoca nella quale ci si era potuti concentrare sulla *redistribuzione*, a una in cui si doveva tornare ad occuparsi della *crescita*» (Del Punta 2008), ora rilanciata in una sua poco credibile versione «sostenibile», senza fare i conti con il suo più pesante fardello ideologico, rappresentato dalla «naturalizzazione» e universalizzazione del modello di sviluppo presente, rifiutando di storicizzarlo e relativizzarlo. Mi sembra questo il punto debole dei pur importanti tentativi revisionisti dei fondamentali del diritto del lavoro⁶⁷, contribuendo così indirettamente a rilegittimare, per quanto possibile, un sistema insostenibile, in nome paradossalmente della «sostenibilità».

Preferibilmente la discussione andrebbe focalizzata sulle azioni possibili e necessarie e, fra l'altro, sul problema del potere, sulla disuguaglianza e la miseria prodotte dal diritto neoliberale e su tutte le altre questioni – come il reddito universale ed incondizionato – che appaiono oggi cruciali per difendere la società dal «cybercapitalismo», che assume sempre più le forme simulatorie di capitalismo *woke*⁶⁸. Manca all'appello, nella discussione sul futuro del diritto del lavoro, la linea critica, che ha mosso obiezioni fondate al «dogma della crescita accelerata», in nome del quale si è prima «sacralizzata» la società industriale e ora la tecnologia digitale e l'intelligenza artificiale, rinunciando «al valore etico per il valore della tecnica»⁶⁹. È una linea di pensiero risalente ma poco considerata anche dalla

⁶⁶ Per questa impostazione critica si veda fra gli altri Morton 2018; Constable 2020. Come scrivono Capurso et al. 161: «La *liason* che il mercato ha costruito con l'approccio quantitativo e tecnicista ai temi ambientali ha fondato un mondo parallelo di «salvaguardia dell'ambiente» costruito a colpi di etichetta, di *label*, di parole quindi, oltre le quali vive, se non una mistificazione, un moderatismo sostanziale».

⁶⁷ Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, CSDLLE «Massimo D'Antona» e Caruso, Del Punta, Treu 2023.

⁶⁸ Rhodes 2023 muove una critica piuttosto radicale alle tendenze delle grandi *company* e in generale del capitalismo neoliberale di sposare cause «progressiste» in modo ipocrita ed inefficace o di apparire eticamente giusto e corretto, quando sono proprio le entità economiche dominanti a trarre maggior vantaggio dalle disuguaglianze e dai rapporti di potere esistenti. Mi sembra questo l'errore di Caruso 2024 quando rileva una collaborazione con i lavoratori «bilaterale e reciprocamente fiduciaria, perché tende a esprimere un interesse comune», o quando parla dell'azienda come una *moral community*, trascurando i rapporti reali di potere e le disuguaglianze esistenti.

⁶⁹ Per questa critica radicale si vedano le opere di Ivan Illich e in particolare Illich 1973.

sinistra giuridica, che aveva compreso per tempo la minaccia tecnocratica e i pericoli insiti nella «fede utilitaristica», come l'ha definita Ivan Illich, non riconoscendosi nel modello socialdemocratico della vecchia sinistra e men che meno nel socialismo realizzato di stato, ma assente nel dibattito giuslavorista, forse ingiustamente, tenendo conto delle radicali critiche che provengono anche dal mondo cattolico e dalle sue voci più alte al modello sociale ed economico occidentale, delle speranze di cambiamento delle giovani generazioni, per quanto frustrate.

La trasformazione del lavoro in lavoro «sociale» non identificabile nel vecchio regime della fabbrica fordista – dove, per riprendere una celebre espressione marxiana, «l'ordine del capitalista sul luogo di produzione diventa indispensabile come l'ordine del generale sul campo di battaglia» – si è risolta nel rimescolamento di lavoro salariato e lavoro gratuito, di lavoro e non-lavoro, ma non ha visto in campo (se non molto timidamente) la critica giuslavorista per proporre i necessari antidoti per difendere la classe precaria. Per quanto si manifestino tendenze all'allargamento della protezione, parlare di reddito sganciato dal lavoro è ancora tabù e la costituzione resta costituzione del lavoro, cioè del rapporto di lavoro salariato, che rappresenta oramai solo un pezzo del contesto globale da cui si estrae valore. Se lo schema «laburista» è stato sicuramente centrale nella storia italiana e nella stessa costituzionalizzazione repubblicana, non si può negare che la disintegrazione della società del lavoro e della sua soggettività lo ha completamente ripudiato e demolito. Certo, oggi nessuno disconosce la crisi del lavoro, ma assenti sono le condizioni per aprire una nuova stagione «tutelare» di cui pure si avverte la necessità – del lavoro come dell'apparente non lavoro – come si è visto emblematicamente dalla triste vicenda italiana del «reddito», sparito dal dibattito pubblico. «Lavoro» e «classe» sono scomparsi insieme, ma per il diritto del lavoro sembra svanire solo quest'ultima, tanto da potersi dire che oggi la costituzione *materiale* del lavoro non è più, molto nettamente, in accordo con la sua costituzione *formale*, giacché la realtà della produzione di valore – da cui nascono rapporti di potere che hanno valenza estesa nel mondo globalizzato – non dipende più dalla relazione di lavoro salariato assorbendola in una dimensione più ampia. Ma ciò nonostante, la prima, la costituzione materiale, continua ad essere non «codificata», fuori dal quadro prospettico interposto fra il diritto del lavoro e il suo oggetto.

Riferimenti bibliografici

- Accornero, A. 1980. *Il lavoro come ideologia*. Bologna: Il Mulino.
- Alesina, A., Ichino, A. 2009. *L'Italia fatta in casa: indagine sulla vera ricchezza degli italiani*. Milano: Mondadori.
- Allegri, G. 2018. *Il reddito di base nell'era digitale. Libertà, solidarietà, condivisione*. Roma: Fefè Editore.
- Allegri, G., Bronzini, G. 2015. *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*. Roma: DeriveApprodi.
- Amato, G. 1967. *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*. Milano: Giuffrè.
- Barbera, M. 2014. "Noi siamo quello che facciamo. Prassi ed etica dell'impresa post-fordista." *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali* 4.

- Barbera, M. 2018. "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele." *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali* 2.
- Baschieri, G., Bianchi D'Espinosa, L., Giannattasio, C. 1949. *La Costituzione italiana. Commento analitico*. Firenze: La Nuova Italia.
- Beck, U. 2013. *La società del rischio: Verso una seconda modernità*. Roma: Carocci.
- Bedani, F. (a cura di). 2022. *Vive le Commune!* Roma: DeriveApprodi.
- Bronzini, G. 2017. *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'età dell'innovazione*. Torino: Edizioni Gruppo Abele.
- Capurso, L., et al. 2020. "L'insostenibile leggerezza della sostenibilità: forme inadatte dell'ecopolitica." *Geography Notebooks*. Disponibile su www.ledonline.it/Geography-Notebooks.
- Carluccio, C. 2022. *Lavoro e salute mentale. Dentro e fuori l'istituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Caruso, B. 2024. "Impresa partecipata e contratto di lavoro." *WP CSDLE «Massimo D'Antona»* 484: 19 sgg.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. "Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo «oltre» il manifesto." *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*.
- Casilli, A. A. 2020. *Gli schiavi del click. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo*. Milano: Feltrinelli.
- Castel, V. R. 2019. *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*. Milano-Udine: Mimesis.
- Chisté, L., Del Re, A., Forti, E. 2020. *Oltre il lavoro domestico. Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione*. Verona: Ombre Corte.
- Ciccarelli, R. 2023. *L'odio dei poveri*. Milano: Ponte delle Grazie.
- Ciucciovino, S., Caravaggio, N. 2023. "Great Resignation o Great Reshuffle? Un'analisi giuridico-quantitativa delle transizioni nel mercato del lavoro a seguito delle dimissioni post-Covid in Italia." *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 1-2.
- Coin, M. 2023. *Le grandi dimissioni. Il nuovo rifiuto del lavoro e il tempo di riprenderci la vita*. Torino: Einaudi.
- Collins, H. 2018. "Is the Contract of Employment Illiberal?" In *Philosophical Foundations of Labour Law*, a cura di H. Collins, G. Lester, V. Mantouvalou. Oxford: Oxford University Press.
- Conaghan, J. 2018. "Gender and the Labour Law." In *Philosophical Foundations of Labour Law*, a cura di H. Collins, G. Lester, V. Mantouvalou, 271 sgg. Oxford: Oxford University Press.
- Conaghan, J. 2018. "Gender and the Labour Law." In *Philosophical Foundations of Labour Law*, a cura di H. Collins, G. Lester, V. Mantouvalou. 271 sgg. Oxford: Oxford University Press, U.K..
- Conaghan, J., Rittich, K. (a cura di). 2005. *Labour Law, Work and Family: Critical and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- Constable, M. 2020. "The Rhetoric of Sustainability." *The Hannah Arendt Center*. Disponibile su medium.com/@arendt.
- Del Punta, R. 1998. "Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla «crisi» del diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto*, 7 sgg.
- Del Punta, R. 2002. "What has Equality got to do with Labour Law? An Italian Perspective." *CLLIR*, 197 sgg.
- Del Punta, R. 2008. "Il diritto del lavoro fra due secoli; dal protocollo Giugni al decreto Biagi." In *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino, 286 sgg. Milano: Giuffrè.

- Del Re, A. 2020. "Struttura capitalistica del lavoro legato alla riproduzione." In *Oltre il lavoro domestico. Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione*, a cura di L. Chisté, A. Del Re, E. Forti, 19 sgg. Verona: Ombre Corte.
- Dell Costa, M. 1983. *Famiglia, welfare e Stato tra progressismo e New Deal*. Milano: FrancoAngeli.
- Esposito, R. 2022. *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*. Torino: Einaudi.
- Federici, S. 2014. *Il punto zero della rivoluzione. Lavoro domestico, riproduzione e lotta femminista*. Verona: Ombre Corte.
- Federici, S. 2022. *Caccia alle streghe e capitale*. Roma: DeriveApprodi.
- Federici, S., Fortunati, L. 1984. *Il grande Calibano*. Milano: Franco Angeli.
- Ferraro, G. 2008. "Gli anni '90. La dottrina lavorista dalla materia dei quarantamila a Maastricht." In *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino. Milano: Giuffrè.
- Fontana, G. 2004. "Dependent workers and the Self-employed." In *Labour Law and the Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy*, a cura di B. Caruso, M. Fuchs. Baden-Baden: Giuffrè.
- Fontana, G. 2019. "Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro." *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*, IT 389.
- Fontana, G. 2022. "Economia di guerra, crisi e diritto del lavoro. Note critiche." *Costituzionalismo.it* 2: 147 sgg.
- Fornari, E. 2024. *Cybercapitalismo. Fine del legame sociale?* Torino: Bollati Boringhieri.
- Franz, G. 2022. *L'umanità a un bivio. Il dilemma della sostenibilità a trent'anni da Rio de Janeiro*. Milano-Udine: Mimesis.
- Fumagalli, A. 2018. *Economia politica del comune. Sfruttamento e sussunzione nel capitalismo bio-cognitivo*. Roma: Manifestolibri.
- Fumagalli, A., Morini, C. 2023. *La democrazia del reddito universale*. Roma: Manifestolibri.
- Ghering, F., Landi, C. 2022. "Nota introduttiva." In *La gratuità si paga. Le metamorfosi nascoste del lavoro*, a cura di S. Greppi, S. Cavalli, C. Marazzi. Bellinzona: Casagrande.
- Giugni, G. 1994. "Una lezione sul diritto del lavoro." *DLRI*, 203 sgg.
- Gorz, A. 1978. *Il socialismo difficile*. Roma-Bari: Laterza.
- Greppi, S., Cavalli, S., Marazzi, C. 2022. *La gratuità si paga. Le metamorfosi nascoste del lavoro*. Bellinzona: Casagrande.
- Han, Byung-Chul 2017. *Il profumo del tempo. L'arte di indugiare sulle cose*. Milano: Vita e Pensiero.
- Himes, D. 2022. "Great Resignation vs. Great Reallocation? A tale of two industries." *Monthly Labor Review*, settembre.
- Illich, I. 1973. *La convivialité*. Parigi: Seuil. Traduzione italiana: *La convivialità*, Milano: Mondadori, 1974.
- Into the Black Box (a cura di). 2021. *Capitalismo 4.0. Genealogia della rivoluzione digitale*. Milano: Meltemi.
- Latouche, S. 2005. *Come sopravvivere allo sviluppo. Dalla decolonizzazione dell'immaginario economico alla costruzione di una società alternativa*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Latouche, S. 2007. *La scommessa della decrescita*. Milano: Feltrinelli.
- Latouche, S. 2010. *L'invenzione dell'economia*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Latouche, S. 2011. *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Latouche, S. 2020. *Come reincantare il mondo: la decrescita e il sacro*. Torino: Bollati Boringhieri.

- Malone, N. 2022. "The Age of Anti-ambition." *New York Times Magazine*, 15 febbraio.
- Mancini, F. 1982. "Commento all'art. 4." In *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, Art. 1-12*, a cura di G. Branca. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro Italiano.
- Marazzi, C. 1998. *E il denaro va. Esodo e rivoluzione dei mercati finanziari*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Marazzi, C. 2015. "La nemesi storica del capitale." *Inchiestaonline.it*, 14/9/2015.
- Mariucci, L. 2024. "Dieci tesi sul diritto del Lavoro." In *Scritti scelti di diritto del lavoro*, vol. III. Bologna: Il Mulino.
- Mariucci, L. 2024. "Le fonti del diritto del lavoro quindici anni dopo." In *Scritti scelti di diritto del lavoro*, vol. 3. Bologna: Il Mulino.
- Morlicchio, E. 2020. *Sociologia della povertà*. Bologna: Il Mulino.
- Mortati, C. 2005. "Il lavoro nella Costituzione." In *Costantino Mortati e «il lavoro nella Costituzione»: una rilettura*, a cura di L. Gaeta. Milano: Giuffrè.
- Morton, T. 2018. *Dark Ecology: For a Logic of Future Coexistence*. New York: Columbia University Press.
- Paci, V. M. (a cura di). 1979. *Famiglia e mercato del lavoro in un'economia periferica*. Milano: FrancoAngeli.
- Perulli, A., Speziale, V. 2022. *Dieci tesi sul diritto del lavoro*. Bologna: Il Mulino.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. *In tutte le sue forme ed applicazioni*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, P. 2021. *Nel 2050. Passaggio al nuovo mondo*. Bologna: Il Mulino.
- Pescarolo, A. 2020. "Productive and Reproductive Work." In *What is Work? Gender at the Crossroads of Home, Family, and Business from the Early Modern Era to Present*, a cura di R. Sarti, A. Bellavitis, M. Martini. New York-Oxford: Berghahn Books.
- Piketty, T. 2014. *Il capitale nel XXI secolo*. Milano: Bompiani.
- Reich, R. 2021. "In America Experiencing an Unofficial General Strike?" *The Guardian*, 13 ottobre.
- Reyneri, E. 2023. "Un primo commento a Ciucciovino-Caravaggio." *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 1-2.
- Rhodes, C. 2023. *Capitalismo woke*. Roma: Fazi.
- Romagnoli, R. 2018. "Dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriosa." *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 565 sgg.
- Saraceno, C. 1976. *Anatomia della famiglia*. Bari-Roma: Laterza.
- Sarti, R., Bellavitis, A., Martini, M. 2020. *What is Work? Gender at the Crossroads of Home, Family, and Business from the Early Modern Era to Present*. New York-Oxford: Berghahn Books.
- Shiva, V. 2023. *Parole che cambiano il mondo. Un'economia di cura, una democrazia della Terra*. Brescia: EMI.
- Somma, A. 2024. *Abolire il lavoro povero*. Bari-Roma: Laterza.
- Tronti, M. 1977. *Operai e capitale*. Torino: Einaudi.
- Van Parijs, P., Vanderborght, Y. 2017. *Il reddito di base. Una proposta radicale*. Bologna: Il Mulino.
- Vecchi, B. 2017. *Il capitalismo delle piattaforme*. Roma: Manifestolibri.
- Vettoretto, L. 2022. *Neoplebe, classe creativa, élite*. Roma-Bari: Laterza.
- Wartzman, R. 2017. *The End of Loyalty: The Rise and Fall of Good Jobs in America*. New York: Hachette Book Group.
- Zuboff, S. 2019. *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*. Roma: Luiss University Press.

Le sospensioni della prestazione di lavoro per la cura di altri: alcuni spunti di riflessione

Alessia Gabriele

1. Il diritto al riposo e ai congedi: divergenze strutturali e convergenze di natura personalistica

Le origini della disciplina sull'orario di lavoro (e delle sue sospensioni) vanno ricercate nel diritto eurounitario (Barnard 2012, 533-34; Ricci 2005; Occhino 2010), anche se vale la pena ricordare come gli esordi delle politiche comunitarie in materia di orario siano stati tutt'altro che entusiasmanti (Ray 1989, 128).

La svolta, innanzitutto sul piano culturale, è avvenuta con la Carta Sociale Europea del 1989, che individua tra le proprie finalità «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro», e sancisce espressamente il diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite (art. 7), rinnovando anche l'auspicio di un maggiore avvicinamento delle legislazioni nazionali.

Proprio la Carta sociale, unitamente all'art. 118A dell'allora vigente TCE (oggi trasfuso nell'art. 153.2 TFUE) in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, hanno costituito la base giuridica per l'emanazione della prima direttiva sull'orario di lavoro del 23 novembre 1993.

Questo atto normativo ha subito frequenti aggiustamenti: una prima modifica è avvenuta con la direttiva n. 2000/34 del 22 giugno 2000, con cui la regolamentazione è stata estesa a taluni settori ed attività in precedenza esclusi. Entrambe le direttive poi sono state abrogate dalla direttiva n. 2003/88 del 4 novembre 2003, che rimane oggi la fonte principale di disciplina della materia (Ricci 2005, 98; Gottardi 2009, 317; Leccese 2009, 340).

Alessia Gabriele, University of Enna Kore, Italy, alessia.gabriele@unikore.it, 0000-0002-0119-4009

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Alessia Gabriele, *Le sospensioni della prestazione di lavoro per la cura di altri: alcuni spunti di riflessione*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.30, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 533-544, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Ancorché la *ratio* della direttiva sia esplicitamente volta alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro (Carabelli, Leccese 2004, 13), è pur vero che la formulazione testuale delle disposizioni non sempre depone in tal senso.

In dottrina, la direttiva è stata definita «schizofrenica» (Supiot 1996, 195; Fenoglio 2012, 10) perché, dopo avere inizialmente fissato nella prima parte i principi minimi (artt. 1-16), nella seconda parte consente all'autonomia individuale o all'autonomia collettiva di derogarvi. (artt. 17-18).

Ed infatti, con riguardo ai contenuti, la prima parte della direttiva individua un decalogo di prescrizioni minime, anche se derogabili (artt. 17-18), in materia di riposo giornaliero (art. 3) e settimanale (art. 5), durata settimanale della prestazione (art. 6), ferie annuali (art. 7), lavoro notturno (artt. 8-12), ritmi di lavoro (art. 13) e pause intermedie (art. 4).

In particolare, con riferimento all'orario di lavoro, ai sensi dell'art. 2.1 della direttiva si intende «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali».

In realtà il dato normativo fissa almeno tre requisiti per individuare l'orario di lavoro, tra cui sono espressamente indicati la presenza fisica sul luogo di lavoro, la disponibilità e l'esercizio dell'attività; tuttavia non è specificato se questi elementi siano da considerare congiuntamente o alternativamente.

Qui non si tratta di un dettaglio «solo» definitorio, perché da questa nozione è possibile *a contrario* individuare quel periodo di tempo sottratto all'orario di lavoro da destinare alle pause, o al periodo di riposo (che secondo l'art. 2.2 della direttiva è «qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro») ovvero alle altre sospensioni finalizzate e funzionalizzate al tempo di cura garantito nell'ambito del rapporto di lavoro (Del Punta 2017, 1166).

Questa normativa va anche letta alla luce della cosiddetta costituzionalizzazione dei diritti dell'Unione, avvenuta con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) (Del Punta 2001, 335), che in virtù del Trattato di Lisbona dal 10 dicembre 2009 ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, pur non facendone parte.

L'art. 31, comma 2, della Carta sancisce infatti il diritto di ogni lavoratore «a una limitazione della durata massima di lavoro, a periodi di riposo giornaliero e settimanale e alle ferie annuali retribuite» (Leccese 2022, 3).

Può aiutare, in questo processo ermeneutico, una recente interpretazione della Corte di Giustizia, secondo cui tutte le deroghe previste dalla direttiva, in quanto eccezioni al sistema europeo di organizzazione dell'orario, «devono essere interpretate in modo che la loro portata sia limitata a quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi che tali deroghe permettono di proteggere»¹; così come, per converso, al fine di garantire il perseguimento delle finalità poste alla base della direttiva e dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti, va riconosciuto

¹ C. giust. 9 settembre 2003, C- 151/02, *Jäger*, punto 89; 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, punto 40.

che le disposizioni della prima «non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva a scapito dei diritti che il lavoratore trae»² da essa.

È fondamentale a questo punto un passo indietro nella ricostruzione della *ratio* da riconoscere al «diritto al riposo» – anche per il rilievo costituzionale che a questo diritto è assegnato – nel cui ambito possono considerarsi tutti i diritti inerenti alle pause di lavoro.

La funzione originariamente assegnata alla limitazione dell'orario di lavoro quotidiano, nonché al riposo settimanale, alle festività, e alle ferie, è stata letta unitariamente, nel senso che essa risponde alla necessità di assicurare ai lavoratori i mezzi di recupero delle energie che si perdono durante l'attività lavorativa (Del Punta 2004, 378).

Tali diritti sono conseguentemente finalizzati alla salvaguardia dell'integrità fisica e psichica del lavoratore, secondo una logica attuativa degli artt. 32 Cost. e 2087 c.c.

Con il mutare delle esigenze sociali, ma anche organizzativo-produttive, gli istituti inerenti alle pause hanno gradualmente perduto questa esclusiva funzione di salvaguardia, per assumere una fisionomia sempre più rispondente alle esigenze personali del prestatore di lavoro (Smuraglia 1967, 377; Mancini 1957, 155).

Per questa ragione il tempo destinato al riposo (pause e ferie) ha assunto una struttura giuridica differente rispetto ad alcune forme di congedo.

La dottrina, infatti, ha bene messo in evidenza questa divergenza tipologica, in particolare con riguardo alla caratteristica dell'irrinunciabilità del relativo diritto, che in quanto elemento eccezionale statuito in sede costituzionale, non vale nell'ambito dei congedi parentali (Calafà 2004; Del Punta 1992).

A ciò fa eccezione solo il congedo di maternità obbligatorio, la cui funzione è ancora più ampia di quella delle pause e delle ferie: ciò perché il congedo di maternità è destinato in modo prioritario alla tutela della salute fisica e del benessere psichico della madre e quindi del nascituro.

Questa valutazione non muta a seguito del recente intervento legislativo che ha spinto verso una maggiore flessibilità del suo godimento, incidendo non tanto sull'*an* (perché rimane un congedo obbligatorio, la cui scelta non è rimessa alla discrezionalità della lavoratrice) ma sul *quando*.

L'irrinunciabilità quindi accomuna il congedo di maternità e il diritto alle ferie e ai riposi, ma non afferisce alla struttura degli altri congedi di maternità e di paternità, o più in generale ai congedi parentali.

Proprio in ragione della natura eccezionale della categoria dell'irrinunciabilità, la dottrina più risalente ha dedotto la sussistenza di un interesse generale dell'ordinamento alla salvaguardia della persona in tutti i suoi aspetti e quindi la necessità che la materia delle pause e delle ferie venisse disciplinata con previsioni a carattere imperativo e inderogabile.

Secondo tale prospettiva, pertanto, in queste ipotesi si è in presenza di diritti strettamente inerenti alla persona (Smuraglia 1967, 379-80).

² Come ribadito da C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18, CCOO, punto 32.

2. Spunti per un'unitaria teoria delle sospensioni del rapporto, sulle orme della dottrina lavoristica

Rievocando le riflessioni svolte dalla dottrina lavoristica, va precisato che la locuzione «sospensione del rapporto di lavoro» è «intrisa di criticità, nella misura in cui mediante l'impiego di tale categoria si pretendeva di trarre, dall'asserita alienità funzionale degli interessi sottesi ai predetti istituti, rispetto all'impianto causale del rapporto di lavoro, la conseguenza, strutturale, che fosse il rapporto stesso a vivere, in corrispondenza, uno stato di quiescenza: ad essere, insomma, davvero «sospeso»» (Del Punta 1992, 20; Suppiej 1982, 348).

Ciò che si sospende infatti è la sola prestazione del lavoratore, mentre generalmente permangono attuali le controprestazioni del creditore-datore, il quale è tenuto non solo al versamento della retribuzione ma altresì al correlato trattamento previdenziale (questo è il caso gli istituti della malattia/infortunio e della maternità/paternità, nei quali l'erogazione di un trattamento economico di natura previdenziale riduce, in corrispondenza, la misura dell'onere retributivo a carico del datore di lavoro).

È evidente che il riconoscimento della retribuzione richieda pur sempre la presenza di una norma che espressamente lo preveda; diversamente, torna ad operare il tradizionale principio di corrispettività connaturato al sinallagma negoziale.

Le ipotesi sospensive previste dall'ordinamento sono numerose e diversificate tra loro quanto a presupposti, fonti di disciplina e tecniche di tutela.

«Il denominatore comune degli istituti in considerazione, da tempo non più circoscritti alle fattispecie legali primigenie degli artt. 2110 e 2111 c.c., è stato quindi ravvisato nell'effetto modificativo del normale andamento del rapporto di lavoro, in virtù della tutela di interessi legati a scelte o a condizioni personali del lavoratore» (Del Punta 2017).

Oltre alla fattispecie di riferimento per eccellenza, qual è quella degli artt. 2110 e 2111 c.c. (Dell'Olio 1988, 2 sgg.; Rusciano 1993, 1 sgg.; Vaccaro 1983; Branca 1971, 71), il legislatore ha nel tempo introdotto ulteriori ipotesi (permessi e aspettative infatti sono previsti per motivi sindacali, elettorali, di studio e di frequenza a corsi professionali, matrimoniali, familiari, parentali ecc.; nonché assenze per pause lavorative, i riposi giornalieri, settimanali e festivi, le ferie ecc.) a cui sono sottese esigenze personali, di cura e familiari di volta in volta differenti.

Un esempio paradigmatico della varietà di questo istituto è dato proprio dalla L. n. 53/2000 sui congedi parentali, sulla cui scorta la dottrina più autorevole ha avviato una rilettura delle cause sospensive della prestazione di lavoro, assegnando al rapporto di lavoro una permeabilità rispetto al riconoscimento di interessi e di valori differenti da quelli esclusivi della produzione e dell'economia (Del Punta 1992, 123 sgg., spec. 143).

La sospensione da principio, infatti, si caratterizzava per la sua natura vincolata (per il lavoratore) e vincolante (per il datore), dal momento che al ricorrere di determinate situazioni personali era prevista una determinata conseguenza giuridica, attraverso un vero e proprio meccanismo sillogistico legato alla neces-

sità della tutela prevalentemente fisica del prestatore di lavoro (si pensi all'ipotesi del congedo di maternità, il cui godimento in un determinato arco di tempo nell'originaria formulazione era non solo obbligatorio nell'*an* ma era anche meno flessibile quanto all'articolazione temporale).

Ora è pur vero che persistono delle situazioni soggettive al ricorrere delle quali il lavoratore è tenuto a sospendere la prestazione (e ciò anche perché tali situazioni determinano *de facto* un'impossibilità oggettiva di rendere la prestazione, come nel caso della malattia), tuttavia – nonostante le recenti modifiche al sistema dei congedi parentali e dei permessi per i *caregivers* (Carabelli 2023) – sembra che la dimensione della libertà di «scelta» sia ancora oggi prevalente, confermando quindi l'intuizione della dottrina che ha già qualificato queste situazioni come sospensioni meramente potestative (Calafà 2004, 187 sgg.).

In questo contesto variegato, ci si è chiesti se fosse utile ragionare a proposito di un'unica categoria giuridica delle sospensioni o se si potesse procedere a una classificazione che raggruppasse più tipologie per affinità strutturali o teleologiche (Ichino 2003, 12).

Sul punto la dottrina si è già cimentata, ammettendo la possibilità che l'ordinaria tipizzazione delle cause sospensive non impedisca, anche in assenza di una specifica previsione legale o contrattuale, la sussistenza di altre ipotesi in cui l'attività lavorativa possa essere sospesa senza per questo condurre a conseguenze penalizzanti per il lavoratore (Bianca 1979, 119).

Secondo una parte della dottrina, pur permanendo la necessità di mantenere un'unitaria categoria di riferimento si può ricostruire un assetto uniforme all'interno di una «griglia concettuale» (Del Punta 2017b), accomunata innanzitutto dalla sussistenza del diritto alla conservazione del posto, che rappresenta un connotato imprescindibile della fattispecie sospensiva.

Sebbene in questo caso si tratti di un elemento che riguarda gli effetti piuttosto che la configurazione giuridica della sospensione, non sembra che ciò possa rappresentare un ostacolo logico-giuridico.

Di tutti i restanti elementi, infatti, è difficile ricomporre un *puzzle* unitario senza l'arbitrio di selezionarne alcuni che funzionino da criterio discrezionale rispetto ad altri.

Soprattutto con riguardo ad alcune sospensioni del rapporto per motivi di cura, in realtà, alla mancata prestazione del lavoratore corrisponde una analoga sospensione della retribuzione, e quindi il regime di *favor* per il prestatore si realizzerebbe solo perché questo comportamento non è qualificabile come inadempimento e non provoca quindi le conseguenze giuridiche ricollegate a quest'ultimo.

3. Il tempo per la cura fuori dal tempo «oggetto» del contratto

Un indubbio rilievo assiologico, nell'ambito del ragionamento sulle sospensioni, deve essere assegnato al tempo libero dall'obbligazione lavorativa, inteso come un *tempo per la persona*, estraneo in termini di vincoli di sottoposizione ai poteri organizzativi del datore di lavoro.

Ebbene così inquadrato nella sua essenza oggettiva, il tempo rileva nella sua dimensione di tutela costituzionale della persona (art. 32 e art. 36, 2° comma, Cost.), e resta esterno all'ambito di operatività dell'autonomia negoziale³.

Secondo la dottrina «Il tempo-persona costituisce così la dimensione giuridica post-moderna dell'*habeas corpus* del lavoratore, della libertà del lavoro che la rottura moderna dei vincoli servili aveva sancito con l'oggettivizzazione del tempo-lavoro» (Bavaro 2009, 23).

Sovvertendo pertanto il rapporto assiologico tra tempo-lavoro e tempo-persona e assegnando al secondo termine un valore preminente, si protegge la persona in quanto tale dalla porosità dei tempi di lavoro e dalla sempre insidiosa tendenza a considerare la persona, e non il suo tempo, come oggetto del contratto.

Il tempo, infatti, può essere determinato e misurato, mentre de-oggettivare significa identificare l'oggetto del contratto con la persona del lavoratore con tutte le sue implicazioni soggettive (Mengoni 1952, 157).

Pertanto il concetto di tempo diventa l'unico parametro a cui efficacemente si può fare riferimento per proteggere tutto ciò che della persona resta fuori dal rapporto di lavoro; perché se il tempo è oggettivamente misura della sottoposizione del lavoratore al potere di organizzazione del datore di lavoro, per converso ciò che non vi è ricompreso costituisce un diritto fondamentale della persona di esercitare la sua libertà e la sua potestà sul tempo di non lavoro.

Questo capovolgimento di prospettiva che mette la persona al centro del discorso sul tempo, implica anche che il lavoro retribuito, come tutte le realtà umane, rappresenti solo un aspetto delle innumerevoli sfaccettature di realizzazione della libertà dell'individuo.

In questa prospettiva si può anche osservare che il concetto di *tempo-persona* comprende non solo le attività extra lavorative scelte o libere attività di svago, sport, volontariato, interessi personali religiosi o politici o di impegno civico ecc.), ma anche quelle che, pur se liberate dall'obbligazione lavorativa non sono libere, perché destinate alla cura di altri.

A questi segmenti temporali, che si possono definire *tempo per la cura*, l'ordinamento riconosce un valore superiore rispetto al tempo libero «informe», che resta nella piena disponibilità del lavoratore.

In quest'ottica, il diritto al tempo per la cura può essere qualificato come un diritto soggettivo potestativo al cui riconoscimento il datore di lavoro non può opporre rifiuto, né frapporre impedimenti di natura tecnica, organizzativa e produttiva.

Si tratta, in definitiva, di un tempo destinato ad assolvere una speciale funzione protettiva della sfera personale, che non resta estranea alla dimensione contrattuale, ma che proprio nell'alveo del contratto di lavoro trova la sua fonte giuridica, imponendo al datore di lavoro uno stato di soggezione in ragione di un interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico come superiore all'organizzazione.

³ Si veda l'esempio della legislazione sociale con la legge 11 febbraio 1886, n. 3657 che poneva limiti legali dal lavoro dei fanciulli al R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692.

Il diritto alla cura nell'ambito contrattuale entra nella logica del bilanciamento dei valori costituzionalmente tutelati per affermarsi nel campo valoriale della solidarietà sociale (Bavaro 2009, 25).

Dal lato passivo in capo al datore di lavoro corrisponde non solo una situazione soggettiva di *pati*, ma anche un dovere di protezione e di garanzia di questa condizione soggettiva del prestatore di lavoro.

Nella linea di demarcazione concettuale tra il mero atteggiamento di tolleranza insito nel *pati* e la situazione attiva di garanzia della dimensione del diritto/dovere alla cura del prestatore di lavoro risiede la differenza di impostazione di un diritto del lavoro postmoderno che sappia farsi carico della funzione preminente di tutela della persona, anche nella sua dimensione di solidarietà sociale.

Tuttavia, dal punto di vista della struttura normativa, le sospensioni per garantire il diritto al riposo non hanno punti in comune con il diritto ai congedi per la cura e l'assistenza, e ciò sarebbe confermato anche dalla recente normativa in tema di *work life balance*.

Ed è per questo che la dottrina non ha mancato di rilevare come ad oggi la disciplina europea sull'orario di lavoro – anche a causa dei falliti interventi normativi di *restyling* – non entri direttamente in connessione con la disciplina sulla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro prevista dalla Direttiva n. 2019/1158 (Militello 2023).

Secondo questa tesi si tratterebbe di una voluta astensione da parte del legislatore europolitano che si tradurrebbe, negli esiti applicativi, nella impermeabilità delle vicende organizzative del datore di lavoro rispetto alle esigenze personali dei lavoratori.

E ciò, nonostante il dato condiviso che, comunque, la Direttiva del 2019 avrebbe avviato «un ripensamento complessivo dell'organizzazione dell'orario di lavoro in un'ottica di genere [...]» (Militello 2023, 44; Gottardi 2009, 312).

Questa differenza strutturale resta una grave lacuna del sistema, perché ormai la protezione del tempo della cura familiare è ben presente anche nelle normative internazionali in tema di tutela della salute e della sicurezza.

Sarebbe pertanto auspicabile che il legislatore rafforzasse anche sotto questo profilo il diritto ai congedi, configurandolo come un diritto non solo opponibile alle ragioni del datore di lavoro ma addirittura irrinunciabile e quindi esigibile e monetizzabile *ex post* mediante l'azionabilità in giudizio.

4. Esiste un'unitaria categoria di sospensioni per i compiti di cura? Una proposta di ipotesi classificatoria da verificare

Considerata la naturale ambivalenza che ogni criterio adottabile porta con sé, pare più utile avvalersi di un criterio di classificazione delle sospensioni dal lavoro di tipo teleologico, attribuendo rilievo al valore che l'ordinamento riconosce rispetto alle specifiche situazioni di necessità che giustificano il mancato svolgimento della prestazione dovuta.

In base alle esigenze di tutela soggettiva del lavoratore o della lavoratrice, sottese a ogni singolo istituto che comporta la sospensione del rapporto di la-

voro (ritenendo in questo caso utile ragionare nello stesso modo per permessi e congedi), si potrebbe individuare un'unitaria categoria di situazioni giuridiche, accomunate dalla destinazione alle attività di cura svolte nell'ambito familiare.

Il tempo sottratto alla prestazione di lavoro produttivo sarebbe finalizzato all'assolvimento dei compiti e delle funzioni proprie dei *caregiver* (Vallauri 2020, 16).

Sulla scorta di tale criterio si può tentare di capire se l'ordinamento, oltre a riconoscere un legittimo diritto alla sospensione della prestazione lavorativa (con la garanzia della conservazione del posto di lavoro), attribuisca un medesimo grado di «meritevolezza» – in termini di tutela – alle differenti cause/motivi che legittimano la sospensione (la cura di altri) (Del Punta 2017b); oppure se, anche nell'ambito della stessa categoria di cause (tutte determinate dallo svolgimento di compiti di cura) il legislatore preveda un trattamento differenziato, realizzando di fatto una valutazione aprioristica del «valore» e della «meritevolezza» di ciascuna situazione giuridica.

In questo caso, andrebbe esaminato il perché, e in base a quali motivazioni, si realizza tale modulazione di trattamento tra situazioni personali accomunate da una medesima *ratio* e finalità.

Si tratterebbe in definitiva di attribuire, all'interno del sinallagma contrattuale funzionale, uno specifico rilievo alle situazioni personali rilevanti nella sfera privata extralavorativa dei lavoratori e delle lavoratrici (Calafà 2004, 123 sgg.).

Peculiarità di queste forme di sospensione destinate alla cura sarebbero da rintracciare non solo nella caratteristica inderogabilità *in pejus* delle norme che le riconoscono (e ciò perché anche se in alcuni casi non si tratta di ipotesi obbligatorie nell'*an*, una volta che il lavoratore le abbia opzionate, il datore di lavoro non può arbitrariamente negarle contravvenendo alla disposizione normativa), ma anche nell'articolazione delle fonti.

Si tratta di un aspetto sempre più oggetto di attenzione da parte del cosiddetto Secondo Welfare, nonché della contrattazione collettiva di secondo livello, nel cui ambito si possono prevedere ulteriori disposizioni migliorative con funzione integrativa della fattispecie legale (sia con riferimento all'aspetto causale delle situazioni prese a riferimento sia per quanto riguarda gli effetti giuridici da attribuire alle diverse cause sospensive) per soddisfare esigenze di conciliazione tra vita professionale e vita familiare.

Una simile estensione sarebbe, oltre che legittima in base ai rapporti tra contrattazione e legge, ovvero tra i livelli di contrattazione, anche favorita dall'ordinamento *ex art.* 1322, c. 2, in base al quale le parti possono anche affrancarsi dagli schemi della tipicità legislativa per realizzare interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico (Rusciano 1993, 2), come certamente è lo svolgimento di compiti di cura familiare.

Tuttavia, da un'analisi ricostruttiva in termini generali delle diverse ipotesi previste, ci si chiede se esista un unitario diritto alla cura garantito nell'ambito del rapporto di lavoro oppure se si tratti di volta in volta di sparse e disorganiche disposizioni normative che si limitano a offrire soluzioni circoscritte a specifiche e documentate esigenze dei lavoratori e delle lavoratrici.

Depongono in realtà per la seconda soluzione (e quindi per una asistematicità normativa) sia la disomogeneità delle fonti che si occupano in modo settoriale delle diverse situazioni, sia la differenza di trattamento normativo ed economico che l'ordinamento assegna alle diverse ipotesi.

Se è vero che queste caratteristiche potrebbero non rappresentare un ostacolo concettuale insormontabile, perché una disciplina unitaria potrebbe anche essere ricostruita *ex post* in sede di interpretazione, senza che ciò possa essere impedito da un disordine puramente sistematico, quello che invece appare più rilevante è quanto – in termini di caratteristiche comuni – queste fattispecie di permessi e di congedi possano essere ritenute un «sistema» omogeneo (Bonardi 2023, 103 sgg.).

E infatti, qui valgono le considerazioni in più occasioni sostenute a proposito della categoria delle sospensioni (Renzi 2007, 1601 sgg.).

Anche se si guarda alle sole sospensioni per motivi di cura, si possono riscontrare delle discrasie negli elementi comuni della fattispecie, con riguardo agli effetti delle sospensioni protette.

Questa differenza di trattamento rappresenta pertanto un tassello di incoerenza di tutto il sistema, dal momento che, sebbene in ogni caso sia garantita la conservazione del posto di lavoro come conseguenza della sospensione, non sempre si possono individuare unitarie previsioni in materia di continuità di maturazione dell'anzianità di servizio e di copertura retributiva.

In relazione alla copertura retributiva, è noto che questa è riconosciuta in maniera differenziata nelle varie ipotesi previste dal legislatore, e in alcuni casi è articolata secondo un processo di progressivo *décalage* in senso riduttivo (come avviene ad esempio per i congedi di maternità la cui copertura è prima piena e poi sempre più ridotta con l'avanzare dell'età dei figli e delle figlie, e ciò accade sebbene le esigenze di cura poste alla base del diritto siano sempre le medesime, a prescindere dall'età dei soggetti destinatari della cura).

Ciò che emerge da questa prima e sintetica analisi classificatoria è che secondo una valutazione *ex ante* del legislatore, sebbene le finalità di cura siano sempre meritevoli di tutela e di riconoscimento, esiste un margine di discrezionalità legislativa che conduce ad attribuire un peso diverso ad alcune esigenze di cura rispetto ad altre.

Ciò avviene non solo in funzione dei destinatari della cura e dei loro specifici bisogni (carichi familiari riproduttivi o di cura di un congiunto anziano, disabile o affetto da patologie), ma anche nell'ambito di permessi e congedi che assolvono la medesima finalità (ad esempio è il caso dei congedi parentali, rispetto ai quali ancora oggi il legislatore prevede una copertura retributiva con un *décalage* in base all'età dei figli e/o delle figlie).

Ciò posto, sarebbe opportuno ricostruire l'attuale assetto normativo provando a individuare, nell'ambito di una categoria unitaria, tutti i congedi e i permessi destinati allo svolgimento dei compiti di cura per familiari non autosufficienti, al fine di verificare se effettivamente l'ordinamento offra strumenti compatibili con tutte le esigenze di cura oppure se esistono ancora oggi delle zone d'ombra di cui il legislatore non si è ancora fatto carico. Peraltro, la stessa Dir.

n. 2019/1158/UE, attuata con il d. lgs. n. 105/2022, ha dato un chiaro segnale nella direzione di considerare in modo unitario i diritti connessi alle esigenze di cura dei lavoratori e delle lavoratrici. Tuttavia, il legislatore non sembra avere colto tale prospettiva e da ultimo ha confermato un'impostazione a compartimenti stagno anche in materia di disabilità con il d.lgs. 62/2024.

Sembra quindi potersi ritenere archiviata la speranza che si era intravista di un generale riordino della normativa in materia di congedi, che avesse come obiettivo quello di dare più valore, dal punto di vista delle misure concrete di intervento, al ruolo di cura svolto in modo non professionale dai familiari o più in generale dai congiunti (Carabelli 2023).

Ciò avrebbe potuto consentire allo stesso legislatore, non solo di adeguarsi all'impostazione della Direttiva 2019/1158/UE, ma anche di adottare una nozione onnicomprensiva e generalizzata delle attività di cura e dei suoi titolari, seguendo un'impostazione di natura teleologica, ispirata effettivamente alle esigenze delle persone che lavorano.

Riferimenti bibliografici

- Barnard, C. 2012. *EU employment law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bavaro, V. 2009. "Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato." In *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, a cura di Vincenzo Bavaro, e Bruno Veneziani, 13-26. Bari: Cacucci.
- Bianca, C.M. 1979. "Dell'Inadempimento delle Obbligazioni. Art. 1218-1229", In *Commentario del Codice Civile*, II ed. Bologna-Roma: Zanichelli.
- Bonardi, O. 2023. "Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione." *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE, Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati*, 14: 103-26.
- Branca, G. 1971. *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*. Padova: CEDAM.
- Calafà, L. 2004. *Congedi e rapporto di lavoro*. Padova: CEDAM.
- Carabelli, U., Leccese, V. 2004. "L'attuazione dell'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* 38: 1-46.
- Carabelli, U. (a cura di). 2023. "Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro" *Quaderno Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 8.
- Cessari, A. 1966. *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*. Milano: Giuffrè.
- Cinelli, M. 1984. *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*. Milano: FrancoAngeli.
- Del Punta, R. 1992. "La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111." In *Il codice civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2001. "I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza" *Diritto delle Relazioni Industriali*, 335-46.
- Del Punta, R. 2004. "La nuova disciplina delle ferie." In *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie, Commentario*, a cura di Vito Leccese, 378-10. Milano: Ipsoa.
- Del Punta, R. 2017a. "Cause di sospensione della prestazione lavorativa." *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, VII ed., a cura di Giuseppe Santoro Passarelli, Milano: Utet giuridica, 1166-267.

- Del Punta, R. 2017b. "Sospensione del rapporto di lavoro. Profili generali." *Treccani on-line*, DOI: 10.7394/DOL.
- Dell'Olio, M. 1988. "Sospensione del rapporto di lavoro." *Digesto comm.* XV, Torino: Utet giuridica.
- Fenoglio, A. 2012. *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Ghera, E. 1989. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Gottardi, D. 2009. "L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano." In *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, a cura di Vincenzo Bavaro, e Bruno Veneziani, 311-18. Bari: Cacucci.
- Hardy, S. 2007. "La armonizzazione della disciplina comunitaria in materia di orario: un tentativo fallito di 'umanizzazione'" *Diritto delle relazioni industriali* 2: 559-79.
- Ichino, P. 1984. *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*. Vol. I. Milano: Giuffrè.
- Ichino, P. 2003. "Il contratto di lavoro." In *Trattato di diritto civile e commerciale*. Vol. III, diretto da Antonio Cicu, e Francesco Messineo, continuato da Piero Schlesinger, Milano: Giuffrè.
- Leccese, V. 2009. "Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunitario in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di giustizia." In *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, a cura di Vincenzo Bavaro, e Bruno Veneziani, 325-58. Bari: Cacucci.
- Leccese, V. 2022. "La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide." *Labour Law Issues* 8, 1: 1-14. <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15136>.
- Mancini, G.F. 1957. *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mengoni, L. 1952. "L'oggetto dell'obbligazione", *Jus*, 2: 156 – 186.
- Mengoni, L. 1965. "Il contratto di lavoro nel diritto italiano." In *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, a cura di Gerhard Boldt, Guillaume Camerlink, Paul Horion, Armando Kaiser, Marius G. Levenbach e Luigi Mengoni, 407-504. Milano: Giuffrè.
- Militello, M. 2023. "Tempi di lavoro e conciliazione. L'orario di lavoro scelto come strumento di parità." *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*, *Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati* 14: 41-66.
- Occhino, A. 2010. *Il tempo libero nel diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. *In tutte le sue forme e applicazioni*. Torino: Giappichelli.
- Renzi, T. 2007. "La sospensione del rapporto di lavoro." In *Diritto del lavoro, Commentario. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Vol. II, a cura di Carlo Cester, diretto da Franco Carinci, II ed., 1597-03. Torino: Utet Giuridica.
- Ricci, G. 2005. *Tempi di lavoro e tempi sociali*. Milano: Giuffrè.
- Rusciano, M. 1993. "Sospensione del rapporto di lavoro." *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXX, Roma: Treccani, 1- 14.
- Santucci, R. 1993. *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*. Torino: Utet.
- Scognamiglio, R. 1969. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Smuraglia, C. 1967. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Supiot, A. 1996. "On-the-Job Time: Time for Agreement." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 3: 195. <https://doi.org/10.54648/ijcl1996019>
- Suppiej, G. 1982. "Il rapporto di lavoro: costituzione e svolgimento." *Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da G. Mazzoni, Vol. IV. Padova: CEDAM.
- Treu, T. 1968. *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.

Vaccaro, M.J. 1983. *La sospensione del rapporto di lavoro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Zoppoli, L. 1991. *La corrispettività nel contratto di lavoro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Noi «ragazzi del '99»: Riccardo Del Punta e la storia del presente

Lorenzo Gaeta

1. La nostra generazione

Spiegare il titolo di un articolo è esattamente come spiegare una barzelletta, ma lo faccio ugualmente, mettendo in chiaro fin da subito una delle circostanze della vita che mi legano a Riccardo Del Punta, il quale, con la sua ironia sorniona e dissacrante, ebbe a definire sé stesso un 'ragazzo del '99' (Del Punta 2008, 271, nota 46), accostando così la sua posizione di docente dichiarato idoneo al ruolo di professore ordinario in base al nuovo sistema entrato in opera nel 1999 a quella dei giovani nati nel 1899 e spediti al fronte neanche diciottenni dopo la disfatta di Caporetto. Ovviamente, il parallelismo era solo per assonanza: nulla di più eroico che recarsi all'ufficio postale a spedire i pacchi dei titoli aveva fatto Riccardo, e con lui quella dozzina di noi che, iniziato un luminoso precariato a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta e mancato, chi per un motivo chi per un altro, il conseguimento dell'ordinariato coi vecchi concorsi, aspettava ora che le nuove procedure rimettessero 'le cose a posto'.

Quella definizione, quindi, mi ricomprendeva: i nostri percorsi accademici erano stati molto simili e ora ci portavano in cattedra a due passi l'uno dall'altro, in città legate peraltro da storico antagonismo (a dirla tutta, molto più dei senesi nei confronti dei fiorentini che viceversa, come accade spesso in realtà 'squilibrate').

Noi giuslavoristi nati intorno alla metà degli anni Cinquanta, poi, ci siamo sempre sentiti un po' parte di una generazione, ansiosa anche di affermare la propria identità e la propria presenza nel contesto accademico. Anzi, proprio con

Lorenzo Gaeta, University of Siena, Italy, lorenzo.gaeta@unisi.it, 0000-0002-6127-6196

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Lorenzo Gaeta, *Noi «ragazzi del '99»: Riccardo Del Punta e la storia del presente*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.31, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 545-558, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

questo spirito nei primi anni del secolo cercai di mettere insieme molti di questo gruppo, piuttosto coeso e omogeneo non solo per età ma anche per affinità di percorsi culturali e di scuola, intorno al progetto di un *Dizionario di diritto del lavoro*, fatto di grandi voci tematiche con taglio da 'didattica alta'. L'iniziativa, purtroppo, non andò in porto, per i mille impegni che ognuno di noi, specie se fresco di cattedra, aveva da onorare. Ma, al di là del rammarico per la mancata uscita di un libro che poteva essere davvero significativo¹, permane una nostra solidarietà 'generazionale', riaffermata in diverse occasioni.

2. Un libro 'di culto'

Non solo la comunanza delle vicende accademiche e l'appartenenza generazionale mi legano a Riccardo. E quando i colleghi fiorentini ci hanno invitato a dedicare un pezzo al ricordo dell'amico troppo presto scomparso, mi è venuto del tutto naturale riprendere il saggio che riporta la citazione da cui sono partito. Com'è noto, si tratta di un contributo inserito in un volume che ripercorre la storia recente del diritto del lavoro e dei suoi protagonisti dalla Liberazione al presente, che per gli autori del libro è il 2008. Il pezzo di Riccardo è una vera e propria monografia: si dipana per più di 150 pagine, con 536 note a margine, rivelandosi molto più corposo dei contributi degli altri coautori che si occupano di ricostruire gli anni dal 1945 al 1966 (Ichino), dal 1967 al 1979 (De Luca Tamajo) e dal 1980 al 1992 (Ferraro), nessuno dei quali arriva alle 80 pagine.

Ho deciso di rileggere quel saggio di Riccardo innanzitutto perché si tratta di un'analisi di taglio storico (anche se – come dirò – piuttosto *sui generis*), quindi in linea con le mie passioni e propensioni; ma anche perché l'opera che lo contiene è senza dubbio alcuno il mio libro giuslavoristico 'di culto': quello che ho letto più volte e che mi piace spesso sfogliare; un po' come il film che ognuno di noi ama più di ogni altro e del quale saprebbe recitare a memoria le battute più significative. A Pietro Ichino, formidabile curatore e animatore di questo «atlante storico della cultura giuslavoristica italiana» (Ichino 2008, XI), ho pubblicamente rivelato questo mio trasporto in occasione di un incontro a distanza organizzato in un contesto non accademico durante la fase peggiore della pandemia. A Riccardo invece, forse per una certa reciproca ritrosia caratteristica dei nostri rapporti, non ho mai detto che il suo contributo l'avevo letto decine di volte, trovandovi sempre qualcosa di nuovo. Rimedio – malamente – solo ora.

¹ L'indice del libro doveva essere pressappoco questo: L. Gaeta, *Ragioni e funzioni*; B. Caruso, *Ordinamento delle fonti*; R. Del Punta, *Contratto e rapporto*; S. Liebman, *Rappresentanza e rappresentatività*; P. Pascucci, *Conflitto e autotutela*; M. Barbera, *Eguaglianza e differenza*; V. Speciale, *Occupazione e disoccupazione*; R. Romei, *Stabilità e temporaneità*; D. Gottardi, *Lavoro di cura, lavoro per il mercato*; F. Scarpelli, *Legalità e regolazione*; C. Zoli, *Autorità e organizzazione*; R. Santucci, *Persona e tutele*; F. Guarriello, *Professionalità*; L. Zoppoli, *Cittadinanza sociale e corresponsività*.

3. Il presente come storia

Di norma, il giuslavorista che si accinge a occuparsi di un pezzo di storia della propria materia inizia mettendo le mani avanti e professandosi al più un onesto dilettante, a digiuno di gran parte dello strumentario – nonché dei ‘trucchi del mestiere’ – di chi fa lo storico come occupazione principale.

Quello dell'utilizzo di un'appropriata metodologia da parte dei giuristi positivi attenti a risalire alle proprie radici, tra i quali i giuslavoristi pare occupino un ruolo di primo piano, è un vecchio problema. Fin troppo spesso, in realtà, l'analisi storica del giurista (del lavoro) si risolve – per dirla con Umberto Romagnoli – col «metterla al servizio della politica del diritto ossia per irrobustire un'opzione interpretativa, per aumentarne la persuasività, per dissotterrare le radici sepolte come se la forza retorica del richiamo al passato fosse in grado di regalare all'argomento ricavabile dal diritto vigente un fascino arcano» (Romagnoli 1995, 97). Un interesse verso la storia, quindi, quasi sempre sostanzialmente strumentale, segnato e condizionato da prospettive attualizzanti, dall'assillo di dover rispondere a questioni di sopravvivenza e di trovare nel passato certezze per il futuro, dalla strumentalizzazione di una storia decontestualizzata e condotta sovente sul filo di pericolosi anacronismi: in una parola, una sorta di 'uso utile' della storia, teso più o meno consapevolmente a ridisegnare, se non a reinventare, il passato, piegandone fatti ed eventi in funzione delle contingenti necessità del momento e di un auspicato futuro.

Riccardo, nell'iniziare la sua indagine, è ben consapevole di questo rischio, così come di un altro paio di circostanze che rischiano di minare il suo lavoro prima ancora di partire: da un lato – come si anticipava –, il mancato possesso di una 'cassetta degli attrezzi' adeguata alla ricerca storica, dall'altro l'oggetto stesso del suo studio, cioè la ricostruzione degli ultimi quindici anni delle vicende della materia e dei suoi interpreti. Non a caso, subito dopo l'uscita del libro, Riccardo riassumerà queste due preoccupazioni autodefinendosi «storico quanto mai dilettante della contemporaneità» (Del Punta 2009, 100).

Si tratta, a ben riflettere, di timori dipendenti l'uno dall'altro. Infatti, «fare storia del presente» non è tanto un'«operazione «impossibile»» (Del Punta 2008, 253): c'è chi ha detto che tutta la storia, anche quella che ha a che fare con periodi lontanissimi, nel momento in cui noi la scriviamo oggi, è storia del nostro presente. Ma, Gadamer a parte², un'operazione come quella di Riccardo porta con sé alcune conseguenze fin troppo ovvie: innanzitutto, volenti o nolenti, quanto più il passato non è ancora compiutamente tale, si casca in pieno nel pentolone bollente della politica del diritto, se non della politica *tout court* (se ne è appena parlato); poi, diventa praticamente inevitabile un approccio alla storia 'da giurista positivo', che consideri cioè come unica fonte gli scritti degli

² Gadamer 1988, 376 sgg., citato da Del Punta 2008, 257, nota 6. Vi aggiungerei anche Paul Sweezy, autore di quell'autentica icona del marxismo militante che fu *The Present as History* (New York: Monthly Review Press, 1953), cui allude scopertamente il titolo di questo paragrafo.

studiosi, non sporcandosi mai le mani come un archeologo o un paleontologo (e nemmeno come un archivista) e dando vita in questo modo a una storia fatta tutta di libri che parlano di altri libri, qualche volta (mi si passi la malignità, naturalmente non riferita a Riccardo) neanche letti direttamente ma mediati attraverso altre letture, quasi 'per sentito dire'.

4. «Politica, troppa politica?»

Riccardo – dicevo – è ben consapevole di infilarsi in un'indagine immersa in pieno nei rischi appena menzionati. Il punto iniziale e quello finale dei quindici anni oggetto della sua ricostruzione sono costituiti da due eventi 'lavoristici': il 'protocollo Giugni' del 1993 e il 'decreto Biagi' del 2003, con le sue prime ricadute; ma ho idea che essi servano quasi solo a omogeneizzare il titolo del contributo rispetto agli altri tre dello stesso volume, segnati per lo più da analoghi eventi tutti interni alla nostra materia, agevolando così all'addetto ai lavori un'*actio finium regundorum* che al non tecnico si sarebbe anche potuto proporre, ad esempio, come 'il diritto del lavoro della seconda Repubblica'.

Il pezzo ripercorre, infatti, esattamente gli anni che partono dalla dissoluzione del sistema politico italiano seguita alle inchieste giudiziarie di 'tangentopoli', nei quali l'affermazione di partiti completamente nuovi rispetto a quelli che avevano fino ad allora dominato la scena ha indotto, appunto, molti a parlare di una 'seconda Repubblica', pur del tutto impropriamente, non essendoci stato alcun mutamento formale delle istituzioni. Le pagine iniziali del saggio sono dedicate, perciò, alla ricostruzione puntuale di queste vicende (Del Punta 2008, 254-57), in particolare alle altalenanti alternanze tra la nuova destra leghista-berlusconiana, che ha ormai sdoganato il neofascismo, e una sinistra come da tradizione frammentata e divisa, che, caduto il muro di Berlino, ha perso la sua bussola ideologica.

In una parola, sono anni pieni di politica, e il diritto del lavoro, che 'per vocazione' ha con essa un legame molto più stretto di tante altre discipline giuridiche, ne è ovviamente strapieno. Ciò, è evidente, anche a prescindere dai due tragici eventi degli assassini di Massimo D'Antona e di Marco Biagi, che hanno gettato sul diritto del lavoro una traumatica scia insanguinata (su cui, comunque, ritornerò).

Tanta politica – forse «troppa», teme Riccardo (Del Punta 2008, 258) – ha, insomma, caratterizzato quel quindicennio in maniera piuttosto pesante ed evidente. E il giurista, lungi dal rivestire un ruolo ingenuamente tecnico, asettico e valutativo, è chiamato comunque a «farsi carico di una riflessione, di carattere filosoficamente normativo, sul tema del corretto rapporto con la politica, assumendosi, se del caso, la responsabilità delle conseguenze [...] discendenti dall'omessa tematizzazione di [...] tale questione» (Del Punta 2008, 262). Due contrapposti modi di vedere il rapporto del giurista (del lavoro) con la politica Riccardo li esemplifica riesumando una polemica tra Mattia Persiani e Umberto Romagnoli, protagonisti di un 'batti e ribatti' sul tema, dai toni piuttosto aspri, inconsueti per la nostra accademia abituata invece ai colpi di fioretto, che i due Maestri ingaggiarono prendendo ad esempio la figura di Massimo D'Antona; un

confronto, però, tutto sommato non indimenticabile, che pure occupa un intero lungo paragrafo (Del Punta 2008, 263-70), a testimonianza di quanto Riccardo si sentisse già allora toccato in prima persona dal compito di affrontare il dilemma irrisolvibile del ruolo del giurista-politico. Alla fine di quelle pagine, però, traspare tutto il rammarico per il fatto che l'amico scomparso sia stato tirato da una parte e dall'altra tutto sommato strumentalmente, senza coglierne fino in fondo le novità della lezione metodologica (un altro dei temi che a Riccardo è stato sempre particolarmente a cuore).

In ogni caso, scrivere «*dal presente e del presente*», come Riccardo si accingeva a fare, comportava per forza di cose «un'impossibile imparzialità» (Del Punta 2008, 258).

5. Una foto sfocata

«Si narra che, per certi Maestri di un tempo, un libro non avesse esistenza giuridica se non attraverso la copia-omaggio dell'autore» (Del Punta 2008, 275, nota 57): è questo uno dei passaggi che mi fa più sorridere ogni volta che lo leggo; Riccardo, appartenente «all'epoca post-baronale» e perciò impossibilitato a invocare «siffatto ardito sillogismo», cerca almeno un'attenuante per eventuali lacune nell'elenco – che si impegna pazientemente a redigere – della produzione monografica sviluppatasi nei quindici anni presi in considerazione. La sua intenzione, infatti, è quella di scattare una «foto di gruppo» (Del Punta 2008, 270) che possa rendere al meglio temi, percorsi e tendenze della giuslavoristica a cavallo dei due secoli (foto che non può definirsi *ex post* un *selfie*, perché l'autore si tiene pudicamente ai margini).

Questa è, in realtà, la parte del saggio dove maggiormente può misurarsi la distanza rispetto ad oggi. Infatti, lo sterminato elenco di monografie citate, oltre 150, diligentemente ordinate per filoni tematici, ora che sono trascorsi altri quindici anni dal termine di quel quindicennio, ci restituisce una foto ormai piuttosto sfocata, nel senso che grandissima parte di quella «mole invero impressionante» di scritti dovuta alla bulimia di una comunità accademica pesantemente condizionata dal meccanismo delle idoneità (Del Punta 2008, 270) non regge minimamente alla prova dell'usura del tempo. Riccardo è il primo a rendersene conto, al punto che il suo minuzioso elenco, animato da notevole ansia di completezza, appare fatto sostanzialmente 'per dovere', mentre in più parti appare il riferimento a «picchi di qualità», «punte di eccellenza», «salvo eccezioni», «alterni successi» (Del Punta 2008, 271-72, 275), e così via: espressioni tali da far capire, al di là di ogni ragionevole dubbio, che a suo giudizio poche erano le cose veramente da salvare. Un esito che può ora puntualmente verificarsi: quanti di quei libri – cominciando naturalmente dal mio – possono considerarsi oggi dei 'classici', che consiglieremmo per una tesi di laurea senza neanche stare a pensarci, ritenendoli una lettura imprescindibile? La risposta rischia di essere imbarazzante.

Le pagine che tentano – apprezzabilmente ma vanamente, secondo me – di sistemare il *mare magnum* dei libri all'interno di una serie di temi che praticamente

abbraccia tutto lo scibile lavoristico (Riccardo, rassegnato, ne parla come di un effetto della «fluidità dei tempi»: Del Punta 2008, 272) sono, perciò, quelle che al lettore attuale appaiono più ingiallite. Il giudizio complessivo, pur con qualche zuccherino elargito con giusta parsimonia, non è per niente lusinghiero: l'affermazione di identità della materia indubbiamente rilevabile dalla mole degli scritti non si è tradotta in percorsi innovativi, ma è al più segnata da una ricognizione dell'esistente: si è rinunciato «in partenza a coltivare progetti di ricerca di ampio respiro» (Del Punta 2008, 272), ripiegando su tematiche più 'sicure', «a cavallo tra classicità e attualità», con approcci metodologici lontani sia da un ritorno alla tecnica, ravvivato da un confronto aggiornato col diritto privato e la dogmatica, sia da una programmatica apertura alle scienze sociali (Del Punta 2008, 275).

Riguardo a ciò, anzi, Riccardo non può fare a meno di notare come, in assenza di importanti studi metodologici, i canoni ricostruibili per *facta concludentia* dalle scelte di taglio e di contenuto della dottrina del quindicennio sono improntati a una forte contestualizzazione del materiale legislativo, sviluppata all'interno del microsistema lavoristico, nonché alla scarsa propensione «a quel "pensare per categorie", che è il segno distintivo dell'argomentazione sistematica»: uno scenario davvero «non [...] molto confortante» (Del Punta 2008, 346, 354).

Quel che pare emergere, in fin dei conti, è una profonda divisione e frammentazione delle prospettive e degli studiosi stessi, che travalica anche il mero contrasto tra scuole accademiche. L'unico momento di ricomposizione potrebbe rinvenirsi nella sostanziale, ma forse solo apparente, omogeneità di fondo consistente nella difesa dell'identità lavoristica. Senonché, per Riccardo «proprio il periodo in osservazione potrebbe aver posto una "pietra tombale" sulle istanze di affrancamento sistematico» della materia, divenuta una «missione [...] impossibile»: infatti, da un lato non si sono intraviste teorie in grado di calare in nuove e solide figure dogmatiche le specificità dei valori e delle tecniche di protezione, sfidando così in campo aperto le altre discipline; dall'altro lato, il diritto privato ha continuato senza sosta a fornire ineludibili supporti teorici e argomentativi a giudici e studiosi, buona parte dei quali ha peraltro ammonito la comunità a non recidere i legami con la 'materia madre' (Del Punta 2008, 349-52).

Perciò, se si vuole sintetizzare cosa rimane della produzione lavoristica di quei quindici anni, nessuna risposta è migliore di quella che ci dà Riccardo: «uno smarrimento di fondo»³.

6. Le ansie per il futuro e il ritorno al passato

Indubbiamente, questo smarrimento è «specchio fedele delle difficili prospettive del diritto del lavoro» (Del Punta 2008, 271) di quegli anni, segnati infatti da un ripensamento profondo sull'essenza e sul futuro di una materia che molti volevano agonizzante. È stato quello, com'è ampiamente noto, il momento

³ Del Punta 2008, 271. Da questo giudizio parte Cazzetta 2009, 14, per riprendere e sviluppare l'analisi sul ruolo della dottrina giuslavoristica del periodo.

clou delle riflessioni sulla crisi del diritto del lavoro, non a caso magnificamente inserite in un contesto che, in vista dell'evocativo passaggio da un millennio a un altro, induceva per lo più a conclusioni angosciose, quando non addirittura a prognosi infauste come la fine di una materia inesorabilmente 'novecentesca', nata e morta nel giro di un secolo fin troppo 'breve'.

Riccardo attribuisce la paternità della riflessione più compiuta e analitica sul futuro della materia a quella vasta area di scuole e di studiosi con qualche approssimazione definibili 'di sinistra', distinguendo però tra un'ala «ortodossa», «tesa a conservare le conquiste normative e sociali acquisite, e se mai desiderosa di espanderle ulteriormente», e un'ala «riformista», più preoccupata dell'impatto del nuovo e quindi più aperta alla «eventuale necessità di correzioni di rotta» (Del Punta 2008, 286). Ma alla fine si tratta di una distinzione non troppo marcata, che Riccardo forse ha fatto anche per prendere in giro qualcuno dei suoi amici più 'ortodossi': infatti, appaiono piuttosto tenui gli attriti tra due anime di un indirizzo pur sempre contrassegnato da una forte «omogeneità di fondo» sul modo di intendere natura e funzione di una disciplina letta come strumento di tutela dal profondo radicamento costituzionale, nonché sulla forte consapevolezza che il «vero avversario» si trova «dall'altra parte» (Del Punta 2008, 293).

Anche questa parte del saggio può oggi apparire piuttosto datata: probabilmente, anche qui c'era «troppa politica». Mi pare, infatti, che i tempi attuali abbiano notevolmente attutito, fin quasi a omologarle, le distanze ideologiche tra una sinistra e una destra giuslavoristica che spesso neanche è possibile percepire come tali, mentre un 'noi e loro' – rispetto al quale sono in pratica del tutto aliene o trasversali le opinioni politiche – continua a proporsi piuttosto, e in tutt'altre forme, nel campo delle strategie accademiche.

Piuttosto, è da rilevare come le incertezze di un presente in crisi e le ansie per un futuro tutto da inventare abbiano comportato quasi naturalmente in quel quindicennio un approfondimento della riflessione di taglio storico, non tanto per trovare in un passato magari idealizzato il rifugio migliore per evitare di vedere, almeno per qualche tempo, un presente sempre meno presentabile; quanto piuttosto per cercare nella storicità della materia l'ispirazione per una via di uscita da una fase difficile (Passaniti 2006, 11). Non inganni, a questo proposito, l'osservazione di Riccardo, secondo cui negli anni considerati è risultato «poco battuto [...] il percorso storiografico»⁴: ci si riferisce, correttamente, alle monografie di carattere esclusivamente storico (tra l'altro, tradizionalmente poco paganti accademicamente per il giuslavorista), mentre in quegli stessi anni i riferimenti al passato della disciplina invece abbondano nelle 'premesse storiche' di tanti libri e nella produzione saggistica. Riccardo, da attento osservatore delle tendenze in atto, innanzitutto ammette che un congresso di carattere eminentemente storico come quello milanese sui cent'anni del *Contratto di lavoro* di

⁴ Del Punta 2008, 275, nota 58. L'osservazione non è riferita agli storici del diritto, che invece nel periodo considerato avrebbero mostrato «forti segnali di interesse» nei confronti della nostra materia.

Lodovico Barassi⁵ è stato «il convegno di maggiore livello del quindicennio» (Del Punta 2008, 404); ma, più in generale, riconosce alla storicità il ruolo di «dimensione costitutiva» del diritto del lavoro, che in ogni caso, anche nei periodi di maggiore staticità della ricerca storica, rappresenta comunque «la trama subliminale di una dispiegata autocoscienza collettiva» (Del Punta 2009, 99).

7. Le ragioni del mercato, da eresia a ortodossia

Gli anni che Riccardo prende in considerazione sono anche quelli nei quali si rafforzano e si impongono le tendenze, già in atto da qualche tempo, di apertura del diritto del lavoro alle logiche del mercato. È in questo periodo che l'espressione 'mercato del lavoro' perde ogni residuo valore di tabù: non c'è più paura di affermare che anche il lavoro è una merce e che il sistema deputato a regolarne le modalità di scambio costituisce un mercato come gli altri. La «rassegnazione alla Canossa di una flessibilità eletta a nuovo super-principio del diritto del lavoro» (Del Punta 2008, 296) diventa ormai generale; la contrastano solo pochissimi irriducibili tra i giuslavoristi, mentre la stragrande maggioranza di loro si propone, più limitatamente, di regolarla e di condizionarla (Del Punta 2008, 365). Riccardo è certamente tra questi, pur mantenendo nel suo saggio l'*aplomb* dell'osservatore esterno: ammette che la flessibilità ha finito col creare profonde «depressioni» tra gli studiosi, i quali non a caso hanno spesso preferito fuggire «il più lontano possibile» da essa, dedicandosi al più 'corroborante' studio dei diritti della persona del lavoratore (Del Punta 2008, 375); ma sa che non si può far finta che non esista, e allora vale la pena almeno di confrontarsi.

Il saggio non si ferma ad annotazioni generiche, ma propone un'analisi articolata tra vari tipi di approccio al tema, individuando innanzitutto una corrente più ampia, nella quale «il mercato del lavoro è stato additato a terminale di un'evoluzione "dolce" della materia» (Del Punta 2008, 297), e – sulla scorta di un importante studio (Caruso 2007, 5 sgg.) – ne distingue una versione milanese, attenta alla regolazione del mercato del lavoro in una prospettiva di modernizzazione riformistica, e una versione napoletana, che fa del mercato, anzi dei mercati declinati al plurale, una sorta di sub-area disciplinare, meritevole di attenzione prioritaria. Accanto a questi approcci, alla fine piuttosto convergenti e – si può dire – sposati dalla quasi totalità dei giuslavoristi, Riccardo tiene a evidenziare almeno un paio di altre letture, sempre incentrate sulla rivalutazione del mercato, in qualche modo 'particolari'.

Emergono innanzitutto, le riflessioni di Pietro Ichino – fondate sull'ampio utilizzo dell'analisi economica del diritto e spesso travestite da provocazioni – sulla progressiva perdita di funzione del diritto del lavoro 'inderogabile' e del sindacato: «eresie» (Del Punta 2008, 306) percepite come tali soprattutto da quel mondo della sinistra lavoristica alla quale egli ha sempre rivendicato di appartenere, e che lo ha accusato di diventare «il "cavallo di Troia" di una cultura

⁵ Tenutosi all'Università Cattolica di Milano il 27 e 28 aprile 2001. Per gli atti, Napoli 2003.

dell'utilità e del profitto, estranea alla tradizione "equa e solidale" della cultura lavoristica» (Del Punta 2008, 308). Riccardo, raffinato studioso di economia, guarda in fondo con simpatia all'amico 'eretico', ma – forse proprio per questo – non può evitare di rimproverargli un eccessivo sbilanciamento «nel proporre di consegnare il potente scettro della normatività all'analisi economica» (Del Punta 2008, 312): una prospettiva verso la quale avrebbe poi accresciuto gli accenti critici, preferendo di gran lunga l'approccio 'alla Calabresi' del *Law & Economics* (riassuntivamente, Del Punta 2020).

La profonda novità che Riccardo coglie, però, nella proposta di Ichino – della quale rimarca la prospettiva ampiamente liberale (Del Punta 2008, 314) – è di tipo antropologico, nel senso di aver disegnato un lavoratore impegnato a superare la propria debolezza, a rivendicare autonomia, a non perdersi nella dimensione collettiva, a veder valorizzato il suo apporto individuale e riconosciuti i meriti più che i bisogni: un modello in qualche modo diametralmente opposto rispetto a quello del lavoratore 'tradizionale', sempiterno punto di riferimento dell'analisi giuslavoristica.

Di rilievo ancora particolare, stavolta nel segno di un'accentuata progettualità, appare a Riccardo l'approccio al mercato del lavoro di Marco Biagi, in relazione al quale ha già messo in rilievo una cosa piuttosto difficile da dire, cioè la differenza, rispetto all'analogo caso di Massimo D'Antona, con la quale l'ambiente lavoristico ha reagito alla sua brutale esecuzione, laddove l'unanime dolore provato per la sua scomparsa non ha impedito che sul suo nome «continuasse a gravare un velo di imbarazzo e di divisione» (Del Punta 2008, 257). Evidentemente, per il fatto di essere stato consigliere del principe 'sbagliato'.

Comunque, è proprio questa progettualità molto concreta di Biagi, intrisa «di fattività emiliana e suggestioni anglosassoni» (Del Punta 2008, 316-17), che conquista Riccardo: un disegno riformatore che abbandona la tradizionale prudente ricerca di stressanti equilibri sindacali e sociali, per avviare – avendo l'Europa come stella polare – una modernizzazione/razionalizzazione del diritto del lavoro italiano, basata sulla riconciliazione tra un sistema fondato ancora sulle tutele e le ineluttabili esigenze di efficienza e competitività del sistema economico. Un pragmatismo – forse anche eccessivo, chiosa Riccardo (Del Punta 2008, 322) –, fatto di flessibilità, contrattazione decentrata, nuovi servizi per l'impiego, in un'ottica complessiva di traslazione delle tutele dal rapporto al mercato, che sfocia nel «Libro bianco» presentato da Berlusconi nel 2001 e nel decreto che nel 2003 viene battezzato *in memoriam* col suo nome.

Com'è noto – e Riccardo ne dà ampiamente conto (Del Punta 2008, 323-25) –, queste strategie, messe al servizio di un quadro politico sostanzialmente di destra, si conquistarono la reazione, più o meno veemente, di una dottrina giuslavoristica quasi compatta – anche di quella nota «per equilibrio e serenità di giudizio» (Del Punta 2008, 332) – nel denunciare la liberalizzazione, quando non la mercantilizzazione, di un diritto del lavoro sempre più flessibile, derogabile e individualistico. La 'legge Biagi' (e Riccardo, lo costatai di persona quando mi invitò a tenere una lezione ai suoi studenti, non amava che le si anteponesse l'aggettivo 'cosiddetta') ha assunto subito il significato di un simbolo,

ora «di una rivoluzione modernizzatrice del diritto e del mercato del lavoro», ora «di restaurazione neo-liberistica e anti-sindacale» (Del Punta 2008, 327).

Nel frattempo «le mura hanno sinora retto» sulla flessibilità in uscita (Del Punta 2008, 368), si afferma in uno dei passaggi che può leggersi con più tenerezza ora che quelle mura si sono letteralmente sbriciolate. Riccardo non era certo entusiasta delle «asimmetrie di tutela» insite nel sistema che aveva davanti, accusato di mancare complessivamente di «coerenza interna», superabile a suo avviso solo con «un riordino complessivo, che non potrebbe forse fare a meno, questa volta, di intaccare il *sancta sanctorum* della disciplina limitativa del licenziamento» (Del Punta 2008, 374). Di questa operazione Riccardo sarebbe stato protagonista non secondario (Fornero 2023), e perciò le pagine nelle quali, pur esponendo fatti e reazioni nel modo più obiettivo possibile, guarda con innegabile simpatia a Biagi e al suo ruolo progettuale sono particolarmente interessanti da rileggere oggi, pensando a come poi lui stesso avrebbe messo a disposizione delle istituzioni il suo sapere e la sua sensibilità, interpretando anch'egli il ruolo di «giurista-consigliere» (Vallauri 2024, 29-31).

Oggi tutto il dibattito su mercato e flessibilità fa sicuramente stupire e sorridere la 'generazione z' dei giuslavoristi: questi termini non sono più eresie, ma l'indiscussa realtà dei fatti; anzi, ora potrebbe essere considerato 'eretico' chi in qualche modo contrasta l'evidente ortodossia di questo pensiero unico.

8. La scoperta dell'Europa

Gli anni Novanta, soprattutto a seguito del trattato di Maastricht, hanno acceso l'attenzione dei giuslavoristi sulla dimensione sovranazionale, fino a quel momento coltivata da un esiguo numero di *aficionados*. Senonché – nota acutamente Riccardo –, a una prima fase ottimistica, nella quale il diritto sociale comunitario è stato visto come una «proiezione virtuosa» di quello nazionale, ha fatto presto seguito un atteggiamento di prudente cautela, anzi talvolta una decisa presa di distanza, nei confronti di «un diritto che rivelava un volto inatteso e per nulla rassicurante» (Del Punta 2008, 337).

In realtà, anche nel campo del diritto del lavoro eurounitario si è finito col replicare lo stesso dibattito politico-culturale ingaggiato riguardo al diritto nazionale. Quella parte di dottrina 'progressista' – alla quale «non ha mai fatto difetto l'ottimismo illuministico» (Del Punta 2008, 341) – che aveva sperato in un diritto sovranazionale in grado di produrre un'armonizzazione dei diritti dei lavoratori su standard più elevati di quelli domestici, forgiati «a immagine e somiglianza dei più avanzati diritti del lavoro nazionali» (Del Punta 2008, 344), ha visto man mano gelare le sue aspettative davanti al fallimento del processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali e, più in generale, davanti all'assunzione di una complessiva politica neoliberista da parte degli organi di governo europei e della sua Corte, che hanno spesso prodotto esiti non molto graditi a «palati forgiati sulla Costituzione italiana» (Del Punta 2008, 341). Soprattutto dopo il trattato di Amsterdam del 1999, potente strumento di tutela delle libertà economiche (Del Punta 2008, 342), all'Europa che predica flessibilità in

dosi massicce hanno allora iniziato a guardare con simpatia le ali del pensiero giuslavoristico più liberale.

Il passare degli anni, col progressivo allargamento dell'Unione a paesi di certo non noti per gli elevati standard di tutele lavoristiche, mi pare abbia visto il progressivo prevalere – se posso sintetizzare in questo modo – dell'Europa della flessibilità nei confronti dell'Europa dei diritti, finendo in ogni caso con lo smorzare gli approcci più 'calorosi' di una parte o dell'altra degli 'opposti schieramenti'. Oggi, comunque, la dimensione eurounitaria – con toni sicuramente più asettici di quelli con cui se ne ragionava allora – è parte assolutamente integrante della ricerca lavoristica: Riccardo lo aveva in qualche modo preconizzato, osservando come in ogni caso, a prescindere dalla posizione entusiastica o guardinga assunta nei suoi confronti, la prospettiva europea stesse già positivamente trasformando le metodologie di ricerca di molti giuristi, in particolare di quelli più giovani (Del Punta 2008, 344).

9. Ora e sempre subordinazione

Riccardo non può certo tralasciare di ricordare come il quindicennio da lui esaminato veda la continuazione di un dibattito, quello sui confini del lavoro subordinato, infiammatosi nel decennio precedente e postosi in breve al centro dell'interesse del giuslavorista. Su basi in parte diverse, però: infatti, mentre negli anni Ottanta si metteva sostanzialmente in discussione la rigidità di un modello biunivoco della classificazione dei rapporti di lavoro, ora invece si mirava decisamente fuori dai confini del lavoro subordinato, puntandosi propositivamente sull'estensione delle tutele classiche al sempre più ricco novero dei lavori cosiddetti atipici (Del Punta 2008, 357), in un contesto segnato ormai dalla «dominanza del "grigio"» (Del Punta 2008, 363).

Non senza ragione Riccardo classifica questo anelito all'estensione delle tutele al di fuori del 'nucleo duro' della subordinazione come una battaglia della sinistra giuslavoristica, divisa nei soliti due indirizzi 'garantista' e 'riformista': il primo teso a estendere l'orbita delle tutele anche a fasce di lavoro autonomo, senza regressioni sul fronte dei diritti acquisiti (e Riccardo lo punzecchia con una parafrasi di Leopardi, parlando di «magnifiche sorti ed espansive»); il secondo disposto a ottenere un allargamento anche concedendo qualche rimodulazione delle tutele (Del Punta 2008, 358).

La conclusione, però, non può che essere sconsolata: «le ricadute di tanto fermento teorico-progettuale» si sono rivelate «inesistenti»; anzi, paradossalmente il loro unico esito concreto è stata la criticabilissima (ed effimera, aggiungo col senno di poi) collaborazione a progetto (Del Punta 2008, 361). Alla fine, la sola vera espansione del diritto del lavoro realizzata in quegli anni potrebbe essere stata l'«annessione» del lavoro pubblico, contrattualizzato proprio all'inizio del periodo esaminato; ma con quel termine Riccardo – «maliziosamente», ammette lui stesso – vuole alludere «a quel noto meccanismo, tante volte realizzato nella storia, che induce a ricercare in "conquiste" esterne l'antidoto alla soluzione di problemi interni» (Del Punta 2008, 396). Tra l'altro, poi, la vera novità di questa

«annessione» non starebbe nella pura e semplice estensione dell'area del diritto del lavoro privato, quanto piuttosto in una sorta di mutamento «genetico» di una materia chiamata ora a dare un contributo diretto a una finalità ad essa del tutto estranea, come l'efficienza dell'azione amministrativa: non tutti i giuslavoristi se ne sarebbero accorti, fa intendere tra le righe Riccardo (Del Punta 2008, 400-01).

Tornando alla subordinazione, e proiettandosi verso il futuro, prevedibilmente «sempre più post-industriale e post-materiale», Riccardo prevede che essa non avrebbe potuto continuare ad essere l'unico punto di riferimento di uno statuto protettivo lavoristico già di per sé piuttosto frammentato (Del Punta 2008, 364). Sinceramente, non saprei se ha colto nel segno: il dibattito, ormai completamente deideologizzato, lungi dall'essersi sopito, mi pare tenda invece sempre a cercare di aggregare ogni nuova fattispecie all'intramontabile categoria della subordinazione, che peraltro rimane l'unica solida bussola nelle mani della giurisprudenza, in un quadro reso ancora più complicato da un legislatore che, tradizionalmente silente sul punto, ha deciso di intervenire creando più confusioni che certezze.

10. Il diritto sindacale: 'eppur si è mosso'

Sempre in vena di parafrasi, Riccardo tira in ballo niente meno che il suo più illustre concittadino per affermare che in quel quindicennio il diritto sindacale «eppur non si muove» (Del Punta 2008, 381), permanendo in una situazione di sostanziale «stallo», anche a causa dell'emersione di tendenze a fare progressivamente a meno della mediazione sindacale nella gestione di rapporti lavorativi sempre più individualizzati.

Per avvalorare questa conclusione, Riccardo inizia a citare la mole imponente di studi che, in senso più o meno critico, hanno praticamente vivisezionato il 'protocollo Giugni' del 1993, ma rimprovera loro di non aver sciolto in modo soddisfacente il nodo del rapporto tra la concertazione e l'interesse generale, pur letto in un contesto di affermazione di una diffusione orizzontale della sovranità (Del Punta 2008, 385). Peggio ancora tratta chi si è occupato del sindacato, mettendone in luce «la palpabile difficoltà [...] a intraprendere percorsi di indagine nuovi», capaci di andare al di là di prospettive come quella dell'ordinamento intersindacale, che, «dopo aver tanto dato [...], sembrano aver esaurito la loro forza propulsiva» (Del Punta 2008, 385-86). «Non sembrano aver segnato progressi decisivi neppure gli studi sul contratto collettivo», prosegue Riccardo nella sua rassegna demolitoria: anche se si sono mosse all'interno di uno scenario oggettivamente complesso, le ricostruzioni avanzate non sono state in grado di «recidere il cordone con la concezione privatistica del contratto collettivo di diritto comune, pur riveduta e integrata in direzione pubblicistica» (Del Punta 2008, 388). Più 'tranquillo', infine, è il giudizio su chi nel quindicennio ha scritto di sciopero, che, anche operando necessari raccordi tra le due tipologie ormai affermatesi (quello «senza aggettivi» e quello nei servizi essenziali), in sostanza ne ha «ripreso le tematiche più tradizionali» (Del Punta 2008, 391).

Riletti quindici anni dopo, forse questi giudizi appaiono un po' troppo severi: la complessiva fragilità di un diritto sindacale alle prese in quegli anni con

mutamenti epocali che ne hanno comportato un deciso mutamento di funzione ('eppur si è mosso', e anche tanto, mi verrebbe da dire) non coinvolge sempre chi quei mutamenti ha quanto meno registrato, qualche volta magari avanzando ricostruzioni *ex post* interessanti. Alla prova del tempo, infatti, i saggi richiamati in quelle pagine (non ne cito nessuno, basta scorrere le note a margine) mi sembra reggano ancora molto bene; ripetendo al contrario quanto detto a proposito della rassegna generale delle monografie, praticamente tutti quanti ben potrebbero essere consigliati ancor oggi per impostare un lavoro scientifico sul tema. E mi piace pensare che questa conclusione non dipenda solo da un 'fattore nostalgia', in questa specie di mondo alla rovescia nel quale ormai il sindacato è un'aggregazione di pensionati, il contratto collettivo uno strumento per abbassare i livelli di tutela dei lavoratori, lo sciopero un istituto da parco giurassico.

11. Per un diritto del lavoro dell'«oltre-modernità»

Nelle pagine finali del suo scritto Riccardo cerca di riassumere in poche parole le evoluzioni che nel quindicennio da lui esaminato l'«avanzata del nuovo» ha impresso alla materia: in parole ancora più stringate, le tendenze all'europeizzazione, alla flessibilità, al mercato, alla terziarizzazione, senza dimenticare i tentativi di allargare l'ambito soggettivo dei diritti (Del Punta 2008, 402). Ciò, naturalmente, porta l'autore a interrogarsi sul futuro della materia e soprattutto della «cultura giuslavoristica». Quello che per lui era futuro per noi è passato prossimo; perciò, queste due pagine sono estremamente stimolanti.

Più che parlare di una prospettiva 'post-moderna', che non lo sollecita in quanto vi scorge i pericoli di una deriva 'nichilistica' (con l'opportuno richiamo a Irty 2004), Riccardo preferisce adoperare il termine 'oltre-moderno', a indicare non un congedo dal progetto della modernità bensì un suo aggiornamento, indirizzato a garantire una maggiore equità a beneficio di tutti coloro che a qualsiasi titolo lavorino, pur all'interno di uno scenario estremamente complesso, dove vanno riequilibrati la dimensione individuale e quella collettiva, la tutela e le responsabilità individuali, i valori sociali e l'efficienza economica (Del Punta 2008, 403-04). Tutte riflessioni che Riccardo continuerà a maturare e a riproporre negli anni successivi, auspicando un diritto del lavoro (nuovamente) «responsabile» e «sostenibile» (Del Punta 2012; Caruso, Del Punta, Treu 2020).

Per operare efficacemente in quest'epoca «policentrica e post-ideologica», al giuslavorista non è più sufficiente «quel metodo tendenzialmente "autarchico"», fondato su «un unico principio di protezione», col quale egli ha lavorato fino a quel momento (Del Punta 2008, 403-04), al tempo di quello che mi verrebbe da definire – lanciandomi anch'io in una parafrasi – il diritto del lavoro 'a una dimensione'. Soprattutto in un momento come quello che gli sta davanti, Riccardo fa leva sull'appartenenza del diritto del lavoro alla «fondamentale unità del sapere giuridico», il cui orizzonte la nostra materia, conservando la sua vocazione di innovatrice della scienza giuridica, dovrebbe impegnarsi a rischiarare, anche a costo di sacrificare qualcosa della propria identità (Del Punta 2008, 405). Perché sarebbe davvero insensato – conclude – rinunciare ai benefici derivanti «dall'essere par-

te di un firmamento giuridico dove vi sono ormai molte più cose [...] di quelle che, da qualunque angolo visuale, sia dato di cogliere» (Del Punta 2008, 404).

Sinceramente non so se Riccardo lo abbia fatto apposta, ma mi sembra tanto di risentire l'ammonimento di Amleto: «Ci sono più cose in cielo e in terra, Orazio, di quante ne possa sognare la tua filosofia»⁶.

Riferimenti bibliografici

- Caruso, B. 2007. "Occupabilità, formazione e 'capability' nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 113: 1-134.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*. https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf.
- Cazzetta, G. 2009. "Giuslavoristi e costruzione della memoria nell'Italia repubblicana." In *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta, 5-20. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2008. "Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi." In *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di Pietro Ichino, 253-405. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2009. "Cittadinanza, liberalismo sociale e diritto del lavoro." In *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta, 99-109. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2012. "Per un diritto del lavoro 'responsabile'." In *Il lavoro perduto e ritrovato*, a cura di Gianni Vattimo, Pasquale Davide De Palma e Giuseppe Iannantuono, 51-76. Milano: Mimesis.
- Del Punta, R. 2020. "Una lettura giuslavoristica di *The Future of Law & Economics*, di Guido Calabresi." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 165: 129-142.
- Fornero, E. 2023. "Ricordo di Riccardo Del Punta." *Lavoro Diritti Europa* 1: 1-5.
- Gadamer, H.-G. 1988. *Verità e metodo*. V ed., Milano: Bompiani.
- Ichino, P. 2008. "Presentazione." In *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di Pietro Ichino, IX-XI. Milano: Giuffrè.
- Irti, N. 2004. *Nichilismo giuridico*. Bari-Roma: Laterza.
- Napoli, M. (a cura di). 2003. *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*. Milano: Vita & Pensiero.
- Passaniti, P. 2006. *Storia del diritto del lavoro. I – La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*. Milano: Giuffrè.
- Romagnoli, U. 1995. "Come il giurista vede la storia del diritto." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 65: 96-100.
- Vallauri, M.L. 2024. "Riccardo Del Punta, giuslavorista intellettuale." In Riccardo Del Punta, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, I, a cura di William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri, 21-32. Firenze: Firenze University Press.

⁶ *Hamlet*, 1.5.167-68.

La tutela della genitorialità nel lavoro autonomo¹

Raffaele Galardi

1. Premessa

All'esito di un lungo, tortuoso e affascinante percorso, la tutela della genitorialità nel lavoro autonomo non è mai stata così vicina a quella del lavoro subordinato. L'avvicinamento sicuramente risponde ad una tendenza generalizzata del diritto del lavoro² ma, per il caso di studio, ha una assoluta peculiarità: esso coinvolge tutta l'area multiforme del lavoro autonomo (con la sola esclusione del lavoro imprenditoriale) prescindendo, meritoriamente, dalle condizioni socio-economiche dei prestatori di lavoro interessati.

Partendo dal fondamentale ruolo che la Corte costituzionale ha avuto in materia, di seguito si descriveranno le discipline vigenti, analizzandone le omogeneità, le difformità e le questioni ancora aperte.

¹ Il saggio si colloca nell'ambito del progetto «INSPIRE – INclusion Strategies through Participation in workplace for organizational well being», CUP G23C22000550001 (programma PRIN 2020) ed è stato anticipato sulla rivista *Labor*.

² Su tali profili si veda, tra i tanti, Papa 2021; Ratti 2022. Più in generale sulle tendenze evolutive del diritto del lavoro verso il lavoro autonomo economicamente dipendente Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, in https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf; Perulli 2021; Perulli, Treu 2022.

2. Il contributo avanguardistico della Corte costituzionale

Attrice primaria, spesso solitaria, del percorso di avvicinamento poc'anzi cenato è stata la Corte costituzionale che da oltre trent'anni si è interessata alla genitorialità del lavoro autonomo³, intercettando mirabilmente i nuovi bisogni da tutelare, suggerendo al legislatore le misure da adottare e, quando necessario, censurando le disposizioni contrarie alla necessaria tutela dei lavoratori autonomi.

Tralasciando per ora gli interventi specifici, è utile descrivere il percorso seguito dalla Corte, che è stato contraddistinto da una graduale, ma inesorabile, apertura verso le istanze del lavoro autonomo.

Nella prima fase del trentennio della Consulta sono state respinte tutte le eccezioni di costituzionalità sulla base di una radicale diversità tra il lavoro subordinato e quello autonomo che non consentiva una contaminazione tra le relative discipline.

Nella primissima pronuncia, chiamata a verificare la legittimità costituzionale dalla mancata previsione, per le lavoratrici autonome, di un'indennità di maternità in caso di interruzione anticipata dal lavoro (tutela invece prevista per le lavoratrici subordinate), la Corte ha affermato, perentoriamente, la inapplicabilità dell'art. 37 Cost. al lavoro autonomo⁴. La negazione, però, è stata seguita da un invito alla costruzione di una migliore disciplina per l'esigenza primaria di tutelare il valore della vita nascente: «il tipo di tutela adeguato alle caratteristiche del diverso lavoro, le condizioni cui subordinare la tutela stessa, le modalità di controllo, le conseguenze economiche, la gradualità del processo di parificazione delle forme di tutela ed altri aspetti esigono un intervento articolato che, per sua natura, impegna la discrezionalità del legislatore, con l'eventuale coinvolgimento degli organismi previdenziali e sindacali».

L'inapplicabilità dell'art. 37 Cost. e la radicale (ed inconciliabile) differenza con il lavoro subordinato sono state ribadite nel 1998⁵ allorché la Corte, chiamata a verificare la legittimità costituzionale della mancata obbligatorietà dell'astensione della lavoratrice madre libera professionista, ha chiarito, però, che «per assolvere in modo adeguato alla funzione materna, la libera professionista non deve essere turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale. Ciò può avvenire lasciando che la lavoratrice svolga detta funzione familiare conciliandola con la contemporanea cura degli interessi professionali non confliggenti col felice avvio della nuova vita umana. La probabile diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa non incide, comunque, sulla predetta necessaria serenità se compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene»⁶.

³ La prima sentenza rilevante per il lavoro autonomo è stata la n. 181/1993 (C. cost., 21 aprile 1993, n. 181, in *RIDL*, 1994, II, 38, con nota di Pinto).

⁴ C. cost., 21 aprile 1993, n. 181, cit.

⁵ C. cost., 29 gennaio 1998, n. 3.

⁶ Pur riferendosi espressamente all'indennità di maternità per le lavoratrici subordinate, la Consulta ha altresì chiarito essa «serve ad assicurare alla madre lavoratrice la possibilità di vivere questa fase della sua esistenza senza una radicale riduzione del tenore di vita che il suo

La traiettoria protettiva della Consulta è mutata nella seconda fase del trentennio con una serie di sentenze, non a caso, di illegittimità costituzionale.

L'inapplicabilità dell'art. 37 Cost. è apparsa temperata in una pronuncia del 2000⁷, sulla tutela della maternità delle imprenditrici agricole a titolo principale, ove la Consulta ha affermato che «il fondamento costituzionale della tutela della maternità *non sta solo nelle disposizioni contenute nell'art. 37 (corsivo mio)*, che riguardano specificamente il lavoro subordinato, ma riposa in via generale sul principio dell'art. 31, che protegge la maternità in quanto tale, favorendo gli istituti necessari a tale scopo, e sul precetto dell'art. 32, per lo specifico profilo della tutela della salute della madre e del bambino».

La nuova sensibilità della Corte possiamo scorgerla, poi, nella giurisprudenza successiva che, con riferimento al trattamento per l'indennità di maternità e paternità in caso di adozione e di affidamento, ha ritenuto non compatibile alla nostra Carta la disparità di trattamento tra lavoro autonomo e lavoro subordinato⁸, ritenendola recessiva rispetto alla «necessità di adeguata assistenza per il minore nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia, anche nel periodo che precede il suo ingresso nella famiglia stessa, e tale necessità si presenta con connotati identici per entrambe le categorie di lavoratrici»⁹.

Infine, l'affinamento delle tutele è stato completato da una pronuncia del 2015 (ancora in materia di tutele in caso di adozione ed affidamento) nella quale la Consulta ha convintamente affermato l'applicabilità dell'art. 37 Cost. al lavoro autonomo¹⁰.

3. La disciplina applicabile

Il percorso avanguardistico della Corte è stato recepito, *lento pede*, dal legislatore.

L'analisi degli istituti seguirà la traccia fornita dal legislatore nel d.lgs. n. 151/2001 (di seguito solo «T.U.») e, di seguito, si analizzeranno le regole per lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (di seguito solo «lavoratrici iscritte alla gestione separata»), per le lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, mezzadre e colone, artigiane ed esercenti attività commerciali di cui alle leggi 26 ottobre 1957, n. 1047, 4 luglio 1959, n. 463, e 22 luglio 1966, n. 613, imprenditrici agricole a titolo principale, pescatrici autonome della piccola pesca marittima e delle acque interne (di seguito solo «lavoratrici di cui al Capo XI T.U.»), per le libere professioniste iscritte alle casse di previdenza privatizzate (di seguito solo

lavoro le ha consentito di raggiungere e ad evitare, quindi, che alla maternità si ricollegli uno stato di bisogno economico».

⁷ C. cost., 26 luglio 2000, n. 361.

⁸ C. cost., 23 dicembre 2003, n. 371; C. cost., 14 ottobre 2005, n. 385.

⁹ C. cost., 22 novembre 2012, n. 257, in *GCost*, 2013, 490, con nota di R. Pessi.

¹⁰ C. cost., 22 ottobre 2015, n. 205, *RIDL*, 2016, II, 204, con nota di Nunin.

«libere professioniste»). Per ciascun gruppo, poi, saranno descritte le tutele accordate ai padri.

Per esigenze di chiarezza espositiva si eviterà di dar conto di tutte le evoluzioni legislative che vi sono state nel tempo, commentando solo la disciplina vigente¹¹.

3.1. Le lavoratrici ed i lavoratori iscritti alla gestione separata

Il primo gruppo comprende sia l'area della parasubordinazione sia quella delle lavoratrici e dei lavoratori non iscritti alle casse di previdenza privatizzate.

Le norme giuridiche di riferimento sono gli artt. 64, 64-*bis*, 64-*ter* del T.U. ed il d. interm. 4 aprile 2002 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

L'art. 64, in particolare, garantisce che la tutela della maternità avvenga *nelle forme e con le modalità* previste per il lavoro dipendente, con diritto alla indennità di maternità per i due mesi precedenti e per i tre mesi successivi al parto (estensibili di ulteriori tre mesi a determinate condizioni)¹² *ma a prescindere dalla effettiva astensione lavorativa* durante il periodo di fruizione dell'indennità di maternità.

Il superamento dell'obbligatorietà del congedo della lavoratrice autonoma lo dobbiamo, come noto, alla novella apportata dall'art. 13, comma 1, l. n. 81/2017 che, finalmente, ha equiparato la posizione delle iscritte alla gestione separata a quella delle altre libere professioniste¹³.

Il riferimento alle *forme* ed alle *modalità* previste per le lavoratrici subordinate comporta, ad esempio, che alle lavoratrici che *vogliono* fruire anche del congedo, trovino applicazione le disposizioni sulla flessibilità (art. 20 T.U.), sul rinvio o sospensione (art. 16-*bis* T.U.) e sulla fruizione posticipata (art. 16 T.U.)¹⁴ della sospensione.

¹¹ Per la descrizione di tali evoluzioni, si rinvia a Vallauri, *Sub artt. 64 sgg.*, in De Luca Tamajo, Mazzotta 2022, 1349 sgg. Sui più recenti interventi legislativi in materia v., per il d.lgs. n. 80/2015: Calafà 2016; Nunin 2016; 2018; Vallauri 2016; per la l. n. 81/2017: Ferrara 2018; per il d.lgs. n. 105/2022: De Leonardis 2023; Taschini 2023a. Tra i più recenti contributi si veda De Leonardis 2024; Taschini 2023b.

¹² Si tratta della modifica apportata dall'art. 1, comma 239, l. n. 234/2021 che si applica purché le lavoratrici abbiano dichiarato nell'anno precedente l'inizio della maternità un reddito inferiore a € 9.280 (valore rivalutato nel 2024). Si veda Circ. Inps, 3 gennaio 2022, n. 1.

¹³ Il superamento della obbligatorietà del congedo comporta, dunque, che la lavoratrice possa, nel periodo indennizzabile, decidere di continuare a prestare l'attività lavorativa e ricevere compensi. Sulla percezione di compensi riferita al previgente sistema, si veda Cass., 12 marzo 2020, n. 7089, secondo cui: «l'indennità di maternità, prevista dall'art. 64 d.leg. n. 151 del 2001 (ratione temporis vigente) per le lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all'art. 2, 26° comma, l. n. 335 del 1995, prescinde dallo stato di effettivo bisogno in cui versi la donna nel periodo di riferimento, ed è pertanto compatibile con la percezione di redditi non correlati all'effettiva prestazione di attività lavorativa» (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto all'indennità in discorso, in favore di una donna che, nel medesimo periodo, aveva percepito il compenso per la carica di amministratore di srl, pur non avendo prestato attività lavorativa, come da attestazione ex art. 5 d.m. 12 luglio 2007).

¹⁴ Circ. Inps, 16 novembre 2018, n. 109 e Circ. Inps, 12 dicembre 2019, n. 148.

Le ulteriori previsioni del T.U. (introdotte dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 80/2015) regolano l'indennità di maternità in caso di adozione ed affidamento, che spetta per i cinque mesi successivi all'effettivo ingresso del minore in famiglia (art. 64-*bis* T.U.)¹⁵ ed affermano il principio di automaticità delle prestazioni di maternità, a prescindere dal versamento dei contributi previdenziali «da parte del committente»¹⁶ (art. 64-*ter* T.U.). Il riferimento legislativo al committente induce a ritenere che tale ultima disposizione trovi applicazione solo nei confronti delle lavoratrici parasubordinate e non per le lavoratrici autonome, che sono invece responsabili dell'adempimento dell'obbligazione contributiva e per le quali, quindi, l'erogazione della indennità di maternità è subordinata all'accREDITAMENTO effettivo di almeno 3 mensilità di contribuzione nei 12 mesi precedenti l'anno di inizio del periodo indennizzabile¹⁷.

L'indennità di maternità è determinata per ciascuna giornata del periodo indennizzabile in misura pari all'80 % di 1/365 del reddito, derivante da attività di collaborazione coordinata e continuativa o libero professionale, utile ai fini contributivi, per i dodici mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile¹⁸.

Le lavoratrici autonome, se prestano attività continuativa nei confronti del committente, hanno diritto alla sospensione della prestazione, per un periodo non superiore a 150 giorni, senza diritto al corrispettivo (art. 14, comma 1, l. n. 81/2017). Previo consenso del committente, poi, le lavoratrici autonome hanno la possibilità di farsi sostituire da altri lavoratori autonomi di fiducia, in possesso dei necessari requisiti professionali, anche attraverso il riconoscimento di forme di compresenza della lavoratrice e del suo sostituto (art. 14, comma 2, l. n. 81/2017)¹⁹.

Le disposizioni del T.U. oggetto di analisi non prevedono espressamente tutele per i padri lavoratori per i quali, però, con il d. interm. 4 aprile 2002, è stato fissato il diritto ad un'indennità per un periodo di tre mesi (successivi alla data effettiva del parto, o per il periodo residuo che sarebbe spettato alla lavoratrice madre) in caso di morte o grave infermità della madre o di abbandono, in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre (art. 3, comma 1) e in caso di adozione o di affidamento, anche in alternativa alla madre che non ne faccia richiesta (art. 3, comma 2).

Per tale ultima ipotesi (adozione ed affidamento), tuttavia, si deve ritenere che il diritto alla indennità di paternità spetti per cinque mensilità in ragione

¹⁵ La originaria formulazione dell'art. 64 prevedeva un'indennità per soli 3 mesi e tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da C. cost., 22 novembre 2012, n. 257, cit.

¹⁶ Il principio di automaticità, prima della novella del 2015 (d.lgs. n. 80/2015), era stato riconosciuto dalla giurisprudenza di merito, si veda ad es. Trib. Nola, 7 febbraio 2017, n. 305, in www.foroplus.it.

¹⁷ Art. 4 d. interm. 4 aprile 2002 e Circ. Inps, 26 maggio 2003, n. 93. L'accREDITAMENTO è previsto dai dd.mm. 4 aprile 2002 e 12 luglio 2007. Sul tema si veda Circ. Inps, 26 febbraio 2016, n. 42.

¹⁸ Si veda sui criteri di calcolo, Cass., 20 marzo 2017, n. 7120, in www.foroplus.it.

¹⁹ Sul tema si veda Ferrara, op. cit., 419 sgg.

dell'intervento della Corte costituzionale (C. Cost. n. 257/2012) cui è seguita l'introduzione dell'art. 64-*bis* T.U. per le sole lavoratrici²⁰.

Per la prima delle due ipotesi (morte, grave infermità, ecc.), invece, il limite massimo di 3 mesi è difforme, in maniera del tutto irragionevole, dall'analogo diritto riconosciuto agli altri lavoratori autonomi di cui al Capo XI T.U. e per i quali l'indennità di paternità spetta *per tutta la durata del congedo di maternità* (o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre, art. 28, comma 1-*ter* e 66, comma 1-*bis* T.U.).

Il diritto al trattamento economico per congedo parentale è previsto invece dall'art. 8, comma 4 e sgg., l. n. 81/2017²¹, come modificato dal d.lgs. n. 105/2022. Le lavoratrici ed i lavoratori iscritti alla gestione separata hanno diritto ad un trattamento pari a tre mesi ciascuno, entro i primi dodici anni di vita del bambino.

Con un'aggiunta non felicissima da un punto di vista testuale, nel 2022 è stato introdotto un ulteriore periodo nell'art. 8, comma 4, l. n. 81/2017, col quale si accordano «ulteriori tre mesi di *congedo del bambino*» ai genitori, in alternativa tra di loro. Stando al tenore letterale, parrebbe che il legislatore aggiunga *alla indennità per congedo parentale un ulteriore congedo* di tre mesi²². I trattamenti economici per congedo parentale non possono superare complessivamente, e per entrambi i genitori, i 9 mesi²³.

Per il congedo parentale non opera il principio di automaticità delle prestazioni. Secondo l'art. 8, comma 5, l. n. 81/2017, l'indennità viene riconosciuta alla lavoratrice e/o al lavoratore che abbiano accreditate 3 mensilità di contribuzione nei 12 mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile.

Il principio di automaticità spiega i suoi effetti, invece, per l'indennità per congedo parentale fruita entro il primo anno di vita del bambino da genitori che abbiano «titolo» all'indennità di maternità o paternità (art. 8, comma 6, l. n. 81/2017). In tal caso non è necessaria la sussistenza di alcun requisito contributivo e tale previsione si applica anche ai lavoratori autonomi.

L'indennità per congedo parentale è calcolata in misura pari al 30% del reddito relativo alla contribuzione nei 12 mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile o del reddito preso a riferimento per la corresponsione dell'indennità di maternità o paternità.

Le regole poc'anzi descritte trovano applicazione anche nei casi di adozione o affidamento preadottivo (art. 8, comma 7, l. n. 81/2017).

²⁰ In tal senso si esprime anche la Circ. Inps, 26 febbraio 2016, n. 42.

²¹ La materia era prima regolata dall'art. 1, comma 788, l. n. 296/2006, espressamente abrogato dall'art. 8, comma 7, l. n. 81/2017.

²² Resta ferma ovviamente la facoltà dei genitori di fruire del congedo nei periodi indennizzati. Si rinvia alla Circ. Inps, 16 novembre 2018, n. 109, per la descrizione di varie ipotesi di fruizione dei congedi da parte dei genitori. L'Inps (Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122) sostiene l'obbligatorietà dell'astensione durante il periodo di fruizione dell'indennità per congedo parentale.

²³ Tale valore limite non pare applicabile, a stretto rigore, al genitore solo, per il quale vale il limite massimo di 6 mesi (Si veda Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122).

3.2. Le lavoratrici ed i lavoratori di cui al Capo XI T.U.

Il secondo gruppo di prestatori di lavoro autonomo è disciplinato dagli artt. 66-69 T.U.

Il Capo XI riconosce a tutte le lavoratrici un'indennità giornaliera di maternità (art. 66 e 68 T.U.). L'indennità spetta al padre lavoratore autonomo in caso di morte, di grave infermità della madre, di abbandono e in caso di affidamento esclusivo del bambino, per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre lavoratrice autonoma²⁴ o per la parte residua (art. 66, comma 1-*bis* T.U.).

Le indennità di maternità e paternità spettano anche in caso di adozione e di affidamento (art. 67, comma 2, T.U. che rinvia espressamente alle analoghe previsioni sul lavoro subordinato – art. 26 T.U.)²⁵.

Nel linguaggio legislativo non compare mai il richiamo alla parola congedo, non essendovi dubbi sulla facoltatività della astensione rispetto alla fruizione dell'indennità di maternità²⁶. Alle lavoratrici del Capo XI T.U. trovano applicazione le previsioni dell'art. 14 l. n. 81/2017 e, pertanto, se prestano attività continuativa nei confronti del committente, hanno diritto alla sospensione della prestazione, per un periodo non superiore a 150 giorni, senza diritto al corrispettivo (art. 14, comma 1, l. n. 81/2017). Previo consenso del committente, poi, le lavoratrici autonome hanno la possibilità di farsi sostituire da altri lavoratori autonomi di fiducia, in possesso dei necessari requisiti professionali, anche attraverso il riconoscimento di forme di compresenza della lavoratrice e del suo sostituto (art. 14, comma 2, l. n. 81/2017).

Ai fini dell'erogazione dell'indennità, l'Inps richiede la regolarità contributiva²⁷ nonostante appaia consolidato l'orientamento giurisprudenziale che, almeno per le lavoratrici agricole autonome, ritenga sufficiente la sola iscrizione negli elenchi di categoria²⁸.

L'art. 68 T.U. fissa nelle tradizionali cinque mensilità la misura della indennità che viene erogata dall'Inps (con il diritto ad ulteriori tre mesi a determinate condizioni)²⁹; la prestazione viene stabilita nella misura dell'80% di parametri reddituali differenti in relazione alle varie lavoratrici del Capo XI T.U.

²⁴ Il diritto alla indennità spetta anche nel caso in cui la madre sia lavoratrice subordinata, ai sensi dell'art. 28, comma 1-*ter*, T.U.

²⁵ Si veda però Vallauri, *Sub artt. 64 sgg.*, cit., 1353 la quale rileva che non è prevista la possibilità per il padre di beneficiare dell'indennità in luogo della madre che non ne faccia richiesta. Tale possibilità è prevista, per il lavoro subordinato, dall'art. 31 T.U. L'alternatività è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza per i genitori liberi professionisti, Cass., 15 gennaio 2013, n. 809.

²⁶ Sul tema si è pronunciata C. cost., 21 aprile 1993, n. 181, cit.

²⁷ Di recente, ancora, Circ. Inps, 3 gennaio 2022, n. 1 e Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122.

²⁸ Cass., 24 febbraio 2012, n. 2877; Cass., 8 aprile 2011, n. 8074. Si veda anche App. Roma, 24 giugno 2022, n. 2847, in www.foroplus.it, relativa ad una imprenditrice iscritta nella gestione commercianti.

²⁹ Art. 1, comma 239, l. n. 234/2021 e che si applica purché le lavoratrici abbiano dichiarato nell'anno precedente l'inizio della maternità un reddito inferiore a € 9.280 (valore rivalutato nel 2024). Si veda Circ. Inps, 3 gennaio 2022, n. 1.

In caso di gravidanza a rischio, il comma 2-*ter* dell'art. 68 – introdotto dal d.lgs. n. 105/2022 – prevede la possibilità di indennizzare anche i periodi antecedenti i due mesi prima del parto. L'Inps ha precisato che pure in tal caso non è necessaria l'astensione dall'attività lavorativa³⁰.

Si prevede poi un'indennità in caso di interruzione della gravidanza, nella misura di 30 giorni (art. 68, comma 3).

La disciplina dei congedi parentali, contenuta nell'art. 69 T.U., è stata novellata dal d.lgs. n. 105/2022: alle lavoratrici ed ai lavoratori autonomi è esteso il diritto al congedo parentale, limitatamente ad un periodo di 3 mesi entro il primo anno di vita del bambino (o dall'ingresso del minore); il diritto al congedo è riconosciuto anche in caso di adozione e di affidamento (art. 69, comma 1-*bis* T.U.). L'Inps ha precisato che il diritto a 3 mesi di congedo spetta a ciascuno dei genitori e l'erogazione dell'indennità è subordinata alla effettiva astensione dell'attività lavorativa³¹.

3.3. Le lavoratrici ed i lavoratori liberi professionisti

Per i liberi professionisti, regolati dal Capo XII T.U., iscritti alle casse di previdenza privatizzate, le norme di riferimento sono gli artt. 70, 71, 72, 73 T.U., come modificati dai dd.lggss. nn. 80/2015 e 105/2022, che hanno emendato le norme previdenti anche in ragione dei numerosi interventi della Corte costituzionale³².

L'indennità di maternità viene corrisposta nella misura di 5 mensilità (per i 2 mesi antecedenti la data del parto e per i 3 mesi successivi) e, a determinate condizioni reddituali, può essere estesa di ulteriori 3 mensilità³³. In caso di gravidanza a rischio, l'ultima parte del comma 1 dell'art. 70 T.U. prevede la possibilità di indennizzare anche i periodi antecedenti i due mesi prima del parto.

Il diritto all'indennità di maternità è indipendente dalla effettiva astensione dall'attività lavorativa (art. 71, comma 1, T.U.).

Nei commi 2, 3 e 3-*bis* dell'art. 70 T.U. viene disciplinata la misura dell'indennità che è pari all'80% di 5/12 del solo reddito professionale *percepito e denunciato* nel secondo anno precedente a quello dell'evento³⁴; i commi

³⁰ Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122.

³¹ Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122.

³² Alla novella poi si sono adeguati pedissequamente i regolamenti delle casse di previdenza che mimano le previsioni legali, differenziandosi tuttavia per la misura dei requisiti contributivi minimi richiesti per l'erogazione della prestazione. I regolamenti delle casse, di norma, prevedono anche la possibilità, nel caso in cui il rapporto assicurativo venga costituito successivamente ai 2 mesi precedenti il parto, di frazionare l'indennità di maternità. In termini anche Cass., 22 novembre 2001, n. 14814, in *OGI*, 2001, I, 880; Cass., 5 dicembre 2001, n. 15339.

³³ Art. 1, comma 239, l. n. 234/2021 che si applica purché le lavoratrici abbiano dichiarato nell'anno precedente l'inizio della maternità un reddito inferiore a € 9.280 (valore rivalutato nel 2024).

³⁴ In giurisprudenza, si veda Cass., 28 ottobre 2010, n. 22023; Cass., 10 giugno 2005, n. 12260; Cass. 9 settembre 2008, n. 23090; si veda anche Cass., 19 luglio 2012, n. 12513 che ha precisato che ai fini della determinazione del reddito percepito e denunciato è irrilevante la forma

3 e 3-bis dell'art. 70 T.U. pongono poi i limiti minimi e massimi della prestazione³⁵.

In caso di adozione e di affidamento vi è completa omologazione con il lavoro subordinato: l'indennità di maternità, infatti, «spetta per i periodi e secondo quanto previsto dall'art. 26» (art. 72, comma 1, T.U.)³⁶.

L'indennità spetta in misura intera in caso di interruzione della gravidanza avvenuta dopo il sesto mese di gravidanza (art. 71, comma 3, T.U.). Se l'interruzione avviene prima del terzo mese, l'indennità è corrisposta nella misura pari all'80% di 1 mensilità del reddito rilevante.

Una particolare attenzione merita la faticosa evoluzione delle tutele per il padre libero professionista. Solo con il d.lgs. n. 80/2015 è stata riconosciuta l'indennità di paternità per il caso di morte o grave infermità della madre o di abbandono (nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre) e per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre libera professionista o per la parte residua (art. 70, comma 3-ter, T.U.)³⁷.

in cui in concreto sia esercitata l'attività professionale e anche quando il reddito conseguito abbia natura mista, professionale e di impresa, come si verifica per la farmacista titolare di farmacia (in termini anche Cass., 7 novembre 2014, n. 23089). Per Cass., 17 dicembre 2007, n. 26568, occorre fare riferimento all'intero reddito percepito e denunciato ai fini fiscali, a differenza di quanto avviene per il calcolo della pensione, per il quale le casse di previdenza categoriali fanno riferimento esclusivamente ad un tetto di reddito professionale pensionabile (in termini anche App. Roma, 26 giugno 2006, in *FI*, 2006, 10, 1, 2914, con nota di Carbone, *contra* Trib. Potenza, 4 ottobre 2005, *ivi*).

³⁵ La somma erogabile per l'indennità di maternità non può essere inferiore ai cinque/dodicesimi dell'80% del salario minimo giornaliero stabilito per i lavoratori dipendenti, con riferimento alla qualifica di impiegato. Il salario minimo di riferimento è quello dell'anno cui si verifica l'evento. Nel caso in cui il periodo di maternità ricada a cavallo di due anni, la retribuzione di riferimento è quella pro-quota di ciascun anno. L'indennità minima relativa all'anno 2023 era pari ad euro 5.610,80. L'indennità minima relativa all'anno 2024 è pari ad euro 5.914,48. Il limite massimo è pari a 5 volte il valore minimo. La legge consente alle casse professionali di derogare il limite massimo della indennità (art. 72, comma 3-bis, T.U.). Si veda in giurisprudenza, Cass., 12 maggio 2016, n. 9757, secondo cui le casse hanno un obbligo di motivazione soltanto nel caso di esercizio del potere discrezionale di aumento e non anche in caso di mancato esercizio, in conformazione al tetto massimo di legge.

³⁶ La completa omologazione si è avuta con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 80/2015. Sulla previgente disciplina si è pronunciata, a più riprese, la Corte costituzionale. C. cost., 23 dicembre 2003, n. 371, in *MGL*, 2004, 169, con nota di Fontana, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 72 nella parte in cui non prevede che, nel caso di adozione internazionale da parte di libera professionista, l'indennità di maternità spetti nei tre mesi successivi all'ingresso del minore adottato o affidato, anche se abbia superato i sei anni di età. C. cost., 22 ottobre 2015, n. 205, cit., ha dichiarato incostituzionale l'art. 72 nella parte in cui, per il caso di adozione nazionale, prevede che l'indennità di maternità spetti alla madre libera professionista solo se il bambino non abbia superato i sei anni di età.

³⁷ Stando al tenore letterale della previsione, dovrebbe essere escluso il diritto alla indennità di paternità nel caso in morte (o per gli altri eventi contemplati) della madre lavoratrice subordinata. L'esclusione, tuttavia, è totalmente irragionevole e, per evitarla, potrebbe essere valorizzata la previsione di cui all'art. 28, comma 1-ter, T.U. che prevede il diritto alla indennità a carico dell'Inps ma nella misura prevista dall'art. 66 T.U.

La legge non prevede il diritto all'indennità per i padri lavoratori autonomi nei casi di adozione e di affidamento. Si tratta di un'omissione che è colpevolmente imputabile agli interventi legislativi recenti (del 2015 e del 2022)³⁸, considerando che tale profilo è stato affrontato, a più riprese, dalla Corte costituzionale.

Con una nota pronuncia del 2005, infatti, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del T.U. nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità³⁹. La Corte ha valorizzato l'interesse preminente del bambino, che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità. La tutela, nei casi dell'affidamento e dell'adozione, si prefigge di garantire «una completa assistenza al bambino nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia» e l'effettiva parità di trattamento tra i genitori, liberi di accordarsi sull'organizzazione familiare più adeguata, risponde al preminente interesse del minore.

Poiché la pronuncia del 2005 si è conclusa con un invito legislatore ad approntare un meccanismo attuativo che consentisse anche al lavoratore padre un'adeguata tutela, sono sorti nella giurisprudenza di merito dei dubbi sulla sua portata e, in particolare, sulla possibilità che essa potesse produrre effetti senza un ulteriore intervento legislativo. Nel 2018 la Corte costituzionale è tornata sul tema affermando che «il principio di parità tra i genitori adottivi conforma, difatti, la disciplina dell'indennità di maternità, che oramai vive nell'ordinamento, innervata dal principio ordinatore che questa Corte ha introdotto... In conclusione, al principio, enunciato in maniera puntuale nei termini di una perfetta parità tra i genitori adottivi, il giudice dovrà dunque fare riferimento per individuare un criterio di giudizio della controversia che è chiamato a decidere»⁴⁰.

Nei casi di adozione e di affidamento, l'indennità spetta anche al padre che può fruirne *in alternativa* alla madre⁴¹.

Per i liberi professionisti, infine, non è previsto il diritto al congedo parentale né il diritto alla correlativa indennità.

4. Piccole e grandi questioni aperte

La disciplina descritta ci porta a riconoscere la *sostanziale omogeneità* dei trattamenti normativi *nel* lavoro autonomo ed il progressivo avvicinamento della

³⁸ Vallauri, *Sub artt. 64 sgg.*, cit., 1355.

³⁹ C. cost., 14 ottobre 2005, n. 385. Sulla sentenza si veda Borelli, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in Calafà, *Paternità e lavoro*, Il Mulino, 2007, 239.

⁴⁰ C. cost., 23 maggio 2018, n. 105. Di recente si veda Cass., 23 maggio 2023, n. 14200; Cass., 25 maggio 2019, n. 14676; Cass., 27 aprile 2018, n. 10282.

⁴¹ Si veda Cass., 15 gennaio 2013, n. 809, che ha affermato l'alternatività e la fungibilità delle indennità di maternità e paternità nei casi di adozione e di affidamento. Per Cass., 12 giugno 2023, n. 16598 l'indennità non è suscettibile di moltiplicazione in caso di parto o adozione plurimi.

disciplina al lavoro subordinato, nel primo prisma del comune quadro costituzionale (artt. 31, 37, 35 Cost.).

Residuano delle piccole e grandi questioni che – ci si augura – saranno affrontate in maniera differente nel prossimo futuro.

L'ampia gamma di interventi giurisprudenziali e le evoluzioni legislative offrono all'interprete gli strumenti per risolvere alcune piccole questioni che emergono dal confronto fra le varie discipline sul lavoro autonomo.

Si pensi, ad esempio, al persistente obbligo speciale di astensione previsto per le ipotesi di maternità a rischio della lavoratrice autonoma iscritta alla Gestione separata, in virtù della espressa previsione contenuta nel d.m. 12 luglio 2007 del Ministero del lavoro e della previdenza sociale (art. 3), la cui vigenza è stata ribadita dall'Inps nel 2018⁴². Considerando che per le altre lavoratrici autonome non esiste un obbligo legale di astensione nei casi di maternità a rischio⁴³, è evidente la irragionevole disparità di trattamento che si viene a creare tra situazioni sostanzialmente identiche⁴⁴. La disparità di trattamento potrebbe essere appianata, a livello interpretativo, ritenendo che l'art. 3 del d.m. 12 luglio 2007 sia stato implicitamente abrogato dal superamento del divieto generale di astensione di cui all'art. 64, comma 2, T.U. come novellato dalla l. n. 81/2017⁴⁵.

Argomenti analoghi potrebbero valere per l'astensione delle lavoratrici e dei lavoratori autonomi (iscritti alla Gestione separata e del Capo XI) nel caso di congedo parentale che, secondo l'Inps, sarebbe obbligatoria⁴⁶. La pretesa dell'ente previdenziale pare irragionevole rispetto alla generale inesistenza dell'obbligo in caso di maternità o paternità: è paradossale escludere l'obbligo nell'ultima fase della gravidanza (anche nei casi di maternità a rischio) e nei primi mesi di vita del bambino ed imporlo, invece, in un periodo successivo. È ragionevole ritenere insussistente tale obbligo.

Ancora in via interpretativa è agevole colmare la lacuna della tutela (assente in tutte le discipline sul lavoro autonomo) per i padri adottivi o affidatari nel caso di morte, infermità o abbandono della madre. Come rilevato correttamente dalla dottrina (Vallauri 2023a, 76), è sufficiente valorizzare la giurisprudenza della Corte costituzionale (a partire da C. Cost. 385/2005) sul preminente interesse del minore, per includere i padri entro la tutela.

Esistono, infine, due questioni di più complessa soluzione.

⁴² Circ. Inps, 16 novembre 2018, n. 109.

⁴³ Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122 in cui l'Inps ha escluso espressamente l'obbligo per le lavoratrici di cui al Capo XI T.U.

⁴⁴ Lo rileva De Leonardis 2024, 127.

⁴⁵ In tal senso Vallauri, *Sub artt. 64 sgg.*, cit., 1349.

⁴⁶ Circ. Inps, 27 ottobre 2022, n. 122. La posizione dell'Inps potrebbe trovare qualche sponda interpretativa nelle non felici formulazioni letterali delle norme rilevanti che alludono espressamente alla parola *congedo*: «i genitori hanno diritto, in alternativa tra loro, ad ulteriori tre mesi di congedo» (art. 8, comma 4, l. n. 81/2017) e «diritto al congedo parentale» (art. 68 T.U.).

La prima riguarda l'alternatività dell'indennità (di maternità e di paternità) per i lavoratori autonomi genitori biologici o, se si preferisce, la possibilità che il padre biologico fruisca dell'indennità di paternità *in luogo* della madre (lavoratrice autonoma) *al di fuori* dei casi espressamente previsti (morte, infermità, ecc.).

Tale possibilità non è oggi contemplata dall'ordinamento né per il lavoro autonomo né, ovviamente, per il lavoro subordinato.

Per il lavoro autonomo, però, una breccia sembrava essere stata aperta dalla sent. n. 385/2005 della Corte costituzionale che, pronunciandosi in materia di adozione, aveva ritenuto che *l'effettiva parità di trattamento tra i genitori, liberi di accordarsi sull'organizzazione familiare più adeguata*, rispondesse al preminente interesse del minore.

Nel 2010, però, la Corte costituzionale ha nettamente escluso l'assimilabilità delle posizioni della madre e del padre biologici. Secondo la Corte «le norme poste direttamente a protezione della filiazione biologica, oltre ad essere finalizzate alla protezione del nascituro, hanno come scopo la tutela della salute della madre nel periodo anteriore e successivo al parto, risultando, quindi, di tutta evidenza che, in tali casi, la posizione di quest'ultima non è assimilabile a quella del padre»⁴⁷.

I pregevoli argomenti utilizzati dalla Corte, tuttavia, non sono pienamente pertinenti ed anzi sono il frutto di confusione tra tipi contrattuali che, se è innegabile che si siano avvicinati, sono, e continuano ad essere, diversi.

La necessità di protezione della salute della madre – che è sacrosanta – è intrinsecamente collegata alla (disciplina della) maternità nel lavoro subordinato ma non lo è di necessità nel lavoro autonomo⁴⁸, per il quale *non vi è obbligo di astensione* e gli strumenti di tutela sono quasi esclusivamente di tipo economico⁴⁹. L'argomento appare dunque ultroneo ed inidoneo a differenziare in maniera pertinente le posizioni della madre e del padre lavoratori autonomi.

La seconda questione riguarda l'orientamento giurisprudenziale, consolidato, che esclude, per le libere professioniste, la cumulabilità di indennità di maternità erogabili da diversi enti e/o casse di previdenza.

Il fondamento normativo viene rinvenuto nell'art. 71, comma 2, T.U. che impone che la domanda di indennità di maternità debba essere corredata da

⁴⁷ C. cost., 28 luglio 2010, n. 285. Sulla sentenza si veda Calafà 2011. L'alternatività è stata esclusa anche da Cass., 30 maggio 2016, n. 11129; Cass., 2 maggio 2016, n. 8594, in *FI*, 2016, 10, I, 3197. In senso contrario, ma prima di C. cost. n. 285/2010, Trib. Termini Imerese, 4 novembre 2009, n. 1290, in *GDir*, 2010, 10, 72, con nota di Ghiedo, Casotti; Trib. Firenze, 29 maggio 2008, n. 710, in *RIDL*, 2009, II, 263, con nota di Savino. Calafà 2011, 360, menziona altre due pronunce di merito, Trib. Alessandria, 27 maggio 2010, n. 226 e Trib. Savona, 23 febbraio 2009.

⁴⁸ Calafà 2011, 362-63, che pure richiama Cinelli 1998, 1201, il cui ragionamento si impernia sulla tutela dal bisogno (*ex art. 38 Cost.*) e non sulla protezione della salute fisica e biologica della madre.

⁴⁹ Ales 2016, 552. Si veda pure C. cost., 29 gennaio 1998, n. 3, cit., secondo cui: «La probabile diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa non incide, comunque, sulla predetta necessaria serenità se compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene».

un'autocertificazione «attestante l'inesistenza del diritto alla indennità di maternità di cui al Capo III, al Capo X e al Capo XI».

Sulla scorta di tale previsione, la Corte di cassazione, a più riprese, ha ritenuto legittimo il diniego di erogazione della prestazione di maternità da parte delle casse di previdenza privatizzate (in particolare Cassa forense) richieste da lavoratrici autonome (in particolare avvocate, insegnanti *part-time* di ruolo nel comparto scuola)⁵⁰. Secondo Cass. n. 27224/2017: «la formulazione della norma appare del tutto chiara ed univoca e non consente una interpretazione diversa dall'impossibilità di godere del trattamento previsto dall'art. 70 nel caso in cui la richiedente goda già di una prestazione di altro ente in quanto, diversamente opinando, la disposizione sarebbe *inutiliter data* e non avrebbe alcuna utilità»⁵¹.

L'interpretazione fornita dalle casse di previdenza privatizzate, ed avallata dalla giurisprudenza, è ancor più radicale di quanto possa apparire. Lungi dal riconoscere un mero divieto di cumulo di prestazioni (in altri termini: non si possono cumulare due prestazioni di maternità), essa *esclude* totalmente la possibilità per la lavoratrice autonoma di scegliere a quale ente o cassa di previdenza indirizzare la propria domanda di indennità di maternità (in altri termini: non si può accogliere la domanda di indennità se essa può essere erogata da altra gestione o cassa privata). La scelta è preclusa a monte, nella quasi totalità dei casi, quando la libera professionista ha un contratto di lavoro subordinato, essendovi l'obbligo *ex lege* di astensione dalla prestazione.

La radicale interpretazione, dunque, si traduce nell'obbligo della lavoratrice autonoma di ricevere la prestazione di maternità dall'ente diverso dalla propria cassa di previdenza⁵².

Pare che questa interpretazione sia gravemente in contrasto con la valorizzazione della libertà di scelta della lavoratrice che, proprio in materia di maternità *ed anche in relazione al lavoro subordinato*, si sta espandendo.

⁵⁰ Cass., 11 gennaio 2018, n. 515; Cass., 16 novembre 2017, n. 27224; Cass., 17 giugno 2013, n. 15072. Si veda anche Trib. Milano, 7 agosto 2014, n. 2351, in www.dejure.it, relativa ad una lavoratrice che con lo stesso datore di lavoro aveva stipulato un contratto di lavoro subordinato a tempo parziale ed un contratto di collaborazione autonoma professionale con contribuzione versata all'ENPAM. *Contra* App. Firenze, 4 ottobre 2022, in *Labor*, 2023, 1, 81, con nota di Calafà, relativa però ad una vicenda peculiare (avvocata e docente universitaria a tempo definito di un'università privata).

⁵¹ Nella sentenza poi vi sono ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale sullo stato di bisogno e sulla nozione di tenore di vita che appaiono fuorvianti. Essi sono la riproposizione, parziale, di C. cost. n. 3/1998 ma si tratta di affermazioni che la Consulta riferiva alla indennità di maternità delle lavoratrici subordinate e non a quella delle lavoratrici autonome. Per queste ultime, differentemente, la Consulta, ha affermato: «la libera professionista non deve essere turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale. Ciò può avvenire lasciando che la lavoratrice svolga detta funzione familiare conciliandola con la contemporanea cura degli interessi professionali non confliggenti col felice avvio della nuova vita umana. La probabile diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa non incide, comunque, sulla predetta necessaria serenità se compensata dal sostegno economico proveniente dalla solidarietà della categoria cui la donna appartiene».

⁵² Calafà 2023, 90, che definisce quella dell'art. 71 T.U. una «regola capestro».

Vi è poi una conseguenza ulteriore della interpretazione qui contestata. Nei casi statisticamente più ricorrenti di cumulo tra lavoro autonomo e lavoro subordinato a tempo parziale, l'unica indennità che la lavoratrice può ottenere è *economicamente ridotta* perché ridotto è il montante retributivo (del lavoro subordinato) a cui parametrarla.

In tal caso viene da chiedersi se l'indennità possa:

- a) garantire quella *serenità* che la Corte costituzionale ha ritenuto *necessaria* per la lavoratrice autonoma nel periodo di diminuzione del reddito a motivo della sospensione o riduzione dell'attività lavorativa⁵³;
- b) essere in linea con i criteri di sufficienza dall'art. 8 della Dir. 2010/41/UE o di adeguatezza previsti dalla Racc. del Consiglio dell'8 novembre 2019 (2019/C 387/01).

La sufficienza e l'adeguatezza delle prestazioni di maternità, associate alla libertà che si sta sempre più convintamente affermando nella nuova dogmatica delle sospensioni del rapporto, dovrebbero consentire alla lavoratrice autonoma di scegliere a quale ente o cassa previdenziale indirizzare la domanda di indennità di maternità.

Qualora poi la scelta non sia possibile, non vi è ragione di escludere che le prestazioni di maternità possano essere integrate dagli enti e dalle casse di previdenza privatizzate in una logica di complementarietà. Non è un caso se la dottrina più attenta invochi una rilettura dell'art. 71 adattata alla graduale affermazione del principio di parità del trattamento retributivo tra donne ed uomini, anche mediante una disapplicazione della normativa interna non conforme al diritto dell'Unione⁵⁴. In questa prospettiva degni di menzione sono alcuni regolamenti di casse previdenziali che, pur affermando l'incumulabilità delle prestazioni, nel caso di lavoro *part-time* prevedono un'integrazione della prestazione percepita sino alla concorrenza della misura minima dell'indennità prevista dalla cassa di previdenza privata⁵⁵.

Riferimenti bibliografici

- Ales, M. 2016. "Maternità e congedi parentali." In *Enciclopedia del diritto*, Annali IX. Milano: Giuffrè.
- Calafà, A. 2011. "Padri liberi professionisti e tutela economica della maternità. La parabola interpretativa della Corte costituzionale." *RGL* 3: 359 sgg.

⁵³ C. Cost., 29, gennaio 1998, n. 3, cit.

⁵⁴ Calafà 2023, 93 che invoca una rilettura dell'art. 71 adattata alla graduale affermazione del principio di parità del trattamento retributivo tra donne ed uomini, anche mediante una disapplicazione della normativa interna non conforme al diritto U.E.

⁵⁵ L'art. 4 del *Regolamento della corresponsione dell'indennità di maternità* dell'Enpap, pur affermando l'incumulabilità delle prestazioni, nel caso di lavoro *part-time* prevede un'integrazione della prestazione percepita sino alla concorrenza della misura minima dell'indennità prevista dalla cassa di previdenza privata. La medesima integrazione è prevista dall'art. 6 del *Regolamento E.N.P.A.M. a tutela della genitorialità*. L'Enpam poi prevede un indennizzo integrativo, per tutti gli altri casi di cumulo diversi dal lavoro *part-time*, fino al raggiungimento del minimo della prestazione assicurato dall'ente privato.

- Calafà, A. 2016. “Le misure di conciliazione vita-lavoro: un quadro di sintesi.” In *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, a cura di Z. Grandi e M. Biasi, 693 sgg. Wolters Kluwer – Cedam.
- Calafà, A. 2023. “Libera professionista e docente universitaria: la Corte d’appello afferma il principio di complementarietà dei trattamenti di maternità.” *Labor 1*.
- Cinelli, G. 1998. “Indennità di maternità e lavoro libero professionale.” *GC 5*.
- De Leonardis, F. 2023. “L’estensione della tutela per maternità delle lavoratrici autonome.” In *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, a cura di D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Filì, e A. Trojsi, 517 sgg. Adapt University Press.
- De Leonardis, F. 2024. “Lavoro non subordinato e maternità. Considerazioni a margine del d.lgs. n. 105/2002.” *LG 2*: 122 sgg.
- De Luca Tamajo, M., e Mazzotta, A. (a cura di). 2022. *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Wolters Kluwer – Cedam.
- Ferrara, A. 2018. “La sostituzione nelle prestazioni di lavoro autonomo in caso di maternità.” In *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Z. Grandi e M. Biasi, 419 sgg. Wolters Kluwer – Cedam.
- Nunin, M. 2016. “Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi.” In *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, a cura di D. Gottardi, 109 sgg. Torino: Giappichelli.
- Nunin, M. 2018. “La tutela della gravidanza e la sospensione in ipotesi di maternità, malattia e infortunio.” In *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Z. Grandi e M. Biasi, 409 sgg. Wolters Kluwer – Cedam.
- Papa, S. 2021. “Working (&) poor. Dualizzazione del mercato e lavoro autonomo povero nell’UE.” *RDSS 1*: 49 sgg.
- Perulli, A. 2021. *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2022. *Treu, «In tutte le sue forme e applicazioni». Per un nuovo Statuto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Ratti, S. (a cura di). 2022. *In-work poverty in Europe. Vulnerable and under-represented persons in a comparative perspective*. Wolters Kluwer.
- Taschini, M. 2023. “L’indennità di maternità per le libere professioniste.” In *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, a cura di D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Filì, e A. Trojsi, 538 sgg. Adapt University Press.
- Taschini, M. 2023b. “La maternità delle libere professioniste dopo il d.lgs. n. 105/2022.” *LG 6*: 553 sgg.
- Vallauri, M.L. 2016. “La lunga marcia dei genitori adottivi e affidatari.” In *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, a cura di D. Gottardi, 85 sgg. Torino: Giappichelli.
- Vallauri, M.L. 2023a. “Lavori indipendenti e strumenti di conciliazione vita-lavoro.” In *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della direttiva 2019/1158/UE*. Napoli: Editoriale Scientifica.

L'insegnamento universitario del diritto del lavoro

Laurent Gamet

Nelle facoltà di diritto francesi, il diritto del lavoro viene generalmente insegnato al terzo anno della *Licence* (laurea triennale¹). All'inizio di tale percorso di studio, gli studenti non hanno alcuna conoscenza della materia, anche se spesso ne hanno un'idea più o meno vaga, e più o meno accurata, grazie alla loro cerchia familiare o alla loro esperienza lavorativa. Gran parte di ciò che gli studenti sanno sul diritto del lavoro lo apprendono durante la *Licence*, e pochissimi di loro lo approfondiranno durante il Master.

Nell'ambito della *Licence*, le lezioni di diritto del lavoro sono solitamente impartite in un corso annuale. Tuttavia, gli studenti possono frequentarne solo la metà, in virtù del «sistema semestrale» degli studi universitari. Quando la materia è una delle «unità fondamentali», i «travaux dirigés»² sono aggiunti alle lezioni del professore. Non è così, invece, quando la materia è scelta tra le cosiddette «unità complementari». Alla stregua dell'anno accademico, che è diviso in due seme-

¹ Gli studi universitari in Francia iniziano dopo il *lycée* e il *baccalauréat*. Iniziano con una «Licence» triennale e proseguono, se lo studente è autorizzato, con un «Master» biennale, secondo il cosiddetto processo di Bologna... che in Italia non viene applicato!

² Si tratta di una caratteristica specifica della Francia: i «travaux dirigés (TD)» sono gruppi di circa 30 studenti, guidati da un «chargé de travaux dirigés» (di solito uno studente che si prepara al dottorato di ricerca o un professionista, come un avvocato). Durante il «TD» vengono discussi e corretti gli esercizi somministrati dal professore. I «TD» durano generalmente 15 ore a semestre per un corso totale di 33 ore.

stri, il corso di laurea in diritto del lavoro segue il più delle volte la *summa divisio* tradizionale in Francia, distinguendo tra rapporti di lavoro individuali, i cui rudimenti vengono insegnati nel primo semestre, e collettivi, insegnati nel secondo semestre (con due professori che a volte condividono l'insegnamento annuale).

Tuttavia, questa *summa divisio* è poco convincente dal punto di vista pedagogico. In primo luogo, se gli studenti decidono di abbandonare il corso di diritto del lavoro durante l'anno, non avranno una visione complessiva della materia. In secondo luogo, alcuni dei concetti trattati nella sezione dedicata alle «relazioni collettive di lavoro» devono essere conosciuti per comprendere il corso dedicato alle relazioni individuali. Ad esempio, come si può studiare il licenziamento di un rappresentante dei lavoratori, che è soggetto a un regime speciale, senza parlare della rappresentanza del personale? Un altro esempio: la legge sull'orario di lavoro pone molta enfasi sulla contrattazione collettiva. Come si può pensare di trattare la deroga alle 35 ore settimanali senza menzionare il contratto collettivo di lavoro, che è alla base di tale deroga? Certo, il docente può anticipare l'argomento e dare qualche spiegazione sul contratto collettivo, ma poi dovrà necessariamente accennare a quali sono i sindacati rappresentativi, che sono gli unici a poter stipulare quel contratto collettivo... Nel passaggio tra i due momenti, si rischia di perdere gli studenti, o quantomeno di dare l'impressione che l'argomento sia disarticolato.

Invertire l'ordine, partendo dai rapporti collettivi, potrebbe essere una soluzione, ma non eliminerebbe del tutto l'ostacolo: possiamo davvero fare a meno, all'inizio del corso, di definire prima il lavoratore e il datore di lavoro e quindi il campo di applicazione del diritto del lavoro? Non si dovrebbero studiare prima le fonti del diritto del lavoro? Inoltre, alcuni aspetti trasversali del diritto del lavoro sono difficili da inserire in una casella o in un'altra: è il caso, ad esempio, della sicurezza sul lavoro.

Si può quindi prevedere una struttura diversa per il corso di *Licence*. Nel primo semestre ci dovrebbe essere un'introduzione generale al diritto del lavoro, incentrata sugli aspetti chiave di tale disciplina (il lavoratore, il datore di lavoro, i due canali di rappresentanza del personale, la salute e la sicurezza, l'uguaglianza e la discriminazione, per esempio) e sulle sue fonti (il diritto internazionale, il diritto europeo, il diritto costituzionale, il diritto legislativo, il diritto contrattuale-collettivo, i collegamenti tra le fonti). Il professore dovrebbe fornire una panoramica generale della materia, delineandone i temi principali ed evidenziando le dimensioni politiche e sociali delle questioni sollevate. Il vantaggio principale di questo tipo di organizzazione è che tale introduzione generale sarebbe di per sé sola sufficiente se lo studente dovesse decidere di abbandonare lo studio della materia; la stessa fornirebbe, infatti, un'introduzione ai concetti principali del diritto del lavoro. Inoltre, darebbe agli studenti il sostrato di acquisizioni necessarie per approfondire il mondo del diritto del lavoro nel secondo semestre. Nella seconda parte dell'anno, il docente potrebbe organizzare lo studio del diritto partendo dalle basi che sono state gettate, eventualmente seguendo la *summa divisio* tra rapporti individuali e collettivi di lavoro, il cui valore non viene più discusso in questa sede.

L'insegnamento del primo anno del Master consiste nell'approfondire e studiare le norme nel dettaglio. È anche l'occasione per consolidare i collegamenti tra i diversi corsi, in particolare quelli che hanno come epicentro il lavoro o le questioni sociali, come il diritto della sicurezza sociale, il diritto del lavoro europeo e il diritto della funzione pubblica del lavoro pubblico. Nel secondo anno del Master, proprio quando lo studente sta per entrare nel mondo professionale del lavoro, c'è (solo) il tempo per un'introduzione alla pratica professionale, che sarà perfezionata da un tirocinio, dai primi anni di pratica ed eventualmente da una scuola professionale (come le scuole di formazione per avvocati).

Tuttavia, già durante la *Licence*, gli studenti sono desiderosi di mettere in pratica le loro conoscenze e sono sensibili alla critica secondo cui gli studi universitari forniscono una preparazione troppo teorica. Occorre tuttavia sottolineare come durante la *Licence* non si tratta di rendere gli studenti immediatamente operativi (cosa che peraltro potrebbe essere attuata solo su questioni di base). Esistono altri percorsi rispetto alla laurea triennale in giurisprudenza, di tipo professionalizzante, che consentono agli studenti di essere immediatamente operativi. Sebbene non si rinunci a evocare situazioni pratiche per dare rilievo e illustrare il punto oggetto di insegnamento, o anche a mostrare agli studenti come nella pratica si individua la norma, la si discute e la si inserisce in una strategia giudiziaria, la sfida della laurea triennale è quella di affrontare il diritto – e il diritto del lavoro in particolare – dall'alto e nel tempo, spiegando agli studenti la sua storia, i suoi fondamenti, la sua collocazione nelle questioni sociali contemporanee, i suoi presupposti politici e l'ideologia che sta dietro alle controversie. La storia, l'economia e la scienza politica trovano in tale sede il loro posto.

Un giurista, e a maggior ragione un buon giurista, è colui che sa individuare il problema (giuridico) da risolvere, si pone le domande giuste, ragiona in modo rigoroso combinando elementi giuridici e fattuali: questo è il vero sapere del giurista. È essenziale – per non dire imprescindibile – avere una chiara visione delle questioni poste, della posta in gioco, del loro inserimento in un quadro concettuale più ampio, e la capacità di argomentare in modo logico e convincente, ed è a questo fine che dovrebbe essere indirizzato l'insegnamento universitario nella *Licence* e nei primi anni dei Master. Formare uno studente significa mettere il diritto in prospettiva, contestualizzarlo e non cadere in un eccessivo positivismo e tecnicismo.

In altre parole, un buon giurista è colui che, dopo aver completato i suoi studi, sa identificare la questione giuridica rilevante, individuare la norma di legge appropriata, articolare gli elementi giuridici e fattuali secondo una linea di ragionamento per arrivare a una conclusione, a un consiglio pertinente o a un'argomentazione rigorosa a sostegno di un'opzione tra quelle in discussione, il tutto con un linguaggio chiaro, impeccabile e preciso. Un buon giurista è anche fantasioso: sappiamo tutti che “*il diritto è la più potente scuola di immaginazione. Mai un poeta ha interpretato la natura così liberamente come un avvocato la realtà*” (Jean Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*).

I docenti devono risvegliare le menti, alimentare lo spirito critico, insegnare a ragionare con la propria testa e ad articolare gli elementi in modo logico e ri-

goroso. Le facoltà di giurisprudenza non possono e non devono ridursi a scuole professionali – che hanno i loro meriti, ma solo all’inizio della vita professionale. Se vogliono diventare buoni professionisti, non c’è consiglio migliore da dare agli studenti che quello di leggere la dottrina giuridica più impegnativa. Se l’inserimento nel mondo del lavoro è un obiettivo, gli studi universitari non possono ridursi all’apprendimento delle corrette condotte professionali (diritto in azione), della casistica. Tali studi sono anche – e soprattutto! – un momento di elevazione culturale e di pensiero fondamentale (pensare il diritto). *“La mente, infatti, non è come un vaso che deve essere riempito, ma è piuttosto una sostanza che ha bisogno solo di essere riscaldata; la mente deve essere ispirata da un ardore di indagine che la spinga vigorosamente alla ricerca della verità”* (Plutarco).

Avrei tanto voluto parlare di tutto questo con il professor Riccardo Del Punta, che non era solo un ricercatore di spicco, ma anche un docente molto apprezzato dai suoi studenti. Colgo l’occasione per ringraziarlo per la gentilezza con cui mi ha accolto in ogni mia visita all’Università di Firenze.

La disciplina del rapporto di lavoro nella logistica (art. 1677-*bis* cod. civ.)

Domenico Garofalo

1. La scelta del tema per continuare il dialogo con Riccardo Del Punta

Al tema delle esternalizzazioni e delle ricadute sul rapporto di lavoro Riccardo ha dedicato numerose e significative riflessioni a partire dal 1995, con saggi specifici in tema di intermediazione, ma anche nei contributi di più ampio respiro che ci ha lasciato in eredità, ultimo in ordine di tempo il «*Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*», scritto nel 2020 con Treu e Caruso, e nel suo manuale «Diritto del lavoro» giunto al momento della sua scomparsa alla 14° edizione. Sul tema ho dialogato con Riccardo nella Relazione da me svolta alle Giornate di diritto del lavoro dell'AIDLASS tenutesi a Cassino nel 2017, dandone ampio conto nel testo scritto, ma anche nel corso della illustrazione orale; ricordo che al termine della stessa, presente sua moglie Angela, mi ringrazì per averlo citato più volte.

Poiché sono molto affezionato a questa mia esperienza e al dialogo che in ragione di essa ho potuto avere con Riccardo, tra le tante tematiche delle quali Egli si è occupato nelle 372 opere pubblicate in 40 anni di operosità scientifica, ho voluto tornare sull'argomento prendendo spunto dalla recente (2021/2022) tipizzazione nel codice civile del contratto di logistica, che per il suo collocarsi a cavallo dei contratti di appalto e di trasporto pone all'interprete interessanti questioni applicative, per la cui soluzione ho attinto agli insegnamenti in materia che a me, come a tutta la comunità scientifica, ha dato Riccardo al quale va ancora una volta il mio ringraziamento non disgiunto da un commosso ricordo.

Domenico Garofalo, University of Bari, Italy, domenico.garofalo@studiolegalegarofalo.it, 0000-0001-8232-054X

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Domenico Garofalo, *La disciplina del rapporto di lavoro nella logistica (art. 1677-bis cod. civ.)*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.34, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 579-602, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

2. La rilevanza giuridica del fenomeno e i riflessi sull'inquadramento contrattuale

In quanto fenomeno «tipicamente industriale», la logistica ha destato l'attenzione dei giuristi solo quando, a partire dagli anni Sessanta-Settanta, tra le aziende si è affermata la prassi di accorpate in un' unica fase – quella, per l'appunto, della logistica – le attività operative che, in precedenza, avevano rappresentato «una funzione, per così dire, trasversale rispetto alle funzioni operative degli approvvigionamenti, della produzione, dell'immagazzinaggio e della distribuzione»¹, per poi, una decina d'anni più tardi, delegarne una consistente fetta ad imprese terze, che si facevano carico delle «attività organizzative, gestionali e strategiche che governano nell'azienda i flussi di materiali e delle relative informazioni dalle origini presso i fornitori fino alla consegna dei prodotti finiti ai clienti e al servizio post-vendita»². Quindi, pur affondando le proprie radici nel trasporto³, la logistica si è evoluta passando dalla semplice distribuzione alla filiera produttiva, arrivando a comprendere anche la gestione e lo stoccaggio dei prodotti⁴. La tipica delega al solo trasferimento della merce si estende alla gestione, allo stoccaggio, all'imballaggio e all'immagazzinamento, dando luogo a nuove pratiche di esternalizzazione di fasi della produzione con la funzione, efficacemente riassunta in una circolare del Ministero del Lavoro, di «accorpate più servizi in un'unica transazione negoziale, contemplando, di norma, la gestione del magazzino e le relative operazioni di carico e scarico, nonché il trasporto e le attività di organizzazione e gestione dello stesso»⁵. In ragione del consistente risparmio realizzabile l'esternalizzazione di detti servizi segue la logica del *just in time*, caratteristica del nuovo modo di produrre pur se scarsamente apprezzata a livello giuridico (Silingardi 1996, 151).

Complici lo sviluppo tecnologico e la tendenza al decentramento produttivo che agevola le «forme di integrazione di collaborazione tra imprese, semplifican-

¹ Brignardello 2003, 263. Sulla nascita e sull'evoluzione del concetto di logistica, si veda Bianco 1996.

² Bologna, Curi 2019, 126. Gli Autori riprendono testualmente la definizione di logistica fornita dall'Ailog.

³ «La prima ed ormai classica definizione di logistica, che viene riportata in tutti i libri sull'argomento e che fa riferimento agli aspetti più operativi delle attività logistiche, è quella di una funzione che assicura che “i materiali giusti si trovino al posto giusto, nel momento giusto, nella giusta quantità, della giusta qualità e nelle giuste condizioni di presentazione”» (Bianco 1996, 13), con evidente riferimento ad una dimensione circoscritta dello spostamento dei beni. Con riguardo alla figura dell'operatore di logistica, viene evidenziato che «essa deriva dall'evoluzione dei soggetti operanti, in generale, nel mercato e, più in particolare, nel settore del trasporto. Ciò si spiega in quanto, per poter soddisfare le complesse esigenze della controparte, l'Operatore logistico deve non solo possedere un'adeguata struttura organizzativa, ma altresì un'elevata professionalità ed esperienza, caratteristiche difficilmente riscontrabili in chi intraprende ex novo questo genere di attività» (Brignardello 2003).

⁴ Cfr. Carnevali 2022, 253; Lassandari 2018.

⁵ Circolare del Ministero del Lavoro, 11 luglio 2012, n. 17.

do inoltre le procedure di controllo verso il soggetto esterno a cui viene affidata l'esecuzione di un determinato servizio» (Bozzao, Monterossi 2022, 500), si è fatta strada una nuova forma di logistica, meglio nota come logistica integrata⁶, che «attua l'esternalizzazione di talune attività logistiche (flusso e stoccaggio di materie prime, di componenti e di semilavorati, e ottimizzazione di queste operazioni)» e «governa tutte le fasi del processo produttivo fino al cliente finale» (Carnevali 2022, 253).

In assenza di un apparato normativo volto a disciplinare nel loro complesso le attività di cui la logistica si compone, la scelta di esternalizzare vere e proprie fasi del ciclo produttivo e della fase distributiva conduce ad una qualificazione del contratto concluso basata sull'attività che in esso viene dedotta, che può comprendere l'attribuzione all'impresa terza di servizi funzionali allo svolgimento delle (o di parte delle) attività operative.

A tale riguardo va evidenziato che, «nel caso più complesso di terziarizzazione di numerose funzioni operative, l'outsourcing, per conseguire risultati positivi ed evitare possibili conflitti, richiede, oltre alla stipulazione del contratto di logistica vero e proprio, una ben più articolata attività negoziale tra le parti nella fase iniziale, centrale ed in quella finale» (Brignardello 2003). Una complessità che ha determinato non pochi problemi sul piano dell'inquadramento tipologico⁷, soggetto a variazioni correlate al contenuto delle obbligazioni pattuite ovvero alla rilevanza – accessoria o meno – delle stesse rispetto all'obbligazione principale⁸ che, in assenza di una regolamentazione che conferisse tipicità alla fattispecie, hanno costretto gli interpreti a cercare la disciplina della stessa nei corredi normativi appartenenti a tipi contrattuali ad essa collaterali⁹. Operazione niente affatto semplice ove si escluda la scelta di utilizzare la disciplina propria del tipo prevalente di contratto, e si cerchi l'integrazione tra le normative dei tipi negoziali confluiti nel nuovo contratto di logistica, nel rispetto della

⁶ Già sul finire del secolo scorso si avvertiva la pressione del cambiamento in atto: invertendo il punto di vista, le riflessioni dottrinali partivano dalla percezione che «in futuro le attività logistiche saranno sempre più intrecciate con il trasporto delle merci, dando luogo a trasformazioni significative del sistema di distribuzione sia in termini di organizzazione che di gestione» (Bianco 1996, 34).

⁷ I rilievi più risalenti sul punto partono dall'atipicità del contratto, interrogandosi in merito alla sussumibilità nel «tipo» del trasporto di altri contratti aventi comunque ad oggetto lo spostamento di merci: sul punto, si veda Silingardi 1996, 163 sgg. (le considerazioni dell'A. muovono dalla constatazione che la Corte costituzionale, con la sentenza 17 ottobre-5 novembre 1996, n. 386, aveva ritenuto applicabile il tariffario relativo alle prestazioni di auto-transporto a prescindere dallo schema negoziale).

⁸ È stato ritenuto che solo quando le prestazioni pattuite siano «indispensabili al fine del soddisfacimento delle complesse esigenze legate al fenomeno della terziarizzazione [...] appare corretto ravvisare l'esistenza di un contratto di logistica», poiché laddove sia possibile distinguere l'obbligazione principale da quella accessoria «si è in presenza di un contratto tipico, arricchito dalla previsione di prestazioni logistiche di rilevanza marginale» (Brignardello 2003, 266).

⁹ Sul punto, si veda Garofalo 2017.

pluralità degli interessi ivi dedotti, considerati nella loro totalità. Nel contratto strutturalmente complesso, «ogni prestazione esecutiva, che partecipa alla sua tessitura, ha una propria autonomia ed è dotata di una propria individualità», di talché «solo l'insieme di dette operazioni, insieme considerato nel suo amalgama strutturale, permette di raggiungere il risultato programmato» (Calvo 2022, 1123). I tentativi perseguiti dal legislatore di far fronte alle difficoltà applicative dovute alla complessità della logistica, si sono sostanziati nell'individuazione della disciplina applicabile a seconda della particolare operazione posta in essere dall'impresa tra quelle disponibili per i contratti tipici: senza fornire una definizione giuridica di logistica, la legge ne ha sostanzialmente scisso le fasi, contribuendo a rinvigorire la percezione di un fenomeno ancora poco compreso nella sua unitarietà.

3. La logistica ex art. 1677-*bis* cod. civ. tra appalto e trasporto

Tra le fattispecie tipiche alle quali sono riconducibili le attività di logistica spiccano da un lato l'appalto di servizi, e dall'altro lato il trasporto e le attività ad esso prodromiche, ferma restando la necessità di «verificare in concreto il tipo di prestazioni dedotte in contratto e risultando dirimente l'accessorietà o meno delle predette attività rispetto a quelle del trasporto e della spedizione»¹⁰.

Ed è proprio tra le pieghe di queste due figure contrattuali tipiche – con lo scopo di convogliarle in un unico contratto – che si fa strada nella prassi negoziale la figura dell'appalto di servizi di trasporto¹¹, i cui tratti distintivi sono stati individuati dalla giurisprudenza nella pluralità di trasporti, nell'organizzazione posta a carico dell'impresa adibita al trasporto con mezzi propri, e nella pattuizione di un unico corrispettivo. Tutti elementi che lasciano emergere il «carattere continuativo e unitario del servizio reso»¹². Eppure, per quanto i detti indici presuntivi abbiano trovato conforto nella giurisprudenza, la stessa configurabilità della tipologia contrattuale è stata messa in discussione, stante l'indisponibilità della causa del contratto di trasporto anche laddove tra le parti venga pattuita un'esecuzione continua e con l'organizzazione dei mezzi a carico del trasportatore, sul presupposto che «il contratto di trasporto può sconfinare in un contratto di appalto soltanto ove siano dedotte prestazioni aggiuntive rispetto alle attività di trasferimento di cose o persone» (Bozzao, Monterossi 2022, 505-6).

¹⁰ Garofalo 2017, 163, ma ancor prima Del Punta 2008, 134.

¹¹ In merito al quale si veda Bozzao, Monterossi 2022, 505. Le A. evidenziano che «da un lato, i mittenti intendevano sottrarsi all'applicazione delle c.d. tariffe di forcella, obbligatorie nel contratto di trasporto ex l. 6 giugno 1974, n. 298; dall'altro, le imprese di trasporto ottenevano a fruizione del termine di prescrizione più favorevole e, al contempo, speravano di ottenere in sede giudiziale l'applicazione del regime tariffario di forcella anche in relazione a tale schema negoziale, confidando nell'assenza di un indirizzo unanime sul punto».

¹² Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 2019, n. 20413.

Sempre guardando ai modelli tipici dell'appalto e del trasporto vengono elaborate le due proposte di introdurre un nuovo contratto tipico¹³, quello di logistica, onde conferire tipicità «legale» alla tipicità «sociale»¹⁴.

Il tentativo di attribuire tipicità alla complessa figura della pattuizione di servizi logistici – che «corre sul filo di un apparente, anche se non inedito, paradossale: quello per cui la deregolamentazione del mercato del lavoro finisce per dar luogo ad una ri-regolazione, e quindi a un'ulteriore crescita di importanza della fonte legislativa»¹⁵ – è sfociato nella emanazione dell'art. 1677-bis cod. civ., rubricato «Prestazione di più servizi riguardanti il trasferimento di cose». Introdotta con l'art. 1, comma 819, l. 30 dicembre 2021, n. 234 (legge di bilan-

¹³ La prima, risalente al gennaio 2008 e presentata alla Camera (proposta di legge n. A.C. 3355 del 2008), corredata da dieci articoli, naufragata; la seconda, proveniente da Assologistica («Proposta di introduzione del contratto di logistica nel Codice Civile», proposta di emendamento al D.L. «Semplificazioni» – D.L. 16 luglio 2020, n. 76), proponeva l'introduzione di un articolo nel Codice civile, il 1677-bis, rubricato «Contratto di Logistica» che testualmente disponeva: «Col contratto di logistica una parte assume, verso corrispettivo, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, congiuntamente le attività di deposito, preparazione, lavorazione, ed eventualmente trasporto, di beni di terzi. Il contratto di logistica è regolato dalle disposizioni di legge applicabili alle singole attività di cui esso si compone». È stato ritenuto che questa disposizione andasse incontro a due criticità: la prima, consistente «nell'individuare con esattezza le singole attività e ricollegarle per fattispecie ad una loro specifica disciplina legislativa»; la seconda, insita nella difficoltà di «costruire un regolamento negoziale assai complesso perché composto da una pluralità di discipline legislative applicabili solo in quanto compatibili e con la difficoltà di dover stabilire, in caso di contrasto tra le varie norme dispositive, quale di essa prevalga sulle altre» (Carnevali 2022, 254). In realtà, oltre ai problemi rilevati, qualora la norma fosse entrata in vigore sarebbe stata inevitabile la sovrapposizione tra il primo comma succitato e l'art. 1655 c.c., che definisce il contratto di appalto con i medesimi tratti distintivi utilizzati nella proposta poi naufragata: oltre al corrispettivo in denaro che conferisce al contratto l'essenziale carattere della onerosità, in entrambe le formulazioni figurano sia l'organizzazione dei mezzi necessari, sia la gestione del rischio, entrambe a carico della parte che assume l'impegno ad eseguire la prestazione oggetto del contratto. Una siffatta identità di formulazione, combinata con la frammentazione delle attività oggetto del contratto nelle corrispondenti tipologie tipiche, avrebbe senza dubbio condotto ad un ricorso «patologico» alla nuova tipologia contrattuale, animato dallo scopo fraudolento di aggirare le tutele predisposte dalla normativa in materia di appalto attraverso l'applicazione della più favorevole disciplina tra quelle offerte dalla norma stessa.

¹⁴ Della contrapposizione tra tipicità sociale e tipicità legale quale momento essenziale per la predisposizione dell'apparato normativo del contratto tipico parla Gazzoni 2019, 814-15: «il tipo legale [...] intende corrispondere all'*id quod plerumque accidit*, a ciò che di regola accade [...]. Alla tipicità legale, dunque, si perviene attraverso la tipicità sociale rappresentata dalla tipicità giurisprudenziale, perché è a livello di giudizio che si manifestano le reali esigenze dei traffici e i reali problemi che il legislatore è tenuto a risolvere con una disciplina uniforme. [...]. Il tipo legale altro non è se non astratto schema regolamentare che racchiude in sé la rappresentazione di una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale».

¹⁵ L'espressione è utilizzata da Riccardo Del Punta (1998, 199) a proposito dell'introduzione nell'ordinamento della fornitura di lavoro temporaneo, ma ben si attaglia ai tentativi di tipizzazione della logistica.

cio 2022), la disposizione dopo qualche settimana è stata modificata dall'art. 37-*bis*, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito nella l. 29 giugno 2022, n. 79 (provvedimento meglio noto come «Decreto PNRR 2»).

Nella versione originaria la norma prevedeva che ove il contratto di appalto avesse per oggetto le prestazioni di ricezione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di altro soggetto, al trasferimento di cose si applicava la disciplina del contratto di trasporto per quanto compatibile. Confrontando tale versione con quella emendata dal «Decreto PNRR 2» le novità sono essenzialmente due: la prima consiste nell'aggiunta, tra le attività oggetto del contratto elencate dalla norma, dell'attività di trasformazione; la seconda riguarda la qualificazione come «di logistica» dei servizi elencati nel primo comma. Secondo un autore si tratta di «mera cosmesi»¹⁶, ma la qualificazione dei servizi elencati come «di logistica» denota quanto meno l'impegno del legislatore nell'ufficializzare l'ingresso nel nostro ordinamento di questa particolare e complessa fattispecie. Un ingresso che, però, non si è sostanziato nella tipizzazione del composito servizio di logistica¹⁷, frammentato nelle singole prestazioni che ne scandiscono il processo di esecuzione. Concepito con lo scopo di «sdrammatizzare il dilemma qualificatorio» ed «eliminare gli spazi di discrezionalità connaturati all'utilizzo del metodo della prevalenza, [...] limitando le scelte dell'autonomia privata»¹⁸, l'intervento normativo è circoscritto, quindi, all'individuazione della disciplina applicabile a ciascuna delle prestazioni esternalizzate, senza considerare il fenomeno nella sua unitarietà.

L'art. 1677-*bis* cod. civ. va letto in combinato col precedente art. 1677 cod. civ., che stabilisce l'applicabilità della normativa in materia di appalto e somministrazione, in quanto compatibili, ove il contratto di appalto abbia per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi. Riservando al solo trasferimento di cose da un luogo ad un altro la disciplina specifica del trasporto, la norma non fa riferimento alla disciplina applicabile alle altre attività di *logistica* che devono

¹⁶ Riccobono 2023, 364. L'A. ritiene, infatti, che «la meccanica regolativa della disposizione sia rimasta identica a quella della versione originaria, al netto di alcuni ritocchi marginali».

¹⁷ Come è accaduto invece per il contratto di *franchising* (L. 6 maggio 2004, n. 129 recante «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale») o per il *rent to buy* (art. 23, L. 11 novembre 2014, n. 164, rubricato «Disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili»). Il sistema di «tipizzazione mancata», invece, si rinvia nella disciplina delle società *benefit* (art. 1, co. 376-383, L. 28 dicembre 2015, n. 208), che non rappresentano un nuovo «tipo» ma soltanto una declinazione differente dell'oggetto sociale.

¹⁸ Riccobono 2023, 364. La questione qualificatoria è dibattuta in dottrina: a chi ritiene che l'art. 1677-*bis* abbia effettivamente tipizzato il contratto di logistica quale «sottotipo del contratto di appalto» (Bonardi 2022, 5) – teoria che trova conforto nella collocazione della norma nel Titolo III, capo IV – si contrappone chi invece sostiene che proprio dalla rubrica della norma (che fa riferimento alle prestazioni e non ad un contratto), il rimando ad altre tipologie contrattuali confermerebbe che la norma introdotta non è portatrice di un nuovo tipo contrattuale, ma si limita a individuare la disciplina applicabile ai segmenti negoziali che compongono la prestazione di logistica singolarmente considerati (si veda per tutti A. Riccobono 2023, 367).

essere *congiuntamente* contemplate quale oggetto del contratto. Gli artt. 1677 e 1677-*bis*, pertanto, sono legati da un rapporto «di genere (la prima) a specie (la seconda)» (Carnevali 2023, 254).

Guardando alla formulazione delle due norme, non si può non coglierne la simmetria strutturale: il legislatore sembra aver voluto replicare nell'art. 1677-*bis* cod. civ. il medesimo schema dell'art. 1677 cod. civ., che individua la disciplina applicabile all'appalto sulla base della prestazione oggetto del contratto (nel caso dell'art. 1677 cod. civ., è la prestazione continuativa o periodica di servizi), mentre l'art. 1677-*bis* cod. civ. richiede che nel contratto siano pattuiti *congiuntamente* due o più servizi di logistica relativi alle attività poi censite dalla norma¹⁹.

Focalizzare la prestazione pattuita è funzionale all'individuazione della disciplina applicabile, rinvenibile nell'art. 1677 c.c. laddove il contratto abbia per oggetto la prestazione periodica o continuativa di servizi e, quindi, le norme in materia di appalto e somministrazione in quanto compatibili. Se, invece, nel contratto è concordato un servizio di trasporto unitamente alle prestazioni elencate dall'art. 1677-*bis* cod. civ., troverà applicazione proprio quest'ultima norma che rimanda, limitatamente al trasferimento di cose da un luogo all'altro, al contratto di trasporto.

La potenziale sovrapposizione tra l'appalto di servizi e il trasporto dedotti nel più complesso sistema della logistica integrata, ha creato non pochi problemi sul piano della tutela dei lavoratori²⁰, poiché se è vero che la norma rimanda alla disciplina sul trasporto per il solo segmento negoziale del servizio di logistica che riguarda il trasferimento di cose, non può non evidenziarsi come il detto trasferimento faccia parte di un più ampio piano commerciale, votato al risultato perseguito con l'appalto.

Traslata la questione qualificatoria sul piano lavoristico, trattandosi di una forma di decentramento produttivo in cui un soggetto diverso dal datore fruisce della prestazione resa dal lavoratore²¹, ci si è chiesti se per la tutela dei crediti di quest'ultimo sia invocabile il regime di responsabilità solidale del committente

¹⁹ La tassatività dell'elenco è stata messa in discussione per estendere il campo di applicazione della norma ad altri servizi affini rientranti tra quelli generalmente ricondotti nel campo della logistica «a seconda dei casi concreti, quali la manutenzione, il confezionamento, lo stoccaggio e il trasporto delle merci del committente» (Villa 2022, 2).

²⁰ Quantomeno se ci si pone nella prospettiva che, «per dirla con una formula forse troppo semplice, organizzazioni che si pretendono intelligenti e «riflessive» non possono pretendere di trattare il lavoratore in chiave di mero dominio. Non si può essere soggetti ad intermittenza: «se l'impresa deve poter contare sul lavoratore come «risorsa», il lavoratore deve poter contare sul rispetto e sulla attribuzione di valore (o di «specificità», per dirla col lessico dell'economia neoinstituzionale) da parte dell'impresa» (Del Punta 2011, 118, corsivo dell'Autore).

²¹ Difatti, se «tra le ipotesi di integrazione produttiva su base contrattuale una posizione di rilievo è assunta dal contratto di appalto che costituisce lo strumento privilegiato per l'acquisto dall'esterno di un prodotto di un servizio, rinunciando a realizzarlo all'interno (*make or buy*), v'è, tuttavia, da considerare che le tipologie contrattuali attraverso le quali è possibile perseguire un siffatto risultato sono molteplici e si connotano tutte per la triangolarità del rapporto, differenziandosi, viceversa, per il diverso contenuto dell'obbligazione negoziale oltre che per il variare del rapporto di forza tra i contraenti (dipendenza vs parità)» (Garofalo 2017, 159).

ex art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 operante per l'appalto o se per lo specifico caso del trasferimento di beni i lavoratori possano fruire della tutela – meno vantaggiosa – offerta dalla normativa specifica sul contratto di trasporto (infra).

4. Logistica e rapporto di lavoro. Il problema della responsabilità solidale

Dall'esplicito rimando da parte dell'art. 1677-*bis* cod. civ. alla disciplina del contratto di trasporto «in quanto compatibile» dovrebbe discendere l'applicabilità a quel segmento della complessa operazione di logistica relativo al trasferimento di merci, non solo della normativa commerciale valevole per il trasporto, ma anche di quella lavoristica. Il riferimento è all'art. 83, comma 4-*ter*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che in materia di trasporto regola il regime di responsabilità solidale per i crediti da lavoro²² in capo al committente e al vettore, disponendo che il primo, ove abbia verificato che il secondo sia in regola con l'adempimento degli obblighi retributivi, previdenziali e assicurativi, è esonerato dal regime di responsabilità solidale che opererebbe «con il vettore, nonché con ciascuno degli eventuali sub-vettori, entro il limite di un anno dalla cessazione del contratto di trasporto» per i trattamenti retributivi, i contributi previdenziali e i premi assicurativi da corrispondere ai lavoratori e agli enti competenti «limitatamente alle prestazioni ricevute nel corso della durata del contratto di trasporto»²³.

Ed allora, si dovrebbe poter concludere che, sebbene qualificato come appalto caratterizzato da prestazioni composite e votate al raggiungimento di un unico fine, il contratto di logistica debba essere scisso nei segmenti negoziali di cui è formato, onde scomputare la fase del trasporto di merci alla quale applicare la specifica disciplina sia commerciale che lavoristica²⁴.

²² Più precisamente, per «i trattamenti retributivi, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi». La disciplina specifica per il trasporto si differenzia in senso peggiorativo da quella per l'appalto sotto tre rilevanti profili: è passibile di deroga subordinatamente ad un'attività di controllo da parte del committente; prevede un termine di decadenza ridotto al 50%; delinea in modo generico i destinatari della garanzia, potenzialmente escludendo i lavoratori autonomi. In questo senso, si veda Garofalo 2017, 166.

²³ Circ. Min. Lav. 11 luglio 2012, n. 17, ha escluso l'esistenza di un vincolo di responsabilità solidale tra vettore e sub-vettore pur avendo ritenuto applicabile alla subvezione la disciplina stabilita per il contratto di trasporto. La distinzione tra prestazione principale e accessoria è stata posta anche per il contratto di «nolo a caldo», nel quale il locatore mette a disposizione un macchinario e, eventualmente, l'addetto al suo utilizzo, senza che vi sia alcun rapporto con l'organizzazione aziendale del noleggiatore; questa posizione appare oggi discutibile alla luce della portata espansiva dell'art. 119, comma 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo cui «costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo» (formulazione già contenuta nell'art. 105, d.lgs. n. 50/2016, che rafforzava quanto già previsto dall'art. 118, comma 11, d.lgs. n. 163/2006).

²⁴ Cfr. Calvo 2022, 1113 sgg. Dello stesso avviso è Riccobono secondo cui «manca dunque il presupposto per l'espansione della regola generale, perché esiste una specifica disciplina della solidarietà del committente che dovrebbe prevalere, limitatamente ai servizi di trasferimento di cose, in forza del noto principio *lex specialis derogat generalis*» (Riccobono 2023, 371).

Detta ricostruzione apparentemente aderente al dato normativo si scontra però con la coesistenza nell'ordinamento di varie forme di esternalizzazione alle quali è possibile applicare, a prescindere dalla tipologia commerciale utilizzata, il regime di responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, che, come detto tempo addietro, enuncia un vero e proprio principio generale dell'ordinamento²⁵.

Questa disposizione ha risentito inevitabilmente dell'evolversi dei fenomeni di *outsourcing* ed è stata oggetto di vari rimaneggiamenti con le numerose novelle susseguitesesi nei vent'anni dalla sua emanazione (Garofalo 2017). Secondo la formulazione originaria, «in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi previdenziali dovuti». Numerose e significative modifiche sono state apportate dal c.d. «decreto legislativo correttivo» n. 251/2004; nell'ordine l'art. 6, comma 1, ha introdotto una facoltà derogatoria ad opera della contrattazione collettiva nazionale e, inoltre, ha esteso il campo di applicazione a tutti i tipi di appalto rimuovendo l'originaria limitazione a quelli «di servizi»; il successivo comma 2, legittima il lavoratore a richiedere giudizialmente la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente²⁶ ed esclude la responsabilità solidale per i committenti che non esercitano attività imprenditoriale o professionale; ancora, l'art. 9, ha esteso la responsabilità solidale anche ai contratti di appalto stipulati tra cedente e cessionario di ramo di

²⁵ Tesi sostenuta nella relazione svolta alle *giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Cassino 18-19 maggio 2017* [Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative, in Aa. Vv., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Cassino 18-19 maggio 2017*, Milano, Giuffrè, 2018], e qualche mese dopo recepita dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 254/2017 (in *Lav. giur.*, 2018, n. 3,259 sgg., con nota di A. Sitzia, *Subfornitura e responsabilità solidale: ratio legis e «lavoro indiretto» secondo la Consulta*). Sulla operatività della responsabilità solidale nella subfornitura in forza dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003 prima dell'intervento della Corte costituzionale si veda App. Brescia, 11 maggio 2016, in *Arg. dir. lav.*, 2016, n. 4-5,1033 sgg., con nota di A. Tagliente, *Il rapporto di subfornitura tra elementi tipici e derivati dall'appalto: la questione della responsabilità solidale*. In senso conforme si veda anche App. Firenze, sez. lav., 11 marzo 2022, n. 779.

²⁶ Per una ricostruzione del regime di responsabilità dell'interposto nella vigenza della l. n. 1368/60, prima, e del d.lgs. n. 276/2003, poi, si veda Del Punta 2007, che, nel commento a Cass. sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910, chiedendosi se nella vigenza della l. n. 1369/60 accanto agli obblighi incombenti sull'appaltante/interponente a norma dell'ultimo comma dell'art. 1, l. n. 1369/60 potesse configurarsi anche una responsabilità (solidale) dell'interposto nei confronti del dipendente per i crediti da questi maturati durante il rapporto formalmente in essere, afferma che «il fatto che la legge prevedesse, quale conseguenza della violazione del divieto, il riconoscimento di un rapporto giuridico diretto fra lavoratore e imprenditore che ne avesse effettivamente utilizzato le prestazioni doveva ritenersi sufficiente ad imputare in capo a quest'ultimo i relativi obblighi contrattuali, senza che residuassero margini per ipotizzare un parallelo coinvolgimento del datore di lavoro apparente».

azienda, prima non espressamente menzionati, pur se si tratta di una precisazione piuttosto che di una innovazione.

A distanza di due anni, con la l. n. 296/2006 è stato allungato a due anni il termine di decadenza (art. 1, co. 911), con estensione del regime di responsabilità all'intera filiera, inclusi i subappaltatori, nonché (art. 1, co. 910) estesa la solidarietà al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore per infortunio non indennizzati dall'INAIL o da altro ente previdenziale (art. 7, d.lgs. n. 626/1994)²⁷; infine, è stata abrogata la norma che facultizzava la contrattazione collettiva a derogare il regime generale di responsabilità solidale.

Di seguito, l'art. 21, co 1, d.l. n. 5/2012, conv. in l. n. 35/2012, ha puntualizzato che la responsabilità solidale opera anche per le quote di TFR e per i premi assicurativi, ma non anche per le sanzioni amministrative che restano a carico solo dell'appaltatore; inoltre, il committente beneficia della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore, pur se egli sia tenuto, in caso di *evocatio in ius* solitaria, a indicare i beni sui quali il lavoratore potrebbe soddisfarsi.

L'art. 4, co. 31, lett. a) e b), della l. n. 92/2012 ha reintrodotto la derogabilità ad opera dell'autonomia collettiva, come detto abrogata dall'art. 1, co. 910, l. n. 296/2006, subordinandola però all'individuazione di meccanismi di controllo della regolarità degli appalti; inoltre, ha modificato il regime processuale della preventiva escussione.

L'art. 9, co. 1, d.l. n. 76/2013, conv. in l. n. 99/2013, ha esteso la tutela dell'art. 29, co. 2, anche ai compensi e ai crediti previdenziali e assicurativi dei lavoratori autonomi, escludendo tuttavia i committenti-pubbliche amministrazioni (ma non gli enti pubblici economici e tutte le società private partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici). La stessa norma puntualizza la preclusione per la contrattazione collettiva di derogare alla responsabilità solidale per i contributi previdenziali e per i premi assicurativi.

L'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 175/2014 ha accollato al committente che si sostituisce all'appaltatore-datore di lavoro nel pagamento dei crediti del lavoratore anche gli obblighi del sostituto d'imposta.

Infine, l'art. 2, d.l. n. 25/2017, conv. in l. n. 49/2017, ha abrogato nuovamente la derogabilità da parte della contrattazione collettiva, nonché la necessità sia di convenire contestualmente committente e appaltatore sia di escutere preventivamente il patrimonio di quest'ultimo.

Confrontando la disposizione sin qui esaminata nella sua evoluzione con la norma speciale dell'art. 83-*bis*, d.lgs. n. 112/2008, si coglie la maggiore portata garantista della stessa in quanto la solidarietà non è subordinata ad alcuna procedura di *due diligence*²⁸ ed è soggetta ad un termine di decadenza doppio, pur se l'applicazione della norma speciale dovrebbe ritenersi pacifica laddove le parti

²⁷ La stessa disposizione è oggi contenuta nell'art. 26, comma 4, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

²⁸ Si veda O. Bonardi, *Il contratto di logistica e la responsabilità solidale negli appalti dopo il nuovo art. 1677 bis c.c.*, 10 sgg. Per un raffronto con le modalità derogatorie – sempre riconducibili al concetto di *due diligence*, cfr. Garofalo 2017, 133.

concludano un contratto commerciale di trasporto isolato da una qualsivoglia stabile organizzazione. Non altrettanto pacifica è la disciplina applicabile nel caso in cui il committente pattuisca con l'impresa terza un corrispettivo economico a fronte di trasporti replicati nel tempo, che danno luogo ad una collaborazione costante (c.d. appalto di servizi di trasporto), ovvero quando le parti deducano nel contratto le prestazioni di logistica di cui all'art. 1677-bis cod. civ. pur coinvolgendo il trasporto di merci da un luogo all'altro.

Sul regime di responsabilità solidale applicabile in quest'ultimo caso è intervenuto il Ministero del lavoro (interpello n. 1/2022), che ha richiamato la posizione espressa dieci anni prima (circolare n. 17 dell'11 luglio 2012), secondo cui l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 era applicabile sia ove venisse accertato il compimento di attività ulteriori rispetto al solo trasporto, sia al c.d. appalto di servizi di trasporto, e ha concluso che «la lettura fornita nella citata circolare non viene pregiudicata dalla nuova disciplina contenuta nell'articolo 1677-bis, in quanto l'applicazione delle specifiche disposizioni in materia di contratto di trasporto è sottoposta ad un vaglio di compatibilità che comunque deve tener conto del fatto che il contratto di servizi oggetto dell'articolo 1677-bis c.c. rientra nel *genus* dei contratti di appalto ed è, quindi, regolato in via principale dalla relativa disciplina»²⁹.

La scelta della disciplina applicabile va effettuata tenendo conto, dunque, della portata generale dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, combinata con la qualificazione della (ancora, di fatto, innominata) figura negoziale della logistica quale contratto di appalto³⁰ caratterizzato dalla natura composita dell'oggetto (Villa 2022, 5). Appalto al quale si applica la disciplina del trasporto, qualora questo venga pattuito in aggiunta ad altre – almeno due – delle prestazioni elencate dalla norma, in quanto compatibile. È proprio il vaglio di compatibilità disposto dalla norma che assorbe la questione relativa alla sovrapposizione delle due discipline la quale, invece, era stata oggetto di discussione a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale³¹. Pertanto, «siccome il contratto di logistica integrata è collocato sistematicamente nel perimetro regolativo degli appalti, l'applicazione della garanzia di ordine generale dovrebbe prevalere e interessare

²⁹ Interpello Min. Lav. 17 ottobre 2022, n. 1,2.

³⁰ La questione qualificatoria risale a ben prima dell'entrata in vigore dell'art. 1677-bis c.c. (si veda par. 2). Con specifico riguardo al problema della responsabilità solidale, era stato evidenziato che, nel caso del contratto di trasporto, «pur essendo stata introdotta [...] una responsabilità solidale anche per tale fattispecie contrattuale [...], essa si presenta attenuata rispetto a quella prevista per l'appalto e il subappalto, per cui rimane tutt'ora attuale il dibattito circa la assimilabilità del contratto di trasporto a quello di appalto [...], onde invocare il più favorevole regime rimediabile previsto per quest'ultimo» (D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit.67).

³¹ Nell'Interpello Min. Lav. 17 ottobre 2022, n. 1 (p. 2) si legge, infatti, che «un simile vaglio di compatibilità non consente di escludere il regime di solidarietà di cui al citato articolo 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 nella fattispecie in esame sia perché l'esclusione sarebbe incoerente con la disciplina generale dell'appalto, sia perché introdurrebbe una irragionevole riduzione di tutela per il lavoratore impegnato nelle sole attività di trasferimento di cose dedotte in un contratto di appalto».

tutti i lavoratori» (Riccobono 2023, 371). Questa ricostruzione comporta due conseguenze significative: in chiave pratica, il ridimensionamento degli effetti dell'introduzione dell'art. 1677 *bis* c.c., da contenere «nell'ambito dei soli rapporti commerciali tra le imprese»³²; in senso più generale, il tramonto della teoria dell'assorbimento, con «conseguenziale apertura alla tecnica della combinazione o del concorso di statuti» e, così, «ferme restando le regole sul trasporto per quel che attiene allo spostamento delle merci, il committente che affida il servizio di logistica a un'altra impresa risponde solidalmente con quest'ultima dei crediti maturati, nel corso del rapporto complesso, dai lavoratori coinvolti nel decentramento produttivo» (Calvo 2022, 1125).

5. Qualificazione della fattispecie e regolazione della responsabilità solidale nella contrattazione collettiva

La riflessione sul fenomeno della logistica sotto il profilo definitorio in funzione della disciplina applicabile, sin qui condotta alla stregua della legge e del diritto vivente, con i non esaltanti risultati raggiunti, non può non estendersi alla contrattazione collettiva rispetto alla quale, va detto subito, si registra un inquietante (e non casuale) *pendent* tra pluralismo di attività e pluralismo contrattuale, tema quest'ultimo al centro dell'attuale dibattito sul giusto salario, nel quale però non è dato scorgere alcun cenno all'abbondante contrattazione collettiva applicata nel settore della logistica, venendo ogni attenzione e riflessione riservata al «non meno malconco» settore della vigilanza privata, finito nel cono d'ombra della giurisprudenza, anche di legittimità³³, come emblema del sotto-salario³⁴.

Giova premettere che un'analisi di tutti i contratti collettivi applicabili al settore- che nel prosieguo saranno indicati unicamente con il codice attribuito dal Cnel- è pressoché impossibile, e questo per tre ordini di ragioni: la prima, conseguente alla molteplicità di contratti del settore «Trasporti» depositati nell'Archivio curato dal Cnel³⁵ (senza considerare la perdurante inefficienza,

³² Riccobono 2023, 372 ma anche Bonardi 2022, 7.

³³ Si allude alle sei sentenze di ottobre 2023, capofila la n. 27711 (estensore Rivero).

³⁴ Sulle recenti proposte di legge in tema di equo salario del 2023 nn. A.C. 141, A.C. 210, A.C. 216, A.C. 306, A.C. 432, A.C.1053 e A.C. 1275 (tutte riunite per la discussione in quest'ultima), si veda il parere del Cnel del 4 ottobre 2023 e il documento finale approvato il 12 successivo. Per questioni di spazio si omette volutamente qualsiasi riferimento all'abbondante riflessione in materia.

³⁵ Ai fini dell'analisi qui condotta, sono stati presi in considerazione i seguenti contratti collettivi, indicandosi a fianco di ognuno il codice attribuito dal Cnel: 1) Ccnl «Autotrasporti Merci, Logistica, Spedizioni e Affini (Lega Impresa-Filap-Ciu)», cod. Cnel I14A; 2) Ccnl «Autotrasporto Merci e Logistica (Mida-Snial)», cod. Cnel I148; 3) Ccnl «Autotrasporto Merci, Logistica e Spedizioni (Assotrasporti-Ugl)», cod. Cnel I101; 4) Ccnl «Autotrasporto Merci, Logistica, Spedizioni e Affini», cod. Cnel I147; 5) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione e Movimentazione Merci, Logistica Ed Affini», cod. Cnel I14C; 6) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci e Logistica: Cooperative, Micro e Piccole Aziende», cod. Cnel I146; 7) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci, Logistica e Facchinaggio (Conapi-Cnal)», cod.

quantomeno sino al 2022, del sistema di raccolta dei contratti aziendali e della contrattazione di prossimità³⁶); la seconda, dovuta alla «fuga» dal contratto collettivo del settore trasporti verso il «calderone multiservizi» adottato da diversi operatori del settore³⁷ – come dimostrato dalla recentissima vicenda di «Mondo Convenienza»³⁸ – che sin troppo spesso ricorrono anche a schemi di

Cnel I14F; 8) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci, Logistica e Facchinaggio (Conapi-Confintesa)», cod. Cnel I14E; 9) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci, Logistica e Facchinaggio (Fmpi)», cod. Cnel I14Q; 10) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci, Logistica e Facchinaggio (Unicoop-Ugl)», cod. Cnel I145; 11) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci, Logistica e Facchinaggio (Unimpresa – Confintesa)», cod. Cnel I14G; 12) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci, Logistica e Facchinaggio (Unimpresa – Confintesa)», cod. Cnel I14D; 13) Ccnl «Autotrasporto, Spedizione Merci, Logistica Ed Affini (Unsic-Unsicoop-Pmia-Ugl)», cod. Cnel I149; 14) Ccnl «Distribuzione Merci, Logistica e Servizi Privati», cod. Cnel I170; 15) Ccnl «Distribuzione Merci, Logistica e Servizi verso la P.A. e il cittadino», cod. Cnel I14L; 16) Ccnl «Logistica e Trasporti (Uai)», cod. Cnel I14M; 17) Ccnl «Logistica, Trasporti Merci e Spedizione (Federdat)», cod. Cnel I14B; 18) Ccnl «Logistica, Trasporto Merci e Spedizione», cod. Cnel I100; 19) Ccnl «Logistica, Trasporto Merci e Spedizione (Cnl)», cod. Cnel I14P; 20) Ccnl «Logistica, Trasporto Merci e Spedizione (Federterziario)», cod. Cnel I14N; 21) Ccnl «Logistica, Trasporto Merci e Spedizione (Unilavoro Pmi)», cod. Cnel I14H; 22) Ccnl «Spedizione, Autotrasporto Merci e Logistica (Esarco)», cod. Cnel I160; 23) Ccnl «Trasporti e Logistica», cod. Cnel I156; 24) Ccnl «Trasporti e Logistica (Ateca)», cod. Cnel I157; 25) Ccnl «Trasporti e Logistica (Italpmi)», cod. Cnel I159; 26) Ccnl «Trasporti, Logistica e Spedizione (Conapi)», cod. Cnel I14S; 27) Ccnl «Trasporti, Spedizione Merci, Logistica (Fdp Italia-Unione)», cod. Cnel I158; 28) Ccnl «Trasporto e Logistica», cod. Cnel I155; 29) Ccnl «Trasporto Spedizioni e Logistica: Cooperative», cod. Cnel I150; 30) Ccnl «Trasporto, Spedizioni, Logistica e Attività Affini (For Italy – Famar)», cod. Cnel I138; 31) Ccnl «Commercio, Terziario, Servizi, Trasporti e Logistica, Artigianato (Nord Industriale – Fal)», cod. Cnel V714; 32) Ccnl «Intersectoriale Logistica e Trasporti e Pmi Artigiane», cod. Cnel V730; 33) Ccnl «Multiservizi, Commercio, Terziario, Servizi, Trasporti e Logistica, Artigianato», cod. Cnel V715; 34) Ccnl «Multiservizi, Pulizie, Logistica, Trasporti e Spedizioni, Commercio, Terziario, Servizi, Turismo e Pubblici Esercizi», cod. Cnel V716; 35) Ccnl «Multiservizi Pulizia e Logistica: Cooperative», cod. Cnel K572.

³⁶ L'art. 14, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, disciplina un obbligo indiretto di deposito telematico dei contratti aziendali e territoriali, necessario per la fruizione dei benefici contributivi e fiscali derivanti dalla stipula dei contratti stessi, ma a differenza dei contratti nazionali al deposito non segue la pubblicazione: la norma prevede soltanto che essi saranno messi a disposizione «delle altre amministrazioni ed enti pubblici interessati». Sfugge la ragione per la quale il Cnel, rientrante senza dubbio tra gli «enti pubblici interessati», non abbia provveduto a integrare l'Archivio con una sezione ben articolata e più fruibile rispetto a quella attualmente presente sul sito istituzionale.

³⁷ Si tratta di uno dei casi in cui i comportamenti datoriali non sono strettamente «illeciti», sebbene «ritenibili inopportuni, scorretti, gravi» (così Lassandari 2018, 57).

³⁸ La notizia, rimbalzata su diversi media, ha riguardato la protesta dei lavoratori addetti al trasporto e al montaggio dei mobili venduti dalla catena «Mondo Convenienza», i quali lo scorso settembre lamentavano l'applicazione del Ccnl «Imprese cooperative di multiservizi pulizia e logistica» (il riferimento, sia pur con un nome diverso, è al Ccnl K572) piuttosto che il più diffuso – nonché vantaggioso – Ccnl I100). Alcune sigle sindacali hanno evidenziato come l'applicazione del primo comporta un ventaglio di retribuzioni orarie che spaziano tra 6,80 e 7,50 euro, contro la forbice più generosa del secondo, nel quale si spazia da 8,80 a 10,65 euro.

subappalto e subfornitura con microimprese e cooperative spurie, che a loro volta applicano Ccnl differenti, la cui esistenza stessa è finalizzata unicamente a elidere quanto più possibile i margini di responsabilità nei confronti dei lavoratori³⁹; la terza, infine, dettata dalla possibilità di utilizzare un qualsiasi altro contratto collettivo riferibile a uno dei codici ATECO delle attività ricondotte nell'ampio settore della logistica⁴⁰, come detto ancor privo di una definizione puntuale⁴¹. A quanto è dato evincere dai prodotti negoziali la contrattazione collettiva (e quindi le parti sociali) ha abdicato alla pur auspicabile *actio finium regundorum*⁴²: la maggior parte dei Ccnl analizzati contiene un richiamo ad autotrasporto, spedizione merci, logistica, facchinaggio e simili, oppure alle tipologie di strutture nelle quali l'attività viene svolta⁴³. Tra tutti, il Ccnl I14S si caratterizza per

³⁹ Questa configurazione a ben vedere richiama la riflessione di R. Del Punta in merito al rapporto tra «regole del lavoro» e «regole che operano dentro l'impresa», nel senso che «l'organizzazione stessa [...] è fonte di regole, o comunque di prassi» che incidono «sulla materialità della gestione del lavoro nell'impresa» sicché «quella della conformazione piena delle organizzazioni del lavoro alle regole giuridiche è da sempre, in altre parole, una pia illusione, giacché, anche quando si svolgono nel rispetto della cornice delimitata da tali regole, le organizzazioni tendono sempre a ricercare propri spazi di sfogo e dunque anche di regolazione intesa in senso lato» (Del Punta 2011, 115), che inevitabilmente finiscono per sfociare nell'azione delle parti sociali nella regolamentazione, da intendere invece in senso stretto, delle peculiarità del rapporto calato nella realtà dell'impresa (contratto collettivo aziendale) o del settore (contratto collettivo nazionale) e finanche per fronteggiare specifiche esigenze (prossimità), purtroppo non sempre in modo virtuoso.

⁴⁰ Infatti «l'insieme delle imprese sopra indicato non esaurisce l'universo degli operatori del comparto, poiché fa riferimento solo a quelle interne al perimetro «trasporti e logistica» in senso stretto. Il cosiddetto ecosistema dei trasporti e della logistica è molto più ampio, facendone parte realtà quali: i gestori dei terminal ferroviari, degli interporti, dei porti, dei sedimi aeroportuali, i consolidatori marittimi, gli operatori ferroviari del trasporto combinato strada-rotai ed altri ancora, i cui rapporti di lavoro sono disciplinati da altri contratti collettivi» (Bologna, Curi 2019, 131).

⁴¹ Inoltre, si registra «concorrenza» tra contratti collettivi sottoscritti da federazioni appartenenti alla stessa confederazione, per cui «accade così per esempio che talune imprese decidano di interrompere l'applicazione del contratto collettivo della logistica, sottoscritto dalla Filt (per considerare la Cgil), transitando al contratto collettivo multiservizi, siglato invece dalla Filcams (sempre in ambito Cgil)» (Lassandari 2018, 62). Sul tema si veda anche Bonardi 2018.

⁴² Il Ccnl I14L, ad esempio, trasla il problema sull'oggetto della prestazione e, più in particolare, sulla «definizione di pacco postale»: «le parti riconducono alla definizione di pacco postale tutti quei pacchi rientranti nella disciplina dei servizi postali di cui al d.lgs. 22/1999 n. 261 ed al regolamento UE 2018/644 del 18 aprile 2018 ma definiscono come tali anche beni e merci confezionati e non necessariamente impacchettati dal mittente, destinati soprattutto al trasporto urbano. Questa estensione interpretativa è infatti alla base del presente Ccnl perché consente di tutelare e di estendere le opportune tutele ad ogni figura professionale, tradizionale o emergente, espressione di ogni settore riconducibile al mercato postale, del trasporto e della logistica in generale» (p. 3).

⁴³ V., ad es., il Ccnl I14F, che individua il proprio campo di applicazione nelle «aziende che svolgono, anche per conto terzi, funzioni sostanziali, principali o collaterali nel settore Autotrasporto, Spedizione merci, logistica e facchinaggio, anche integrati con attività di supporto alla produzione, operanti anche singolarmente o all'interno di strutture logisti-

un inquadramento incidentale della «tradizionale filiera dei servizi logistici (magazzinaggio, trasporto e consegna)»⁴⁴, ma tale indicazione non ha natura definitoria, ponendosi in un più ampio contesto descrittivo dei mutamenti (in senso espansivo) del settore grazie all'e-Commerce. Nel Ccnl I148, al netto della constatazione che le nuove attività introdotte con l'e-Commerce rappresentano «fonte di enormi potenzialità occupazionali»⁴⁵, la «parte speciale, sezione seconda, Ccnl Logistica» non presenta alcun elemento che consenta di definire la «logistica», con l'effetto che la stessa potrebbe anzi collocarsi in attività altre rispetto al trasporto e alla spedizione⁴⁶. Altri contratti, invece, contengono solo degli elenchi esemplificativi⁴⁷. A onore del vero, i numerosi contratti collettivi applicabili al settore presentano notevoli punti di sovrapposizione (anzi talvolta sono pressoché uguali) nonostante siano sottoscritti da rappresentanze sindacali differenti. Vi sono sicuramente degli elementi identitari dovuti alla comunanza tipologica delle attività svolte, ma le somiglianze si spingono oltre e rendono così più evidenti le sporadiche «fughe in avanti» o le scelte innovative. Un tratto senz'altro comune alla maggior parte dei Ccnl più applicati è la presa d'atto del-

che, centri distributivi alimentari e non, strutture/infrastrutture aeroportuali, portuali, auto-portuali, ferroviarie ed in tutte le strutture richiedenti sia private che pubbliche» (p. 6). Lo stesso schema si ripete in tutti i Ccnl sottoscritti da Conapi, ma è mutuato anche in altri Ccnl (come quello I14Q, concluso tra Fmpi, Ulssa e Flia).

⁴⁴ Ccnl I14S,5.

⁴⁵ Ccnl I148,9. In senso analogo, si veda anche il Ccnl I158,5.

⁴⁶ Tra le molteplici attività che sono indicate in premessa (v.8), la logistica sembra ricompresa nel più generale ambito del «trasporto di merci» costituendone mera qualificazione funzionale. Eppure, nella stessa pagina tra i «tradizionali servizi logistici» vengono annoverati il magazzinaggio, il trasporto e la consegna, con espansione del settore anche alle fasi di presa dell'ordine, incasso del corrispettivo ed erogazione dei servizi post-vendita.

⁴⁷ V., ad es., il Ccnl I149, in base al quale «a titolo indicativo da considerarsi, in ogni caso, non esaustivo e da intendersi quale riferimento per analogia, le figure professionali a cui si applica il presente Ccnl sono, tra le altre: conducenti di autotreni o autoarticolati; gruisti; spedizionieri e in genere tutto il personale addetto alle spedizioni; conducenti di natanti azionati da propulsione meccanica; conducenti di motobarche; responsabili di filiale, agenzie, docks e silos; personale aeroportuale impiegato nelle attività di import-export e distribuzione; magazzinieri; personale addetto ai terminal; traduttori e interpreti; impiegati amministrativi e contabili; tecnici specialistici in elettronica, elettrotecnica, meccanica, impiantistica; personale operante su videoterminali; commessi; pulizie e confezionamento; personale addetto alle pratiche doganali; macchinisti, trattoristi, carrellisti». La stessa operazione nel Ccnl I14L porta ad un elenco differente, che riconduce al settore «postale, del trasporto e della logistica in generale» i «servizi di: ritiro, consegna, trasporto, gestione e immagazzinamento e deposito (merci, prodotti, pacchi, alimentari, cibo, posta); asporto e fattorinaggio; ritiro e trasporto tra strutture di operatori postali; distribuzione e recapito dei servizi e delle merci; volantinaggio, consegna di cataloghi pubblicitari e distribuzione giornali; servizi basati sulla logistica, ritenuti di interesse per la PA ed i cittadini; servizi affini, complementari connessi e servizi accessori» (p. 2). Anche i Ccnl I14B e I100 predispongono un elenco discretamente dettagliato e aggiornato (v. l'art. 1 del primo, e la descrizione del secondo, sostanzialmente sovrapponibili), nel quale spicca per singolarità l'estensione dell'applicabilità del Ccnl stesso anche alle «aziende produttrici di energia refrigerante».

la necessità di un'attenzione specifica di tipo «dinamico» piuttosto che «statico», dovuta alla rapida evoluzione del settore. Il Ccnl I14A, per esempio, si apre con una constatazione⁴⁸ sulla necessità di tutelare le «specifiche esigenze di una categoria ad elevato rischio di sopravvivenza ed, in particolare, dell'esigenza di garantire la tutela dei lavoratori e soci lavoratori dipendenti, in attuazione di meccanismi a garanzia della effettività della retribuzione e della obbligatorietà dell'integrale applicazione della normativa contrattuale»⁴⁹, alla quale fa seguito una vera e propria dichiarazione di intenti relativa alla volontà di salvaguardare l'applicazione di tutte le clausole negoziali nel rispetto dei rapporti tra legge, contratto nazionale e contratto aziendale ispirandosi «ai principi di sussidiarietà, al federalismo, alla solidarietà, alla flessibilità, nel rispetto dell'obiettivo primario di favorire la massima occupazione»⁵⁰. Posizioni sicuramente ambiziose⁵¹, specialmente se si considera che, al di là delle classiche disposizioni su bilateralità e contratti flessibili, in questo Ccnl non si rinviene nessuna norma specifica atta a contenere o regolare il ricorso ad appalti, subappalti e subforniture e, più in generale, l'esternalizzazione dei servizi offerti dall'impresa.

Per fronteggiare le fattispecie interpositorie fraudolente, invece, con l'art. 40 del Ccnl I148, rubricato «Appalto di lavoro di logistica, facchinaggio/movimentazione merci» le parti limitano la libertà di scelta negli appalti dei servizi di logistica, facchinaggio e movimentazione delle merci alle sole cooperative «iscritte nel registro imprese di facchinaggio istituito presso le Camere di commercio ed in regola con l'istituto della revisione previsto dal D.M. delle attività produttive del 6 dicembre 2004, o che dimostrino di aver formulato formale richiesta scritta al Ministero dello sviluppo economico»⁵²; inoltre, tali appalti possono essere affidati solo a imprese che applicano il contratto medesimo (dovendosi pertanto adeguare in tal senso qualora intenzionate a ottenere la

⁴⁸ In senso analogo, si veda anche i Ccnl I101 e I147.

⁴⁹ Ccnl I14A.

⁵⁰ Ccnl I14A. Così anche il Ccnl I14L. Le disposizioni che evidenziano il ruolo della contrattazione di secondo livello sono invero abbastanza diffuse (si veda, ad es., la premessa alla Parte I del Ccnl I14N; l'art. 4 del Ccnl I146; l'art. 1, Ccnl I14F – ma si veda anche la premessa – e l'art. 1, Ccnl I14E, e relativa premessa; cfr. l'articolato sistema negoziale – specialmente in tema di *welfare* e premi di produzione – disciplinato nel Titolo III «Secondo livello di contrattazione» del Ccnl I158). Una norma-incentivo in tal senso è prevista dagli artt. 14 dei Ccnl V714, V715 e V716, che disciplinano l'indennità spettante ai lavoratori in caso di mancata previsione di trattamenti economici collettivi eccedenti rispetto a quelli indicati nelle tabelle del Ccnl stesso, stimolando di fatto il ricorso alla contrattazione aziendale soprattutto per sterilizzare tale automatismo.

⁵¹ Una posizione analoga si rinviene nel Ccnl I14C, che si autoproclama «un solido baluardo contro la crisi produttiva, il lavoro sommerso e la stagnazione economica» anche per l'impegno assunto dalle parti firmatarie di «esercitare una funzione di controllo sempre vigile volta a denunciare eventuali fattispecie caratterizzate dal lavoro sommerso». Con toni meno enfatici, ma col perseguimento delle medesime finalità, anche le parti firmatarie dei Ccnl I146, I14E, I14F, I14Q, I145 (rinnovo sottoscritto il 1° aprile 2021), I14G, I14D, I155 e K572 hanno adottato un approccio simile.

⁵² Ccnl I148.

commessa), con l'ulteriore previsione della «interruzione dei rapporti» con gli appaltatori che dovessero risultare inadempienti nei confronti delle obbligazioni contributive, assicurative, retributive e, più in generale, di carattere economico⁵³ e loro sostituzione con «altre imprese appaltatrici che offrano garanzie di pieno rispetto dei diritti contrattuali e di legge dei lavoratori»⁵⁴. Il successivo art. 40-*bis* contiene inoltre una clausola sociale espressa⁵⁵, sia pur costruita come diritto di precedenza attivabile solo in caso di nuove assunzioni dettate da «obiettive necessità operative e produttive dell'impresa subentrante»⁵⁶. In modo analogo⁵⁷, il Ccnl I100 tenta con l'art. 42⁵⁸ di contrastare i «fenomeni di illegalità diffusi nelle attività di logistica, facchinaggio e movimentazione merci» vietando espressamente la facoltà di subappaltare le attività⁵⁹, neppure ad altre imprese che applicano il medesimo Ccnl. Le limitazioni delle imprese che possono essere affidatarie delle attività esternalizzate sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle previste dal Ccnl I148 (obbligo di applicazione del Ccnl, regolarità nella corresponsione dei trattamenti economici diretti e indiretti), con l'aggiunta della possibilità, prevista a favore dell'appaltante, di verificare le concrete modalità di svolgimento delle attività lavorative, e del rafforzamento degli indici di affidabilità: oltre all'iscrizione negli appositi Albi e Registri, gli affidatari dovranno dimostrare di «possedere capacità ed esperienze tecnico professionali, organizzative (disporre di propri mezzi ed idonee, adeguate attrezzature), nonché adeguata solidità finanziaria ed economica, anche relativamente agli aspetti fiscali e contributivi, risultante da certificazione semestrale di *rating* rilasciata da società specializzata nonché dal DURC semestrale»⁶⁰. Si tratta di un'applicazione diretta «delle tutele aggiuntive o integrative alla disciplina legale» che, «in quanto valutabili come clausole contrattuali migliorative, non pongono problemi di compatibilità con l'attuale dato normati-

⁵³ Pur dovendosi accogliere con una certa perplessità la precisazione che tale inadempimento deve essere finalizzato a «trarne un illecito vantaggio», in luogo di una formulazione più chiaramente riferibile alla situazione di insolvenza incolpevole.

⁵⁴ Ccnl I148.

⁵⁵ Meno incisiva, però, di quella contenuta nell'art. 86, Ccnl I14L, che obbliga l'impresa che subentra ad assumere i lavoratori occupati nell'attività oggetto dell'appalto da almeno otto mesi prima della cessazione.

⁵⁶ Ccnl I14L.

⁵⁷ La disposizione è mutuata anche dagli artt. 69-70, Ccnl I14H; artt. 59-60, Ccnl I157; artt. 107-108 Ccnl I159; artt. 42 e 42.1 Ccnl V730; artt. 42 e 42 *bis*, Ccnl I160; artt. 58-59 Ccnl I156; in argomento si veda Bologna, Curi 2019, 146.

⁵⁸ Rubricato «Appalto di lavori di logistica, facchinaggio, movimentazione – cambi di appalto – clausola sociale». Altri Ccnl prevedono, invece, un approccio più blando che si traduce in una valutazione caso per caso (v., ad es., l'art. 46, Ccnl I150 e gli artt. 53 e 54, Ccnl I138).

⁵⁹ La disposizione precisa che «l'assegnazione di un appalto da parte di un Consorzio ad impresa associata non costituisce subappalto» (Ccnl I100,51).

⁶⁰ Ccnl I100. Stessa struttura e stessi requisiti sono ripresi dagli artt. 196-197, Ccnl I158, contenuti nello specifico Titolo XI «Contratto di appalto dei servizi di logistica, facchinaggio e/o movimentazione merci».

vo, pur se non può escludersi che, disancorate dall'abrogata deroga, restino di fatto disapplicati»⁶¹.

Altri contratti non sono altrettanto incisivi nel prendere posizione sul contrasto ai fenomeni di interposizione fittizia, come ad esempio per il Ccnl I146, che dedica un intero titolo, il tredicesimo, all'impiego di manodopera negli appalti e subappalti, pur se lo stesso si compone di due brevi articoli⁶² nei quali «le parti si impegnano ad operarsi per il pieno rispetto della disciplina dei lavori di logistica – facchinaggio – movimentazione merci» verificando «l'idoneità dei soggetti economici appaltatori interessati da eventuale terziarizzazione» e comunicando alle R.S.A. le informazioni su contratti di lavoro applicati nonché su appalti, subappalti, cambi di appalto e affidamenti infra-consortili. Un dato a sostegno delle contestazioni in merito all'applicazione dei contratti «Multiservizi tra i quali si ricomprendono i servizi di logistica» in luogo dei contratti «della Logistica» può evincersi dalla circostanza che, effettivamente, nessuno tra i Ccnl V714, V715, V716 e K572 (tutti classificabili come «Multiservizi») contiene riferimenti alle problematiche relative all'utilizzo fraudolento delle forme di interposizione, né clausole limitative degli appalti. Non si tratta, in realtà, di un rilievo dirimente, in quanto non tutti i Ccnl «della Logistica» analizzati prevedono tale tipo di limitazione, ma è indicativo che tra i Ccnl «Multiservizi» non ve ne sia neppure uno che la prenda in considerazione, nonostante che tale settore composito – anche (e forse soprattutto) al di là delle attività di logistica – presenti le medesime problematiche relative al ricorso a intermediari fittizi.

È con il Ccnl I170 che le parti sociali dimostrano di aver piena contezza del problema delle «lavorazioni per conto terzi» ma non la necessaria padronanza degli strumenti per risolverlo. L'appendice denominata «Lavorazioni per conto terzi e responsabilità solidale negli appalti e nella sub-fornitura Area Distribuzione delle Merci, della Logistica e dei Servizi privati», infatti, etichettando i rapporti conto terzi come «problema ancora aperto»⁶³, afferma che «occorre offrire una maggior tutela alla forza lavoro e alle imprese che operano per conto terzi e in sub-fornitura». La vigilanza sul rispetto della legge e del contratto collettivo è demandata all'impresa committente – che, precisa il contratto, «resta comunque «obbligata in solido (anche) con il sub-fornitore relativamente ai crediti lavorativi, contri-

⁶¹ Grieco 2017, 150-51. L'abrogazione alla quale fa riferimento l'A. è quella della «originaria previsione dell'art. 29» che rispetto al regime della responsabilità solidale faceva «salve le diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative» (Tagliente 2018, 590) sul piano nazionale, che potevano sostituire tale regime di tutela con un meccanismo differente. Tale «possibilità di deroga al regime legale abrogata dall'art. 1, comma 911, l. n. 296 del 2006», è stata ripristinata con l'art. 4, comma 31, l. n. 92 del 2012 e nuovamente soppressa dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b), D.L. 17 marzo 2017, n. 25, conv. in L. 20 aprile 2017, n. 49.

⁶² Ccnl I146.

⁶³ L'individuazione del nocciolo del problema nell'esigenza di «scongiurare il sorgere della responsabilità solidale laddove si dovesse ricadere nella fattispecie del contratto di appalto» sembrerebbe frutto di una grave imprecisione piuttosto che di una scelta antitetica con il resto dell'appendice: è la responsabilità solidale a conferire una maggior tutela al lavoratore «conto terzi».

butivi e assicurativi dei dipendenti di questi»⁶⁴ – il cui impegno a «evitare che la procedura di esternalizzazione di fasi della produzione venga utilizzata quale ricetta per risparmiare sul costo del lavoro» si traduce nel compito di verificare che i soggetti a vario titolo coinvolti siano in regola con la normativa vigente e con gli obblighi contrattuali assunti nei confronti dei lavoratori. La disposizione, che rappresenta senz'altro un (primo, timido) passo in avanti, risulta però incompleta ed eccessivamente generica («adottare ogni iniziativa utile e finalizzata ad una corretta applicazione del contratto collettivo nazionale e delle leggi sul lavoro»). Nondimeno, anche l'affidamento agli Enti bilaterali della supervisione sulla regolarità dei contratti di appalto, come accade nei Ccnl I14M⁶⁵ e I14P⁶⁶, non è sempre indice di un corretto inquadramento del problema, in quanto l'attenzione posta dalle parti sociali all'individuazione delle fattispecie di interposizione fraudolenta, pur rimarchevole, si esaurisce nella certificazione facoltativa del contratto di appalto (lasciando quindi nella disponibilità delle imprese la scelta dell'inquadramento negoziale del rapporto giuridico intercorrente tra le stesse).

Sulla capacità qualificatoria e regolatoria della logistica pesa il dato della «scarsa o inesistente sindacalizzazione» (Bologna, Curi 2019, 135) di tutte quelle attività che, sfuggendo al regime degli appalti, restano assoggettate a quello dei trasporti – ove ne ricorrano i presupposti – eludendo sia il meccanismo della responsabilità solidale proprio del primo sia le clausole negoziali di selezione e supervisione degli appaltatori (non sempre) contenute nei contratti collettivi. A ciò si aggiunge l'ulteriore dato, sia pure meramente eventuale ma, quando presente, di portata dirompente, della scelta delle parti sociali di derogare il regime della solidarietà negli appalti attraverso le «specifiche intese» di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011⁶⁷. Il contratto di prossimità, infatti, è finalizzato («funzionalizzato»⁶⁸) a disciplinare in modo specifico le esigenze di una determinata realtà produttiva⁶⁹, tra le quali anche la disciplina degli appalti⁷⁰.

⁶⁴ Ccnl I170, ma la citazione virgolettata è tratta da Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 254.

⁶⁵ Si veda l'art. 12,13, ai sensi del quale «a domanda delle Parti interessate, la Commissione procederà alla Certificazione dell'Appalto, sia in sede di stipulazione che d'attuazione, anche ai fini della distinzione tra somministrazione e appalto, individuando le concrete condizioni d'esclusione d'interposizione illecita e di configurazione di appalto genuino». La «Commissione» alla quale fa riferimento la norma è la Commissione Nazionale di Certificazione degli Appalti, costituita in seno alla Commissione Bilaterale di Garanzia, Interpretazione, Certificazione e Conciliazione dell'ente bilaterale «ENBIUC».

⁶⁶ Si veda l'art. 72, che stabilisce la costituzione di «apposite Commissioni di Certificazione» presso l'ente bilaterale «EPABIC».

⁶⁷ In uno dei primi commenti alla norma, Riccardo Del Punta affermava di essere in presenza «di un meccanismo normativo che per la prima volta prova a stabilizzare, limitatamente all'ambito aziendale, la tenuta della contrattazione» [Del Punta 2012, 42].

⁶⁸ Grieco 2017, 154. Così, in termini di «vincoli funzionali», Garofalo 2017, 138.

⁶⁹ «Si tratta dei vincoli «di scopo» delle intese derogatorie» (Passalacqua 2016, 295); vedi anche Garilli 2012, spec. 4 sgg.

⁷⁰ In tal senso, Grieco 2017, 155, ma anche nota n. 33, ove si fa salva «la garanzia disposta dall'art. 1676 c.c., in quanto norma che disciplina una azione diretta e non una obbligazione solidale.

Per condurre un'analisi di questo genere occorrerebbe, però, avere dati che le parti sociali non sono disposte a divulgare, sovente omettendo l'utilizzo della espressione «contratti di prossimità». Stante la possibilità che la contrattazione in deroga possa incidere sul regime della responsabilità solidale in quanto la soppressione del primo capoverso dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n.276/2003, ha fugato i dubbi che erano emersi in dottrina a seguito dell'abrogazione della facoltà derogatoria concessa alla contrattazione collettiva, permangono le perplessità relative all'aver voluto eliminare una norma che rimandava alla contrattazione collettiva nazionale lasciando però in vita la medesima possibilità per la contrattazione di prossimità. Al di là di ogni possibile incertezza, comunque, questa facoltà di deroga sembrerebbe non essere «mai decollata»⁷¹.

6. Conclusioni

All'esito dell'analisi sin qui condotta, è possibile formulare alcune osservazioni conclusive sull'applicabilità dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1677-*bis* c.c., estese anche al regime di responsabilità solidale previsto per il contratto di trasporto. Il punto di partenza, ovviamente, è quello della prevalenza «della responsabilità solidale (regola)» rispetto alla «esclusione della stessa (eccezione)»⁷². Non c'è dubbio che «deve essere salutata con favore la regolamentazione del contratto di logistica da parte dell'art. 1677-*bis* cod. civ.», in quanto le esternalizzazioni hanno un'«incidenza particolarmente negativa sulle condizioni di lavoro, che si traduce principalmente in un'inidoneità delle misure di sicurezza adottate, basse retribuzioni, imprevedibilità e prolungamento dell'orario di lavoro, scarsa rappresentatività sindacale. Non di rado l'inadeguatezza sfocia in casi di sfruttamento lavorativo»⁷³, non soltanto per «carezza di protezione normativa, [...] bensì anche per ragioni oggettive legate alla debolezza strutturale dell'indotto», poiché «è certamente più facile per un'impresa non rinnovare un contratto di appalto oppure ridurre le commesse ad un subfornitore, che licenziare i propri lavoratori interni»⁷⁴.

⁷¹ Garofalo 2017, 138. Ciò in controtendenza con l'auspicio di Riccardo Del Punta al «massimo sforzo collettivo» per un utilizzo virtuoso dell'istituto scongiurando una sua lettura in contrasto con il dettato costituzionale (Del Punta 2012, 42, 46-49).

⁷² D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit.67.

⁷³ Bozza, Monterossi 2022, 500. Il problema è spiegato efficacemente da Bologna, Curi 2019, 135. Sottolineando l'importanza dell'approfondimento delle tematiche lavoristiche relative al settore logistico in virtù della indiscussa eco del fenomeno, specie alla luce della «forte curiosità che ha sollevato, anche presso i giuslavoristi, un fenomeno molto più circoscritto come quello dei *rider*» (Bologna, Curi 2019, 126), gli A. rilevano che «di fronte alla scelta di puntare con decisione sull'innovazione, tenendo insieme in modo nuovo produzione, logistica, reti distributive, o di seguire la consolidata strategia della competizione sui costi, molta parte delle aziende manifatturiere italiane ha scelto questa seconda opzione, con effetti negativi anche sul lavoro» (Bologna, Curi 2019, 129).

⁷⁴ «Sarà poi l'appaltatore o il sub-fornitore, a dover licenziare» afferma Del Punta 2004, 219.

Sebbene «la coincidenza fra la titolarità del rapporto e l'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa» è un dogma ormai superato da oltre un ventennio, anche in virtù della comprovata prevalenza di quelle posizioni dottrinali che la consideravano, già alla vigilia dell'emanazione del d.lgs. 276/2003, «poco più di un reperto preistorico» (Del Punta 2008, 131), è nei labili confini del decentramento produttivo che si annida il rischio di utilizzo fraudolento dei tipi negoziali che consentono l'esternalizzazione del lavoro: in questo scenario, è proprio «il divieto di interposizione, tante volte ritenuto un pezzo da museo» che, a fronte della proliferazione delle tipologie negoziali sia commerciali sia lavoristiche, «continua a stupire per la sua longevità e capacità di adattamento»⁷⁵.

Il raggruppamento delle attività di logistica all'interno di un'unica norma con l'evidente scopo di individuarne la disciplina applicabile ha generato il dibattito relativo all'isolamento della fase di trasporto rispetto agli altri negozi che compongono il servizio, ai quali si applica l'appalto e, di conseguenza, il relativo regime di responsabilità solidale per i crediti dei lavoratori e degli enti previdenziali.

Se, però, la predisposizione di un regime di responsabilità solidale nelle forme di lavoro esternalizzato è funzionale alla tutela della parte contrattualmente più debole, tale forma di responsabilità patrimoniale andrebbe estesa a tutti i casi di dissociazione tra i due soggetti legati, a vario titolo – l'esistenza del contratto di lavoro per uno, la fruizione della prestazione per l'altro – al lavoratore, prescindendo dal tipo contrattuale commerciale scelto per regolare i rapporti tra le parti. La neutralità del contratto prescelto trova conferma in tutte quelle tutele che, nello specifico caso dei crediti, sono assistiti da particolari garanzie volte a riequilibrare la posizione di disparità contrattuale (vedasi il regime della prescrizione) ovvero a salvaguardare l'importanza che le spettanze rivestono per il lavoratore-creditore (è il caso del privilegio). Con riferimento, invece, alla figura del committente che beneficia della prestazione resa dal lavoratore assunto da altro soggetto, la responsabilità solidale per le obbligazioni contratte dall'appaltatore trova la propria *ratio* nella responsabi-

⁷⁵ Del Punta 2001, 79. Secondo R. Del Punta (*La fornitura di lavoro temporaneo*, cit.205), anche dopo l'abrogazione della legge n. 1369/1960, il divieto di interposizione non poteva dirsi realmente caduto e le leggi successive alla detta abrogazione, consentendo un ricorso condizionato all'interposizione, hanno confermato la generalità del divieto: «il principio di imputazione dei rapporti di lavoro sostanzialmente subordinati al datore che effettivamente utilizza le prestazioni di lavoro è sempre stato considerato, a ragione, un principio cardine del sistema. Ad esso si è affiancato, dopo l'emanazione della legge 24 giugno 1997, n. 196, l'altro (e speculare) principio per cui un imprenditore privato (ma anche un'amministrazione pubblica) non può lecitamente fornire o «somministrare» manodopera ad un terzo, a meno che non si tratti di un'impresa espressamente autorizzata a svolgere attività di fornitura/somministrazione, ed iscritta al relativo albo gestito dal Ministero del lavoro. Ebbene, è da ritenere, a giudizio di chi scrive e della maggioranza dei commentatori, che il divieto di interposizione sia tuttora pienamente operante nell'ordinamento, in quanto la normativa del 1960, in sé abrogata, è stata sostituita da altre norme che, pur nella loro parziale diversità di contenuto, conducono ad una conclusione analoga in punto di esistenza del divieto» (Del Punta 1953).

lizzazione del committente stesso che «diventa, così, portatore dell'interesse di interagire con contraenti seri contribuendo, da un punto di vista macroeconomico, alla creazione di un mercato concorrenziale virtuoso che tenda ad escludere gli imprenditori che fondano la loro competitività sull'abusivo abbattimento del costo del lavoro» (Brignardello 2003). Di talché, laddove la scelta ricada su appaltatori che non si attengono al detto modello, anche il committente sarà chiamato a rispondere delle conseguenze che la negazione di tutele produce per i lavoratori, nell'implicito quanto ovvio presupposto per cui *cuius commoda et eius incommoda*.

Guardando alla formulazione dell'art. 83-bis, comma 4 *ter*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, la garanzia di «affidamento del trasporto» è limitata alla regolarità della posizione del vettore rispetto agli obblighi retributivi, previdenziali e assicurativi. L'abbassamento della tutela lavoristica è evidente, poiché si presta a pratiche fraudolente in grado di neutralizzare il rischio di pretese creditorie a fronte di adempimenti che nulla dicono sul merito creditizio dell'impresa, quali l'utilizzo di «start up in appalto e subappalto, con un DURC immacolato ma pronte a fallire alla bisogna»⁷⁶. Oltre all'inidoneità della norma in questione a disciplinare compiutamente il fenomeno della logistica⁷⁷, quindi, si ravvisa un problema di incompatibilità della stessa con le istanze di protezione del credito del lavoratore e degli enti previdenziali, che, secondo alcuni, potrebbe sfociare nell'incostituzionalità⁷⁸. Ed infatti, alla luce dell'analisi condotta, si potrebbe ragionevolmente affermare che, se la *ratio* dell'estensione della norma in materia di responsabilità solidale negli appalti a tutte le forme di lavoro esternalizzato è quella di tutelare il lavoratore, essa dovrebbe trovare applicazione non solo quando il trasporto è parte di una più complessa operazione – quella di logisti-

⁷⁶ Bonardi 2022, 6, che riprende la denuncia di Collettivo Gigaworkers, *La manina, la frode e il dispotismo*, in <https://effimera.org/la-manina-la-frode-e-il-dispotismo-di-collettivo-gigaworker/> (n. 14).

⁷⁷ Oltre a non trovare applicazione per i lavoratori autonomi, l'art. 83-bis limita la responsabilità solidale al solo trasporto su strada mediante autoveicoli. «Di conseguenza, laddove le prestazioni di cui all'art. 1677-bis venissero svolte per mezzo di un asse di smistamento differente (ad es. marittimo, ferroviario, aereo), oppure nella forma del trasporto multimodale, non vi sarebbe nemmeno spazio per la tutela settoriale: in questi casi tornerebbe ad operare la disciplina generale della responsabilità civile, con l'imputazione dei debiti retributivi, contributivi e assicurativi al solo titolare del contratto di lavoro». Senza contare che, sul piano strettamente pratico, la teoria «che postula la convivenza di due diversi regimi di solidarietà del committente a fronte della stipulazione di un unico contratto di logistica [...] non persuade»: sia in quanto «essa non risolve il problema della disciplina applicabile ai dipendenti utilizzati nel servizio strumentale al trasporto, che non sono menzionati nella disposizione» e sia perché «occorre considerare che i lavoratori della logistica ruotano continuamente su più servizi e mansioni, che di regola si cumulano». Riccobono 2023, 370.

⁷⁸ Ciò «perché dà vita ad un «diritto non uguale». La prestazione dei dipendenti del vettore produce [...] nella sfera giuridica del committente la stessa utilità che l'attività dei lavoratori dell'appaltatore realizza in quella dell'appaltante». È quindi evidente il contrasto con l'art. 3 Cost. si veda in questo senso Villa 2022, 15.

ca – ma dovrebbe estendersi a ogni tipologia di trasporto, anche a quello isolato da altre prestazioni⁷⁹.

Insomma e per concludere non è possibile allo stato affermare che la novella codicistica per la sua formulazione compromissoria sia in grado di risolvere il pressante problema della tutela dei lavoratori impiegati in questo importante settore della nostra economia, salvo che – soluzione alla quale si è favorevoli – non venga eliminata la norma speciale adottata per il settore del trasporto, che appare ormai decontestualizzata, e quindi superata, rispetto all'evoluzione in senso ampliativo della tecnica rimediale della responsabilità solidale.

Qualunque sia la soluzione che venga adottata, risuonano quanto mai attuali le parole di Riccardo Del Punta, che proprio a proposito di scomposizione del rapporto di lavoro evidenziava come, ad oggi, l'operato del giurista del lavoro non possa risolversi nella mera esegesi del dato normativo volta a chiarirne il campo di applicazione, ma debba estendersi alla «ricomposizione di un sistema che, dopo anni di interpolazioni e addizioni, ha smarrito la sua coerenza interna» (Del Punta 2001, 75).

Riferimenti bibliografici

- Bianco, L. 1996. "Logistica, informatica e trasporti: definizione e profili generali." In *Logistica informatica e trasporti: Incontro di studio del Dottorato di ricerca in Diritto della Navigazione e dei Trasporti Ispica-Ragusa 1-5 settembre 1996*, a cura di E. Fanara, 13 sgg. Messina: Ricerche del Centro Universitario di Studi sui Trasporti dell'Università degli Studi di Messina.
- Bologna, S., Curi, S. 2019. "Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 161, I.
- Bonardi, O. 2018. "Tra governance delle global value chains e frammentazione del tessuto produttivo nazionale: quale regolazione per il lavoro nel settore logistica?" *Rivista giuridica del lavoro* 3: 34 sgg.
- Bonardi, O. 2022. "Il contratto di logistica e la responsabilità solidale negli appalti dopo il nuovo art. 1677 bis c.c." *Lavoro Diritti Europa* 3.
- Bozzao, P., Monterossi, L. 2022. "La difficile convivenza tra i contratti di appalto e trasporto nei servizi di logistica: esigenze di certezza vs chiaroscuri interpretativi." *Diritti Lavori Mercati* 3.
- Brignardello, M. 2003. "Contratto di logistica." In *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., 262 sgg.
- Calvo, R. 2022. "Il contratto di logistica." *Le Nuove Leggi Civili Commentate* 5.
- Carnevali, U. 2022. "L'appalto di servizi: il nuovo art. 1677-bis c.c. e il contratto di servizi logistici." *I Contratti* 3: 253 sgg.

⁷⁹ Bonardi 2022, 6, invoca una norma di interpretazione autentica nel senso che, nel caso di trasporto inserito nel più complesso piano della logistica, non possano ritenersi legittime norme tese a escludere o limitare i diritti dei lavoratori addetti agli appalti. *Contra*, Villa 2022, 14, secondo cui l'effetto dell'art. 1677-bis è quello di «ritagliare un campo di applicazione più ampio del passato dell'art. 83 bis, d.l. n. 112/2008, conv. l. n. 133/2008», fermo restando che se «la prestazione concordata tra le parti concerna solo trasporti merci, per quanto predeterminati in modo sistematico e caratterizzati dal pagamento di un corrispettivo unitario, è l'art. 83-bis a doversi applicare e non l'art. 29, comma 2».

- Del Punta, R. 1998. "La «fornitura di lavoro temporaneo» nella l. n. 196/1997." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I.
- Del Punta, R. 2001. "La scomposizione del rapporto di lavoro (a proposito del libro di Maria Teresa Carinci, La fornitura di lavoro altrui, in *Commentario al codice civile* diretto da Piero Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2000)." *RIDL* III.
- Del Punta, R. 2004. "Statuto dei lavori ed esternalizzazioni." *Diritto delle Relazioni Industriali* 2, XIV.
- Del Punta, R. 2005. "Il «nuovo» divieto di appalto di manodopera." *Diritto e Pratica del Lavoro* 36: 1953 sgg.
- Del Punta, R. 2007. "Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto." *Diritto delle Relazioni Industriali* 2: 503 sgg.
- Del Punta, R. 2008. "Le molte vie del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I.
- Del Punta, R. 2011. "Modelli organizzativi d'impresa e diritto del lavoro." *Sociologia del diritto* 3.
- Del Punta, R. 2012. "Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)." *Lavoro e Diritto* 1.
- Garilli, A. 2012. "L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni industriali." *W.P. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.IT 139.
- Garofalo, D. 2017. "La responsabilità solidale." In *Appalti e lavoro*, vol. II, Disciplina lavoristica, a cura di D. Garofalo, 121 sgg. Torino: Giappichelli.
- Garofalo, D. 2017. "Le fattispecie contermini all'appalto." In *Appalti e lavoro*, vol. II, Disciplina lavoristica, a cura di D. Garofalo, 159 sgg. Torino: Giappichelli.
- Gazzoni, F. 2019. *Obbligazioni e Contratti*. Napoli: ESI.
- Grieco, A. 2017. "Brevi note sull'abrogazione delle disposizioni limitative alla solidarietà negli appalti." In *Appalti e lavoro*, vol. II, Disciplina lavoristica, a cura di D. Garofalo. Torino: Giappichelli.
- Lassandari, A. 2018. "La contrattazione collettiva nella logistica." *Rivista giuridica del lavoro* 3: 54 sgg.
- Passalacqua, P. 2016. "L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015." *Diritto del Lavoro e Mercato* 2.
- Riccobono, A. 2023. "Tutela dei crediti di lavoro e responsabilità solidale nel «contratto di logistica integrata»." *Il lavoro nella giurisprudenza* 4.
- Silingardi, G. 1996. "Profili giuridici del contratto di servizi di logistica." In *Logistica informatica e trasporti: Incontro di studio del Dottorato di ricerca in Diritto della Navigazione e dei Trasporti Ispica-Ragusa 1-5 settembre 1996*, a cura di E. Fanara. Messina: Ricerche del Centro Universitario di Studi sui Trasporti dell'Università degli Studi di Messina.
- Tagliente, A. 2018. "L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003: la responsabilità solidale del committente quale principio generale in tutti i fenomeni di decentramento produttivo?" *Argomenti di diritto del lavoro* 2.
- Villa, E. 2022. "Quando l'«appalto» ha ad oggetto servizi di logistica, quale regime di solidarietà per i crediti dei lavoratori?" *Lavoro Diritti Europa* 3.

Tra *capability theory* e *purposive approach*: appunti sulla prospettiva 'rimediale' di Riccardo Del Punta

Stefano Giubboni

1. Premessa

La riflessione teorica – epistemologico-metodologica, in particolare – occupa notoriamente un posto centrale nella ricerca di Riccardo Del Punta (RDP), a partire quantomeno dai primi anni Duemila¹. Negli ultimi anni questa esigenza di riflessione sui fondamenti – teorici e assiologici – del diritto del lavoro ha conosciuto una ulteriore maturazione nel pensiero di RDP, assumendo una più profonda inclinazione, che non esiterei a definire propriamente filosofica². È da questa prospettiva di lungo corso che RDP si è – direi quasi naturalmente – accostato a due dei filoni di studi che egli considerava metodologicamente tra i più

¹ Basti pensare a Del Punta 2001; 2002; 2013.

² Cfr. Del Punta 2019, 83, ove – sulla scia di Collins, Lester e Mantouvalou 2018 – afferma esplicitamente che «the *reapplication of philosophical concepts* could, in principle, be a productive strategy» (il corsivo è nell'originale). Si tratta peraltro di una antica inclinazione, risalente ai suoi esordi giovanili, come ha ricordato lo stesso Riccardo ripercorrendo il rapporto, sofferto sotto questo profilo, con Giuseppe Pera: «da giovanissimo studioso, quasi mi vergognavo di fare note a sentenza, mentre i miei coetanei si lanciavano in audaci teorizzazioni: una sofferenza accresciuta dal fatto che a me, diversamente da Pera, le teorie, anche e soprattutto filosofiche, piacevano e piacciono tuttora» (così Del Punta 2018, 166). Si è soffermato su questo tratto, così importante nella complessa e multiforme personalità intellettuale di RDP, anche Ichino 2022, nel suo ricordo.

Stefano Giubboni, University of Perugia, Italy, stefano.giubboni@unipg.it, 0000-0002-6644-7169

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Stefano Giubboni, *Tra capability theory e purposive approach: appunti sulla prospettiva 'rimediale' di Riccardo Del Punta*, ©Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.35, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 603-614, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

innovativi e promettenti anche nella nostra materia: il *capability approach* (di seguito anche solo CA) nella versione originariamente elaborata da Amartya Sen e ripresa e sviluppata (pur con significative differenze) da Martha Nussbaum³, di cui Del Punta è stato tra i principali e più raffinati sostenitori tra i giuslavoristi, partecipando da protagonista al dibattito internazionale (cfr. Del Punta 2016; 2019); e l'approccio *purposive* al diritto del lavoro di Guy Davidov (Davidov 2016), apprezzato soprattutto per il suo pragmatismo anti-ideologico e per la linearità degli svolgimenti analitici (si veda Del Punta 2017).

In questo personale tributo alla sua memoria mi propongo di collocare l'originale posizione assunta da RDP in questo dibattito nell'ambito della più ampia discussione svoltasi in questi anni in Italia sulla opportunità di affrontare i principali nodi problematici della nostra materia in una rinnovata «prospettiva rimediale»⁴, superando logiche ancorate alla tradizionale visione tutoria e paternalistica della fattispecie fondativa del diritto del lavoro, con il suo corollario fisso di tutele inderogabili. Nel farlo, procederò in quest'ordine: mi soffermerò dapprima sui tratti salienti dell'originale contributo offerto da RDP al *capability approach* al diritto del lavoro e sulla posizione di pragmatico favore che egli ha assunto nei confronti della proposta metodologica di Guy Davidov; riprenderò quindi le principali obiezioni che già altri hanno autorevolmente mosso alla adeguatezza teorica ed euristica, in particolare della prima delle due proposte, aggiungendovi taluni spunti di riflessione tratti da due casi di studio tanto emblematici quanto problematici, visti nella evocata ottica rimediale; concluderò, infine, con considerazioni critiche di carattere più generale sull'utilizzo *purposive*, per così dire, dell'uno o dell'altro (come di qualunque altro) approccio teorico o modello analitico a fini di politica del diritto.

2. Il *capability approach* e l'approccio *purposive* nella riflessione teorica di Riccardo Del Punta

Spererei di non sbagliare nell'affermare che RDP abbia trovato nel CA la principale chiave teorico-metodologica per costruire quella «terza via» tra le impostazioni di segno neoliberale (tipicamente la *Law and Economics*, almeno nelle sue correnti maggiormente intrise di dogmatismo microeconomico neoclassico)⁵, cui era contrario, e gli orientamenti reattivo-conservativi, come li aveva definiti, della dottrina giuslavoristica a suo dire ancora prevalente in Italia, che pure gli apparivano sbagliati o quantomeno inadeguati in quanto nostalgicamente ancorati al retaggio socialdemocratico novecentesco di impronta sinzheimeriana, dominato da un atteggiamento fondamentalmente anti-mercato e ostile alle ra-

³ Ha voluto ricapitolare le principali differenze la stessa Nussbaum 2019.

⁴ Non è questa la sede per ripercorrere in modo puntuale una discussione che è, come noto, assai ricca e articolata; lo ha del resto fatto in termini molto precisi (e condivisibili) Zoppoli 2022, cui posso senz'altro rinviare.

⁵ Del Punta 2020a era, ovviamente, pienamente avvertito delle significative differenze di approccio interne a quel «movimento», in particolare tra Calabresi e Posner.

gioni dell'impresa (si veda diffusamente Del Punta 2020b). A tal fine, peraltro, RDP ha dovuto in qualche modo elaborare una propria versione giuridicamente evoluta (in certo senso «qualificata» e «sostanziata») del modello seniano, nella piena consapevolezza che il CA – anche nella variante riveduta da Nussbaum con una esplicita definizione in chiave costituzionale di un nucleo di *capabilities* fondamentali (Nussbaum 2019, 70) – non avrebbe di per sé supportato una tale sofisticata operazione di rivisitazione dei fondamenti concettuali e normativi – cioè dei fini e dei mezzi – del diritto del lavoro.

Nel *capability approach* di Sen⁶ il diritto del lavoro non trova, infatti, come riconosceva lo stesso Del Punta⁷, alcuno spazio di un qualche rilievo⁸. Fondamentalmente, l'approccio seniano assume come suo campo di applicazione elettivo le teorie dello sviluppo, innovandole sotto il decisivo profilo dei modi di misurazione del benessere collettivo (si veda per tutti Collins 2019, 26). Gli elementi analitico-normativi essenziali del suo innovativo approccio teorico sono noti e si muovono tutti in un orizzonte problematico rispetto al quale il diritto del lavoro è, in quanto tale, fondamentalmente estraneo (salvo che per presupposti «basici», come tali relativamente incontrovertibili, almeno nelle liberaldemocrazie dell'Occidente).

Come noto, la struttura portante del CA di Sen si basa su tre elementi essenziali: i funzionamenti, le capacità o capacitazioni (secondo la traduzione per lo più in uso della parola inglese)⁹ e i fattori di conversione¹⁰. I funzionamenti riflettono valori o preferenze di natura soggettiva, trattandosi di cose o stati che una persona reputa abbia importanza fare o essere (dai più basilari, come essere adeguatamente nutrito e privo di malattie, a quelli più complessi, come prendere parte attiva alla vita della comunità in una situazione di *self-respect*). Le capacitazioni esprimono quella concreta forma di libertà sostanziale di cui la persona riesce a godere per realizzare le diverse combinazioni di funzionamenti desiderati e perseguiti, mentre i fattori di conversione sono quei meccanismi, o strumenti, di natura anche istituzionale, che consentono per l'appunto di convertire le *capabilities* in *functionings*. È chiaro come, riguardato dalla altezza di

⁶ Cfr. principalmente Sen 2000; 2010.

⁷ Si veda Del Punta 2016. Ma si tratta di considerazione che accomuna quanti si sono occupati del tema: si veda ad es. Langille 2019a, 1.

⁸ Del resto, neppure Martha Nussbaum ha attribuito al diritto del lavoro un rilievo significativo nell'ambito della propria versione – pur attenta, a differenza di quella di Sen, alla dimensione costituzionale – della teoria delle *capabilities*. Nel suo più specifico contributo alla discussione tra i giuslavoristi, Nussbaum 2019 – ribadendo un approccio che essa stessa ha definito «minimale» alla teoria della giustizia – ha ricordato come l'apporto del *capability approach* al diritto del lavoro in senso proprio resti piuttosto limitato (ai diritti umani fondamentali), riguardando, semmai, aree tradizionalmente non governate o comunque scarsamente regolate dal diritto del lavoro, come il lavoro domestico informale e quello di cura delle donne, in specie nei Paesi in via di sviluppo.

⁹ Cfr. la traduzione italiana di Sen 2000, 76 sgg. Ma è usata anche la prima: si veda più di recente Granaglia 2022, 4 sgg.

¹⁰ Si veda la sintesi proposta da Deakin 2019, 144.

questa astrazione analitica, il CA non abbia di per sé molto da dire – salvo forse che sul piano di talune basilari precondizioni – su quel sofisticato campo normativo nel quale siamo soliti identificare ciò che chiamiamo diritto del lavoro. Per questo, i giuslavoristi che hanno fatto ricorso al *capability approach* lo hanno dovuto adattare – con arricchimenti più o meno significativi – al fine di trarne direttive utili, vuoi sul piano analitico, vuoi su quello prescrittivo.

Simon Deakin, per esempio, già dai primi anni Duemila vi ha fatto ricorso, insieme a Frank Wilkinson, per articolare un modello di analisi neo-istituzionalistica del mercato del lavoro alternativo agli assunti della teoria neoclassica *standard*, giustificando per tal via il rilievo costitutivo dei diritti sociali (si veda Deakin, Wilkinson 2000). Come ha ricordato di recente lo stesso Deakin, in questa prospettiva, già arricchita ed evoluta, «the capability approach is particularly relevant to the debate about the economic effects of labour law because it suggests that there are situations in which labour law constitutes and shapes the labour market precisely by articulating the interests and claims of workers as social rights» (Deakin 2019, 149). Ma anche in questa prospettiva resta evidente come l'apporto del CA rimanga confinato a un piano piuttosto astratto ed essenzialmente difensivo: di contenimento, potremmo dire, di approcci teorici – ormai, peraltro, in via di superamento anche in seno alle teorie economiche – che, almeno nelle punte più dogmatiche, tendono a delegittimare in radice il ruolo del diritto del lavoro e dei diritti sociali più in generale quali ostacoli all'efficiente funzionamento del mercato. Tanto è vero che oggi lo stesso Deakin propone di superare questa logica prevalentemente difensiva, già svolta dal *capability approach* nell'ambito della teoria economica del mercato del lavoro, per sostanziarne il rilievo in termini utili a dimostrare – in positivo – il decisivo contributo che il diritto del lavoro concretamente apporta allo sviluppo socioeconomico¹¹.

Brian Langille, come in forma forse più discreta lo stesso Riccardo Del Punta, ha invece proposto un impiego dell'approccio seniano decisamente più ambizioso: più esteso e al contempo maggiormente incisivo, per interrogarsi sul significato e sulla funzione – sul senso, potremmo dire – del diritto del lavoro oggi. Secondo Langille, infatti, il ruolo potenziale del CA «is not simply to answer the dilemma for justice posed by our familiar account of history and current structure of our labour law. Rather its potential is greater: to force us to reconsider that basic structure» (Langille 2019b, 128).

L'obiettivo teorico è forse più contenuto – e in questo senso il ricorso al CA più discreto e selettivo – in RDP, ancorché anche nella sua originale elaborazione gli ambiti di rivisitazione dei fini e dei mezzi, che egli riteneva dovessero caratterizzare un diritto del lavoro profondamente rinnovato nelle sue stesse

¹¹ Quello che Deakin 2019, 155, chiama «the developmental role of labour law [...]: Seen in the wider context of what is known about the developmental outcomes, we can make some assessment of the long-run contribution of worker-protective labour law to economic development and growth».

premesse di valore¹², vadano ben al di là della sfera del mercato del lavoro, per riguardare istituti centrali della disciplina del contratto e del rapporto. Per Del Punta il potenziale ricostruttivo (e riformistico) del CA investe, infatti, vaste aree della disciplina: anzi, come ebbe a rilevare nel suo contributo più organico e teoricamente impegnato sul tema, «the capability theory appears to have a comparative advantage, in that it potentially covers the most dynamic areas of labour law which presides over the discovery of the worker's subjectivity» (Del Punta 2019, 99).

In quello stesso contributo RDP ha fornito un'ampia esemplificazione degli ambiti di incidenza del CA (cfr. diffusamente Del Punta 2019, 94 sgg.), ponendo al centro l'idea-chiave della espansione degli spazi di libertà sostanziale e di autonomia – e in questo senso della soggettività individuale – del lavoratore: dal governo degli impatti (che, se ben guidati, possono avere appunto un forte potenziale liberatorio) della rivoluzione tecnologica in corso, con la nuova frontiera dell'industria 4.0, allo sviluppo di quelle forme contrattuali che meglio di altre possono avere un ruolo di *capability-enhancing*, come lo *smart working*, passando per un generale potenziamento della sfera di autonomia individuale e, con questa, della logica cooperativo-partecipativa che dovrebbe connotare i nuovi rapporti di produzione e di lavoro nella fabbrica «intelligente»¹³.

Questa originale e trasversale valorizzazione del CA nel diritto del lavoro ha però avuto bisogno di nutrirsi di altri apporti teorici – tratti ad esempio dal repubblicanesimo di Pettit (si veda Del Punta 2019, 93) e dalle teorizzazioni della economia sociale di mercato che RDP riconduceva all'ordoliberalismo di sinistra¹⁴ – capaci di immettere nella teoria seniana quella dimensione assiologico-sostanziale, attenta ai valori sociali e solidaristici di cui è intessuto il diritto del lavoro, che è sicuramente assente nel modello originario, saldamente ancorato – come avremo modo di dire meglio tra breve – ai canoni dell'individualismo metodologico. Il *capability approach* di RDP è, in questo senso, assiologicamente «sostanziato», in quanto si presenta arricchito da «un'adeguata base valoriale improntata a un radicale liberalismo sociale» (Del Punta 2020, 55), come egli

¹² Come si legge in Del Punta 2020, 53, «la suggerita *reinterpretazione dei valori* deve dunque prendere le mosse dal comprendere che il compito della regolazione dovrà essere, sempre di più, quello di sostenere il lavoratore in queste vicende e transizioni, tramite un apparato di misure *capacitante*, ispirate a un'immagine dello stesso lavoratore non più (soltanto o prevalentemente) come paziente bensì come agente, in altre parole come *soggetto* del quale l'azione pubblica e quella collettiva debbono sostenere le competenze, lo spirito di iniziativa, la capacità di fare scelte, *ergo* l'autonomia collegata alla responsabilità» (corsivi nell'originale).

¹³ Un ampio sviluppo, anche in termini di concrete proposte di politica del diritto, di questa linea di pensiero si trova poi in Caruso, Del Punta, Treu 2020, dove il personale apporto di Riccardo appare riconoscibilissimo soprattutto nelle premesse teorico-metodologiche che hanno ispirato il *Manifesto*. Per un aggiornamento pubblicato purtroppo ormai postumo si veda Caruso, Del Punta, Treu 2023. Per un ulteriore sviluppo di questi temi, in piena sintonia con l'impostazione di RDP, si veda anche Caruso, Zappalà 2022.

¹⁴ Cfr. soprattutto Del Punta 2020, spec. 43-44; 2022a.

stesso ha definito la sua «terza via» tra neoliberalismo e vecchia impostazione anti-mercato ancora coltivata dall'«ottica classicamente socialdemocratica, rapportabile in particolare al primo Sinzheimer» (Del Punta 2020, 36).

Appare invece più fedele all'originale l'attenzione dedicata sempre favorevolmente da RDP al *purposive approach* (PA) di Guy Davidov, non fosse altro perché questo approccio, pur non dissimulando ambizioni teoriche di portata generale¹⁵, si propone a ben vedere come un modello euristico-analitico con prevalenti finalità applicative. Introducendo il seminario fiorentino in cui il libro di Davidov è stato presentato in Italia, RDP ebbe subito a sottolineare il principale punto di forza di questo approccio, pur di per sé non particolarmente innovativo¹⁶, che consente di concettualizzare su una base analitica molto rigorosa la questione che appare al centro della crisi odierna del diritto del lavoro, ovvero il «mismatch between goals and means, with specific regard both to the coverage and obsolescence of labour law» (Del Punta 2017, 744). È in effetti questa possibilità di pervenire a una «general re-consideration of means and goals of labour law (synthetically, the purposive construction of the discipline)» (Caruso 2017, 749) il merito principale che anche gli altri partecipanti a quel seminario hanno riconosciuto, seppure taluni da posizioni critiche¹⁷, alla griglia analitica offerta dal PA di Guy Davidov. Ed è precisamente questo il punto in cui si realizza quella intersezione con la prospettiva rimediale alla quale ho fatto cenno in apertura.

3. Qualche spunto critico (con due esempi problematici)

Il PA di Davidov si presta in effetti molto bene a essere rivisitato nella prospettiva rimediale, come ha subito colto RDP. Se, infatti, anche quella prospettiva, per come è stata specificamente declinata nel più recente dibattito interno alla nostra disciplina (Zoppoli 2022, 91 sgg.), muove dal problema della insufficienza della logica della fattispecie, ricercando una risposta alla crisi dovuta al *mismatch* tra mezzi e fini del diritto del lavoro nella applicazione (selettiva) delle tutele lavoristiche in funzione dei bisogni concreti (anche) al di là del perimetro della subordinazione *stricto sensu*¹⁸, l'incontro con la proposta analitica del *purposive approach* appare quasi naturale. Il problema della estensione della protezione offerta dal diritto del lavoro oltre i confini tradizionali della nozione di subordinazione è, non a caso, al centro del libro di Davidov (2016, 115 sgg.).

¹⁵ Per Perulli 2017, 759, «that book has the merit to develop an analytic path of a true general theory of labour law, applying rigorous juridical methodology, which does not concede much, or maybe nothing at all, to the dominant Economic Analysis of the Law; using a comparative approach that allows the Author to build a very ambitious analytical model, that I would define a meta-sate model, to be applied to all latitudes, even if, clearly, it is set mainly on the experience of common law and regards most of all the Anglophone doctrine».

¹⁶ «There is nothing particularly new in giving centrality to the purposes (what we Italians refer to as the function of labour law)»: Del Punta 2017, 744.

¹⁷ Le opinioni maggiormente critiche sono state espresse da Perulli 2017 e Rogowski 2017.

¹⁸ Più di recente, soprattutto Perulli, Treu 2022.

Mi pare al riguardo particolarmente appropriato il riferimento a quello che può essere senz'altro considerato il principale e più influente apporto concreto di RDP alla prospettiva rimediabile, ovvero la sua interpretazione della controversa previsione contenuta nell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 come «norma di disciplina». Come ebbe famosamente a scrivere nel suo manuale, anticipando una lettura che sarebbe stata in sostanza poi fatta propria dalla Corte di cassazione nella altrettanto famosa sentenza n. 1663 del 2020, «alla stregua dell'art. 2, c. 1, per applicare a delle collaborazioni la disciplina del lavoro subordinato non è più necessario che il giudice accerti che sono sostanzialmente subordinate. È sufficiente, invece, che accerti che esse sono eterorganizzate, in quanto ciò gli consente di trattarle *come se fossero subordinate*. Il che contemporaneamente implica che, siccome la norma ha previsto, in queste situazioni, 'soltanto' (si fa per dire) l'applicazione della *disciplina* scaturente dall'art. 2094, c.c., essa ha presupposto che, a livello di *fattispecie*, quelle collaborazioni, benché 'quasi' subordinate, continuino formalmente a gravitare nel campo del lavoro autonomo. Il che, da un punto di vista pratico, non fa una gran differenza per le parti coinvolte, ma lo fa dal punto di vista della ricostruzione del sistema e dell'espansione dell'ambito disciplinare della subordinazione»¹⁹.

A me pare che questo decisivo contributo di RDP alla prospettiva rimediabile, poi appunto recepito anche dalla giurisprudenza²⁰, sia anche un perfetto esempio di applicazione dell'approccio *purposive* al diritto del lavoro proposto da Guy Davidov. Più controverso, invece, come gli fece peraltro direttamente notare lo stesso Davidov (cfr. Davidov 2017, 785), è un altro esempio di applicazione del PA, pure suggerito da Riccardo, a sostegno questa volta della scelta – nella quale, come noto, ebbe un ruolo non meno importante come consulente giuridico dei Governi dell'epoca²¹ – di abbandonare la reintegrazione nel posto di lavoro come tutela generale contro i licenziamenti illegittimi nel campo applicativo dell'art. 18 St. lav., per farne un rimedio tendenzialmente eccezionale, invocabile solo in ben circoscritte ipotesi tipizzate dal legislatore.

Nel già ricordato seminario fiorentino di presentazione del libro di Davidov, Del Punta rilevò come la questione della reintegrazione nel posto di lavoro – a suo dire così drammatizzata in Italia dai critici delle riforme del 2012 e del 2015 – fosse del tutto secondaria, per non dire irrilevante, nell'ottica del PA, dal quale deriverebbe una naturale preferenza per rimedi di carattere meramente compensativo²².

¹⁹ Del Punta 2022b, 414. I corsivi sono nell'originale.

²⁰ Si veda da ultimo Trib. Milano, 19 ottobre 2023, n. 3237.

²¹ Nel 2012 del Ministro del lavoro Fornero, nel Governo Monti, e nel 2014 e 2015 del Ministro Poletti, nel Governo Renzi.

²² Del Punta 2017, 746-47: «Just one remark, from an Italian viewpoint, on footnote 196 concerning dismissals: The issue is not merely the availability of reinstatement as a remedy. This can be solved simply by awarding damages instead of reinstatement when the latter is inappropriate or impractical due to the personal nature of the relationship. The issue is more generally the right of an employer not to work side by side with the worker she dislikes. *Considering how long – during the last 15/20 years – Italy has been discussing the rule of reinstatement, this footnote could be intended as unintentionally ironic about the Italian domestic debate*».

Fu però lo stesso Davidov²³ a replicare, in coerenza con il PA, che, se la funzione fondamentale del diritto del lavoro resta quella di rimediare al *deficit* democratico tipico del rapporto di lavoro subordinato e alla conseguente vulnerabilità del lavoratore, allora la reintegrazione può e deve essere considerata, al contrario, il rimedio maggiormente appropriato contro l'abuso di potere datoriale in sede di licenziamento illegittimo.

Quest'ultimo esempio problematico offre lo spunto per svolgere qualche considerazione critica anche sull'originale apporto di RDP al *capability approach*. La posizione difesa da RDP in materia di rimedi contro il licenziamento illegittimo, in favore di un tendenziale superamento della reintegrazione salvo che nei casi di più grave abuso del potere di recesso, si giustifica, infatti, a mio avviso, alla luce non tanto del PA, come appena notato, quanto della sua personale lettura del CA. Il *capability approach*, infatti, come ha tra gli altri autorevolmente osservato Hugh Collins²⁴, tra i più scettici sul suo utilizzo nella nostra materia, non appare adeguato a rispondere proprio a quella coesistente condizione di debolezza economica e di vulnerabilità sociale che deriva dal *deficit* democratico tipico del rapporto di lavoro subordinato (e, seppure in misura attenuata, di quello che esibisce i caratteri della dipendenza economica). Per quanto lo si sostanzia, come propone RDP, con il riferimento ai valori sociali tipici del diritto del lavoro, il CA rimane espressione di un pensiero economico completamente interno alle coordinate dell'individualismo metodologico di impronta neoclassica. È questo limite strutturale e in qualche modo congenito a renderlo inadatto a rispondere alle istanze di giustizia sociale cui il diritto del lavoro è ancora oggi – sia pure in un contesto economico completamente trasformato – chiamato a dare risposte, a tutela del lavoratore quale prototipo del «contraente debole»²⁵.

In questo senso, Collins muove alla inadeguatezza strutturale del CA tre obiezioni che anche a me paiono difficilmente superabili, pur con i correttivi proposti da RDP²⁶. La prima – e fondamentale – è che «the emphasis on freedom and capabilities fails to achieve what any theory of labour law has to achieve: to explain why the ordinary law of contract should not apply to the employment relation, or put the point another way, why labour law should not be regarded solely as a market relation; or, in another manner of speaking, why labour should not be treated like a commodity». La seconda, corollario della prima, è che il CA «does not offer a view of what permanent institutional structures are the kind of just arrangements that are needed to secure the basic elements of justice in society. It therefore cannot offer a view on whether basic labour laws such as freedom of association, the right to work, or the protection from unjust dismissal are requirements of justice». E infine la terza, e non meno im-

²³ Cfr. Davidov, 785.

²⁴ Cfr. Collins 2019 nonché, in termini sostanzialmente analoghi, lo stesso Davidov 2019.

²⁵ Nella dottrina italiana si veda per tutti Rusciano 2014.

²⁶ Cfr. ancora Collins 2019, rispettivamente 28, 32 e 33, da cui sono tratte le citazioni testuali che seguono.

portante, relativa alla sostanziale assenza nel CA di una preoccupazione per la giustizia distributiva, per cui – facendo di nuovo mie le parole di Collins – «it would not provide a justification for what I regard as some of the essential ingredients of a labour law system such as laws on collective bargaining, minimum wage, and equal pay».

4. Una breve riflessione conclusiva

Sulla scia di quanto appena osservato sui limiti intrinseci del CA applicato al diritto del lavoro, posso così finalmente concludere questo mio personale omaggio alla memoria di Riccardo con un'ultima riflessione di carattere metodologico, già in passato rivolta in garbata critica a talune delle posizioni assunte negli scritti dai quali questo contributo ha preso le mosse²⁷. È, questa che sto per riproporre a mo' di conclusione²⁸, una critica se si vuole ancor più radicale di quella mossa da Collins al *capability approach*, perché investe, al fondo, se non la stessa possibilità, di certo l'utilità di un ricorso a questa come ad altre teorie o filosofie a fini che sono in definitiva puramente pratico-applicativi, sia quando hanno a che vedere con le opzioni interpretative del diritto del lavoro *as it stands*, sia quando si proiettano – come nel caso di RDP – in una esplicita prospettiva di riforma degli assetti normativi vigenti.

Ho già sottolineato come RDP abbia dovuto sostanziare una propria versione del CA per poterne trarre le conseguenze – su varie aree del diritto del lavoro – che pure ho sopra ricordato. Stando alla critica di Collins, si tratta di un tentativo che non possiamo ritenere riuscito, se non a patto di fuoriuscire in realtà dal CA, che come tale è inadatto a fornire risposte adeguate ai problemi per i quali è invocato, semplicemente perché affronta il tema della libertà e della autonomia (della riscoperta della «soggettività» del lavoratore, per usare l'espressione di RDP) senza curarsi a sufficienza della asimmetria di potere contrattuale tra le parti e delle negative conseguenze distributive che questa comporta sulle capacità e i conseguenti «funzionamenti» ottenibili dal soggetto debole del rapporto di scambio. Un esempio piuttosto evidente di questa inadeguatezza strutturale del CA – che può semmai aiutare a meglio inquadrare e concettualizzare sul piano istituzionale le dinamiche di funzionamento del mercato de lavoro, contro l'analisi economica di impronta neoclassica – viene dalla disciplina del licenziamento, che sfugge in sostanza alle preoccupazioni dell'approccio, che concede al più con *benign neglect* una naturale predilezione per i rimedi puramente indennitari.

Approfondendo questa critica, si può sostenere come, volendo rimanere coerenti con il CA, debba in definitiva ritenersi piuttosto arbitraria qualunque conseguenza pratica o applicativa si voglia da esso trarre in termini di concreta configurazione delle regole del diritto del lavoro. Spostata su questo piano, pe-

²⁷ Si veda Giubboni 2018 e Fontana, Giubboni 2020.

²⁸ Cfr. da ultimo, volendo, anche Giubboni 2022, 722-24.

rò, la critica si radicalizza, perché finisce per contestare l'utilizzo stesso del CA, come di qualsiasi altra teoria o dottrina filosofica, in vista di quei concreti fini applicativi e di politica del diritto per i quali viene più o meno ingegnosamente piegata. Né il CA né il PA né qualunque altra teoria della giustizia, più o meno ampia che sia, alla quale si faccia ricorso, possono in altri termini sfuggire – è questo il succo della critica che ho espresso a Riccardo nelle occasioni nelle quali ho avuto più di recente la fortuna di tornare ad aprire la mente alla sua intelligenza acuta e profonda²⁹ – alla necessità di dar conto di quelle che, nel nostro campo di lotta per il diritto, restano scelte di carattere politico, assunte sulla base di concrete preferenze ideologiche nel contesto di determinati rapporti di potere.

Riferimenti bibliografici

- Caruso, B. 2017. "A Purposive Labour Law: In Dialogue with Guy Davidov." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 749-57.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*. Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona" https://www.csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto*. Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona" https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu_2023.pdf.
- Caruso, B., Zappalà, L. 2022. "Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di Riccardo Del Punta, 29-79, Firenze: Firenze University Press.
- Collins, H. 2019. "What Can Sen's Capability Approach Offer to Labour Law?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 21-41. Oxford: Oxford University Press.
- Collins, H., Lester, G., Mantouvalou, V. 2018. "Introduction: Does Labour Law Need Philosophical Foundations?" In *Philosophical Foundations of Labour Law*, a cura di Hugh Collins, Gillian Lester e Virginia Mantouvalou, 1-30. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. 2016. *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. 2017. "Defending A Purposive Approach to Labour Law: A Reply to Comments." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 781-90.

²⁹ Mi piace rammentare – redendo pubblico un caro ricordo personale – che la mia conoscenza di Riccardo risale a quasi trent'anni fa, avendolo incontrato per la prima volta in un'occasione conviviale al convegno dell'AIDLASS che si svolse a Gubbio nel 1994 (a margine del quale mi venne conferito il «Premio Barassi»). Poi la frequentazione per me decisiva – sul piano accademico e personale – riprese a partire dal 2002, quando venni chiamato come professore associato nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze. E sempre nel 2002 Riccardo fece parte, con Silvana Sciarra, Colin Crouch e Maximilian Fuchs, della commissione giudicatrice davanti alla quale sostenni la difesa della mia tesi dottorale all'Istituto Universitario Europeo. Riccardo ha avuto quindi una presenza costante e generosa, per quanto discreta, in passaggi fondamentali della mia vita accademica e personale, che mi accompagnerà sempre nel suo ricordo: non smetterò di essergli grato.

- Davidov, G. 2019. "The Capability Approach and Labour Law. Identifying the Areas of Fit." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 42-61. Oxford: Oxford University Press.
- Deakin, S. 2019. "The Capability Approach and the Economics of Labour Law." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 143-58. Oxford: Oxford University Press.
- Deakin, S. Wilkinson, F. 2000. "Capabilities, ordine spontaneo del mercato e diritti sociali." *Il diritto del mercato del lavoro* 2: 317-334.
- Del Punta, R. 2001. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 3-45.
- Del Punta, R. 2002. "Il diritto del lavoro tra valori e storicità." *Lavoro e diritto*: 349-54.
- Del Punta, R. 2013. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *Lavoro e diritto*: 37-57.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 32: 383-405.
- Del Punta, R. 2017. "On A Purposive Approach to Labour Law by Guy Davidov. Introduction." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 743-48.
- Del Punta, R. 2018. "Il metodo di Giuseppe Pera." *RIDL* I: 155-166.
- Del Punta, R. 2019. "Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 82-102. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R. 2020a. "Una lettura giuslavoristica di *The Future of Law & Economics*, di Guido Calabresi." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 129-142.
- Del Punta, R. 2020b. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Bruno Caruso, Riccardo Del Punta e Tiziano Treu, 27-62, Bologna: il Mulino.
- Del Punta, R. 2022a. "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di Riccardo Del Punta, 21-8, Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2022b. *Diritto del lavoro* (quattordicesima edizione). Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Fontana, G., Giubboni, S. 2020. "Flexicurity, precarietà e disegualianza nel diritto del lavoro italiano." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, e Tiziano Treu, 281-309. Bologna: il Mulino.
- Giubboni, S. 2018. "Flexi-insecurity all'italiana." *Rivista critica del diritto privato*: 207-26.
- Giubboni, S. 2022. "Il dibattito recente sul futuro del diritto del lavoro in Italia. Impressioni di lettura." *Rivista del diritto della sicurezza sociale*: 707-28.
- Granaglia, E. 2022. *Uguaglianza di opportunità. Sì, ma quale?*. Roma e Bari: Laterza.
- Ichino, P. 2022. "Ricordo di Riccardo Del Punta." *RIDL* I: 435-43.
- Langille, B. 2019a. "Introduction. The Capability Approach to Labour Law – Why Are We Here?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 1-18. Oxford University Press: Oxford.
- Langille, B. 2019b. "What is Labour Law? Implications of the Capability Approach." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 122-40. Oxford: Oxford University Press.
- Nussbaum, M. 2019. "Labor Law and the Capability Approach." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Brian Langille, 62-81. Oxford: Oxford University Press.
- Perulli, A. 2017. "A Purposive Approach to Labour Law by Guy Davidov: A Comment." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 759-72.
- Perulli, A, Treu, T. 2022. "In tutte le sue forme e applicazioni." *Per un nuovo Statuto del lavoro*. Torino: Giappichelli.

- Rogowski, R. 2017. "The Purposive Approach Assessed from a Reflexive Labour Law Perspective. Comments on *A Purposive Approach to Labour Law* by Guy Davidov". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 773-79.
- Rusciano, M. 2014. *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Sen, A. 2000. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (trad. it.). Milano: Mondadori.
- Sen, A. 2010. *L'idea giustizia* (trad. it.). Milano: Mondadori.
- Zoppoli, A. *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*. Napoli: Editoriale Scientifica.

Dialogo su parità e non discriminazione

Fausta Guarriello

Questo breve scritto intende riallacciare il dialogo con Riccardo Del Punta partendo dal suo contributo al Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile, scritto con Bruno Caruso e Tiziano Treu nel 2020, da me presentato in una intervista *on line* agli autori¹. Del Manifesto è interessante rileggere le illuminanti parole dedicate al diritto antidiscriminatorio nella prospettiva sistemica di un approccio ai mutamenti necessari ad accompagnare la transizione verso un'economia sostenibile. In particolare, mi pare interessante richiamare la postura dell'A. (degli autori) rispetto alle novità apportate dal diritto antidiscriminatorio, evidente sin dal titolo dato al relativo paragrafo "Norma inderogabile e scudo antidiscriminatorio: due funzioni complementari". Il confronto è occasionato dal recente congresso dell'Aidlass, dedicato al tema "Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro", tema che presenta risvolti di grande attualità e interesse da giustificare una rivisitazione trent'anni dopo il Congresso di Gubbio del 1994, dedicato a "Lavoro e discriminazioni".

Intendo svolgere alcune spigolature sul tema oggetto delle relazioni volte a mettere a fuoco aspetti o fattori specifici del diritto antidiscriminatorio al fine di comporre il complesso mosaico che oggi è sotto i nostri occhi, dato dalla moltiplicazione dei fattori di rischio ad opera delle direttive del 2000, dal quadro frastagliato di deroghe ed eccezioni che accompagnano i diversi fattori, dall'af-

¹ Visibile sul sito www.labourlawcommunity.com

fermazione del principio nel campo dei rapporti di lavoro flessibile e di estensione dello stesso a tutela delle persone che segnalano illeciti, dalla natura tassativa e conclusiva dei fattori e da interpretazioni giurisprudenziali che ne allargano le maglie, dal sistema rimediabile a seguito dell'esercizio di azioni individuali o collettive, dalle misure promozionali della parità di trattamento e di opportunità.

L'affermazione del diritto antidiscriminatorio nel nostro ordinamento è in larga misura tributaria del diritto euro unitario e si inserisce in un sistema di tutele multilivello che vede interagire fonti di rango nazionale, euro unitario e internazionale. Il diritto della persona a non essere discriminata, visto alle fondamenta, è il primo diritto umano affermato nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 che, dopo aver proclamato che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» (articolo 1), fa seguire l'enunciato del divieto di discriminare: «Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione» (articolo 2).

Né del principio di non discriminazione può propriamente parlarsi come di un sottosistema del diritto del lavoro, stante la sua trasversalità ad altre aree del diritto privato e pubblico, come il diritto di famiglia, il diritto societario o il diritto a usufruire di beni e servizi pubblici: un significativo esempio di tale trasversalità è dato dal recente decreto lgs. n. 62/2024 in tema di disabilità. Certo il diritto del lavoro ne ha storicamente costituito l'ambito privilegiato di sviluppo, con particolare riguardo all'originario divieto di discriminazioni nell'accesso al lavoro e nelle condizioni di lavoro dei lavoratori migranti comunitari o nella retribuzione per le donne lavoratrici. Sicché in relazione ai reciproci rapporti tra diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio sembra più appropriato parlare di insiemi che in parte si sovrappongono quanto a campo di applicazione, in parte coprono situazioni diverse in cui l'autore della discriminazione non è il datore di lavoro ma un soggetto diverso: si pensi al lavoro autonomo o all'accesso ai servizi erogati da enti pubblici (mense scolastiche, bonus bebé, rette universitarie, servizi di trasporto, alloggi popolari), come testimoniano le numerose controversie sulle cd. discriminazioni istituzionali poste in essere da autorità pubbliche o da aziende che gestiscono servizi pubblici.

Ciò per confutare l'esposizione del (solo) diritto del lavoro alla diversa *ratio* e strumentazione rimediabile del diritto antidiscriminatorio, suscettibile di alterare i faticosi equilibri raggiunti nella dimensione sostanziale della tutela lavoristica, fondata sulla costruzione di argini all'esercizio discrezionale del potere datoriale, sulla correzione dello squilibrio contrattuale attraverso la norma inderogabile² e sul rilievo riconosciuto alla dimensione collettiva.

² Si legga il passaggio del citato *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, intitolato "Norma inderogabile e scudo antidiscriminatorio: due funzioni complementari", p. 41 ss., in: <https://www.csdle.lex.unict.it/our-users/bruno-caruso-riccardo-del-punta-tiziano-treu-manifesto-un-diritto-del-lavoro-sostenibile>

La vertigine che ha colto molti studiosi all'affermarsi del paradigma antidiscriminatorio, come paradigma spiazzante rispetto alle vie tradizionalmente battute dal diritto del lavoro, fa oggi ironicamente dire ad alcuni che «Oggi se non hai un fattore protetto non sei nessuno»³ al fine di rimarcare l'acquisita forza assorbente dei rimedi antidiscriminatori (con particolare riguardo alle riforme succedutesi in materia di licenziamento, che per vincolo costituzionale ed euro unitario, mantengono la tutela ripristinatoria in presenza del motivo discriminatorio); porta altri a segnalare che il paradigma antidiscriminatorio, riduttivamente identificato con l'azione individuale in giudizio, è altamente inefficiente in considerazione dello scarso utilizzo dei rimedi giudiziari, sancendo una larga ineffettività del principio⁴.

In realtà il diverso *modus operandi* della tutela antidiscriminatoria, una tutela che taglia trasversalmente il diritto del lavoro e il lavoro ai suoi confini, dalla fase di accesso al lavoro al lavoro autonomo genuino⁵, se da un lato appare un diritto a prevalente connotazione rimediale, imponendo la comparazione tra persone che, trovandosi in situazioni analoghe, vengono trattate diversamente per uno (o più) dei fattori vietati, ristabilendo l'operatività della regola paritaria; dall'altro, ha sviluppato una dimensione preventiva volta a contrastare le diseguaglianze attraverso obblighi di trasparenza, misure promozionali di pari opportunità, forme di sensibilizzazione e di valorizzazione delle differenze, dialogo sociale e dialogo civile, organismi di parità.

Nel campo delle discriminazioni di genere, le più risalenti nel diritto euro unitario e nazionale, da oltre un trentennio la legge n. 125/1991 ha sperimentato la seconda gamba del diritto antidiscriminatorio, le azioni positive quali misure volte alla rimozione di ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità tra uomini e donne nel lavoro (ora art. 42, d. lgs. 198/2006, significativamente intitolato "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna"). Tali misure di diritto diseguale, come definite nel primo commentario alla legge 125⁶, trovano nell'ordinamento italiano sicuro ancoraggio nel principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° comma, Costituzione, che recita: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Un dovere-obiettivo che l'ordinamento ha perseguito in modi diversi nelle diverse fasi storico-politiche.

³ A. Pileggi, *Tutela lavoristica versus tutela antidiscriminatoria*, p. 4 del dattiloscritto, sul sito www.aidlass.it

⁴ L. Corazza, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione redistributiva*, p. 28 del dattiloscritto, sul sito www.aidlass.it

⁵ Countouris, Freedland 2013; v. Corte giustizia 12 gennaio 2023, causa C-356/21, *J.K. v. TP S.A.*, con un primo commento di Countouris, Freedland, De Stefano 2023.

⁶ Gaeta, Zoppoli 1992.

La legittimità delle azioni positive è stata contestata in occasione dell'approvazione della legge 125, con richiesta di un parere *pro-veritate* a un noto processualista, assestandosi poi sulla volontarietà e temporaneità delle misure, destinate ad operare fintanto che non fosse rimossa la situazione di storica sotto-rappresentazione e segregazione delle donne nel mercato del lavoro. Per incentivarne l'adozione, veniva stanziato un fondo a co-finanziamento di progetti di azione positiva presentati annualmente a seguito di un bando del Ministero del lavoro. Analoga misura venne prevista dalla coeva legge n. 215/1992 sull'imprenditoria femminile, volta al finanziamento da parte del Ministero dell'Industria di progetti per l'avvio di attività imprenditoriali al femminile. La promozione di pari opportunità nel lavoro sconta tuttavia sin dall'origine carattere volontario – tale rimane nelle direttive europee anche con riguardo agli altri fattori di discriminazione – con la sola eccezione delle soluzioni ragionevoli per i disabili, richieste dalla direttiva n. 78/2000 e dal d. lgs. 216/2003, a seguito della modifica introdotta nel 2013 dopo la sentenza di condanna dell'Italia⁷.

Una seconda campagna di aggressione alla legittimità delle azioni positive ha visto la luce a metà degli anni '90 a seguito del contenzioso davanti alla Corte di giustizia sul caso *Kalanke*⁸, riguardante una particolare forma di azione positiva, la quota di genere prevista dalla disciplina del lavoro pubblico tedesca. La pronuncia della Corte, poi parzialmente corretta, ha segnato una battuta d'arresto per le azioni positive, rimesse in discussione in quanto limitative del principio di parità di trattamento uomo/donna: fiumi di inchiostro sono stati versati per contestare l'equazione costruita dall'AG Tesoro tra promozione dell'eguaglianza dei punti di partenza quale obiettivo legittimo dell'azione positiva ed eguagliamento dei risultati quale obiettivo ultroneo, lesivo della parità di trattamento. Persino in Italia, paese dove le azioni positive allo stato nascente rivestivano carattere volontario e mai avevano contemplato quote di genere o riserve di assunzioni/promozioni per le donne, fu necessario chiedere un parere *pro-veritate* ad alcuni illustri giuslavoristi per giustificare la prima quota rosa di natura contrattuale destinata all'assunzione di una percentuale flessibile e progressiva di donne con contratto di formazione-lavoro nell'azienda pubblica Ferrovie dello Stato, sino ad allora esclusivamente maschile.

La correzione di rotta della Corte di Giustizia e l'affermazione nel Trattato della legittimità di misure che prevedono vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali (ora art. 157.4 Tfu), segna l'avvio di una terza fase di messa a fuoco della legittimità delle azioni positive. Ad evitare possibili conflitti con il principio di parità, le azioni positive diventano bi-direzionali, non riguardando più solo le donne ma gli appartenenti al sesso sottorappresentato in relazione ai diversi contesti organizzativi. D'altro canto, le azioni positive diventano oggetto di un obbligo di redazione di piani

⁷ Corte di giustizia 6 luglio 2013, causa C-312/11, *Commissione c. Italia*.

⁸ Corte di giustizia 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*.

triennali nelle pubbliche amministrazioni, dove vengono introdotti meccanismi volti ad assicurare pari opportunità attraverso la previsione della riserva alle donne di almeno 1/3 dei componenti delle commissioni di concorso e, soprattutto, attraverso la preferenza legale a candidature femminili, a fronte di analoga qualificazione e preparazione professionale, in occasione di assunzioni o promozioni nei settori e nei livelli in cui sono sottorappresentate in misura inferiore ad 1/3, con obbligo di «esplicita ed adeguata motivazione» nel caso in cui la scelta cada sul candidato di sesso maschile (art. 7, c. 5, d. lgs. 196/2000, ora art. 48, d. lgs. 198/2006). La norma, allora chirurgicamente disegnata in presenza di sicure condizioni di legittimità delle azioni positive ai sensi della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, è di fatto rimasta lettera morta, misconosciuta dalla stessa dirigenza pubblica che avrebbe dovuto darvi attuazione.

La difficoltà di promuovere la cultura dell'eguaglianza attraverso misure di azione positiva nelle organizzazioni riguarda sia le risorse da destinare all'obiettivo, sia l'assenza di obbligatorietà delle stesse. Sicché, il solo argine alla disegualianza (qui ritorna l'immagine dello scudo) è il divieto di discriminazione, che colpisce comportamenti vietati adottati (o adottabili) in virtù della reiterazione di prassi discriminatorie.

La disciplina antidiscriminatoria si dibatte da sempre tra questi due poli, quello promozionale e quello sanzionatorio, il bastone e la carota. Annoverabili alla dimensione promozionale sono i finanziamenti dedicati dai fondi europei e nazionali alla dimensione di genere, le politiche pubbliche volte a sostenere l'occupazione femminile e il *work-life balance*, le quote di genere negli organi di *governance* delle società quotate, gli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle politiche di gestione del personale: si tratta di misure, legislative e non, su cui l'Unione europea ha portato l'attenzione al fine di sensibilizzare e far acquisire consapevolezza sui divari di genere che caratterizzano ancora il mondo del lavoro e dell'impresa e far assumere comportamenti proattivi agli attori del sistema. Senza il faro puntato su statistiche occupazionali disaggregate per genere, rapporti informativi sul personale, quote per promuovere la presenza di donne negli organi societari, trasparenza dei sistemi retributivi, il cammino verso la piena ed effettiva parità tra uomini e donne (come si esprimono le direttive di seconda generazione) sarebbe ancor più lungo e accidentato. Ma lungo e accidentato resta comunque.

La promozione dell'eguaglianza di genere è stata affidata anche a meccanismi di mercato: il *diversity management* e la certificazione di parità costituiscono esempi di metodi che dovrebbero dimostrare il vantaggio, anche in termini economici, di scelte gestionali basate sulla valorizzazione delle differenze, sul benessere organizzativo, sulla sostenibilità sociale e l'inclusione ai fini di miglioramento della produttività. Tali meccanismi di mercato sono oggi veicolati da normative sugli obblighi di *disclosure* della rendicontazione di sostenibilità, che riguardano anche le politiche aziendali in tema di parità. Sanzioni premiali, come la deducibilità di contributi previdenziali e l'attribuzione di punteggi aggiuntivi nelle gare d'appalto per imprese che si sottopongono volontariamente a processi di certificazione della parità, mirano a incoraggiare modelli organizzativi durevoli e, si spera, non meramente opportunistici (legge n. 162/2021).

Tali sviluppi della disciplina promozionale segnalano come a partire dalla raccomandazione europea n. 1984/635 e dalla legge italiana sulle azioni positive n. 125/1991 ne è passata di acqua sotto i ponti. Nuove forme e modi per promuovere la cultura delle pari opportunità sono state sperimentate⁹. A dispetto della scarsità di risorse – tagliate a ogni esercizio finanziario e rimpinguate solo con il PNRR nell’obiettivo trasversale dedicato¹⁰ – la promozione di pari opportunità resta lo strumento principale *a carattere preventivo* su cui poggia l’intero impianto antidiscriminatorio.

L’altro strumento, *a carattere rimediabile*, è l’azione in giudizio, individuale e collettiva, che ha visto un progressivo rafforzamento normativo, pur se ineguale a fronte dei diversi fattori di rischio. Qui non si tratta di rendere attrattiva o conveniente la parità di trattamento, bensì di sanzionare la violazione di specifici obblighi di parità sanciti dall’ordinamento applicando i rimedi previsti (inibitori, ripristinatori e risarcitori). Le relazioni al congresso Aidlass hanno evidenziato pregi e limiti dell’azione in giudizio, soffermandosi sulle persistenti aporie del sistema, che presenta ancora margini di incertezza e imprevedibilità. Vero. Ma andrebbe ugualmente sottolineato il fatto che la comunità giuslavoristica ha in gran parte ignorato per anni il diritto antidiscriminatorio e i suoi sviluppi, figlio di un dio minore al cui rito era dedito un ristretto gruppo di sacerdoti e, soprattutto, di sacerdotesse.

Ora che la tecnica antidiscriminatoria è entrata di peso nel campo del diritto del lavoro, ove prima stava ai margini, ed è penetrata nel cuore della sua struttura attraverso l’impugnativa dei licenziamenti (in futuro un altro *core issue* del diritto del lavoro sarà sottoposto al giudizio antidiscriminatorio, in attuazione della direttiva n. 2023/970 sulla trasparenza retributiva), l’impianto antidiscriminatorio ha messo le ali, ricevendo attenzione generale e diventando *mainstream* anche attraverso l’obiettivo della sostenibilità¹¹. Ora che il diritto antidiscriminatorio non è più campo di studio riservato alle donne o riguardante comunità marginali (stranieri, disabili, LGBTQ+), ma può essere utilizzato in forme di *strategic litigation*¹² in controversie sulla qualificazione del rapporto di lavoro, sulla gestione algoritmica, sull’appartenenza sindacale, il credo religioso, l’età (un fattore che prima o poi riguarda tutti), le disparità di trattamento nei lavori flessibili e financo nel lavoro autonomo, le molestie, la tutela del *whistleblower*,

⁹ Interessante la dimensione sperimentale dei tanti interventi normativi che promuovono la parità: per limitarci ai più rilevanti, la legge Golfo-Mosca n. 120/2011 sul riequilibrio di genere nella *governance* delle società quotate, così come la legge di bilancio 2020 che ha aumentato a 2/5 la presenza femminile nei boards e la legge n. 162/2021 che ha esteso la quota alle società pubbliche, intendono gettare il seme della buona *governance* assicurando una quota femminile con un intervento obbligatorio a termine, sperando che la fase sperimentale dia frutti duraturi.

¹⁰ Zappalà 2022.

¹¹ La parità di genere costituisce l’obiettivo n. 5 dei *Sustainable Development’s Goals* delle Nazioni Unite, da realizzare entro il 2030.

¹² Protopapa 2021.

con applicazioni al limite della tassatività dei fattori, come in caso di *care-giver* di persona disabile, di malattia e obesità, l'acquisizione delle tecnicità del diritto antidiscriminatorio assume inedita rilevanza anche nel diritto del lavoro, a fronte dell'affievolimento del baluardo costituito dalla norma inderogabile¹³.

Bene hanno fatto gli avvocati del sindacato che, in barba al giudizio sprezzante circolante anche nel loro ambiente (memorabile l'incontro al Cnel di presentazione di un fascicolo della Rivista giuridica del lavoro dedicato al tema delle discriminazioni), hanno fiutato le potenzialità del rito e i guadagni realizzabili sul piano della legittimazione ad agire e della prova statistica, vincendo in tutti i gradi di giudizio nel caso Fiom-Cgil c. FIP. E che hanno riprovato l'azione antidiscriminatoria in proprio a beneficio dei rider, pur in assenza di iscritti al sindacato ricorrente, mostrando il diverso grado di utilizzabilità dei due articoli 28¹⁴. Bene hanno fatto i giudici del lavoro e amministrativi ad impadronirsi delle *technicalities* del giudizio antidiscriminatorio per risolvere controversie in materia di lavoro o di denegato accesso di immigrati e rom a beni e servizi pubblici. Bene hanno fatto le consigliere di parità, che già in anni risalenti hanno intentato giudizi collettivi contro discriminazioni seriali e molestie a danno di lavoratrici, sperimentando l'uso della prova statistica e verificando l'utilizzabilità dei vari riti. Si tratta di un percorso compiuto nell'arco di trent'anni, arricchito strada facendo con un lungo apprendistato sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e il suo argomentare, prestando attenzione alla dimensione comparata, stante la circolazione di modelli tra le diverse corti.

In particolare, le incertezze derivanti dalla nozione di discriminazione indiretta come lo svantaggio causato dall'applicazione di un requisito, criterio, norma o prassi neutra sugli appartenenti a un gruppo protetto rendono aperto il campo di applicazione del giudizio antidiscriminatorio, accentuando l'incertezza degli esiti. La recente giurisprudenza italiana in materia di licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comportamento fissato dal contratto collettivo (che costituisce una regola neutra) è fortemente tributaria della nozione di discriminazione indiretta, allorché la morbilità sia collegabile alla disabilità, imponendo al datore di lavoro di trovare un accomodamento ragionevole sul calcolo del comportamento al fine di personalizzare la regola applicabile al lavoratore disabile rispetto alla norma generale¹⁵. La stessa cosa può dirsi con riguardo all'orario di lavoro che penalizza il *caregiver*, o al criterio per l'attribuzione di voci retributive premiali non riconosciute a chi svolge lavori di eguale valore.

La legge italiana n. 162/2021 ha infatti allargato la nozione di discriminazione a ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei

¹³ Cfr. il bel volume curato da Bonardi 2017, primo e (purtroppo) unico volume promosso dalle giuslavoriste del gruppo Altra Velocità, nato in cordiale polemica con i colleghi giuslavoristi, tutti di sesso maschile, del gruppo Frecciarossa.

¹⁴ Si fa ovviamente riferimento all'art. 28 legge n. 300/1970 sulla repressione della condotta antisindacale e all'art. 28 d. lgs. n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione.

¹⁵ A partire da Cassazione n. 9095/2023 seguita da molte altre sentenze, tra cui le n. 15723/2024, 14442/2024, 11731/2024, 10568/2024.

tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura parentale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità e paternità, anche adottive, o in ragione della titolarità dei relativi diritti pone o può porre il lavoratore in posizione di svantaggio rispetto ad altri lavoratori, o di limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali, o di limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera. La stessa direttiva n. 2023/970 volta a rafforzare l'applicazione del principio di parità salariale tra uomini e donne ha introdotto una nozione più ampia di discriminazione di genere includendo il trattamento meno favorevole fondato sul sesso anche in relazione al congedo di paternità, al congedo parentale e al congedo per i prestatori di assistenza, nonché la discriminazione intersezionale, fondata sull'intreccio tra discriminazione di sesso e uno o più degli altri fattori vietati. Poiché la tecnica antidiscriminatoria si fonda sull'esistenza – reale o ipotetica – di un *tertium comparationis* al quale eguagliare il trattamento negato, attraverso la pronuncia del giudice essa attribuisce il bene o diritto negato adempiendo anche a una funzione redistributiva¹⁶.

L'apertura alla dimensione collettiva dell'azione antidiscriminatoria, combinata alla nozione di discriminazione potenziale («una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o *sarebbe trattata* un'altra in una situazione analoga») consente ad enti esponenziali di interessi collettivi di agire in giudizio anche a tutela di soggetti non individuati o individuabili, utilizzando lo strumento giudiziale al fine di rimuovere discriminazioni seriali, effettive o potenziali, derivanti da disposizioni, criteri, prassi, atti, patti o comportamenti apparentemente neutri. La relazione di Luisa Corazza a Messina segnala criticamente il mantenimento del monopolio dell'azione pubblica o collettiva in capo alle consigliere di parità, mentre una legittimazione più ampia, riconosciuta anche ai sindacati e ad altri enti esponenziali dell'interesse di genere, potrebbe far leva sull'azione in giudizio per tentare di scardinare stereotipi e pregiudizi di genere nei sistemi di valutazione, classificazione e remunerazione del lavoro, così come per rilevare discriminazioni intersezionali che colpiscono donne immigrate, o disabili, ecc.

La situazione di monopolio dell'azione collettiva in capo alle consigliere per le discriminazioni di genere, così come la funzione conciliativa ad esse assegnata, si scontra peraltro con l'annoso problema della penuria di risorse di cui le consigliere dispongono rispetto all'ampiezza e rilevanza dei compiti assegnati¹⁷. Alla complessiva revisione degli organismi di parità al fine di estenderne il campo di azione, includendo finalmente anche le discriminazioni «altre» contemplate nella direttiva n. 2000/78, nonché di affermarne l'indipendenza rispetto

¹⁶ Barbera 2017, 26.

¹⁷ Gli autori del Manifesto rimarcano come il diritto antidiscriminatorio debba esser preso sul serio anche dalla politica, che dovrebbe rafforzare le istituzioni a sostegno della parità, da noi strutturalmente deboli, frazionate e non autonome dall'esecutivo, e dar seguito agli impegni presi in sede europea in materia di piani strategici di lotta alle discriminazioni (p. 42).

all'esecutivo e la necessaria dotazione di risorse umane, tecniche e finanziarie, sono ora dedicate le recenti direttive gemelle approvate nel maggio 2024, che hanno riscritto e sviluppato i nuclei normativi in materia di *equality bodies* previsti dalle direttive sulle discriminazioni di genere e di razza/origine etnica.

L'obiettivo di queste direttive è stabilire requisiti minimi per il funzionamento degli organismi di parità per migliorarne l'efficacia e garantirne l'indipendenza al fine di rafforzare l'applicazione del principio di parità di trattamento: si tratta di un tipico obiettivo di *enforcement* strumentalmente volto a dare effettività alla disciplina antidiscriminatoria. Di particolare interesse l'art. 3, che impone agli stati di garantire che gli organismi di parità siano «indipendenti e liberi da influenze esterne e che non sollecitino né accettino istruzioni dal governo o da alcun altro ente pubblico o privato nell'adempimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze»: non è chi non veda l'abissale distanza dalle ingerenze politiche che hanno portato nel 2008 alla revoca per *spoils system* della consigliera nazionale di parità per «mancanza di sintonia con gli indirizzi politici del governo», revoca avallata dalla giurisprudenza amministrativa ma fatta oggetto di una procedura di infrazione contro l'Italia. La direttiva 2024/1500 precisa al riguardo che «gli stati membri prevedono procedure trasparenti in materia di selezione, nomina, revoca e potenziali conflitti di interessi del personale degli organismi per la parità (...) per garantirne la competenza e l'indipendenza». L'implementazione delle direttive non potrà risolversi in un'operazione di facciata lasciando immutato l'incardinamento delle consigliere di parità e dell'Unar presso i rispettivi ministeri, ma implicherà un complessivo ridisegno degli organismi di garanzia contro le discriminazioni, siano essi monomandatari (come nel caso dell'Autorità garante delle persone con disabilità prevista dal d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20) o plurimandatari, con eventuali articolazioni interne.

Il rafforzamento di tali organismi mira ad assicurare un'assistenza effettiva ed efficace alle vittime di discriminazioni, intendendo per tali «tutte le persone – indipendentemente dallo status socioeconomico, dalle opinioni politiche, dall'età, dallo stato di salute, dalla nazionalità, dal titolo di soggiorno, dalla lingua, dal colore della pelle, dal grado di istruzione, dal genere, dall'identità di genere, dall'espressione di genere o dalle caratteristiche sessuali – che ritengano di aver subito una discriminazione» (art. 6, c. 1, direttiva n. 2024/1500). L'esposizione a forme odiose di discriminazione di genere o intersezionale, così come a molestie fisiche e verbali e all'aumento di *hate speech* nella comunicazione pubblica e attraverso i *social network*, rendono indifferibile un ripensamento profondo delle istituzioni di garanzia dell'eguaglianza che restituisca autorevolezza, indipendenza e capacità effettiva di azione a tali organismi.

Last but not least, in questa breve nota sul rilievo assunto dalle tecniche di tutela antidiscriminatorie nel diritto del lavoro, preme sottolineare come – malgrado il tema scelto per il convegno annuale e malgrado la massiccia presenza di donne iscritte all'associazione che rappresenta gli studiosi della materia, pari al 41% dei votanti all'ultimo congresso per il rinnovo del direttivo, siano state presentate solo tre candidature femminili e sole due risultino le elette in direttivo, pari a una percentuale del 18% dei suoi componenti. Per avere un risultato

peggiore occorre risalire al triennio 2012-2015, con una sola presenza femminile in direttivo, o, facendo un salto all'indietro di alcuni anni, ai sei mandati trascorsi tra il 1991 e il 2009, caratterizzati da una sola presenza femminile nel direttivo o, in fase di prima costituzione dell'associazione, al periodo 1967-1978 con presenza della sola professoressa Riva Sanseverino nei primi 4 organismi direttivi, presenza rarefatta che si è poi del tutto persa nei 4 rinnovi successivi tra il 1979 e il 1991, in cui nessuna donna è stata presentata nelle liste, e di conseguenza eletta, nel direttivo dell'associazione¹⁸. Desta sconcerto che, dopo la prima presidenza femminile dell'associazione nel triennio 2018-21 e dopo un decennio caratterizzato da una presenza femminile quasi paritaria (5 o 4 donne nel periodo 2015-24), si sia tornati a una percentuale ultra-minoritaria di donne nel direttivo, malgrado la forte presenza della componente femminile nel settore.

Di cultura della parità di genere è necessario parlare anche nell'associazione che rappresenta gli studiosi e le studiose della materia, che storicamente annovera tra le sue fila la prima donna che ha infranto il soffitto di cristallo della carriera accademica vincendo una cattedra universitaria in ambito giuridico, nonché la più recente presidente della Corte costituzionale.

Riferimenti bibliografici

- Barbera, M. 2017. "Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria." In O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*. Roma: Ediesse.
- Bonardi, O. 2017. *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*. Roma: Ediesse.
- Countouris, N., Freedland, M. 2013. "'Work', 'Self-Employment', and Other Personal Work Relations: Who Should be Protected against Sex Discrimination in Europe." *European Gender Equality Law Review* 2: 15 ss.
- Countouris, N., Freedland, M., De Stefano, V. 2023. "Making labour law fit for all those who labour." *Social Europe*, 17 gennaio.
- Gaeta, L., Zoppoli L. (a cura di). 1992. *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*. Torino: Giappichelli.
- Protopapa, V. 2021. *Usa strategico del diritto e azione sindacale*. Bologna: Il Mulino.
- Zappalà, L. 2022. "La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali." *LDE* 3.

¹⁸ Tutti i dati sono presenti sul sito dell'Aidlass www.aidlass.it.

Appunti per una ridefinizione dell'istituto del distacco

Giovanni Orlandini

1. Introduzione

In un suo noto saggio del 2008 Riccardo Del Punta evocava le «molte vite del divieto di interposizione» per rilevare come questo, per quanto indebolito dalla riduzione del suo ambito di applicazione, fosse sopravvissuto all'abrogazione della L. 1369/60 (Del Punta 2008). La perdurante presenza nell'ordinamento di tale divieto sarebbe deducibile dal regime dettato per regolare la somministrazione di lavoro, l'appalto ed il distacco. Sono questi, infatti, gli istituti che definiscono i confini di liceità della fornitura di manodopera a favore di un terzo, il superamento dei quali determina l'instaurazione del rapporto di lavoro con quest'ultimo.

Questa conclusione, affermata come prevalente in dottrina, è in realtà meno scontata di quanto appaia, giacché una cosa è prevedere un divieto di interposizione in termini generali (cioè come principio generale dell'ordinamento), altra è sanzionare le ipotesi tipizzate di utilizzo di lavoro fornito da terzi con la (possibile) costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore. Se è vero, infatti, che l'esistenza del divieto in parola renderebbe in ipotesi perfino superflua l'espressa previsione della relativa sanzione, l'esistenza di quest'ultima è semplicemente frutto di un'opzione legislativa, come tale in futuro revocabile. D'altra parte, la stessa giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 276/03, non possa più ritenersi esistente nell'ordinamento un principio di ordine pubblico che vieta l'interposizione

Giovanni Orlandini, University of Siena, Italy, giovanni.orlandini@unisi.it, 0000-0001-5670-3248

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giovanni Orlandini, *Appunti per una ridefinizione dell'istituto del distacco*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.37, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 625-636, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

nei rapporti di lavoro¹. Il che trova conferma nel fatto che l'identità tra datore formale e sostanziale è condizionata dall'azione del lavoratore.

Dubitare della sopravvivenza del divieto di interposizione, nei termini generali in cui era enunciato nel quadro normativo previgente alla riforma del 2003, se da una parte può preoccupare quanti (con buone ragioni) colgono in esso l'argine più sicuro ai processi di esternalizzazione, dall'altra permette di definire in termini più appropriati il rapporto esistente tra la disciplina della somministrazione e dell'appalto, da una parte, e quella del distacco, dall'altra; istituto, quest'ultimo, che risponde a ratio e finalità affatto peculiari.

2. Divieto di interposizione o di appalto di manodopera?

La disciplina del distacco contenuta nell'art. 30 del d.lgs. 276/03 ha posto fine ad un dibattito che a lungo ha impegnato la dottrina in merito alla legittimità dello stesso come ipotesi derogatoria del divieto di interposizione; e lo ha fatto recependo quanto la giurisprudenza aveva avuto modo di elaborare nel quadro normativo dettato dalla L.1369/60.

Tale giurisprudenza a molti era apparsa non soddisfacente, non trovando solido fondamento né nella lettera della legge, né nei principi generali di diritto civile in materia di contratti (tra gli ultimi, Esposito 2002, 70 sgg.)². È vero infatti che il divieto posto dalla legge del '60 alla «scomposizione» dei poteri datoriali era configurato in termini estremamente ampi: cadeva sotto la censura di illiceità qualsiasi situazione nella quale un soggetto che non fosse il titolare del rapporto si fosse trovato ad utilizzare «manodopera» da questi «assunta e retribuita». Ciò indipendentemente dallo strumento contrattuale in base al quale simile situazione si fosse venuta a determinare: «appalto, sub-appalto o in qualsiasi altra forma» (art.1, comma 1, L.1369/60). Il riferimento all'appalto era ovviamente improprio (trattandosi piuttosto di uno «pseudo-appalto»), ma permetteva di identificare una specifica tipologia di contratto «illecito» che condivideva dell'appalto un elemento centrale: l'onerosità, ovvero il fatto di implicare un compenso per l'appaltatore.

Proprio l'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore del sessanta per colpire l'attività di fornitura di manodopera è all'origine della sovrapposizione della nozione di appalto di manodopera con quella di interposizione vietata; o, detto in altri termini, dell'assunzione del secondo concetto, e non del primo (appunto spesso utilizzato come mero sinonimo di quello), ad architrate del sistema di regole funzionali a perseguire e sanzionare le ipotesi di scomposizione dei poteri datoriali e di utilizzo indiretto di prestazioni di lavoro.

¹ Per questo motivo la Cassazione (Cass., 7 dicembre 2005, n. 26979 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040, entrambe in Mass. giur. lav., 2006, 932 sgg. con nota di Pileggi) ha ammesso l'applicazione davanti alla giurisdizione nazionale della legislazione dello Stato di New York che ignora il divieto di interposizione.

² Monaco (2004, 207) e Gambacciani (2005, 204) per un approccio più sintonico con gli approdi giurisprudenziali precedenti la riforma, ivi diffusamente passati in rassegna.

Il dibattito sul divieto di interposizione è da sempre condizionato da questo vizio di prospettiva, che ha portato ad equiparare qualsiasi forma di scissione del c.d. datore di lavoro «formale» da quello «sostanziale», ovvero qualsiasi situazione nella quale i poteri direttivi propri del datore di lavoro sono esercitati, a qualsiasi titolo e in qualsiasi forma, da un soggetto che datore non è. In questo modo si è finito per associare situazioni di «sdoppiamento» dei poteri datoriali diverse tra loro, perché realizzate in contesti produttivi ed organizzativi non omogenei e con strumenti giuridici funzionali a perseguire i più vari interessi.

Questo vizio di prospettiva ha portato ad accomunare l'istituto del distacco alle altre ipotesi «interpositive», propriamente riconducibili all'appalto di manodopera. Eppure è evidente che le due fattispecie non siano sovrapponibili perché fondate su strumenti contrattuali del tutto disomogenei. L'appalto di manodopera identifica un accordo - tipizzato «in negativo» dalla legge del 1960 per sanzionarne l'illiceità - avente ad oggetto la cessione dietro corrispettivo di una prestazione lavorativa e non riconducibile alla tipologia contrattuale di cui agli art. 1655 sgg. c.c. perché non implicante l'esercizio di un'attività imprenditoriale da parte dell'appaltatore³. Un contratto caratterizzato da uno specifico oggetto (la fornitura di lavoro) e da una propria causa, la «ragione concreta» giustificativa dello stesso (Bianca 1993, 425), che si può identificare nella pura e semplice mercificazione del lavoro altrui. Anche il distacco si fonda su un «contratto», dal momento che l'invio del lavoratore da parte del distaccante presso il distaccatario presuppone necessariamente un accordo tra i due datori. Si tratta di un contratto di natura gratuita (Carinci 2010, 93) che quindi dell'appalto di manodopera non condivide la causa (Carinci 2000, 68 e 183), non essendo la sua funzione quella di realizzare un guadagno dalla fornitura di manodopera, cioè dalla «mercificazione» del lavoro.

Con la riforma del 2003 si è persa l'occasione per superare quest'impropria sovrapposizione, mancando di regolare con specifica disciplina il «contratto di distacco». Anzi, di tale contratto si è continuato ad ignorare l'esistenza sulla scia della pregressa giurisprudenza⁴, come dimostra l'anomala terminologia usata dall'art. 30 comma 1 per definire il distacco: una mera «ipotesi». Un approccio, questo, confermato dal comma 4-ter introdotto con la riforma del 2013 (art. 7, comma 2, d.l. 76/13) che, nel regolare il distacco fondato sul contratto di rete, avalla implicitamente l'idea della a-contrattualità del distacco operato al di fuori di tale ambito.

Prendendo le mosse da questa lacuna normativa, nelle pagine che seguono si intende rileggere la disciplina dettata dall'art. 30, d.lgs. 276/03 onde evidenziarne criticità ed incongruenze, solo in parte risolvibili valorizzando i principi di diritto civile applicabili al contratto sul quale si basa il distacco: un contratto innominato, vista la sua mancata tipizzazione da parte del legislatore.

³ Resta valida la definizione di Magrini (1980, 53) di un «patto avente ad oggetto lo scambio di mere prestazioni dietro corrispettivo in favore dell'intermediario».

⁴ Inter alia, Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in OGL, 2000, I, 968

3. Il «contratto di distacco» e il consenso del lavoratore

La natura innominata del contratto di distacco non esclude che si possano identificare tipi contrattuali nel codice civile ai quali può essere associabile. Anche la mera analogia con uno specifico tipo contrattuale risulta infatti funzionale a dedurre la possibile disciplina: d'altra parte, la maggior parte dei contratti innominati sono contratti «misti», frutto della combinazione di diversi contratti tipici e la loro disciplina è da questi ricavabile (Roppo 1976, 126). Da ciò la possibilità di applicarvi o la disciplina del tipo contrattuale prevalente (accedendo alla c.d. teoria dell'assorbimento) o quella frutto della combinazione dei diversi tipi contrattuali (se si accoglie la c.d. teoria della combinazione) (Gazzoni 2019, 826).

Muovendosi in tale prospettiva si può ricondurre il contratto di distacco nell'ambito del c.d. fenomeno della cooperazione gestoria (Sirena 2011), del quale il contratto di mandato con rappresentanza è la più tipica espressione. Analogamente a quanto avviene nel mandato, il distaccatario si impegna infatti nei confronti del datore a compiere per suo conto una serie di atti giuridici. Tali atti consistono nell'esercizio del potere direttivo conseguente all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva dello stesso distaccatario. Gli effetti che l'esercizio di tale potere produce si ripercuotono direttamente nella sfera giuridica del datore distaccante, che resta obbligato, appunto, al pari del mandante⁵.

Il contratto di distacco trova però la sua specificità nel tipo di atti che il distaccatario è, grazie ad esso, chiamato a compiere. L'oggetto del contratto resta insomma affatto peculiare, in ragione del collegamento negoziale che si configura tra contratto di distacco e contratto di lavoro, analogo a quello in essere nella somministrazione professionale⁶. Si tratta allora di valutare in che modo il contratto di distacco possa trovare esecuzione, incidendo sull'esecuzione del contratto di lavoro; ed in particolare, se è possibile darvi esecuzione tramite il mero esercizio del potere direttivo del datore o se è necessario acquisire il consenso del lavoratore interessato.

Dal consenso si può prescindere considerando implicito nel contenuto del contratto di lavoro il potere di sottoporre la controparte al potere direttivo di un terzo e riconducendo così il distacco ad una mera modalità di esercizio del potere direttivo. Questa diffusa convinzione in dottrina (Grandi 1972, 218; Marazza 2004, 103), avallata dalla giurisprudenza di legittimità⁷, ha un debole fondamento nell'ordinamento, dal momento che nessuna delle disposizioni codicistiche relative al contenuto del contratto di lavoro fa rientrare tra gli obblighi

⁵ In dottrina si configura più genericamente una delega del distaccante a favore del distaccatario (De Simone 1995, 291; Gambacciani 2005, 213). Riconducono invece il distacco al contratto in favore di terzi ex art. 1411 c.c. Esposito (2002, 95) e Mazzotta (1988, 370).

⁶ La focalizzazione del «contratto di distacco» permette di raccordarsi con quanti (a partire da Del Punta 1988, 208) ritengono sussistente un collegamento negoziale tra contratto di lavoro e contratto commerciale di fornitura di lavoro (si veda anche *infra* nota 19).

⁷ Tra le altre, Cass.15.5.2012, n. 7517.

del lavoratore quello di rispondere al potere direttivo di un soggetto diverso dal proprio datore o dai suoi dirigenti. D'altra parte, quando un lavoratore stipula un contratto di lavoro, non esprime affatto il proprio consenso a vedersi sottoposto al potere direttivo di altri che non sia la controparte contrattuale. Con il distacco, dunque, non si determina una «semplice modifica delle modalità esecutive dell'obbligazione di lavoro»⁸, ma viene modificato il contenuto di tale obbligazione, cioè l'oggetto del contratto di lavoro⁹.

L'accordo con il quale si dispone un distacco è finalizzato ad incidere sulla posizione debitoria di un terzo (il lavoratore) scaturente da un diverso contratto (di lavoro subordinato). Ma per incidere su tale posizione si modifica, seppur transitoriamente, la natura delle obbligazioni oggetto del contratto di lavoro. Ne consegue che, senza il consenso del lavoratore, il contratto di distacco non è in grado di produrre effetti sulla sfera giuridica di quest'ultimo.

Il distacco, per essere validamente eseguito, dovrebbe presupporre dunque sempre l'acquisizione del consenso del lavoratore, ovvero di uno accordo specifico con il datore necessario per «novare» il contenuto del contratto di lavoro¹⁰.

4. Illiceità del distacco e regime sanzionatorio

Il regime sanzionatorio previsto dall'art. 30, comma 4-bis in caso di distacco illecito è spia di come la disciplina del distacco sia stata dettata seguendo supinamente la giurisprudenza sviluppatasi in vigenza della L. 1369/60 e disconoscendo la peculiarità dell'accordo sotteso all'istituto. La sanzione della costituzione del rapporto in capo al distaccatario è infatti funzionale a tutelare il lavoratore a fronte di un appalto illegittimo, realizzato da un datore di lavoro meramente formale, ma non risponde necessariamente agli interessi di un lavoratore «vittima» di un distacco illegittimo, il quale può non avere (e spesso non ha) alcun interesse a passare alle dipendenze dell'utilizzatore.

Si pensi all'ipotesi di un distacco talmente prolungato nel tempo da non potersi considerare «temporaneo» ai sensi del comma 1. La giurisprudenza precedente il 2003 considerava di fatto assorbito tale requisito in quello dell'interesse del distaccante¹¹. La dottrina maggioritaria, alla luce della nuova disciplina, riconosce invece la piena autonomia del requisito, potendosi configurare ipotesi nelle quali questo viene meno anche nel persistente interesse del distaccante

⁸ Cass. 2.1.1995, n. 5; da cui, sempre secondo la Cassazione, la «totale irrilevanza del consenso del lavoratore distaccato» (così Cass. 21.2.2007, n. 4003).

⁹ Analogamente, Zoli (2003, 944) richiama la necessità di un «accordo novativo [...] volto a rideterminare l'attività oggetto della messa a disposizione della prestazione lavorativa».

¹⁰ Come osserva propriamente Magrini (1980, 65), richiamando a supporto anche la dottrina tedesca, la fattispecie costitutiva del distacco «non può che ravvisarsi in una apposita convenzione modificativa degli effetti naturali del contratto di lavoro, cioè un patto di distacco del quale parte stipulante è anche, necessariamente, il lavoratore».

¹¹ Lo ricorda Putrignano (2009, 689) che perciò coglie nel requisito della «temporaneità» la più rilevante novità della riforma del 2003.

(Scarpelli 2004, 443; Zoli 2003, 944). Fatto è che (e qui sta il tratto paradossale della disciplina) se il lavoratore contesta l'assenza di temporaneità ottiene il risultato di vedersi trasferito definitivamente presso il distaccatario, anche se la contestazione è dovuta all'esigenza di tornare nella sede di lavoro originaria.

In generale, l'interesse a passare alle dipendenze dell'utilizzatore manca tutte le volte in cui il distaccante sia un'impresa che, per dimensione e solidità economica, prospetta maggiori garanzie per la soddisfazione degli interessi e dei diritti del lavoratore, o che semplicemente è da questi preferibile per ragioni logistiche o ambientali.

Una conferma di quanto appena detto si trova nel caso oggetto della S.U. n. 22910 del 2006, che ha attirato l'attenzione della dottrina perché in essa ha trovato conferma il principio della necessaria unicità del datore di lavoro (adesivamente, Del Punta 2008, 332; Carinci 2007, 1019). Il caso riguardava un lavoratore che, essendo stato (troppo) a lungo distaccato in una filiale dell'impresa centrale dalla quale dipendeva, rivendicava il diritto di inserirsi nel fallimento della controllante, reclamando la sua co-responsabilità con l'impresa che lo aveva (illegittimamente) utilizzato. La legittimità del distacco veniva contestata dal lavoratore al fine di chiamare in causa il datore distaccante, perché più «solido» economicamente rispetto all'effettivo utilizzatore. L'effetto che produce la declaratoria di illegittimità del distacco è però esattamente l'opposto, dal momento che il giudice, tenuto a «selezionare» un solo datore, deve necessariamente individuarlo nell'utilizzatore.

Non è chiaro a chi giovi una disciplina che prescinde dal considerare gli effettivi interessi del lavoratore, attribuendogli come unica forma di tutela il passaggio ad un datore diverso dal proprio. Questa incongruenza potrebbe essere superata rileggendo l'istituto del distacco alla luce del contratto sul quale si fonda e riferendo a tale contratto le condizioni di legittimità indicate dall'art. 30, comma 1.

Per valutare gli effetti che conseguono all'illiceità del distacco, non si può prescindere dal considerare che essa incide su una situazione nella quale il lavoratore è effettivamente e legittimamente assunto da un datore di lavoro ed è da questi messo a disposizione di un terzo per mezzo di uno strumento contrattuale, appunto, illegittimo. All'illiceità del contratto consegue il venir meno del fondamento di legittimità della collocazione del lavoratore presso il terzo, ovvero il titolo in forza del quale si è realizzata la scissione tra titolarità del rapporto ed esercizio di (parte dei) poteri datoriali tipica del distacco. Detto in altri termini, la nullità del contratto di distacco determina la nullità anche dell'accordo tra datore e lavoratore ad esso collegato e del quale il primo costituisce presupposto, in virtù del nesso funzionale che lega i due negozi giuridici. Ne dovrebbe conseguire quindi il diritto del lavoratore di ripristinare la situazione precedente tale accordo, rimettendosi a disposizione del proprio datore di lavoro.

L'art. 30 comma 4-bis, nell'identificare come effetto dell'illiceità del distacco la (possibile) costituzione del rapporto in capo al distaccatario, finisce allora per configurarsi come norma speciale che limita le prerogative del lavoratore, escludendo un effetto che il lavoratore avrebbe potuto rivendicare sulla base dei principi del diritto civile dei contratti. Si tratterebbe di valorizzare questi principi, per suggerire un'integrazione della norma funzionale a riconoscere al la-

voratore il diritto di «optare» tra i due rapporti di lavoro, in virtù degli effetti conseguenti all'illegittimità del contratto di distacco. Ma è evidente come questo sia un percorso interpretativo impervio da seguire.

5. Le ipotesi speciali di distacco

Anche quanto prevede l'art. 30, comma 3 per regolare ipotesi speciali di distacco non appare funzionale a tutelare efficacemente gli interessi del lavoratore distaccato. La ratio della norma dovrebbe essere quella di limitare il potere datoriale di effettuare distacchi «disagevoli» per il lavoratore, ma anche in questo caso il legislatore, traviato dalla logica interpositoria, offre armi spuntate di tutela, rischiando di privarlo di strumenti di garanzia utilizzabili in base ai principi del diritto civile dei contratti.

La norma impone che sia acquisito il consenso del lavoratore qualora il distacco determini un «mutamento di mansioni». Il che da una parte riduce evidentemente la possibilità di recuperare per via interpretativa il consenso quale requisito necessario per operare il distacco, come sopra prospettato¹²; dall'altra, però, conferma che il distacco non costituisce una mera modalità d'esercizio del potere direttivo, a meno di non ritenere la norma derogatoria del divieto di demansionamento ex art. 2103 (il che, a ragione, è escluso dalla prevalente dottrina) (tra gli altri, Esposito 2015, 621). Certo è che si tratta di una previsione difficilmente conciliabile con la disciplina dello ius variandi, e che resta esposta a molteplici dubbi circa la sua giustificazione sul piano sistematico (perché trattare diversamente i mutamenti di mansioni «extra-aziendali»?) e circa la sua applicazione concreta (a quali mutamenti si fa riferimento?)¹³.

A critiche ancor più rilevanti dà origine l'altra previsione contenuta nel comma 3, per la quale il distacco che implica spostamenti superiori ai 50 km richiede l'esistenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive». Il riferimento alle «comprovate ragioni» riproduce quello relativo al «trasferimento» contenuto nell'art. 2103, comma 8, che a sua volta evoca la causale variamente utilizzata dal legislatore a giustificazione del contratto a termine, anche nell'ambito della somministrazione. Ma in questi casi è evidente che le «ragioni» cui il legislatore fa riferimento sono quelle del datore che «utilizza» il lavoratore; nel caso del distacco invece le «ragioni» devono riguardare il distaccante, altrimenti la norma entrerebbe in contraddizione con il comma 1¹⁴. Resta però incerto in che modo le due disposizioni (comma 1 e comma 3) si raccordino, onde ricavarne una coerente disciplina dell'istituto.

¹² A meno di non considerare che il distacco implichi di per sé un mutamento di «mansioni», per cui il consenso sarebbe sempre richiesto proprio in virtù dell'art. 30 comma 3 (interpretazione respinta con decisione da Monaco 2004, 218).

¹³ Per una sintetica ricostruzione del dibattito dottrinale in materia si veda Putrignano (2009, 694-965).

¹⁴ Salva l'ipotesi delle ragioni «sostitutive», che necessariamente devono riferirsi al distaccatario (Zoli 2003, 945, anche per la fantasiosa ipotesi che potrebbe non contraddire il comma

Si tratta di capire in primo luogo quale sia la differenza tra l'«interesse» (che a sua volta può evidentemente essere «tecnico, produttivo o organizzativo») posto a base del distacco e la «ragione» per la quale questo può comportare spostamenti superiori ai 50 km. La norma prospetta una sorta di *probatio diabolica* e non a caso parte della dottrina ha concluso per la sostanziale identità dei presupposti di cui al comma 1 e 3 dell'art. 30: una conclusione che priva di qualsiasi rilievo significativo il presupposto *de quo*, e, con esso, la norma che lo prevede (Scarpelli 2004, 447).

La scarsa utilità delle disposizioni in esame è poi confermata dal fatto che, in entrambe le ipotesi in essa configurate, manca la previsione di un regime sanzionatorio conseguente alla loro violazione. L'unica sanzione prevista dall'art. 30 è infatti quella della costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore prevista dal comma 1, in questo caso ancor più controproducente per il lavoratore che avrà di norma interesse ad essere riassegnato alla sede di provenienza e non a restare definitivamente presso l'utilizzatore. Per evitare tale paradossale effetto, ivi è suggerito di distinguere tra elementi costitutivi della fattispecie (di cui al comma 1) e suoi requisiti di legittimità (di cui al comma 3); ciò per qualificare come illecito contrattuale la violazione di questi ultimi e configurare per tale via un diritto del lavoratore a tornare a svolgere la propria prestazione presso il distaccante (Esposito 2014, 613; Gambacciani 2005, 236). Una conclusione che non si può non condividere, ma che muove da una distinzione artificiosa tra «elementi della fattispecie» e «requisiti di legittimità»: il che conferma quanto detto in merito al vizio di prospettiva che inficia l'intera configurazione giuridica dell'istituto e suggerisce di considerare fonte di responsabilità contrattuale del datore distaccante anche l'assenza dei requisiti di legittimità previsti dal comma 1¹⁵.

6. La responsabilità solidale

Da quanto sin qui rilevato emerge come l'art. 30 sia una norma che testimonia un'occasione persa. Il legislatore ha supinamente seguito la consolidata giurisprudenza in materia, mancando di intervenire sull'istituto del distacco per dettarne una compiuta disciplina capace di tutelare i lavoratori e per regolarne gli aspetti più problematici.

Proprio sul piano della disciplina dell'istituto, funzionale a regolarne la fase esecuzione, si coglie appieno l'incompiutezza della normativa del 2003. In particolare manca una disciplina che chiarisca in che modo sono ripartiti i poteri e gli obblighi tra i due datori coinvolti nel distacco: dall'esercizio del potere

1: sostituzione con il distacco di «un dipendente del distaccatario in grado di interagire con il distaccante, cliente o fornitore del distaccatario»)

¹⁵ La Cassazione ha avallato l'interpretazione dell'art. 30, comma 3 suggerita in dottrina, escludendo l'estensibilità della sanzione costitutiva prevista dal comma 1 (in virtù del principio *ubi lex volui dixit*) e accordando al lavoratore la «tutela civilistica di tipo risarcitoria» (Cass. ord. 11.9. 2020, n. 18959, in RIDL 2021, II, 32 sgg. con nota di Gentile)

di controllo e disciplinare¹⁶; al regime dello *ius variandi* che si è detto risultare ulteriormente complicato dall'ambiguo disposto di cui all'art. 30 comma 3; agli obblighi di sicurezza, giacché la loro attribuzione al distaccatario da parte dell'art. 3, comma 6, d.lgs. 81/08, non impedisce alla giurisprudenza di estendere al distaccante la conseguente responsabilità¹⁷. L'unica disposizione che si riferisce agli obblighi inerenti l'esecuzione del distacco è quella del comma 2, a norma del quale «il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore». Ma ancora una volta si tratta di una disposizione che non soddisfa affatto le esigenze di regolazione dell'istituto e finisce per comprimere i possibili strumenti di tutela a disposizione del lavoratore. L'art. 30, comma 2 identifica infatti nel datore distaccante l'unico soggetto obbligato nei confronti del lavoratore, escludendo implicitamente il vincolo solidale in capo al distaccatario per i crediti di lavoro maturati durante il distacco.

Si è suggerito di recuperare la solidarietà passiva per via di interpretazione analogica, potendosi ritenere applicabili al distacco quei profili «residuali» della disciplina non regolati dall'art. 30 e contenuti nelle norme in materia di somministrazione professionale (Carinci 2010, 94). Una simile conclusione è però opinabile. In primo luogo, perché l'analogia tra i due istituti è soltanto apparente, per le ragioni sopra evidenziate: attiene alla «fattispecie interpositoria» ma non al contratto che la rende possibile e che nei due casi si è detto essere sostanzialmente diverso per oggetto e per causa. In secondo luogo, perché l'interpretazione analogica sembra preclusa dalla lettera della legge, dalla quale si deduce esattamente il contrario, visto che nell'ambito del medesimo testo normativo (il d.lgs. n. 276/03) si regolano due istituti disponendo in un caso espressamente (ex art. 23 comma 3) il regime della solidarietà (richiamato anche in rubrica), nell'altro attribuendo la responsabilità al solo datore. Per altro nel primo caso la solidarietà si associa all'obbligo della parità di trattamento (art. 23 comma 1), che implica il rispetto del trattamento economico normativo applicato dall'utilizzatore, mentre nel secondo vale la regola opposta, non modificandosi la disciplina del rapporto di lavoro dopo il distacco.

Le modifiche apportate agli art. 30 e 31 del d.lgs. n. 276/03 dal d.l. n. 76/13 aggravano ulteriormente il quadro. Da una parte, infatti, la responsabilità solidale può conseguire da quanto previsto nel contratto di rete, cui il legislatore rinvia per l'eventuale regolazione del regime di codatorialità (art. 30, comma 4-ter)¹⁸; dall'altra, il vincolo solidale è espressamente previsto per le imprese agricole appartenenti allo stesso gruppo o legate da contratto di rete, che procedono ad assunzioni congiunte ai sensi dell'art. 31, commi 3-bis e 3-ter (art. 31, comma 3-quinquies). Le nuove disposizioni sembrano così escludere una

¹⁶ Segnala il carattere «altalenante» della giurisprudenza in merito, Putignano (2009, 691).

¹⁷ Tra le altre, Cass. Pen. 22.7.2013, n. 31300

¹⁸ Secondo l'INL (circolare n. 7 del 29.3.2018) la solidarietà scaturisce automaticamente dalla codatorialità prevista con il contratto di rete (in senso adesivo, da ultimo, Di Salvatore 2024, 14).

possibile estensione al distaccatario della responsabilità nei confronti del lavoratore, nelle ipotesi «comuni» di distacco.

Neppure sembrano giovare i principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 254/17, con la quale si è esteso il principio della responsabilità solidale a tutte le ipotesi di subfornitura non riconducibili al contratto di appalto; e ciò per le stesse ragioni che rendono opinabile l'estensione per via analogica delle norme in materia di somministrazione.

Ciononostante, la solidarietà potrebbe essere recuperata grazie ai generali principi civilistici. In primo luogo, facendo leva sul collegamento negoziale invocato in dottrina a fondamento della codatorialità¹⁹ e, ancor prima, ritenendo integrati i presupposti per la costituzione del vincolo solidale ex art. 1292 c.c. Tale vincolo presuppone l'identità della fonte dell'obbligazione e della prestazione (Bianca 1993, 703). Nel caso del distacco la fonte è costituita dal contratto di lavoro, «modificato» a seguito della stipula del contratto di distacco, il cui scopo è esattamente quello di determinare una situazione nella quale possa assumere le vesti di creditore della prestazione di lavoro chi non ha la titolarità del rapporto²⁰. La prestazione dedotta in contratto è da considerarsi indivisibile ex art. 1316 c.c., ed è erogata per soddisfare, nel medesimo tempo, gli interessi di entrambi i creditori: quello del distaccatario, che si è detto realizzato grazie al contratto di distacco, e quello del datore. Da ciò l'applicazione delle norme relative alle obbligazioni solidali ai sensi dell'art. 1317 c. c.

D'altra parte, di una serie di obblighi derivanti dal contratto di lavoro risponde il distaccatario; primo tra tutti, come detto, l'obbligo di sicurezza. Ed il rapporto di lavoro del lavoratore distaccato è necessariamente regolato in base alle regole dettate dalla contrattazione collettiva o dalla prassi aziendale cui si attiene il distaccatario, per gli aspetti connessi con l'inserimento del lavoratore nella sua organizzazione produttiva (a partire dall'orario). Sostenere che degli effetti degli atti di gestione di tali aspetti del rapporto di lavoro sia responsabile esclusivamente il datore distaccante, quando la competenza ad adottarli spetta in via esclusiva al distaccatario, non trova giustificazione in alcuna norma dell'ordinamento.

7. Conclusioni, con uno sguardo oltr'Alpe

Per configurare una disciplina dell'istituto capace di tutelare adeguatamente il lavoratore è necessario ricorrere ad un'interpretazione che forza la lettera della legge o che faccia leva sulle norme codicistiche in parte per «neutralizzare»

¹⁹ Speciale (2010, 44 sgg.), che però esclude l'esistenza di un collegamento negoziale nel caso del distacco (58); collegamento che invece qui si ritiene configurarsi tra contratto di lavoro e «contratto di distacco».

²⁰ Anche considerando l'obbligo di prestare l'attività lavorativa come derivante dalla combinazione tra «contratto di distacco» e contratto di lavoro, la conclusione non cambia visto che «identità della fonte» non significa identità del titolo ma della causa (*l'eadem causa obligandi*) e potendosi quest'ultima ricavare anche da una pluralità di negozi tra di essi collegati (Cass. S.U. 21.1.1988, n. 423).

in parte per arricchire quanto sancito dalla lettera dell'art. 30, d.lgs.276/30. Si tratta evidentemente di prospettive ben difficili da perseguire, per altro in contrasto con consolidati orientamenti giurisprudenziali che hanno plasmato l'istituto del distacco pre e post-riforma del 2003.

Un simile sforzo ricostruttivo sarebbe naturalmente risparmiato da una riscrittura della norma che fissasse poche ma fondamentali regole, sottraendole al dubbio interpretativo. Il semplice vincolo della forma scritta per l'accordo in base al quale le due imprese operano il distacco basterebbe a fare almeno un po' di chiarezza e sarebbe funzionale a valutare se questo viene eseguito coerentemente con le finalità per il quale si afferma essere disposto. È in tale accordo che le parti dovrebbero essere chiamate ad indicare le modalità di esecuzione del distacco, ovvero a definire in che modo il potere direttivo viene tra di loro ripartito. Il vincolo di forma dovrebbe valere anche per l'accordo «novativo» del contratto di lavoro attraverso il quale, necessariamente, andrebbe acquisito il consenso del lavoratore.

Sul piano della tutela del lavoratore basterebbe introdurre espressamente la regola della solidarietà tra distaccante ed utilizzatore per i crediti derivanti dall'esecuzione del rapporto di lavoro durante il distacco. Sul piano sanzionatorio si tratterebbe poi di sancire il diritto del lavoratore di scegliere quale rapporto di lavoro mantenere in vita, una volta che sia stata riconosciuta l'illegittimità del distacco. È da qui che passa l'effettivo soddisfacimento dell'interesse del lavoratore ingiustamente distaccato e non dalla sanzione «antifraudolenta» prevista dall'art.30 comma 4-bis, funzionale a contrastare la somministrazione irregolare ma come detto spesso inutile se applicata ad ipotesi di distacco illegittimo.

Il riferimento ad un ordinamento vicino al nostro conferma come in Italia la fedeltà alla logica interpositoria abbia prodotto una disciplina del distacco dai profili incerti e non adeguata a tutelare gli interessi dei lavoratori. L'ordinamento francese conosce la distinzione tra fornitura di manodopera a scopo di lucro (*à but lucratif*) e gratuita (*sans but lucratif*) (Auzero, Baugard, Dokès 2022, 419 sgg.). La prima, se realizzata da chi non è a ciò autorizzato, è sanzionata (anche) con la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore. La seconda è regolata (art. L. 8241-2 Code du travail) individuando gli ambiti di responsabilità che fanno capo all'utilizzatore (ovvero quelli connessi con l'organizzazione del lavoro). Nel caso in cui la fornitura «gratuita» sia realizzata nel contesto di un gruppo di imprese o di un «raggruppamento di datori» (*groupements d'employeurs*) a tal fine costituito, il lavoratore beneficia della responsabilità solidale delle imprese del gruppo a tutela dei propri crediti.

Forse, per risolvere i molteplici problemi di regolazione del distacco, basta dare uno sguardo al di là delle Alpi.

Riferimenti bibliografici

- Auzero, G., Baugard, D., Dokès, E. 2022. *Droit du travail*. Paris: Dalloz.
 Bianca, M. 1993. *Diritto civile. Vol. 4 Obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
 Carinci, M.T. 2000. *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Distacco. Art. 2127 – Il Codice Civile Commentato diretto da P. Schlesinger*. Milano: Giuffrè.

- Carinci, M.T. 2007. "L'unicità del datore di lavoro (quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse) è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico, nota a Cass., sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910." *Argomenti di Diritto del Lavoro*: 1019 sgg.
- Carinci, M.T. 2010. *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 1998. "La fornitura di lavoro temporaneo nella L. 196/1997." *Rivista italiana di diritto del lavoro I*: 208 sgg.
- Del Punta, R. 2008. "Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro." *Rivista italiana di diritto del lavoro I*: 129 sgg.
- De Simone, G. 1995. *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*. Milano: FrancoAngeli.
- Di Salvatore, L. 2024. *Reti di imprese, mercati del lavoro e territori*. Milano: FrancoAngeli.
- Esposito, M. 2002. *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*. Napoli: Jovene.
- Esposito, M. 2014. "La fattispecie del distacco e la sua disciplina." In *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di Mariapaola Aimo e Daniela Izzi. Torino: Utet.
- Gambacciani, M. 2005. "La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003." *Argomenti di diritto del lavoro*: 210 sgg.
- Gazzoni, F. 2019. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI.
- Gentile, G. 2021. "Il distacco tra conferma del bilanciamento delle tutele e ampliamento della nozione di "interesse" del distaccante." *Rivista italiana di diritto del lavoro II*: 35 sgg.
- Grandi, M. 1972. *Le modifiche del rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Magrini, S. 1980. *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*. Milano: FrancoAngeli.
- Marazza, M. 2004. "L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto e esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro." *Argomenti di diritto del lavoro*: 103 sgg.
- Mazzotta, O. 1988. "Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese." *Lavoro e diritto*: 366 sgg.
- Monaco, M.P. 2004. "Il distacco del lavoratore." In *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Franco Carinci. Milano: Ipsoa.
- Pileggi, A. 2006. "Riforma del mercato del lavoro, appalto di manodopera e ordine pubblico internazionale." *Massimario della giurisprudenza del lavoro*: 932 sgg.
- Putrignano, V. 2009. "Il distacco dei lavoratori." *Diritto delle relazioni industriali*: 680 sgg.
- Roppo, E. 1976. *Il contratto*. Bologna: Il Mulino.
- Scarpelli, F. 2004. "Sub art. 30." In *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di Enrico Gragnoli e Adalberto Perulli. Padova: Cedam.
- Sirena, P. 2011. "La categoria dei contratti di collaborazione." In *I contratti di collaborazione*, a cura di Pietro Sirena. Torino: Utet.
- Speziale, V. 2010. "Il datore di lavoro nell'impresa integrata." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 1 sgg.
- Zoli, C. 2003. "Il distacco del lavoratore nel settore privato." *Diritto del lavoro - Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*: 935 sgg.

Controllo a distanza e diritto alla protezione dei dati. Sulla complementarità dei due sistemi normativi

Alessandra Ingrao

1. Un ricordo di Riccardo Del Punta

Fin dalla prima conoscenza con Riccardo Del Punta – a Modena, al convegno in memoria di Marco Biagi – pochi anni prima della riforma dell’art. 4 St. lav. mi parse attanagliato dalla ricerca di un elemento di equilibrio da inserire nella ricetta che stava studiando, che poi sarebbe confluita, assunte le vesti di testo normativo, nella integrale sostituzione dell’art. 4 St. lav.

Tra una relazione e l’altra, Riccardo Del Punta osservava, con tono polemico, benché ammorbidito dal suo accento pisano, che le norme statutarie del Titolo I, che limitano potere d’indagine e controllo, potevano solo «fare tenerezza» al cospetto della sofisticazione delle nuove tecnologie che consentono, di fatto, un tracciamento totale della prestazione e una scomposizione della persona capillare.

Fu quella battuta – che riusciva, simpaticamente, a condensare in poche lettere la complessità della questione di fondo – a instillare in me il dubbio che le soluzioni di equilibrio – la ricetta della «proporzionalità» del potere di controllo che R. Del Punta andava cercando – potevano essere trovate anche fuori dallo Statuto dei lavoratori, aggiungendo alla prospettiva del divieto imperativo, una regolazione di principio, maggiormente flessibile e più adatta ad adeguarsi in concreto al nuovo che avanza.

Qualche tempo dopo, varato l’art. 4 St. lav. e pubblicati diversi lavori di R. Del Punta di spiegazione della riforma, capii che nella ricetta che era stata trovata

Alessandra Ingrao, University of Milan, Italy, alessandra.ingrao@unimi.it, 0000-0001-7991-4785

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Alessandra Ingrao, *Controllo a distanza e diritto alla protezione dei dati. Sulla complementarità dei due sistemi normativi*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.38, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 637-653, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

l'elemento di ri-equilibrio del potere di controllo a distanza – legittimato a raccogliere dati «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» – risiedeva nel rinvio al d.lgs. 196/2003. La protezione dei dati del lavoratore che poggia sulla trasparenza della raccolta, sulla sua minimizzazione, finalità e proporzionalità, segnava un orizzonte che andava esplorato con più convinzione rispetto al passato.

Nelle pagine che seguono si indagano le ripercussioni di questi principi sul potere di controllo a distanza, identificando i (nuovi) limiti del potere, come disciplinato dall'art. 4 St. lav. a seguito della sua modifica ad opera del d.lgs. 151/2015 (art. 23), attuativo del cd. *Jobs Act*.

L'occasione è altresì idonea a stilare un primo bilancio della riforma della disposizione statutaria per verificare se anche la giurisprudenza abbia colto la rilevanza sistematica del diritto alla protezione dei dati personali del lavoratore che incide notevolmente sull'esercizio del potere di controllo, condizionandolo ulteriormente al fine di soddisfare il bilanciamento costituzionale di cui all'art. 41, co. 2, Cost.

2. La «doppia faccia» dell'art. 4 St. lav.: limiti al potere e vincoli all'utilizzabilità dei dati e delle prove

La scelta di regolare l'orizzonte della consultabilità/utilizzabilità dei dati raccolti e memorizzati negli strumenti tecnologici dal datore di lavoro costituisce sicuramente la punta più avanzata della riforma che, da un lato fa cadere quella che R. Del Punta definiva «l'ipocrisia» della vecchia norma, ma che dall'altro lato, impone di comprendere se la nuova disposizione legittimi il datore di lavoro a sorvegliare l'attività lavorativa per il tramite delle tecnologie¹.

La riforma dell'art. 4 St. lav. permette di cogliere più facilmente la doppia anima dell'art. 4 St. lav., che sin dal 1970, poteva essere raffigurato come un Giano bifronte, un'entità divina dal doppio volto.

Con la prima faccia, la disposizione era ed è volta a circoscrivere l'esercizio del potere di sorveglianza tecnologica, imponendo limiti sostanziali e procedurali – continuando a istituzionalizzare un contropotere collettivo, rivolto a codeterminare l'installazione di alcuni (anche se non per tutti gli) strumenti di videoripresa e controllo – volti a comprimerne l'autonomia organizzativa del datore di lavoro in ragione della tutela dei diritti della persona.

Con la seconda faccia, l'art. 4 St. lav. è norma che condiziona e limita l'utilizzabilità delle informazioni raccolte al fine di modificare o estinguere il rapporto di lavoro.

In assenza della disposizione statutaria, infatti, gli esiti delle rilevazioni effettuate dal datore di lavoro, consentirebbero di acquisire qualsiasi informazione sull'attività della persona che lavora, delle sue attitudini e dei suoi comportamenti solutori (salvo il divieto contenuto nell'art. 8 St. lav.).

¹ Del Punta 2016; Tullini 2017; Nuzzo 2018; Dessì 2018; per altri riferimenti si consenta di rinviare a Ingraio 2018. Sartori 2020; Pisani, Proia, Topo 2022.

L'art. 4 St. lav. infatti, lungi dal legittimare un regime di libera utilizzabilità dei dati, ne scolpisce piuttosto uno a «utilizzabilità vincolata», dove i «pesi» e i «vincoli» sulle informazioni devono essere determinati dallo stesso datore di lavoro in conformità all'art. 4 St. lav. e al Regolamento UE/2016/679 (che pur essendo direttamente applicabile è stato recepito nel d.lgs. 196/2003 ad opera del d.lgs. 101/2018). Nello specifico, il rinvio esplicito contenuto nell'art. 4, co. 3, St. lav. al sistema *privacy* rende l'espletamento dei doveri datoriali di protezione dei dati personali dei lavoratori (su cui diffusamente *infra* par. 3) condizioni di utilizzabilità dei dati². Diviene dunque rilevante comprendere il contenuto delle condizioni di utilizzabilità poste dall'art. 4 St. lav.

3. Una lettura integrata: Il controllo a distanza come trattamento di dati personali del lavoratore.

L'esercizio del potere di controllo a distanza, a prescindere dalla successiva utilizzazione dei dati da parte del datore di lavoro, deve risultare rispettoso del diritto alla *privacy* del lavoratore³.

Il moderno concetto di *privacy* – definito e disciplinato dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 come modificato dal Regolamento 2016/679/EU che sostituisce la Direttiva 1995/45/CE⁴ – non coincide con l'originaria impostazione privatistica un po' intransigente di «pretesa ad essere lasciati soli» (Carnelutti 1955; De Cupis 1959), né tanto meno con il diritto a mantenere riservata la propria sfera intima da sguardi indiscreti di terzi. Piuttosto occorre pensare al diritto alla protezione dei dati personali delle persone fisiche come un diritto «gentile» che è sempre capace di «cedere il passo» ad altri interessi legittimi la cui sod-

² La natura di norma processuale dell'art. 4 St. lav. comporta un condizionamento dei poteri istruttori del giudice civile che è obbligato a dichiarare inammissibile il materiale probatorio (digitale) raccolto in violazione dei limiti in esso contenuto come integrato dalla disciplina *privacy*. Nel giudizio penale – ancora oggi instaurabile per la continuità dell'illecito previsto dall'art. 61, co. 2, d.lgs. 101/2008 e art. 38 St. lav. – la norma opera parallelamente alla previsione dell'art. 191 c.p.p. Gamba 2016; Barbieri 2017, 183-208.

³ L'acquisizione è condivisa da una larga parte della giurisprudenza di merito *post Jobs Act*. Si segnalano in particolare Trib. Vicenza 28 ottobre 2019; Trib. Roma 13 giugno 2018; Trib. Padova 22 gennaio 2018 che riconoscono espressamente che il controllo a distanza, rappresenta una fase del trattamento dei dati personali, e come tale deve rispettare i principi dettati dalla normativa, ossia i principi di liceità, di correttezza, di necessità, di determinatezza della finalità perseguita, di pertinenza, di completezza, di non eccedenza. Prima del *Jobs Act* a quanto consta soltanto Trib. ferrara 27 agosto 2012 aveva dichiarato illegittimo il controllo effettuato sul computer aziendale in uso al dipendente per violazione sia dell'art. 4 St. lav., poiché la sorveglianza effettuata all'infuori dei canoni di lealtà e correttezza e non per scopi determinati, espliciti e legittimi *ex art.* 11, d.lgs. n. 196 del 2003, costituisce un trattamento illecito di dati personali. Si dirà meglio *infra* che, al di là di queste pronunce di merito, la giurisprudenza di legittimità continua ad accreditare la tesi del controllo difensivo esercitato dal datore di lavoro in violazione sia della norma statutaria che della normativa *privacy*. In dottrina, *contra*, con argomenti differenti Marazza 2016; Maresca 2017, 21; Proia 2016.

⁴ Per tutti si veda Bellavista 2007.

disfazione presuppone, nella società dell'informazione, la circolazione dei dati. Dovendo l'individuo, nei vari contesti in cui si esplica l'attività umana, aprire la propria sfera identitaria all'interrelazione coi terzi, la normativa in parola intende assicurare che la persona interessata dal trattamento dei suoi dati, che le appartengono in una relazione quasi dominicale, sia consapevole degli scopi del loro utilizzo e ne resti padrona, potendovi accedere ed opporsi al trattamento realizzato da terzi per finalità trasparenti e predeterminate (Rodotà 1997, 698).

Sebbene, il rinvio al codice della *privacy* sia contenuto esclusivamente nel co. 3 dell'art. 4 St. lav., è da intendere in senso ampio la complementarità tra i due sistemi normativi, essendo possibile «innestare» interpretativamente il rinvio su ogni disposizione del Titolo I che limiti indagini, controlli e perquisizioni sui lavoratori, dal momento che tali comportamenti datoriali sono diretti a trattarne i dati (i cd. «innesti regolativi»; Chieco 2000, spec. 20).

La convergenza regolativa incide sulle condizioni di legittimità dell'esercizio del potere-trattamento e condiziona l'utilizzabilità degli esiti delle rilevazioni datoriali. Del resto, non è nuova l'acquisizione in base alla quale il sistema di protezione della *privacy* degli individui aggiunga garanzie ulteriori rispetto allo Statuto dei lavoratori, procedimentalizzando le modalità di realizzazione del trattamento delle informazioni da parte del datore di lavoro, sin dal momento della scelta e installazione della tecnologia di controllo-trattamento. Il legislatore del 2015, allora, si sarebbe limitato a richiamare l'attenzione degli interpreti su tale cruciale aspetto (Tullin 2017, 97 sgg.).

Quel che merita un'attenzione rafforzata è l'approccio che l'Unione Europea ha adottato per garantire l'obiettivo della protezione dei dati degli individui che, nell'attuale di fase di digitalizzazione, non solo dei contesti lavorativi, è divenuto tema centrale e d'impatto geo-politico. Sebbene sia qui possibile enucleare la nuova strategia solo per punti, occorre prendere le mosse dal progressivo abbandono della precedente impostazione autorizzatoria della Direttiva 1995/45/CE, in favore di una incentrata sul concetto di *accountability* o responsabilizzazione del titolare del trattamento (art. 5 Reg.), ossia di chi determina finalità e mezzi dello stesso.

La logica del Regolamento può essere facilmente compresa dai giuslavoristi perché essa ricalca quella tutta europea della prevenzione del rischio delle lavorazioni e dell'organizzazione in materia di protezione della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. In altri termini, nel Regolamento 2016/679/UE si assume che la digitalizzazione delle organizzazioni produttive può esporre a rischio i diritti fondamentali del lavoratore di libertà e dignità. Le cui informazioni personali vengono catturate, immagazzinate per poi essere potenzialmente utilizzabili per scopi incogniti e indeterminati per produrre effetti giuridici sul rapporto di lavoro. Partendo da tale assunto il Regolamento obbliga il titolare del trattamento a minimizzare, o se possibile eliminare, tale rischio, auto-limitando le modalità di realizzazione del trattamento (controllo a distanza), come meglio si dirà in seguito. Il datore di lavoro *accountable*, dunque, dovrà adottare ed essere in grado di dimostrare, un modello organizzativo che contempra misure giuridiche, organizzative e tecniche adeguate a fronteggiare il rischio di lesione dei diritti che può derivare dall'esercizio del potere di controllo a distanza.

È dovere del datore di lavoro, quando siano effettuati controlli a distanza ⁽⁵⁾ predisporre la valutazione d'impatto privacy (art. 35 Reg.) un documento di mappatura dell'apparato tecnologico strumentale che descriva gli scopi e i mezzi dei trattamenti di dati personali, i rischi per i diritti nonché le misure di protezione intraprese. Benché ad oggi nelle sentenze non vi sia traccia della richiesta di esibizione di tale documento per vagliare la legittimità del controllo realizzato, non si dubita che ricada sul datore di lavoro l'onere di provare la suddetta mappatura nonché di aver strutturato i dispositivi di controllo *ab origine* ⁽⁶⁾ in ottemperanza ai principi del trattamento di legittimità, finalità, minimizzazione e trasparenza. Ciò a prescindere dalla distinzione tra strumenti di controllo e di lavoro contenuta nei primi due commi dell'art. 4 St. lav. (su cui si tornerà *infra* par. 5).

3.1. Legittimità del trattamento dei dati tra base giuridica e principi

Alla luce della logica precauzionale del Regolamento, la legittimità del controllo a distanza è da vagliare attraverso un giudizio bifasico: esso deve essere legittimato a monte dalla ricorrenza di una condizione di legittimità del trattamento dei dati normativamente prevista, la cd. base giuridica (art. 6 Reg.) e, in secondo luogo, le sue modalità di esercizio devono risultare conformi ai principi (art. 5 Reg.).

Il controllo a distanza, già nel regime previgente, necessitava di una base giuridica diversa dal consenso del lavoratore, che non avrebbe potuto essere prestato genuinamente in un rapporto giuridico impari⁷. Il suo fondamento di liceità infatti consiste piuttosto nel «perseguimento del legittimo interesse» del datore di lavoro che non è considerabile come un effetto automatico della condizione di dipendenza lavorativa del prestatore, ma piuttosto come il frutto di una scelta ragionata dal datore di lavoro da cui si desuma la ricorrenza in concreto delle esigenze tassativizzate dall'art. 4 St. lav., esigenze organizzative, produttive, di salute e sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale le quali, se non esplicitate nell'accordo sindacale o nell'autorizzazione amministrativa (art. 4, co. 1), dovranno potersi desumere dall'informativa privacy (ex art. 4, co. 3) consegnata al lavoratore nel caso degli strumenti di cui al co. 2, oppure dalla valutazione d'impatto *privacy*.

⁵ La Valutazione d'impatto è obbligatoria in caso di controllo a distanza e di profilazioni digitali finalizzate alle decisioni automatizzate algoritmiche (provvedimento prescrittivo Garante privacy 2018).

⁶ Il Regolamento 2016/679/UE dà per assodato il carattere conformativo della tecnologia che essendo artefatto umano può essere programmata *by design* e *by default* in modo da incorporare per impostazione predefinita il rispetto dei diritti della persona.

⁷ Gruppo di lavoro ex art. 29, parere n. 2/2017 *on data processing at work*, adottato l'8 giugno 2017, WP249, 7 e 14. Cfr. altresì Id., opinione n. 6/2014 che evidenzia la necessità che il titolare del trattamento esegua un vero e proprio «test» sulla base di diversi fattori: la natura del legittimo interesse, la natura dei dati trattati, il tipo di pregiudizio che può derivare all'interessato (l'azione disciplinare) e la sua ragionevole aspettativa. Cfr. Sitzia 2016.

Dalla base giuridica si differenziano i principi, la cui concretizzazione imprime vincoli sulle modalità di realizzazione del controllo e sui suoi scopi concreti, ossia sulle finalità per le quali è esercitato.

Il fatto che il co. 3 dell'art. 4 St. lav. stabilisca che l'utilizzabilità dei dati è possibile «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» non significa che la norma legittimi l'esercizio di un potere di controllo a distanza multifunzionale e non sorretto da una predeterminazione di scopo, permettendo al datore di lavoro di «rastrellare» enormi quantità d'informazioni sulla persona e sulla prestazione lavorativa riservandosi il diritto di scegliere *ex post* lo scopo di utilizzo dei dati (disciplinare, formativo, retributivo, gestionale ecc.).

Una simile lettura non solo sarebbe contraria rispetto alle riflessioni della dottrina civilistica per cui poteri privati completamente liberi nei fini devono considerarsi illeciti a causa della loro intrinseca arbitrarietà (Lener 1985), ma contraddirebbe altresì il principio di limitazione delle finalità, pietra angolare di tutta la costruzione del sistema a protezione dei dati, in base al quale lo scopo di ciascun controllo a distanza deve essere determinato preventivamente, esplicitato nell'informativa, rispettato per tutto il trattamento fino alla cancellazione dei dati. Cosicché deve essere noto al lavoratore sin dall'installazione o consegna dello strumento quale sia l'effetto (modificativo o estintivo) che il controllo può importare sul rapporto di lavoro. La predeterminazione delle finalità comporta poi un vincolo di utilizzabilità dei dati.

Il trattamento deve poi essere improntato alla minimizzazione, in quanto vanno raccolti solo dati personali necessari per raggiungere gli scopi prefissati e noti al lavoratore. La minimizzazione del trattamento, imprime al potere di controllo a distanza un canone di proporzionalità da valutare in concreto rispetto ai suoi scopi. Da tale principio si ricava un divieto di controllo continuativo sulla prestazione che tenda al tracciamento e alla profilazione digitale, finalizzata a desumere il rendimento del lavoratore (cfr. art. 22 Reg.).

Infine, il controllo a distanza non può essere occulto, come anche diverse sentenze di merito hanno sostenuto⁸ seguite da parte di giurisprudenza di

⁸ L'informazione dell'esistenza di un controllo è necessaria sia in caso di controlli effettuati ai sensi del comma 1 sia in caso di controlli di cui al comma 2 della disposizione (sul punto espressamente Trib. Vicenza 28 ottobre 2019; Trib. Milano 13 maggio 2019; Trib. Torino 19 settembre 2018; Trib. Roma 13 giugno 2018; Trib. Padova 19 gennaio 2018; Trib. Pescara 25 ottobre 2017). L'informazione deve poi essere esaustiva ed adeguata, cioè in grado di portare il lavoratore a conoscenza della possibilità di essere assoggettato ai controlli da parte del datore di lavoro, oltre che delle modalità e dei limiti degli stessi, non potendo ridursi tale obbligo ad un mero adempimento formale (Trib. Vicenza 28 ottobre 2019, cit.; Trib. Torino 19 settembre 2018, cit.). Inoltre, si consideri che non è informativa «adeguata» ex art. 4, co. 3, né il documento che prescrive direttive riguardanti tutte le tipologie di strumenti impiegati nell'organizzazione aziendale, nell'ambito di un modello di organizzazione e gestione previsto dal d.lgs. n. 231/2001 (Trib. Torino 19 settembre 2018) né tanto meno il regolamento aziendale che si limiti a specificare che personal computer e casella di posta elettronica assegnati al lavoratore sono strumenti di lavoro, senza tuttavia indicare l'eventualità che attraverso questi strumenti l'azienda può controllare l'attività lavorativa Trib. Vicenza 28 ottobre 2019, cit.

Cassazione⁹, giacché l'intero procedimento di trattamento deve rispondere al principio di trasparenza, rafforzato dalla previsione di cui all'art. 4 co. 3 il quale stabilisce che sia data al lavoratore una informativa preventiva che lo renda consapevole della possibilità di subire il monitoraggio nonché degli usi consentiti degli strumenti¹⁰.

Corollario del principio di trasparenza è il diritto d'accesso ai dati raccolti che costituisce il tramite per l'esercizio degli altri diritti, tra cui anche quello di opposizione al trattamento.

Si comprende in ultima analisi la rilevanza organizzativa del diritto alla protezione dei dati dei lavoratori nell'ipotesi in cui la tecnologia sia impostata per raccogliere i dati al fine di controllare anche preterintenzionalmente la prestazione lavorativa.

4. Conseguenze applicative della lettura integrata: il controllo a distanza per finalità disciplinari

Dalla configurazione del potere datoriale di controllo a distanza come trattamento di dati personali dei lavoratori discendono implicazioni utili a risolvere una serie di problemi lasciati aperti dal testo riformato dell'art. 4 St. lav. su cui dottrina e giurisprudenza si sono misurata in questi quasi otto anni di applicazione della disposizione senza tuttavia approdare a soluzioni condivise.

Di seguito la trattazione approfondisce la finalità disciplinare di controllo a distanza in quanto essa è la più diffusa. Ciò non significa che il controllo non sia realizzabile per scopi differenti, come quello retributivo, formativo o di protezione della salute e della sicurezza.

L'art. 4, co. 3, St. lav. che il monitoraggio tecnologico della prestazione lavorativa sia il presupposto dell'esercizio del potere disciplinare (artt. 2106 c.c. e 7 St. lav.), seppur entro limiti determinati.

Il primo deriva dalla delimitazione della base giuridica che giustifica e sorregge l'interesse legittimo del datore di lavoro ad effettuare il controllo. Nel te-

⁹ Per Cass. 19 settembre 2016, n. 18302 l'indicazione inserita nel regolamento aziendale di effettuare periodicamente i salvataggi dei dati su supporti magnetici e/o di rete e la conservazione degli stessi in luogo idoneo non può considerarsi una informazione adeguata, in quanto non comporta che i lavoratori siano resi edotti che, scegliendo la prima opzione, i loro messaggi rimarranno, per un periodo di tempo prolungato, accessibili in chiaro dai soggetti abilitati alla consultazione. Inoltre, la Corte di Cassazione, nella prima pronuncia applicativa dell'art. 4, l. n. 300/1970 novellato, ha ritenuto valida l'informativa fornita ai dipendenti circa le modalità di uso degli strumenti di lavoro e di effettuazione dei controlli anche se data ai dipendenti anteriori al d.lgs. n. 151/2015 (Cass., sez. lav., 24 febbraio 2020, n. 4871).

¹⁰ Sulla comprensibilità dell'informativa e sul collegato tema della quantità d'informazioni che occorre dare al lavoratore cfr. Tullini 2017, 117; Maresca 2017, 24 per il quale il datore di lavoro non deve redigere «un manualetto d'istruzioni». Il Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 19 marzo 2015, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione on line*, [doc. web n. 3881513], ha caldeggiato la scomposizione della informativa in due testi: uno approfondito ed esteso e l'altro sintetico.

sto dell'art. 4 St. lav. si possono identificare almeno due macro esigenze tassative atte a legittimare il trattamento dei dati sull'adempimento della prestazione lavorativa e degli obblighi di disciplina (art. 2104, co. 2, c.c.). Infatti accanto alla «tutela del patrimonio aziendale» sono nominate altresì le macro esigenze «organizzative e produttive».

Entrambe sottendono la tutela di una posizione soggettiva patrimoniale del datore di lavoro, tuttavia occorre procedere a trattazione separata delle due basi giuridiche poiché il controllo al fine di preservare il patrimonio aziendali da comportamenti illeciti e dannosi dei lavoratori, eventuali e occasionali, assume una configurazione differente rispetto al monitoraggio della produttività e del rendimento individuale che presuppone un monitoraggio costante.

La novella del 2015 ha stabilito che il patrimonio aziendale possa essere tutelato anche attraverso controlli a distanza sui comportamenti dei lavoratori disciplinarmente rilevanti dei lavoratori¹¹.

L'acquisizione non è di per sé una novità se si considera che da oltre vent'anni la giurisprudenza ribadisce il suo orientamento sul «controllo difensivo», in base al quale l'art. 4 St. lav. limita il controllo sull'attività lecita del prestatore, ma non su quella illecita che perciò se «catturata» da strumenti digitali installati in violazione delle norma statutaria può costituire prova ammissibile di un fatto disciplinarmente rilevante¹². L'orientamento in parola, però, risente di una visuale parziale dei giudici, protesi a far salva la prova della giusta causa di licenziamento *ex post*, senza però preoccuparsi che questa sia il frutto di una sorveglianza esercitata *ex ante* su diversi lavoratori che non hanno commesso alcun illecito¹³.

Sta proprio qui la differenza tra la versione giurisprudenziale del controllo difensivo della tutela del patrimonio aziendale e la lettura integrata del controllo a distanza improntata ai principi di trasparenza, finalità e proporzionalità del monitoraggio.

¹¹ Sia attraverso impianti di video sorveglianza sia attraverso altri strumenti di controllo, di lavoro o di registrazione di accessi e delle presenze che incorporino funzionalità di controllo. Sulla distinzione si tornerà *infra* par. 5, basti qui dire che nella prima ipotesi la ricorrenza della base giuridica tutela del patrimonio aziendale sarà verificata in concreto attraverso la procedura codeterminativa sindacale o in sua assenza dall'organo amministrativo, mentre, nella seconda ipotesi, il datore di lavoro è responsabile di dimostrare la ricorrenza in concreto del suo «legittimo interesse» e descrivendolo nella «valutazione d'impatto privacy» (art. 35 Reg.). Non si tratta tuttavia di una *probatio diabolica*, giacché gli studi sociologici individuano il *cyberslacking* o *cyberloafing* ossia l'uso per fini non lavorativi delle risorse digitali, come un notevole rischio che l'impresa è tenuta a sostenere, soprattutto nell'eventualità che i dispositivi di lavoro siano «utilizzati» direttamente dal lavoratore, cfr. Friedman 2000.

¹² In termini parzialmente analoghi Tullini 2017, 103, che osserva «non è chiaro se» l'installazione per esigenze di tutela del patrimonio aziendale «include oltre gli illeciti di natura extra-contrattuale, anche quelli tipicamente contrattuali [...]». Si rafforza l'impressione che il controllo attuato per esigenze di tutela del patrimonio aziendale intenda includere anche la verifica (a distanza) dell'inadempimento e dei comportamenti contrattualmente scorretti o inadeguati del lavoratore». *Contra* Nuzzo 2022.

¹³ Sulle contraddizioni dell'orientamento in parola Nogler 1998.

L'art. 4 St. lav. contiene uno scambio, poiché se, da un lato, amplia le finalità legittime di controllo diretto dell'inadempimento della prestazione lavorativa, *sub specie* di violazione degli obblighi di disciplina (art. 2104, c. 2, c.c.), dall'altro, condiziona l'utilizzabilità dei dati raccolti alla condizione che il datore abbia ricavato quella prova nel rispetto dei vincoli di trasparenza e proporzionalità. Per questa via il legislatore ha inteso ri-assorbire nel testo e nei limiti posti dall'art. 4 St. lav. l'orientamento giurisprudenziale sui controlli difensivi,

Parte della giurisprudenza di merito, accorgendosi del cambiamento, ritiene che la prova sia ammissibile quando emerga nel procedimento disciplinare e nel giudizio che il datore di lavoro: a) abbia predeterminato ed esplicitato base giuridica concreta e finalità disciplinare del controllo, prima della sua realizzazione, esplicitandole nell'accordo sindacale di cui al co. 1 quando sia previsto¹⁴; b) portato a conoscenza dei lavoratori regole di condotta per l'uso degli stessi strumenti oltreché assicurato la trasparenza sulle «modalità di effettuazione dei controlli» (art. 4, co. 3)¹⁵; c) rispettato i principi del trattamento che lo vincolano a esercitare il proprio potere secondo un canone di proporzionalità che, possa essere desunto dal funzionamento stesso dei dispositivi¹⁶.

Ciò induce a ritenere illeciti, anche penalmente, controlli continui e anelastici, non preceduti da un legittimo sospetto e dalla dimostrazione che il controllo disciplinare costituisca l'*extrema ratio* a seguito di tentativi infruttuosi di

¹⁴ È illegittimo il controllo effettuato sul computer aziendale in uso al dipendente per violazione sia della disposizione statutaria che dell'art. 11, d.lgs. n. 196 del 2003, poiché tale comportamento integra la fattispecie di trattamento dei dati personali del lavoratore effettuato all'infuori dei canoni di lealtà e correttezza e non per scopi determinati, espliciti e legittimi, Trib. Ferrara 27 agosto 2012.

¹⁵ App. Torino, 27 marzo 2017, *Il giuslavorista*, 2 agosto 2017, 15, che ha dichiarato l'inutilizzabilità delle comunicazioni Skype di un lavoratore in quanto «non risulta[va] in alcun modo che il datore di lavoro avesse preventivamente adottato e comunicato ai dipendenti un regolamento sull'uso degli strumenti informatici *hardware* e *software* forniti in dotazione dall'azienda per lo svolgimento della prestazione lavorativa, nonché sulla possibilità e sulle modalità degli eventuali controlli circa il loro utilizzo». In questi termini, anche Trib. Roma, 13 giugno 2018, n. 57668, cit. ad avviso del quale le informazioni ricavate da un controllo indiretto, eseguito per tutelare il patrimonio aziendale, «sono utilizzabili, nel rispetto delle regole sulla *privacy* e della regola specifica della previa informazione al lavoratore, «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro»; espressione di latitudine tale da comprendere anche il controllo sull'osservanza degli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro». La sentenza poi dichiara inutilizzabili le informazioni raccolte per mancanza di un'«adeguata informazione». Ma si veda La Spezia 25 novembre 2016, *DRI*, 2019, 1, 302 sgg. nt. G. Cassano che dopo aver ritenuto la tessera *viacard* uno strumento di lavoro, disapplica il co. 3 dell'art. 4 St. lav.

¹⁶ Trib. Padova, 24 dicembre 2018, *NGCC*, nt. A. Ingraio, 649 che ha ritenuto legittimo il licenziamento disciplinare della dipendente di una nota compagnia telefonica che aveva eseguito diversi accessi al database contenente il registro delle chiamate delle sue utenze telefoniche. La prova della giusta causa era utilizzabile in quanto rispettato il principio di proporzionalità: il datore di lavoro aveva intrapreso misure tecniche per inibire gli accessi applicando i principi di *privacy by design e by default* (si trattava in specie dell'installazione di un *pop up* con funzione di *disclaimer* che al momento dell'accesso al *database* avvertiva del divieto d'accesso), anche se non aveva debitamente informato la lavoratrice.

prevenire tali illeciti attraverso misure organizzative adeguate. Il principio di responsabilizzazione, del resto, implica che le misure intraprese per prevenire il rischio di effettuare un trattamento illecito, possibilmente in collaborazione con le organizzazioni sindacali ⁽¹⁷⁾ debbano essere adeguatamente documentate.

Va nondimeno osservato che, nonostante gli apprezzabili tentativi di parte della giurisprudenza di merito di cogliere lo spirito della riforma dell'art. 4 St. lav., la giurisprudenza di Cassazione, e parte della giurisprudenza di merito, continua a ritenere valido l'orientamento sul controllo difensivo in spregio a qualsiasi garanzia prevista dalla legge, sebbene limitando il suo raggio a «condotte specifiche» precedute da un «legittimo sospetto»¹⁸.

Diametralmente opposta è la valutazione circa la possibilità di controllare l'adempimento della prestazione di lavoro, della produttività e del rendimento individuale per poi utilizzare i dati a fini disciplinari.

Benché infatti il tracciamento della prestazione sia materialmente reso possibile dalle moderne tecnologie integrate nel processo produttivo, si reputa che le esigenze organizzative e produttive non possano costituire base giuridica di un trattamento di dati con finalità disciplinare, poiché quelle esigenze riguardano l'organizzazione d'impresa nel suo complesso e non invece la produttività di ogni singolo lavoratore. Del pari, le esigenze implicite nell'art. 4, co. 2 (rendere la prestazione lavorativa e registrare gli accessi e le presenze) non legittimano tale tipo di sorveglianza.

Tale controllo, per sua natura continuativo e anelastico, costituirebbe dunque un mezzo sproporzionato per raggiungere un fine patrimoniale del datore di lavoro su cui prevale la libertà e la dignità umana del lavoratore interessato dal trattamento. Del resto in un bilanciamento costituzionalmente e imposto tra i valori in gioco, non si dubita che mettere sotto pressione la persona che lavora, inducendola a sforzi stacanovisti, sarebbe altresì contrario alla sua salute e sicurezza.

¹⁷ In coerenza con i meccanismi di consultazione sindacale previsti dalla Raccomandazione (2015)5 del Comitato dei Ministri (punto n. 15) la collaborazione sindacale potrebbe spingersi a rappresentare il veicolo di un'informazione generalizzata al gruppo di lavoratori interessati per indurre il soggetto o i soggetti sospettati a cessare il comportamento.

¹⁸ Cass. 22 settembre 2021 n. 25732: «Sono consentiti i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché assicura sia assicurato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alle libertà di iniziativa economica rispetto alle imprescindibili tutela della dignità sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto. 31. Occorre distinguere tra i controlli a difesa del patrimonio aziendale che riguardano tutti i dipendenti o gruppi di dipendenti nello svolgimento della loro prestazione di lavoro che li pone a contatto con il patrimonio aziendale, che dovranno essere realizzati nel rispetto dell'art. 4 novellato e controlli difensivi in senso stretto diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili a singoli dipendenti, anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro. Questi ultimi si situano all'esterno dell'ambito applicativo dell'articolo 4».

L'interpretazione proposta è poi conforme al quadro sovranazionale, dove la Corte EDU¹⁹, nell'interpretare l'art. 8 CEDU, ha affermato che un simile controllo a distanza sulla prestazione lavorativa (nella specie si trattava di due professori universitari sorvegliati da un sistema di videosorveglianza in aula durante lo svolgimento delle lezioni) costituisce una notevole ingerenza nella sfera personale del prestatore e pertanto deve trovare un adeguato e specifico riscontro espresso nella legislazione nazionale dello Stato aderente alla Convenzione.

Se nel caso giudicato dalla Corte l'ordinamento giuridico montenegrino non possedeva una legge simile, si deve concludere che nemmeno l'ordinamento italiano ammetta questa forma di sorveglianza.

5. Le criticità della distinzione tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze tra incertezza e depotenziamento del ruolo sindacale

Alla luce delle garanzie del lavoratore desumibile dal sistema *privacy*, risulta notevolmente depotenziata la distinzione tra strumenti di video sorveglianza e di controllo (art. 4, co. 1) o strumenti «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione» e «di registrazione degli accessi e delle presenze» (co. 2), che aveva destato le preoccupazioni della dottrina²⁰ circa la esenzione del datore di lavoro dal rispetto del requisito teleologico-funzionale oltre che della procedura sindacale o amministrativa, nell'ipotesi derogatoria di al co. 2.

Non si possono però sottacere le criticità che quella che fu salutata come la maggiore novità della riforma ha sollevato.

Innanzitutto, la distinzione tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro ha dato vita più a problemi che a soluzioni. Poteva essere infatti prevedibile che non esistendo una nozione ontologica di strumento di lavoro ed essendo l'organizzazione delle dotazioni strumentali nonché degli scopi d'uso della tecnologia prerogativa del datore di lavoro liberamente esercitabile (art. 41 Cost.), la definizione casistica di quali strumenti servono al lavoratore a rendere la prestazione avrebbe dato vita ad orientamenti contrastanti e a nuova incertezza. Ed in effetti, provando a stilare un bilancio, si può dire che allo stato sono emerse una precisazione e due tesi.

La precisazione – quasi scontata e giunta con una circolare ministeriale del 2015 che ha preceduto la pubblicazione del nuovo testo dell'art. 4 St. lav. – invita ad analizzare partitamente l'*hardware* (cellulare, PC, Tablet) e i *softwares* che in esso sono installati (il GPS installato su smartphone, applicativi come WhatsApp²¹,

¹⁹ Corte EDU sentenza 28 novembre 2017, *Antovich e Mirkovich si veda Montenegro*.

²⁰ Barbieri 2017, 193; *ibidem* M.T. Carinci, *Il controllo «a distanza» sull'adempimento della prestazione di lavoro*, 54; Tullini 2017, 105.

²¹ Trib. Milano 24 ottobre 2017, n. 2757 (giud. Dossi), in *DRI*, 2019, 1, 302 sgg. nt. Cassano, che ha ritenuto inutilizzabili da parte del datore di lavoro i dati relativi a conversazioni Whatsapp estratte dallo smartphone in uso ad un lavoratore.

i file *log* di navigazione²²), cosicché la «scomposizione» in parola permetta all'interprete di valutare la presenza della funzionalità di controllo oppure il «vincolo di strumentalità con la prestazione lavorativa» per ciascun *software*, non dovendosi limitare a concentrare l'attenzione soltanto sulla scatola che lo contiene.

Pur essendo tutti concordi su questa condivisibile precisazione preliminare, la discordia è caduta sul criterio astratto considerato risolutivo per stabilire quali strumenti ricadono nella deroga del comma 2, per i quali non è più necessaria la codeterminazione sindacale o, in sua assenza, l'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

Secondo una prima tesi, lo strumento ricadrebbe nella deroga soltanto nell'ipotesi in cui sia indispensabile per svolgere le mansioni disimpegnate secondo un giudizio di necessità da effettuare caso per caso²³. Si oppone una visione più elastica di strumento di lavoro che sarebbe tale anche qualora costituisca un mero ausilio al lavoratore, facilitando, ottimizzando velocizzando l'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione datoriale o, addirittura, nell'ipotesi in cui abbia un mero ruolo attivo nell'impiego dello strumento²⁴.

²² Trib. Torino 19 settembre 2018, 1664 (giud. Filicetti) «non può ignorarsi il fatto che sia gli hardware sia i software generano file *log* che registrano informazioni riguardanti le operazioni eseguite dal lavoratore [...] è evidente che le componenti che generano file di *log* e consentono operazioni di monitoraggio e tracciatura degli accessi a Internet non possono essere considerati strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione». Cass. 19 settembre 2016, n. 18302, *RIDL*, 2017, II, 1, nt. A. Ingrao, *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, che vietava all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato l'impiego di *software* che operano in *background* come *Websense*, il quale, oltre a consentire il filtraggio della navigazione su siti non attinenti allo svolgimento dell'attività lavorativa, permetteva di registrare sistematicamente e memorizzare per un anno ogni accesso e tentativo di accesso a siti internet effettuato da ciascun lavoratore. *Websense*, inoltre, categorizzava le pagine visitate da ciascun lavoratore, raggruppandole in una molteplicità di classi predefinite (*entertainment, vehicles, marketing, sex, etc.*) per poi generare un *report* individuale. La Corte dichiarava tale dispositivo illecito perché installato in violazione dell'art. 4 St. lav. (vecchio testo) e dell'art. 8 St. lav. Cfr. altresì Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 13 luglio 2016, *Trattamento di dati personali dei dipendenti mediante posta elettronica e altri strumenti di lavoro*, [doc. web n. 5408460] e Circolare Isp. Naz. Lav., 7 novembre 2016, n. 2.

²³ Per Trib. Milano 24 ottobre 2017, n. 2757, cit., *WhatsApp*, dove la lavoratrice licenziata aveva espresso critiche al datore di lavoro, non è indispensabile per svolgere le mansioni di commessa e, dunque, non essendo stato l'applicativo oggetto di codeterminazione i dati non sarebbero utilizzabili e il fatto disciplinarmente rilevante considerato insussistente. Per Trib. Torino 19 settembre 2018, 1664 nemmeno i *log* di navigazione possono considerarsi strumento di lavoro poiché non coesenziali allo svolgimento della prestazione. Per il Trib. Roma, ordinanza 13 giugno 2018 n. 57668 (giud. Conte) la posta elettronica ed un sistema gestionale della fatturazione sono strumenti di controllo perché di fatto permettono di controllare la prestazione e perciò non rientrano nella deroga di cui al comma 2.

²⁴ Tribunale La Spezia 25 novembre 2016, *DRI*, 2019, 1, 302 sgg. nt. G. Cassano secondo cui una tessera Viacard consegnata a una rappresentante commerciale in sostituzione del denaro contante è strumento di lavoro. Trib. Roma 24 marzo 2017 (giud. Bellini), ord., 24 marzo 2017, *DRI*, 2018, 1, 265 sgg., nt. E. Gramano, *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*. per cui è sufficiente che il lavoratore abbia un «ruolo attivo» nell'uso dello strumento.

In secondo luogo, ma non meno importante, se pur è vero che la distinzione non consente al datore di lavoro di esercitare il proprio potere in modo completamente arbitrario, essa rende difficile per la Rsa/Rsu l'ispezione e la successiva codeterminazione dell'installazione di una parte di dispositivi che incorporano funzioni di controllo. Poiché infatti la legge non sostiene più tale tipo di contrattazione, che in passato era indotta dall'obbligo a trattare di origine legale, essa tutt'al più potrà scaturire caso per caso a seconda dei mutevoli rapporti di forza dell'organizzazione sindacale nel singolo luogo di lavoro.

Si considera questa modifica la maggiore criticità del nuovo art. 4 St. lav. e perciò su tale aspetto saranno svolte alcune osservazioni conclusive e formulata una proposta per il suo superamento (*infra* par. 6).

6. Una proposta per il superamento di alcune criticità della lettura proposta: il Rappresentante dei lavoratori per la *privacy*

Rimangono da svolgere alcune considerazioni conclusive all'esito della lettura integrata tra controllo a distanza e *privacy* e si vuole incominciare dal punto più dolente dell'intero impianto che affligge sia l'art. 4 St. lav. sia il sistema a protezione dei dati personali delle persone fisiche. Nessuno dei due dà lo spazio che merita alla dimensione collettiva del problema del controllo a distanza che – come hanno ben messo in luce i primissimi studiosi della materia (Smuraglia 1960) – non è mai un problema individuale del singolo lavoratore, ma una questione «indivisibile», che necessariamente coinvolge tutti i prestatori che si trovano nel medesimo luogo d'installazione delle apparecchiature (Zoli 2010, 494).

Si è detto della scivolosa distinzione contenuta nei primi due commi dell'art. 4 St. lav. (*supra* par. 5) che riduce l'ambito degli obblighi a trattare per una indefinita parte di strumenti. A ciò si aggiunga il «peccato originale» di cui è macchiata la normativa *privacy* che nasce e si sviluppa con una forte vocazione individualistica che troppo poco spazio lascia alla dimensione collettiva-sindacale dei trattamenti di dati²⁵, la quale, invece, nell'immaginario lavoristico rappresenta un solido baluardo per la difesa e l'effettività dei diritti dei lavoratori. E seppure l'interesse sindacale si è destato con ritardo sulle questioni che avrebbero dovuto essere approcciate con una contrattazione d'anticipo o, se il sindacato in azienda se è interessato solo a strumenti di controllo macroscopici come i sistemi di videosorveglianza o alle macchine utensili a controllo numerico, ciò non significa che non siano stati siglati accordi interessanti con nuove garanzie per i lavoratori, anche dal punto di vista della protezione dei dati per-

²⁵ Per esempio, la disciplina della «valutazione d'impatto» *privacy* (art. 35 Reg.) prevede che nell'esecuzione della mappatura, il titolare-datore di lavoro «se del caso» raccoglie «le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti sul trattamento» che intende effettuare (art. 35,9, Reg.). Non è quindi previsto un vero e proprio dovere del datore di lavoro di sottoporre i sistemi adottati al vaglio delle rappresentanze sindacali.

sonali, giacché in alcuni accordi il flusso d'informazioni personali dei lavoratori è interamente contrattato sino alla cancellazione dei dati²⁶.

Né tantomeno si reputa che l'atteggiamento sindacale, che rivela un contegno mantenuto in epoche in cui la tecnologia non era ancora sofisticata come è oggi, debba essere il criterio guida per l'emanazione di norme lavoristiche inderogabili e protettive. Esse semmai dovrebbero rappresentare la concretizzazione del programma costituzionale di attuazione dei principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e uguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2) che, completando la disciplina del contratto individuale di lavoro, lo sappiano rendere «terreno su cui cresce la pianta della democrazia industriale»²⁷.

La mancanza di una norma che obblighi il datore di lavoro a confrontarsi e a coinvolgere i rappresentanti dei lavoratori, dunque, andrebbe colmata sul piano legislativo, ritornando sui passi lungimiranti dell'originario art. 4 St. lav. il quale riconosceva l'estrema importanza che in questa materia riveste la codeterminazione, così come del resto il sistema del consiglio d'Europa ha più volte affermato nelle sue raccomandazioni²⁸. Tanto più che è oramai acquisizione consolidata in dottrina che i dati non servono più soltanto a controllare, ma costituiscono il substrato informativo del potere direttivo, quando le decisioni di gestione del rapporto di lavoro sono prese dagli algoritmi²⁹.

Con una buona dose di realismo, però, occorre ammettere che tale intervento è di là da venire. Infatti, il recente D.lsg. 104/2022 cd. Decreto trasparenza (Carinci, Giudici, Perri 2023), che intendeva potenziare la trasparenza dei siste-

²⁶ Accordo Almagia Contact center e le RSU del sito di Napoli, in data 16 febbraio 2017, che seguendo una procedura di licenziamento collettivo è volto all'incremento della competitività, alla gestione della crisi e alla tutela dei livelli di occupazione nel sito. Si prevede, al fine di migliorare la qualità del servizio alla clientela e la produttività del personale, «nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 St. lav.» che il singolo operatore sia assoggettato alla misurazione quantitativa e qualitativa della prestazione «allo scopo di individuare eventuali aree di miglioramento, mediante lo svolgimento di precorsi formativi propedeutici all'allineamento agli standard di efficienza e qualità richiesti dalla commessa». Si prevedono poi nell'accordo diverse garanzie: innanzitutto i dati di risultato tracciati sono comunicati al singolo lavoratore controllato, mentre, soltanto per la quota del 60%, sono visibili ad una figura di *staff* che svolge funzioni di miglioramento delle *performance*. Il responsabile gerarchico diretto, invece, non ha mai accesso a tali dati. Si prevede, inoltre, che i dati ricavati non possono essere utilizzati a fini disciplinari e nemmeno per definire avanzamenti di carriera. Infine, si assicura il rispetto delle norme del codice della *privacy*, del tempo di conservazione dei dati. Per l'analisi di altri casi e accordi aziendali sia consentito rinviare a Ingrao 2019 e Bellavista 2014.

²⁷ Veneziani 1987, spec. 35; Pedrazzoli 1985; Smuraglia 1960, spec. 311-316, il quale, facendo leva sul precepto dell'art. 46 Cost. ipotizzava, prima dell'emanazione dello Statuto dei lavoratori, che i lavoratori per il tramite delle associazioni collettive potessero «studiare con la direzione aziendale i problemi» che dall'installazione di impianti di videosorveglianza potessero derivare e, una volta installate le telecamere, controllarne l'uso.

²⁸ Rivestono solo una funzione d'orientamento dell'interpretazione normativa i principi d'informazione e consultazione posti dall'art. 21 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R(2015)5 del 1 aprile 2015.

²⁹ Per tutti si veda Zappalà 2021.

mi di monitoraggio e di decisione automatizzata – gli algoritmi decidenti – non è riuscito a cogliere l'occasione per inserire accanto al diritto informativo della Rsu un obbligo di consultazione sindacale in questa materia.

Per tale ragione, si è già avuto modo di proporre e discutere con alcune federazioni di categoria particolarmente toccate dal tema della digitalizzazione e del rafforzamento dei poteri di controllo (e direzione) della istituzione per via contrattuale a livello di categoria, ma anche aziendale, di una figura di rappresentanza specifica, il rappresentante dei lavoratori per la privacy. In assenza di una specifica presa di posizione del legislatore, la contrattazione collettiva potrebbe sopperire prevedendo una forma specializzata e debitamente formata di rappresentanza dei lavoratori sulla falsariga del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza da includere all'interno della Rsu, non solo a causa della sua legittimazione contrattuale, ma anche in ragione di una tendenza più ampia della contrattazione collettiva a razionalizzare le figure di rappresentanza accentrando le funzioni in unico organo³⁰. Poiché la prevenzione del rischio da trattamento illecito è un obbligo che deriva dal regime di responsabilizzazione del titolare del trattamento (*supra* par. 3) anche il datore di lavoro avrà interesse all'istituzione di una simile figura che funga di anello di collegamento tra i lavoratori interessati dai trattamenti e il vertice dell'organizzazione aziendale che predispose le misure atte ad umanizzare la tecnologia e a renderla rispettosa dei diritti. Non è un caso, infatti, che la logica prevenzionistica di matrice comunitaria accomuni le normative: il modello da costruire è quello della prevenzione partecipata.

Ci si propone in un futuro studio dedicato a tale tematica di analizzare e studiare le prerogative sindacali che il RLP potrebbe assumere. Mi limito qui a osservare che il RLP dovrebbe potere intervenire a monte del consolidamento delle strategie di protezione, ossia nella fase iniziale del processo di prevenzione che coincide con la mappatura dell'organizzazione tecnologica. La contrattazione collettiva dovrebbe prevedere un obbligo di consultazione preventiva e tempestiva del RLP in ordine alla valutazione dei rischi da trattamento di dati nonché alla individuazione, programmazione, realizzazione e verifica delle misure di prevenzione del rischio in azienda o nella unità produttiva.

A tal fine questa figura dovrebbe essere resa destinataria di tutte le informazioni che riguardano i sistemi informatici e rimanere aggiornata sui nuovi settaggi dei dispositivi che raccolgono e utilizzano dati dei lavoratori o che comunque incidono sui margini di autonomia di questi nell'esecuzione del lavoro; il dovere d'informazione del datore di lavoro alla Rsu/Rsa (O in loro assenza alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) è già peraltro previsto dall'art. 1bis d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal cd. Decreto trasparenza.

³⁰ Sulla razionalizzazione delle figure rappresentative si dovrebbe seguire il modello degli accordi interconfederali sulla rappresentanza, in particolare si veda il punto 2.3.1. dell'Allegato al Patto per la Fabbrica. Analoghe considerazioni circa il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e l'ambiente (RLSA) in Tomassetti 2021, spec. 169.

Infine, è importante, al fine di rafforzare i poteri informativi del RLP, che questa figura non soltanto riceva una formazione adeguata in termini di alfabetizzazione digitale, ma che altresì resti in collegamento costante con il DPO, il cd. *Data Protection Officer* che – ove sia nominato – costituisce, nella logica regolamentare, un sostituto del Garante all'interno dell'organizzazione, dovendo sovrintendere a qualsiasi trattamento e verificarne la conformità rispetto alla normativa.

Riferimenti bibliografici

- Barbieri, M. 2017. "L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, 183-208. Torino: Giappichelli.
- Bellavista, A. 2007. "La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro." In *Diritto del lavoro. Commentario*, a cura di C. Cester, II ed., 479 sgg. Torino: Utet.
- Bellavista, A. 2014. "Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori." *LG 8-9*: 737 sgg.
- Bellavista, A. 2022. "Controlli tecnologici e privacy del lavoratore." In *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di A. Bellavista e R. Santucci, 99 sgg. Torino: Giappichelli.
- Carinci, M. T., Giudici, S., Perri, P. 2023. "Obblighi di informazioni e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis «Decreto Trasparenza»): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?" *Labor*, 5 sgg.
- Carnelutti, F. 1955. "Il diritto alla vita privata." *RTDPub*, 3 sgg.
- Chico, P. 2000. *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento di dati personali del lavoratore*. Bari: Cacucci.
- De Cupis, A. 1959. *Teoria generale, diritto alla vita e all'integrità fisica, diritto sulle parti staccate del corpo e sul cadavere, diritto alla libertà, diritto all'onore e alla riservatezza*. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2016. "La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)." *RIDL I*: 77 sgg.
- Dessi, O. 2018. *Il controllo a distanza sui lavoratori*. Napoli: Esi.
- Friedman, W. H. 2000. "Is the answer to Internet addiction, Internet interdiction?" In *Proceedings of the 2000 Americas Conference on Information Systems*, a cura di M. Chung.
- Gamba, C. 2016. "Il controllo «a distanza» delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove." *LLI 2*, 1: 122 sgg.
- Ingrao, A. 2018. *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*. Bari: Cacucci.
- Ingrao, A. 2019. "Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy." *LLI 5*, 2: 127 sgg.
- Lener, A. 1985. "Voce Potere (dir. priv.)." In *ED*, vol. XXXIV, 635 sgg. Milano: Giuffrè.
- Marazza, M. 2016. "Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)." *WP CSDLE «Massimo D'Antona»* 300: 25 sgg.
- Maresca, A. 2017. "Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav." In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini. Torino: Giappichelli.

- Nogler, L. 1998. "Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato." *RCP* 1: 113 sgg.
- Nuzzo, V. 2018. *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Nuzzo, V. 2018. *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Pedrazzoli, M. 1985. *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Pisani, C., Proia, G., Topo, A. 2022. *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Proia, G. 2016. "Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza." *RIDL* 1, 4: 560 sgg.
- Rodotà, S. 1997. "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali." *RCDP*, 698 ssg.
- Sartori, A. 2020. *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*. Milano: Giuffrè.
- Sitzia, A. 2016. "Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)." *LLI* 2, 1: 83 sgg.
- Smuraglia, C. 1960. "Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore (a proposito dell'installazione di impianti di ripresa televisiva nelle fabbriche)." *RGL* I: 303-16.
- Tomassetti, P. 2021. "Ambiente di lavoro e di vita: fonti regolative e standard di prevenzione." *RGL*.
- Tullini, P. (a cura di). 2017. *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*. Torino: Giappichelli.
- Tullini, P. 2017. "Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?" In *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, 97 sgg. Torino: Giappichelli.
- Veneziani, B. 1987. "Nuove tecnologie contratto di lavoro: profili di diritto comparato." *DRLI* 1, 33.
- Zappalà, L. 2021. "Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale." *Biblioteca 20 maggio* 2: 98 sgg.
- Zoli, C. 2010. "Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole." In *Trattato di diritto del lavoro*, vol. 1, a cura di M. Persiani e F. Carinci. Padova: Cedam.

Le ‘scintille improvvise’ dell’abuso del diritto. Sull’utilizzo delle clausole generali nel diritto del lavoro, in dialogo con Riccardo Del Punta

Stella Laforgia

1. Premessa. L’insidia dei valori, la necessità delle tecniche regolative e il ricorso alle clausole generali

Scorrendo la vastissima bibliografia di Riccardo Del Punta, emerge con nettezza quanta parte delle sue riflessioni sia occupata dai temi connessi alla prospettiva valoriale. Certo, anche in questo caso lo sguardo dello studioso è inquieto ma la riflessione risulta acuminata e sempre critica, vigile sulle possibili derive intellettualistiche che sono quasi inevitabili se il discorso valoriale risulta irrelato rispetto ai processi materiali, sganciato dal dato positivo e avulso dalla prospettiva interdisciplinare (Del Punta 2001, 3; 2002a, 401; 2002b; 2003, 77).

Infatti, lo studioso avverte i lettori che parlare di valori nell’ambito del diritto – e quindi anche del diritto del lavoro – sia diverso dal farlo a livello puramente filosofico:

La principale implicazione di questa differenza è, [...], quella che la discussione giuslavoristica sui valori deve svolgersi in stretta connessione con i processi di fatto nei quali il sistema giuridico insiste, e che condizionano la sua evoluzione. Il che non significa, beninteso, accettare per forza il diritto del lavoro com’è, e rinunciare ad essere critici nei confronti di questo o quell’aspetto. Ma significa, comunque, restare realisticamente ancorati all’esistente, per provare a razionalizzarlo e se possibile a rafforzarne i fondamenti, senza fuggire nell’iperurario. Per altro aspetto, la disciplina giuslavoristica e così articolata

Stella Laforgia, University of Bari, Italy, stella.laforgia@uniba.it, 0000-0002-7258-1751

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Stella Laforgia, *Le ‘scintille improvvise’ dell’abuso del diritto. Sull’utilizzo delle clausole generali nel diritto del lavoro, in dialogo con Riccardo Del Punta*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.39, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 655-676, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

e stratificata che non è pensabile che vi sia un valore che possa offrire una giustificazione di tutto il diritto del lavoro. È invece il caso di accontentarsi di connessioni (e correlate prove di resistenza) più limitate, per testare la rilevanza di certi valori per il diritto del lavoro. Verifiche che, secondo me, si riducono a due condizioni fondamentali: a) che il valore o i valori in considerazione siano in grado di offrire una sufficiente spiegazione o giustificazione di qualificati istituti del diritto del lavoro; b) e che, soprattutto nelle stagioni di maggiore trasformazione, come quella attuale, riescano a gettare luce sulle principali direzioni di sviluppo di una disciplina (Del Punta 2022, 23).

RDP dunque, pur convinto che il diritto del lavoro abbia un suo connotato specifico valoriale connesso indissolubilmente al suo *proprium* epistemologico, ritiene tuttavia che questo non debba ripiegarsi su se stesso e che il discorso assiologico, qualora invocato, deve essere necessariamente aperto non solo al cambiamento (i valori mutano nel tempo, oltre che nello spazio) ma anche alla contaminazione tra valori¹. I valori, lungi dall'essere assoluti – RDP, a questo proposito, richiama la schmittiana tirannia dei valori (Schmitt 1967) – sono da considerarsi relativi e devono essere innervati nel reale affinché risultino sostenibili, cioè compatibili con le condizioni reali e con i dispositivi normativi esistenti (Caruso, Del Punta, Treu 2020; 2023).

Per questo, RDP non disdegna il dialogo dei giuristi del lavoro con gli economisti e anzi ne auspica la reciprocità: il diritto deve tener conto delle ragioni dell'economia, specie in una fase di recesso, ed essere compatibile con le stesse (Del Punta 2016).

L'interazione tra saperi diversi, l'intersezione tra letture disciplinari varie, l'accettazione dell'ineludibile relatività e contaminazione tra valori trovano il loro distillato nella scelta delle regole. Perciò, alla necessaria consapevolezza, per chi voglia misurarsi con il discorso assiologico, della relatività dei valori e, quindi, della loro interazione e contaminazione, RDP accompagna un altro monito: la prospettiva valoriale diventa sterile esercizio intellettuale, peraltro debole, se non è accompagnato dalla riflessione sulle tecniche necessarie alla tutela della posizione dei lavoratori. Tutta la riflessione di RDP, infatti, tende ad unire e a cucire pazientemente le due prospettive: valori e tecniche².

Questo convincimento, invero, si era via via affinato e radicato nello studioso nel corso del tempo e lo si ritrova sin dalle riflessioni già assolutamente mature sugli istituti civilistici che, come nel caso dell'abuso del diritto – stante la loro immanenza rispetto all'ordinamento positivo – «covano sotto la cenere ma so-

¹ L'A. afferma: «In una prospettiva epistemologica come quella delineata il diritto del lavoro si trova a essere, in sintesi, il terminale di informazioni che veicolano istanze filosofiche (e in particolare, per l'appunto, valoriali), sociologiche, economiche ecc., o anche semplicemente pratiche, alle quali esso non può dirsi indifferente (ma senza doversi sottomettere in partenza ad alcuna di esse), a meno di volerne insensatamente negare la rilevanza, come se la proclamazione del diritto potesse idealisticamente bastare a se stessa» (Del Punta 2019, 27).

² Ed è esattamente questa la prospettiva dalla quale trae addirittura il titolo una delle ultime opere collettanee di cui l'A. è stato il curatore (Del Punta 2022).

no capaci di scintille improvvise», per utilizzare proprio l'espressione di RDP nello studio del 1997; quest'ultimo è indicativo proprio della tensione a tenere avvinto il piano dei valori con quello delle tecniche per irrobustire il discorso giuridico sulle tutele (Del Punta 1998, 403-33).

RDP, infatti, riteneva che il diritto del lavoro fosse caratterizzato, almeno nel periodo 'espansivo' dello stesso, cioè a partire dagli anni '60, da un autonomo (e autosufficiente) reticolato normativo robusto e stringente in grado di garantire un sufficiente equilibrio tra l'esercizio dei poteri datoriali e la sfera dei diritti dei lavoratori:

Se è vero che «dove comincia l'abuso, finisce il diritto», è altrettanto indubbio che quanto più l'ordinamento si spende sul terreno della limitazione delle principali posizioni di potere negoziale, tantomeno si manifestano tendenze rivolte alla rivitalizzazione della concezione dell'abuso. Anche un diritto così poco simpatetico verso l'autonomia negoziale individuale, come il diritto del lavoro, rischierebbe una crisi da sovraccarico regolativo (a danno di un imprenditore la cui libertà di iniziativa è, non si dimentichi, costituzionalmente protetta), se si affiancasse, ai limiti già previsti da disposizioni espresse di leggi o di contratto collettivo, quell'ulteriore «mina vagante» rappresentata da un principio che consentisse di ritenere illeciti, sulla base di criteri non meglio identificati, comportamenti astrattamente conformi a diritto, in quanto rispondenti e regime positivo di un dato istituto (Del Punta 1998, 410-11).

Tuttavia, se si parte da questo assunto, è vero anche il contrario: quando l'apparato regolativo/rimediabile viene eroso, diventa via via meno fitto e, per così dire, a maglie larghe, in questo caso, i rimedi civilistici e in particolare le clausole generali mostrano nuovamente la loro utilità. Le tutele civilistiche, seppur prive dell'investimento valoriale proprio di quelle lavoristiche volte alla protezione della persona coinvolta nel rapporto di lavoro e ritenuta contraente debole³, costituiscono in ogni caso un punto di riferimento per la specialità del diritto del lavoro e nelle fasi in cui questo risulta 'recessivo', esse riacquistano un certo rilievo⁴. Insomma, l'utilizzo delle clausole generali ha storicamente consentito

³ A questo proposito, appaiono assai significative le parole di Mengoni (1990, 5) secondo il quale: «La rottura con il diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro, il quale fa valere l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione patrimoniale ed egualitaria del diritto civile, che considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra due proprietari [...] In conclusione, il diritto del lavoro si è staccato dal diritto civile, ha uno spirito proprio che gli conferisce una autonoma ragione d'essere, ma non è autosufficiente: infrastrutture e snodi gli sono pur sempre forniti dal diritto civile». Sulla fondazione etica del diritto del lavoro si legga Napoli (1998, 51; 2002, 3).

⁴ Il rapporto complesso e, a tratti controverso, tra il diritto privato («primo» secondo la definizione di Castronovo 1981, 158) e il diritto del lavoro (appartenendo alla categoria dei «diritti secondi») è stato da sempre oggetto di attenzione da parte della dottrina (Santoro Passarelli 1953, 3; Mazzoni 1956, 1223; Scognamiglio 1960, 83 e 2014, 179; Cessari 1967, 24; Mengoni, Proto Pisani, Orsi Battaglini 1990, 1; Simitis 2001, 47; Santoro Passarelli

di saldare il piano dei valori a quelle delle regole quando queste ultime difetavano rispetto alla giusta considerazione della sperequazione della posizione delle parti contrattuali nel rapporto di lavoro laddove il datore è titolare di poteri sul lavoratore.

Infatti, la regolazione, legale e contrattuale, può, di fatto, limitare o meno l'esercizio dei poteri datoriali. In fondo, la procedimentalizzazione, la causalità, la norma inderogabile, per fare qualche esempio, sono alcune tecniche normative proprie del diritto del lavoro, con le quali tradizionalmente si cerca di perimetrare lo spazio della signoria del datore di lavoro e rappresentano l'argine alla discrezionalità del potere datoriale. Tuttavia, poiché gli apparati regolativi sono il precipitato della linea di politica del diritto seguita dal legislatore in un momento dato a seconda della temperie economica, politica e sociali e quindi anche dei valori che si coagulano in quel contesto, possono ascrivere, come si è appena accennato, a modelli diversi quanto a densità della loro trama.

2. Il reticolato normativo 'a maglie larghe' del diritto del lavoro e i canoni di correttezza e buona fede quale limite all'esercizio del potere datoriale

Quando la tecnica regolativa tradisce la volontà del legislatore di spostare la linea di confine tra il potere datoriale e la 'sfera' del lavoratore a favore del primo, diventa assai problematico stigmatizzare le condotte datoriali che, pur rimanendo nell'alveo della legittimità formale, si risolvano in un'indebita e 'ingiustificata' compressione dei diritti dei lavoratori. Infatti, in mancanza di una regolazione stringente, non deve essere precluso in modo assoluto il controllo sugli atti del datore di lavoro; se così fosse, si dovrebbe ammettere che, per una sorta di presunzione di legittimità determinata dal legislatore, vi sono 'zone franche' nelle quali il lavoratore è lasciato alla *mercé* del datore. Ed invero, nessun contraente può ritenersi *absolutus*, almeno rispetto ai generali principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175⁵ e 1375⁶ cod. civ.

1992; Mazzotta 1994; Carinci 2007; Perulli 2009, 947). Sul fitto sistema di reciproche influenze, anche alla luce delle più recenti modifiche dell'ordinamento giuslavoristico, si rinvia alle acute considerazioni di Nogler (2013, 959).

- ⁵ Il principio di correttezza, proprio perché clausola generale, non si esaurisce nei singoli richiami normativi. Sarebbe dunque errato sostenere che il comportamento scorretto è fonte di responsabilità solo se nel contempo viola un diritto altrui già direttamente protetto da una norma giuridica, riducendo il principio in parola a mera formula priva di autonoma cogenza. In termini, Cass. n°3775/1994. In dottrina (Di Majo 1988, 305; Gazzoni 2015, 562).
- ⁶ Rifacendosi all'ordinamento tedesco (par. 242 B.G.B.), c'è chi vede nella buona fede un'ulteriore fonte di integrazione del contratto ed anzi dovrebbe occupare il posto dell'equità, ricondotta a semplice criterio di rilevanza delle circostanze del caso singolo (Rodotà 1969, 112) o comunque ad un ruolo subalterno, specie nella prospettiva del futuro diritto europeo dei contratti (Busnelli 2001, 537). Si osservi comunque che, secondo la tradizione del diritto romano, che la ritiene distinta dall'equità, la buona fede è criterio di valutazione del comportamento tenuto dalle parti al momento dell'adempimento (De Giovanni 1958; Franzoni 1999; Bianca 1983, 205; Ferri 2001).

Questi sono sinonimi⁷; essi costituiscono – unitamente all'ingiustizia del danno e all'arricchimento senza causa – le clausole generali dell'ordinamento giuridico⁸.

Il fondamento costituzionale del principio di buona fede quale canone di lealtà che impone alle parti del rapporto obbligatorio di comportarsi in modo solidaristico e altruistico, di adottare tutte le condotte necessarie a salvaguardare gli interessi della controparte nei limiti del proprio sacrificio, è da rinvenirsi nell'art. 2 Cost.⁹.

Nell'impostazione tradizionale, dunque, la buona fede è intesa come clausola generale da cui derivano norme di condotta che impongono ai contraenti determinati comportamenti ai fini dell'adempimento dell'obbligazione; essa, dunque, costituisce un criterio per valutare se le parti abbiano adempiuto in coerenza con tale principio. Nel tempo poi, la buona fede ha assunto fisionomia e ruoli differenti così da specificarne e ampliarne il contenuto e la portata applicativa¹⁰.

⁷ Non può condividersi il tentativo di parte della dottrina di distinguere tra principio di correttezza e principio di buona fede oggettiva, quale si desume dalle norme in materia di trattative (art. 1337 c.c.), di interpretazione (art. 1366 c.c.) e di esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). Da un punto di vista sistematico, ha infatti poco senso affermare che la buona fede opererebbe nell'ambito della materia contrattuale mentre l'art. 1175 c.c., nel suo rinvio alla correttezza, avrebbe il compito di estendere il richiamo all'intera materia delle obbligazioni, posto che anche la materia contrattuale rientra in questo ambito (si legga, a tal proposito, il «classico» Natoli 1984, 5).

⁸ Secondo una definizione «classica», «[...] le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di altre norme. Le clausole generali sono «norme di direttiva», che delegano al giudice la formulazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale» (Mengoni 1986, 10; Rodotà 1987, 728).

⁹ Collocato nel quadro dei principi posti dalla Carta costituzionale, il principio deve essere inteso come una specificazione degli «inderogabili doveri di solidarietà sociale» imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Sulla valenza ordinamentale del principio di buona fede in relazione al principio di solidarietà (Natoli 1984, 35). In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. La Relazione ministeriale al codice civile, sul punto, così si esprimeva: «(il principio di correttezza e buona fede) richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore», operando, quindi, come un criterio di reciprocità. In sintesi, disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione».

¹⁰ Sul punto, è paradigmatico il caso affrontato da Cass. SS.UU. n°18128/ 2005 in materia di clausola penale, che conferma il principio affermato nella sentenza, Cass. n°10511/1999, che per la prima volta ha ritenuto ridicibile d'ufficio la penale manifestamente eccessiva *ex art.* 1384 c.c. (sul tema, si veda Agnino, 2009, 101). In tal modo, la Corte ha superato un orientamento sessantennale, secondo il quale risultava indubitabile che la penale potesse es-

Accanto alla funzione ‘classica’ legata al binomio norma di condotta/criterio di valutazione, si può dire che l’art. 1375 cod. civ. impone di considerare il principio di buona fede quale autentica fonte di obbligazione e di integrazione del contratto che non stabilisce soltanto come adempiere all’obbligazione, ma anche quali sono le obbligazioni da adempiere¹¹. Ma in terzo luogo, la buona fede è addirittura considerata come parametro di validità del contratto¹² la cui nullità deriverebbe proprio dallo squilibrio e dalla ‘ingiustizia’ legata alla sua valutazione¹³. Da ultimo, sussiste una quarta funzione, in relazione alla quale la buona fede si colloca come limite non solo all’esercizio, ma al contenuto stesso del diritto. Ne deriva che ciascuna tipologia di diritto, compreso quello *sub specie* di potere proprio del datore di lavoro¹⁴, conosce, oltre ai limiti tipizzati dalla legge, il limite – esterno, atipico e funzionale – rappresentato dall’impossibili-

sere ridotta esclusivamente su domanda o su eccezione di parte, mai d’ufficio, sul presupposto che, trattandosi di una clausola a contenuto esclusivamente patrimoniale, poste a tutela dell’interesse della parte, soltanto a quest’ultima dovesse essere data la possibilità di lamentare il pregiudizio subito a cagione della manifesta eccessività della clausola. La Cassazione, invece, ribalta l’assunto secondo cui l’ordinamento si disinteressa della giustizia, dell’equilibrio, dell’equità dello scambio in omaggio al rispetto del principio dell’autonomia privata, per cui ciò che le parti stabiliscono sulla base di una volontà non viziata è liberamente voluto e pertanto non può essere sindacato d’ufficio dal giudice. Al contrario, si deve ritenere che i principi di buona fede, di correttezza e soprattutto di solidarietà siano principi generali, cui l’ordinamento giuridico è interessato in quanto tenuto a ‘filtrare’ l’interesse generale utilizzando l’equità, la proporzione e la giustizia, ovverosia valori di carattere superindividuale. In quest’ottica, il valore costituzionale della solidarietà compensa il tradizionale principio dell’assoluta libertà individuale. Si assiste, pertanto, al definitivo attacco alla ‘dommatica della volontà’, che si tramuta in un vero e proprio ‘assalto’ alla non più inespugnabile ‘cittadella della autonomia contrattuale’, come se tali principi appartenessero ad un passato lontano che, all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione, è stato soppiantato – secondo la Suprema Corte – dal potere di correzione della *lex contractus*, cui viene assegnata la funzione di ordinario rimedio protettivo a tutela della solidarietà tra privati.

¹¹ Rimane attuale, rispetto a ciò, il riferimento classico a Rodotà (2004).

¹² Invero, trattasi, tuttavia, di una tesi ancora minoritaria. Per un autorevole precedente sul punto, si veda Cass. SS.UU. n°26724/2007, ove le Sezioni Unite stabiliscono che le norme che impongono obblighi informativi in capo agli intermediari finanziari hanno il connotato dell’imperatività, in quanto hanno cura di tutelare anche un interesse generale (il risparmio *ex art. 47 Cost.*) e confermano, altresì, che la loro violazione non è inquadrabile nello schema della nullità *ex art. 1418 c.c.*, aderendo implicitamente alla tesi che, per individuare la norma imperativa, fa riferimento al criterio degli «interessi in gioco» (per un approfondimento delle diverse tesi Gazzoni 1970, 328; Roppo, Afferni 2006, 25).

¹³ Sul punto, sono emblematiche due pronunce della Corte costituzionale, nelle quali per la prima volta il Giudice delle leggi utilizza la buona fede come norma di giustizia dello scambio nei contratti simmetrici (ord. n°248/2013 e ord. n°77/2014). Critico sull’operazione ermeneutica della Corte Costituzionale è Pardolesi (2014), il quale parla di «apriscaiole giuridico», con riferimento all’art. 2 Cost. che, nell’impostazione data nell’ordinanza esaminata, «entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede».

¹⁴ In particolare, per quanto riguarda la conformazione dei poteri datoriali (Zoli 1997, 245; 2005, 1784). Sull’incidenza del Jobs Act rispetto alla strutturazione dei poteri datoriali (Balletti 2018; Mengoni 1985, 387; Suppiej 1982, 106; Lambertucci 2016, 514).

tà che questo sia esercitato con modalità contrarie allo scopo per cui lo stesso è posto dall'ordinamento, producendo un sacrificio degli interessi del lavoratore non giustificato proporzionalmente dal perseguimento dell'interesse del datore di lavoro (Loi 2016; Perulli 2005). Se così è, allora questo principio rappresenta un limite 'naturale' di tutti i diritti che non possono avere un contenuto e non possono essere esercitati in modo contrario alla buona fede.

L'utilizzo di queste clausole generali può essere invocato nell'ambito del rapporto di lavoro laddove si assiste alla progressiva 'normalizzazione' (della specialità) del diritto del lavoro in favore delle ragioni dell'impresa. A questo cambio di paradigma è funzionale la scelta della regolazione 'leggera' nell'ambito della quale può accadere che il datore di lavoro si trovi ad esercitare il proprio potere, certo in modo formalmente conforme alla legge, senza che, di fatto, gli venga inibito di esercitarlo in modo 'capriccioso', smodato, eccessivo¹⁵.

È proprio in questa 'terra di nessuno' che manifesta il suo valore il ricorso alla correttezza e buona fede che può soccorrere l'interprete nel suo intervento 'ortopedico' di censura e di riallineamento di quella modalità di esercizio del potere rispetto ai principi generali dell'ordinamento¹⁶. Sono quei principi, veicolati anche tramite le clausole generali che impediscono, a maggior ragione nel rapporto di lavoro, che un diritto possa essere esercitato in modo 'abusivo'.

Ecco allora che il principio di buona fede si traduce in un istituto connesso e consequenziale, il divieto dell'abuso, che nel Codice civile italiano non è qualificato (diversamente dall'ordinamento tedesco e spagnolo), ma è immanente alla clausola generale di cui si discute e ne rappresenta l'antecedente logico necessario.

3. L'abuso del diritto

L'abuso del diritto è, *prima facie*, un ossimoro. Il diritto infatti garantisce, all'individuo o al gruppo privato che ne è titolare attraverso il riconoscimento normativo, una libertà *id est* un potere di volontà ed azione nei confronti di uno o più soggetti dell'ordinamento. Quando si parla di abuso, si ammette la possibilità che l'esercizio del potere accordato dalla legge, può, invece, diventare fonte

¹⁵ A proposito di questa 'stagione' del diritto del lavoro, parla, condivisibilmente, di un cambio di paradigma della materia Perulli (2016); di una mutazione genetica Speciale (2016, 2 e 2017b, 44). Esaminano il fenomeno da un punto prospettico differente, Del Punta (2017) e De Luca Tamajo (2016). La questione inerente il rapporto che intercorre tra i cambiamenti sociali e il paradigma giuslavoristico viene affrontata in chiave storica da Cazzetta (2009).

¹⁶ L'importanza della tematica e del contesto regolativo nel quale oggi si inserisce ha riscosso un tale interesse da occupare le intere giornate di studio Aidlass del 2014 i cui atti sono raccolti in Aa.Vv. (2015) Più specificatamente, cfr. la relazione di Loy (2015, 56) secondo il quale: «È per questo che il diritto privato, integrato dalla razionale applicazione dei principi generali contenuti nella Costituzione, incomincia ad offrire livelli di tutela per il contraente debole che il diritto speciale del lavoro non è più in grado di garantire» Ancora, nella prospettiva degli obblighi del lavoratore ed in quella dell'autonomia collettiva, rispettivamente, Campanella (2015, 89) e Bellomo (2015, 45) a dimostrazione dell'interesse dei giuslavoristi sul tema, si legga anche il numero monotematico a cura di Vallebona (2010).

di responsabilità. Questo schema giuridico, infatti, contempla proprio la possibilità tutt'altro che remota che si verifichi un conflitto tra diritti quando questi entrano in contatto gli uni con gli altri.

Le difficoltà che incontra l'abuso del diritto sono tutte di natura sistematica; esso, invece, esplica la sua potenza fattualmente e socialmente. È difficile, infatti, negare che il diritto possa essere esercitato in modo difforme dalle ragioni per le quali è stato riconosciuto; tuttavia, questa constatazione empirica è stata frequentemente confinata nell'alveo delle possibilità fattuali, in una zona pre-giuridica, nell'"anticamera del diritto"¹⁷: i diritti, quando riconosciuti 'pieni' dal diritto positivo non ammettono spazi 'vuoti' di inagibilità.

Già negli ordinamenti liberali ottocenteschi, laddove le parti contrattuali erano pacificamente equi-ordinate, si ammetteva il 'tradimento' – nei fatti – della parità formale sulla scorta di una sostanziale sperequazione delle stesse. Tanto poteva succedere tra le parti private nei contratti o, addirittura, tra il soggetto privato e lo Stato; non sorprende, quindi, che coevo all'elaborazione della figura dell'abuso di diritto¹⁸ vi sia, simmetricamente, quella dell'eccesso di potere o, meglio, dello sviamento di potere¹⁹.

In Italia, l'abuso del diritto è stato appannaggio esclusivo dell'elaborazione dottrinale fortemente influenzata sia dal pensiero solidaristico cattolico, sia dall'ideologia socialista²⁰, entrambi, pur con tutte le differenze possibili, im-

¹⁷ L'espressione assolutamente plastica è di Rotondi (1923, 133). Inoltre, si veda Rescigno (1998, 25; 1963, 205), che richiamando Rotondi, afferma, a proposito del fatto che l'abuso del diritto venga percepito come fenomeno sociale che «La riprovazione sociale agisce sul piano psicologico, distraendo il titolare dall'esercizio di poteri che la legge gli riconosce e la coscienza sociale comune riprova; incide sulla politica legislativa, preparando le modifiche e le riforme che porteranno a qualificare come illecite situazioni attualmente dotate del carattere della legittimità».

¹⁸ La storia civilistica dell'abuso del diritto racconta dei tentativi di reagire allo iato tra parità formale e sostanziale, inscritto nella nuova temperie culturale, politica e giuridica inaugurata dalla seconda metà dell'800, quando i codici di diritto privato successivi al codice napoleonico introducevano l'espresso divieto dell'abuso del diritto proprio per affidare al Giudice uno strumento per correggere le più evidenti sperequazioni del sistema.

¹⁹ Questo accostamento è rinvenibile nella dottrina ricostruente storica dell'istituto dell'abuso del diritto di Rescigno (1998, 11): «Nella stessa età che vide nascere, nella soluzione dei conflitti tra interessi privati, la formula dell'abuso del diritto, in quella stessa età, viene coniata la formula dell'eccesso di potere della pubblica amministrazione, ed in particolare dell'eccesso nella forma dello sviamento di potere». In una prospettiva storica che mette ben in rilievo l'importanza dell'abuso del diritto cfr. Cazzetta (2012, 51).

²⁰ Infatti, nonostante l'art. 7 del progetto preliminare del codice civile italiano lo prevedesse, i timori di un eccessivo spazio che la figura dell'abuso del diritto avrebbe garantito alla discrezionalità dei magistrati, unitamente alla preoccupazione che il dogma della certezza del diritto potesse subire un *vulnus* da parte di una clausola generale come quella dell'abuso del diritto, hanno indotto il legislatore del 1942 ad accantonare l'idea di inserire esplicitamente nel testo del codice il riferimento all'abuso del diritto. Negli anni della sua elaborazione era diffuso, infatti, il convincimento che tale figura rappresentasse un concetto di natura etico-morale e non una nozione giuridica, con la conseguenza che colui che abusava di un diritto veniva considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione da parte dell'ordinamento. Per un approfondimento, si veda Giorgianni (1963, 55); Gambaro (1988, 2).

pegnati in una lettura etica e riequilibratrice del diritto, talvolta, terribile²¹; a questa prospettiva è funzionale la discrezionalità del Giudice chiamato a mitigare l'asprezza della legge e correggere le conseguenze più pesanti – dal punto di vista dell'etica o della coscienza sociale – della sua applicazione meccanica.

La difficoltà oggettiva dell'inquadramento sistematico dell'abuso del diritto, invero già riscontrata a proposito dell'istituto della frode alla legge, è legata alla circostanza che esso si situa a cavallo tra la generale irrilevanza dei motivi (ad eccezione di quello illecito determinante) e la tipicità della causa quale riconoscimento *ex se* della meritevolezza degli interessi sottesi²².

Se, tuttavia, si conviene che il divieto generale dell'abuso si innesti sul principio di correttezza e buona fede, al di là delle distinzioni funzionali ad esse riconosciute, si può concludere che tale divieto trovi applicazione tanto in relazione ai diritti soggettivi veri e propri vincolati nella causa (finalità particolare impressa nella causa), quanto con riferimento alle libertà ed ai diritti potestativi²³.

È proprio nella tutela dell'altrui affidamento, come limite proprio all'esercizio delle libertà e dei diritti potestativi, che l'abuso del diritto assume particolare interesse; quanto più la legge si astenga dall'ancorare a limiti e causali l'esercizio del potere/diritto potestativo, tanto più l'abuso può rappresentarne un vincolo ragionevole.

È del tutto evidente che si tratta di una tecnica rimediale che, ovviamente, impone di 'giocare' di rimessa e cioè di aspettare la conclusione della sequenza che compone il negozio giuridico per verificarne se vi è stato un pregiudizio al lavoratore. Questa valutazione, come è ovvio, spetta al giudice chiamato a valutare se, nella fase applicativa, la fattispecie pur conforme alla legge sia stata il frutto di un abuso del diritto esercitato.

A questo proposito, l'abuso del diritto può essere considerato come paradigmatico della progressiva giurisprudenzializzazione dell'esperienza giuridica

²¹ Sia consentito appropriarsi della definizione, invero riservata al diritto di proprietà, usata da Rodotà (1981).

²² Sul punto, si vedano i lavori monografici più recenti e cioè Messina (2004); Martines (2006); Restivo (2007).

²³ Si consideri che se è vero che nel codice civile non vi è un addentellato normativo esplicito, la nuova norma di cui all'art. 10-*bis* recante «Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale», introdotta nello Statuto dei diritti del contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212) dall'art. 1, d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, oltre a depenalizzare l'abuso del diritto in materia tributaria esprime un principio unanimemente ritenuto generale dell'ordinamento giuridico, il cui fondamento costituzionale deve essere rinvenuto negli artt. 2 e 41 Cost. Inoltre, il divieto di abuso del diritto risulta essere un principio generale anche nell'ordinamento europeo, in quanto costituisce il punto di equilibrio tra l'autonomia privata e la giustizia sociale, tra la libertà negoziale e la solidarietà sociale, tra l'autonomia negoziale e l'utilità sociale (v. almeno l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali UE e l'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante il «Divieto dell'abuso del diritto»). Sul punto Galgano (2011, 311); Losurdo (2011, 107); Pandimiglio (2011, 1076); Lettieri, Marini, Merone (2014); Alpa (2015).

dei nostri tempi, intendendo per questa lo spostamento dell'indagine giudiziale dalla norma astratta al suo momento applicativo nella c.d. legalità del caso²⁴.

Nella generale nebulizzazione delle fonti (eccesso di leggi di qualità non sempre elevata; stratificazione e sovrapposizione disordinata delle stesse) e di costituzionalizzazione del processo interpretativo (volto, appunto, a realizzare le condizioni di cui all'art. 3 Cost.), l'abuso del diritto viene utilizzato per colmare lo *spread* tra stretto diritto e vero diritto²⁵.

Nell'abuso del diritto non vi è propriamente violazione od elusione di una norma, ma si realizza una contraddizione ai principi, peraltro senza parametri valutativi definiti.

In questa funzione, l'abuso del diritto risulta 'plastico' in quanto può assumere non solo 'forme' e modalità diverse ma può essere ispirato dalle più diverse motivazioni:

Esse possono essere rappresentate dal difetto di interesse da parte del titolare quando non addirittura l'interesse di nuocere, la modalità abnorme o scorretta dell'esercizio effettivo del diritto/potere secondo i parametri della correttezza e buona fede, il bilanciamento degli interessi fra quelli propri del titolare e quelli dei soggetti incisi dall'esercizio dell'atto, la deviazione del potere rispetto al fine istituzionale in funzione del quale sarebbe stato conferito, nonché gli infiniti risultati potenzialmente conseguibili dalle varie combinazioni di tutti questi criteri (Lipari 2016a, 33).

Nell'ambito del rapporto di lavoro, questo istituto consente di 'monitorare' l'effettiva conformazione del potere datoriale laddove esorbiti dai principi e dalle norme in virtù delle quali è stato riconosciuto.

Fuori dallo schema classico violazione/sanzione, l'utilizzo dell'abuso consente di verificare la razionalità giuridica della condotta datoriale rispetto ai principi di correttezza e buona fede.

Può trasferirsi sul piano della riflessione giuslavoristica quanto si è sostenuto, utilizzando l'abuso del diritto, a proposito del c.d. caso *Renault*²⁶. Ebbene, nella

²⁴ Esattamente in questo senso Lipari (2016a, 34). Quanto poi alla specificità della c.d. legalità del caso, si veda il contributo dal titolo estremamente esplicito di Viola (2006, 315).

²⁵ L'icastica immagine è di Gentili (2009, 10). Successivamente Lipari (2016a, 39) secondo il quale «L'abuso del diritto permette di raschiare la dura cortecchia della previsione astratta dando rilievo e giuridicità al giudizio sulla vicenda attuativa; non si deve escludere, ed è questo un punto nodale di questa riflessione, che nella realtà, e le vicende del contratto a termine sono un esempio plastico, nella complessità delle situazioni nelle quali un diritto, formalmente attribuito nella sua titolarità, incide, può essere usato quale schermo a copertura di una condotta arbitraria o, comunque, possa determinare nel sistema effetti negativi da ritenere prevalenti rispetto alla garanzia del diritto esercitato».

²⁶ Nella sentenza si discute del recesso *ad nutum* dai contratti di concessione di vendita intimato dalla Renault a molti dei suoi concessionari; questi ultimi, accusavano la convenuta di aver esercitato abusivamente il suo diritto di recesso approfittando, peraltro, della posizione dominante da essa ricoperta. Il riferimento è a Cass. n°20106/2009, su cui si veda *amplius* Lipari (2016a, 33) ed ancor prima Macario (2009, 1577); Romeo (2009, 1009);

sentenza viene fissato il principio secondo il quale la libertà di scelta economica dell'imprenditore (certo nel caso di specie ma il discorso può essere generalizzato) non viene scalfita dal controllo giudiziale che ne ravveda un abuso; esso, infatti, non riguarda la scelta ma l'atto di autonomia privata che, in virtù di tale scelta, è stato posto in essere²⁷.

L'irrelevanza, per il diritto, delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, non esclude – ma anzi prevede – un controllo da parte del giudice, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato, in effetti, in violazione dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza.

In questo senso, il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto valutando la possibile supremazia di una parte contrattuale sull'altra e se ciò determini comportamenti abusivi da parte del soggetto 'dominante'.

4. Una possibile applicazione dell'abuso del diritto: il licenziamento (per giustificato motivo oggettivo) per profitto

Per quanto abbiamo detto, l'apparato sanzionatorio è di rilevanza fondamentale per comprendere lo spostamento dell'asse valoriale del legislatore nella disciplina del rapporto di lavoro. Nella fase estintiva, in particolare, gli interessi in gioco si polarizzano ulteriormente (Nogler, 2008, 594).

Da un lato, si colloca il diritto alla stabilità del lavoro del prestatore (Napoli 2002a, 9); dall'altro lato, vi si contrappone la libertà di iniziativa economica – variamente declinata *sub specie* di produttività, competitività – nella quale si intesse il potere datoriale che, ovviamente, comprende anche quello di recedere dal contratto di lavoro.

Tra tutte le vicende estintive, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è quello rispetto al quale questa contrapposizione si manifesta maggiormente (Perulli 2015, 85; Ichino 2002, 472 e 2008, 62; Carinci 2005; Calcaterra 2008; Zoli 2008; Brun 2012; Nuzzo 2012; Pessi 2015, 769; Varva 2015; Zoli 2015; Ferraresi 2016).

Palmieri, Pardolesi (2010, 85); Rescigno (2010, 589); Restivo (2010, 341); Salerno (2010, 809); Vettori (2010, 168); Lisi (2010, 243); Barcellona (2011, 295); Galgano (2011, 311).

²⁷ La sentenza ha chiarito che recesso *ad nutum* non può significare recesso *ad libitum* e che la discrezionalità non può sfociare nell'arbitrarietà. In quest'ottica, la Cassazione traccia una sorta di 'decalogo dell'abuso' che, sebbene reso in tema di recesso, ha assunto portata generale. Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto possono essere così sintetizzati: 1. Titolarità di un diritto soggettivo o di altra situazione giuridica in capo ad un soggetto; 2. Possibilità di esercizio del diritto secondo modalità plurime; 3. In concreto, tra le differenti modalità di esercizio, la parte abbia scelto modalità censurabili sul piano giuridico, normativo ed etico; 4. La modalità prescelta di esercizio del diritto abbia prodotto una sproporzione ingiustificata tra il danno procurato alla controparte e il legittimo vantaggio perseguito. È proprio in questo giudizio comparativo di carattere sintetico che si annida l'abuso.

Su questa tipologia di licenziamento, la giurisprudenza, in particolare quella di legittimità, ha avuto modo di 'esercitarsi' sulla portata della nozione di giustificato motivo oggettivo²⁸ e, aderendo invero ad un orientamento già profilatosi in passato, è arrivata con una sentenza assai discussa, ad estenderla sino ad includervi il (fine del) profitto²⁹.

I Giudici di legittimità, adducendo una serie di argomenti a partire da quello letterale, affermano che l'art. 3 della l. n. 604 del 1966 («il licenziamento per giustificato motivo [...] è determinato [...] da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa») non implica affatto che il datore di lavoro debba provare (ed il giudice accertare) la sussistenza di situazioni sfavorevoli ovvero di spese notevoli di carattere straordinario cui sia necessario far fronte. Viene, infatti, specificato che:

Dal punto di vista dell'esegesi testuale della disposizione è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività.

Dunque, secondo questo ragionamento, perché si configuri il giustificato motivo oggettivo non è detto che il datore di lavoro debba necessariamente fronteggiare un andamento economico negativo o spese straordinarie e non appare immeritevole di considerazione l'obiettivo aziendale di salvaguardare la competitività nel settore nel quale si svolge l'attività dell'impresa attraverso le modalità, e quindi la combinazione dei fattori della produzione, ritenute più opportune dal soggetto che ne assume la responsabilità anche in termini di rischio e di conseguenze patrimoniali pregiudizievoli.

Su questo presupposto, le ragioni del lavoro, evidentemente relegato ad un mero fattore della produzione, non solo non prevalgono, ma recedono nel bilanciamento operato. Si afferma senza reticenze che, in assenza di una specifica indicazione normativa, la tutela del lavoro garantita dagli artt. 4 e 35 Cost. (i giudici si limitano inopinatamente a questi articoli) non consente di riempire il contenuto dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966 sino al punto da ritenere precettivamente imposto che, nel dilemma tra una migliore gestione aziendale ed il

²⁸ *Ex multis si veda* Cass. n°6222/1998; Cass. n°13021/2001; Cass. n°2450272011; Cass. n°14306/2016; Cass. n°18416/2013; Cass. n°19185/2016; per il caso di soppressione parziale delle mansioni si veda Cass. n°6229/2007; Cass. n°11402/2012; Cass. n°25201/2016.

²⁹ Nella sentenza Cass. SS.UU. n°25201/2016 si discute di un licenziamento intimato ad un lavoratore per giustificato motivo oggettivo dichiarato dai giudici di primo e secondo grado illegittimo dal momento che la società datrice non aveva fornito la prova dell'esigenza di far fronte a sfavorevoli e non meramente contingenti situazioni influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti (Caruso 2017, 1; Cester 2017, 153; Natullo 2017, 257; Persiani 2017, 133; Santoro Passarelli 2017, 429; Speciale 2017a, 119).

recesso da un singolo rapporto di lavoro, l'imprenditore possa optare per la seconda soluzione solo a condizione che debba far fronte a sfavorevoli e non contingenti situazioni di crisi.

In virtù dell'art. 41 Cost., l'imprenditore deve soltanto fare in modo che l'esercizio della sua attività economica, che è libera, non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. E spetta proprio a questi stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda al precipuo fine di perseguire legittimamente il profitto.

Ora, più che intrattenersi lungamente sui limiti costituzionali all'attività di impresa e al significato da attribuire alla funzione sociale – anche perché assolutamente superati dal ragionamento condotto nella sentenza³⁰ –, è importante sottolineare che il profitto viene elevato a fine ultimo dell'impresa, tale da fagocitare qualsiasi altro interesse ad esso contrapposto.

Il punto è quello di comprendere se abbia fondamento l'assunto per il quale sia indifferente per il legislatore far prevalere l'un interesse rispetto all'altro³¹, e, in ultima analisi, se la stessa ponderazione, indipendentemente dai suoi esiti, sia in qualche modo ammessa.

Ebbene, innanzitutto, si osserva nel percorso argomentativo il continuo spostamento del fuoco rispetto all'individuazione degli interessi coinvolti. Vengono infatti indifferentemente utilizzati l'«efficienza gestionale o produttiva», la «redditività» o la «competitività» per indicare gli interessi del datore di lavoro che, pur per espressa ammissione della Corte non sarebbero nella disponibilità dell'interprete ma solo del legislatore, e che tuttavia, vengono ritenuti prevalenti e di fatto assorbono l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

Ma vi è di più. Nella sentenza si arriva a mettere 'in competizione' l'interesse del singolo lavoratore con quello collettivo di tutti i lavoratori dell'azienda e quest'ultimo verrebbe maggiormente tutelato solo salvaguardando la sopravvivenza dell'impresa medesima.

Tuttavia, nel caso di specie, il ragionevole sacrificio dell'interesse singolo, per quel posto di lavoro, rispetto all'interesse collettivo, sul livello occupazionale, è

³⁰ Su questo aspetto si sofferma anche Speciale (2017a, 130). L'A. stigmatizza, citandolo, il passaggio della sentenza secondo cui il giudice non dispone «di strumenti conoscitivi e predittivi che consentano di valutare quale possa essere la migliore opzione per l'impresa e la collettività» e non può imporre all'impresa «costi impropri o non dovuti in base alla legge, quando piuttosto la Costituzione investe i poteri pubblici del compito di perseguire l'interesse collettivo dell'occupazione».

³¹ Per i Giudici di legittimità, competerebbe al legislatore sancire se il rispetto del fine sociale in contrasto al quale non può esplicarsi l'iniziativa economica comporti necessariamente che, «nella scelta tra una più efficiente gestione aziendale ed il sacrificio di una singola posizione lavorativa», debba prevalere quest'ultimo, impendendo così il licenziamento individuale, fermo restando, «che chi legifera può diversamente ritenere che l'interesse collettivo dell'occupazione possa essere meglio perseguito salvaguardando la capacità gestionale delle imprese di far fronte alla concorrenza nei mercati e che il beneficio attuale per un lavoratore a detrimento dell'efficienza produttiva possa piuttosto tradursi in un pregiudizio futuro per un numero maggiore di essi».

posto in termini radicalmente diversi dall'orientamento tradizionale, che fonda sulla crisi dell'impresa la giustificazione della perdita di un posto di lavoro in vista di una ripresa dell'attività aziendale a vantaggio di tutti (*ex multis cfr.* Cass. n°12514/2020; Cass. n°21282/2006; Cass. n°24037/2013; Cass. n°13116/2015).

In questo caso, ed è questa la novità più rilevante, a partire dalla lettura asseritamente testuale dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966 (che non richiederebbe l'elemento della crisi ma, in modo neutro, ragioni connesse all'azienda), ci si concentra sull'interesse del datore di lavoro a perseguire il suo profitto, anche sacrificando una posizione di lavoro: portato ad uno dei casi 'individuabili' dal tenore letterale della norma, anche in questo non vi sarebbe spazio alcuno per un sindacato giudiziale. Da qui – e con questo si segna il secondo passaggio fondamentale della sentenza – si afferma surrettiziamente che il soffermarsi sulla causale alla base di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo per ammetterne la legittimità solo in presenza di ipotesi specifiche, comporti un «sindacato di merito assolutamente impedito anche in virtù dell'art. 30 della l. n. 183 del 2010»³². È ammessa, infatti, soltanto una valutazione di legittimità senza riguardo all'esistenza ed effettività di una ragione organizzativa o produttiva o ad alcun giudizio comparativo.

Ebbene, non è in discussione quali siano i limiti del sindacato giudiziale, poiché il piano sostanziale e quello giudiziale rimangono in ogni caso assolutamente distinti. Non si tratta, infatti, di riempire forzatamente di significato una fattispecie aperta che, secondo la prospettazione della Corte di cassazione, può ben comprendere qualsiasi ipotesi³³. In questo caso, si discute, invece, della possibilità che le «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» siano davvero 'neutre', e, quindi, in grado di giustificare qualsiasi operazione aziendale. Se così fosse, ne discenderebbe che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo possa comprendere qualsiasi scelta datoriale, purché esplicitata³⁴. Allo stesso tempo, però, un sacrificio assoluto del lavoro rispetto alle ragioni dell'impresa contraddice la stessa idea del licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale *extrema ratio*³⁵.

³² Secondo la Corte, «è la valutazione di merito quella che attribuisce a chi la esercita la facoltà di effettuare un giudizio comparativo tra più possibili soluzioni, selezionando quella che appare più confacente sotto il profilo organizzativo o produttivo e che connota la discrezionalità propria delle opzioni imprenditoriali, ove non altrimenti limitate dalla legge».

³³ Ricostruisce l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 in termini di norma aperta e non di clausola generale Speciale (2017a).

³⁴ È questa la scelta della giurisprudenza ormai maggioritaria, sia di merito sia di legittimità; si leggano Trib. Roma, Sez. lav., n°8112 del 22/9/2023; Trib. Milano, Sez. lav., n°1516 del 2/5/2023; Trib. Lucca, Sez. lav., n°278 del 4/10/2023; Trib. Foggia, Sez. lav., n°5022 del 5/12/2019; Cass. n°35225/2020; Cass. n°3819/2019; Cass. n°9127/2018; Cass. n°24882/2017; Cass. n°19655/2017; Cass. n°10699/2017.

³⁵ Considera esplicitamente il licenziamento quale *extrema ratio* un altro filone giurisprudenziale al quale si oppone la sentenza a Sezioni Unite richiamata nel testo. Si fa riferimento *ex multis* a Cass. n°11465/2012 e Cass. n°5173/2015. Per un riepilogo di questo orientamento si veda in particolare Cass. n°25201/2016.

I tentativi di elevare a principio assolutizzante il profitto risultano fuori asse rispetto ad un'interpretazione che si ispiri ai principi espressi nella Carta costituzionale tra i quali, come ampiamente detto nella prima parte di questo lavoro, quello lavoristico risulta essere quello centrale e condizionante³⁶: il lavoro è

strumento costituzionalmente necessario e privilegiato di un processo permanentemente aperto di emancipazione e di socializzazione dei consociati, che per ciò solo lo rende irriducibile alla mera dimensione economica (Benvenuti 2009, 12).

Quindi, anche se il lavoratore, in generale, non può invocare un diritto all'ινωνamovibilità rispetto al suo posto di lavoro, tuttavia, – stante il nesso profondo tra principi costituzionali e regole in materia di licenziamenti – ogni sacrificio richiesto al lavoratore rispetto al suo interesse alla stabilità del posto di lavoro deve essere 'giustificato'. Non si tratta, invero, soltanto di una mera giustificazione formale; si allude, invece, al fatto che la compromissione del lavoratore non può essere conseguente all'esercizio del potere datoriale, quello di recedere, che pur formalmente legittimo risulti abusivo³⁷.

Insomma, l'ampiezza del potere datoriale anche nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non può essere esorbitante ed ultronea rispetto al suo principio fondativo (art. 41 Cost.). Non è in discussione, infatti, la libertà di iniziativa economica del datore al lavoro ma la riconduzione ad essa del maggior profitto per giustificare il sacrificio del lavoratore (Galvano 1982, 11).

Se il licenziamento non è più l'*extrema ratio* e ad esso si può ricorrere per avvantaggiare il datore nella massimizzazione del suo profitto, si legittimano, condotte abusive poiché disallineate rispetto ai principi costituzionali dai quali la materia è innervata³⁸ e finanche in contrasto con la più comune regola delle obbligazioni contenuta nel brocardo latino *cuius commoda eius et incommoda*.

³⁶ Con specifico riferimento alla disciplina dei licenziamenti Speciale (2017a, 14) afferma che: «La materia dei licenziamenti, infatti, è stata sempre considerata come espressione di quell'indirizzo di progressiva garanzia al diritto del lavoro previsto dagli art. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi di attuazione».

³⁷ Riconduce alla fattispecie dell'abuso del potere le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo, Carinci 2005, 126.

³⁸ Il licenziamento può certamente essere ricondotto alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41, comma 1, Cost.). «Ma le limitazioni al potere di recesso non trovano fondamento soltanto nell'art. 4 della Costituzione o nel secondo e terzo comma dell'art. 41, ma devono essere rinvenute in tutte le disposizioni in materia di lavoro e nel superiore rilievo costituzionale sopra delineato. In tale ambito, si può certamente affermare «l'idea del carattere fondante del lavoro» e «la sua prevalenza rispetto alla libertà di iniziativa economica privata». Senza dimenticare che il riferimento alla sicurezza, libertà e dignità contenuto nel comma 2 dell'art. 41 determina «l'attrazione all'interno della Carta costituzionale di valori attinti dai pilastri portanti dell'esercizio dei diritti umani: valori che *in re ipsa* pongono argini d'ordine negativo all'esercizio e al libero dispiegarsi dell'iniziativa economica privata»» (Speciale 2017a, 130).

Infatti, in questo caso, non solo ridonderebbero a favore dell'imprenditore gli eventuali esiti favorevoli dell'attività ma questi ultimi potrebbero pregiudicare il lavoratore.

5. Rimedi civilistici e 'umanità' dei rapporti giuridici

Tirando le fila del ragionamento, si può osservare che il possibile utilizzo dell'abuso del diritto mostri quanto, superando la prospettiva tradizionale del vaglio di validità, il diritto possa riscoprire la sua inevitabile connessione ad un tessuto di premesse valoriali condivise, in mancanza del quale l'idea stessa di giuridicità sarebbe priva di senso. Proprio il contesto contemporaneo, magmatico e multiforme, impone di dare rilevanza al momento applicativo delle norme nella quali si saldano, in termini non sempre netti e definiti, la determinazione del fatto, la sua qualificazione giuridica e l'individuazione della regola o del principio ai quali ricondurre la soluzione del caso³⁹.

In generale, ma soprattutto laddove il legislatore volutamente lascia scoperti ampi ambiti di potere, sciogliendoli da qualsiasi vincolo o limite, il riconoscimento dello stesso non può esaurire la valutazione della legittimità; l'esercizio del potere deve essere considerato non già soltanto nella sua configurazione astratta ma soprattutto a posteriori, allargando il giudizio a tutte le circostanze di fatto.

Insomma, ricorrendo ad istituti di portata più generale, il Giudice ha a disposizione la possibilità di utilizzare correttivi, in una certa misura equitativi, al sistema regolativo, qualora questo non sia in grado di dare soddisfazione a tutti gli interessi sottesi alla relazione contrattuale, vieppiù quando questa si presenti evidentemente sbilanciata (in dottrina Rescigno 1963; Mengoni 1996; Navarretta 2009; Sacco 2001; Lipari 2016b).

In generale, proprio introducendo la sindacabilità da parte del Giudice nel concreto svolgersi del rapporto giuridico, le tecniche civilistiche – oltre all'abuso del diritto, si considerino la frode alla legge, le clausole di correttezza e buona fede, la dilazione dei termini di prescrizione, l'eccezione di inadempimento – rappresentano gli strumenti che possono colmare il divario che c'è tra l'uguaglianza formale e quella sostanziale tra le parti.

I rapporti di forza possono determinarsi nella realtà in modo difforme da quanto previsto asetticamente nella fattispecie legale o, comunque, gli effetti di ciò possono essere molto più rilevanti di quanto il legislatore abbia previsto o voluto prevedere⁴⁰. Il diritto, perciò, colto non soltanto nella sua dimensione prescrittiva può ben contraddire se stesso e 'colpire', nel caso del rapporto di lavoro, il lavoratore. La costituzionalizzazione della persona ed in particolare di quella che lavora, invece, suppone necessariamente una concezione dinamica

³⁹ Ovviamente questa posizione che riconosce, ed in qualche modo esalta, il ruolo determinante esercitato dai giudici nella lettura 'evolutiva' delle norme è contrastata da coloro che, invece, criticano la pretesa creativa da parte della giurisprudenza e che vedono nell'abuso del diritto una figura fumosa (Ferrajoli 2016, 13; Castronovo 2015, 87).

⁴⁰ Spesso, in questo, il legislatore insegue l'illusione di 'livellare' la complessità (Celano 2006, 1061).

della regola giuridica valutabile solo nel raccordo tra il presupposto enunciativo e la specificità della vicenda materiale.

Ciò posto, il Giudice acquista un ruolo decisivo nel verificare al termine del momento applicativo della fattispecie se le modalità effettive dell'esercizio di quel diritto non siano in grado di contraddire il principio in vista del quale l'attribuzione era avvenuta.

Quindi, anche con maggiore radicalità rispetto alla maggiore *mitezza* che ha sempre caratterizzato l'acuto pensiero di RDP, si può dire che ogni enunciato normativo deve essere raccordato ai principi che si ritiene siano fondanti dell'ordinamento positivo; ciò comporta che l'attribuzione del diritto non può mai essere considerata un punto di arrivo, dal momento che le modalità del suo esercizio vanno sempre valutate in concreto per la loro incidenza sul tessuto complessivo dei rapporti ai quali i principi sono sottesi (Rodotà 1967, 83).

In questo senso, l'interprete può aspirare ad introdurre dosi di 'umanità' nella regolazione giuridica, umanizzando così i rapporti tra le parti, ridotti a puri rapporti di forza; a questo possono contribuire le scintille improvvise di cui, per esempio, è capace, a saperlo e volerlo maneggiare, l'abuso del diritto.

Riferimenti bibliografici

- Afferni, G., Roppo, V. 2006. "Dai contratti finanziari al contratto in genere: due punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale", (nota a Cass. n° 19024/2005). *Danno e responsabilità*, 1.
- Agnino, F. 2009. *Clausola penale e tutela del consumatore*. Milano: Giuffrè.
- Aidlass (a cura di). 2015. *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Roma, 29-30 maggio 2014*. Milano: Giuffrè.
- Alpa, G. 2015. "Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri." *Contratto e impresa*, 2, 245 sgg.
- Balletti, Emilio. 2018. "I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto". *Il diritto del mercato del lavoro*.
- Barcellona, E. 2011. "Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale." *Giurisprudenza commerciale*, II, 2, 295 sgg.
- Bellomo, S. 2015. "Autonomia collettiva e clausole generali." In *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Roma, 29-30 maggio 2014*, a cura di Aidlass. Milano: Giuffrè.
- Benvenuti, M. 2009. "Lavoro (principio costituzionale del)." In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVIII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.
- Bianca, C.M. 1983. "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale." *Rivista di diritto civile*, I.
- Brun, S. 2012. *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova: Cedam.
- Busnelli, F.D. 2011. "Note in tema di buona fede ed equità." *Rivista di diritto civile*, 5, I.
- Calcaterra, L. 2008. *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Campanella, P. 2015. "Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro." In *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Roma, 29-30 maggio 2014*, a cura di Aidlass. Milano: Giuffrè.

- Carinci, F. 2007. "Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte." <https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/20111025052621_carinci_n54-2007itpdf.pdf>.
- Carinci, M.T. 2005. "Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato." In *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, XXXVI, Padova: Cedam.
- Caruso, B. 2017. "La fattispecie "giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra storie e attualità." <https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/20170329-030745_caruso_n323-2017itpdf.pdf>.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." <https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf>.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. "Il Diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto". <https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu_2023.pdf>.
- Castronovo, C. 1981. "Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria." *Jus*.
- Castronovo, C. 2015. *Eclissi del diritto civile*, Milano: Giuffrè.
- Cazzetta, G. 2009. "Giuslavoristi e costruzione della memoria nell'Italia repubblicana." In *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Gian G. Balandi, e Giovanni Cazzetta. Milano: Giuffrè.
- Cazzetta, G. 2012. "Responsabilità civile e abuso del diritto tra Otto e Novecento." In *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di Vito Velluzzi. Pisa: Edizioni ETS.
- Celano, B. 2006. "Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero. Illeciti atipici." *Europa e diritto privato*, 3, 1061 sgg.
- Cessari, Aldo. 1967. "Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro." *Rivista di diritto del lavoro*, I.
- Cester, C. 2017. "Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione." *RIDL*, 36, 2, I, 153 sgg.
- Cicu, A., Messineo, F. 1984. diretto da. *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, XVI, II.
- De Giovanni, Biagio. 1958. *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- De Luca Tamajo, R. 2016. "Jobs Act e cultura giuslavoristica." *Diritti Lavori Mercati*, 1.
- Del Punta, Riccardo. 1997. "L'abuso nel diritto del lavoro." In *Diritto privato*, a cura di AA.VV. Padova: Cedam.
- Del Punta, R. 2001. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 3.
- Del Punta, R. 2002a. "Fra terra e mare: il diritto del lavoro nella globalizzazione". *Rivista di diritto costituzionale italiana e comparato*.
- Del Punta, R. 2002b. "Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto.", rel., AIDLASS – Napoli 3-4.5.2022 su "Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismi." *RIDL*, I.
- Del Punta, R. 2016. "Sì al dialogo con gli economisti (meglio ancora se reciproco)." <www.pietroichino.it>.

- Del Punta, R. 2017. "I diritti fondamentali e le trasformazioni del diritto del lavoro." https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/20170801084818_delpunta_n333-2017itpdf.pdf >.
- Del Punta, R. 2019, "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." < <https://aei.pitt.edu/102774/1/395.pdf>>.
- Del Punta, R. 2022a. "I valori del diritto del lavoro." In *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di Riccardo Del Punta. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. (a cura di). 2022b. *Valori e tecniche del diritto del lavoro*. Firenze: Firenze University Press.
- Di Majo, A. "Delle obbligazioni in generale." In *Commentario del Codice Civile*, a cura di Giuseppe Branca, e Antonio Scialoja. Bologna: Zanichelli.
- Ferrajoli, L. 2016. "Contro la giurisprudenza creativa." *Questione Giustizia*, 4, 13 sgg.
- Ferraresi, M. 2016. *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino: Giappichelli.
- Ferraro, G. (a cura di). 2003. *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale*. Milano: Giuffrè.
- Ferri, G.B. 2001. *Il negozio giuridico*. Padova: Cedam.
- Franzoni, M. "Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto: suoi effetti reali e obbligatori." In Schlesinger, Piero. diretto da. 1999. *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè.
- Galgano, F. 1982. "Sub art. 41." In *Commentario della Costituzione. Rapporti economici. Tomo II Art. 41-44 Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Bologna Roma: Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano.
- Galgano, F. 2011. "Qui suo iure abutitur neminem laedit?" *Contratto e impresa*, 2, 311 sgg.
- Gambaro, A. 1988. "Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero" *Enciclopedia Giuridica*, Roma: Treccani, I.
- Gazzoni, F. 1970. *Equità e autonomia privata*. Milano: Key Editore.
- Gazzoni, F. 2015. *Manuale di diritto privato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Gentili, A. 2009. "Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche." *Ianus*, 1, 10 sgg.
- Giorgianni, V. 1963. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Ichino, P. 2002. "Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento." *RIDL*, 21, 4, 473 sgg.
- Lambertucci, P. 2016. "I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. "Jobs Act" del 2015: primi spunti di riflessione." *Argomenti di diritto del lavoro*, I.
- Lettieri, N., Marini, G., Merone, G. 2014. *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Lipari, N. 2016a. "Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza." *Questione Giustizia*, 4, 33 sgg.
- Lipari, N. 2016b. "Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto." *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 70, 4: 1153 sgg.
- Lisi, P. 2010. "Clausola di recesso ad nutum e sindacato del giudice sul regolamento contrattuale, tra buona fede e abuso del diritto." In *Diritto vivente e sensibilità dell'interprete*, a cura di M. C. Nanna, 243 sgg. Bari: Cacucci.
- Loi, P. 2016. *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Losurdo, F. 2011. *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*. Torino: Giappichelli.

- Loy, G. 2015. "Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*.
- Macario, F. 2009. "Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione." *Corriere giuridico*, 1577 sgg.
- Martines, M.P. 2006. *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*. Padova: Cedam.
- Mazzoni, G. 1956. "Certeza del diritto e autonomia privata nell'odierno diritto del lavoro." *Il diritto nell'economia*.
- Mazzotta, O. 1994. *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*. Torino: Giappichelli.
- Mengoni, L. 1985. *Diritto e valori*. Bologna: il Mulino.
- Mengoni, L. 1986. "Spunti per una teoria delle clausole generali". *Rivista critica di diritto privato*.
- Mengoni, L. 1990. "Diritto civile". In Mengoni, Luigi. Proto Pisani, Andrea e Andre, Orsi Battaglini. "L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, I.
- Mengoni, L., Proto Pisani, A., Orsi Battaglini, A. 1990. "L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, I.
- Messina, M. 2004. *L'abuso del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Nanna, M.C. (a cura di). 2010. *Diritto vivente e sensibilità dell'interprete*, Bari: Cacucci.
- Napoli, M. 1998. "Il lavoro e le regole. C'è futuro per il diritto del lavoro?" *Jus*.
- Napoli, M. 2002a. "Elogio della stabilità." *Quaderni di diritto del Lavoro e delle relazioni industriali*, 1, 9 sgg.
- Napoli, M. 2002b. *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*. Torino: Giappichelli.
- Natoli, U. 1984. "L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore." In *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Antonio, Cicu e Francesco Messineo. Milano: Giuffrè, XVI, II.
- Natullo, G. 2017. "La Cassazione limita il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo." *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2, 257 sgg.
- Navarretta, E. 2009. "Il diritto non iure e l'abuso del diritto." In *Diritto civile, IV, Attuazione e tutela dei diritti, III, La responsabilità e il danno*, diretto da Nicolò Lipari e, Pietro Rescigno, 260 sgg., Milano: Giuffrè.
- Nogler, L. 2007. "La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 29, 116, 593 sgg.
- Nogler, L. 2013. "(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile." *Europa e diritto privato*, 4.
- Nuzzo, V. 2012. *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Napoli: Satura Editrice.
- Palmieri, A., Pardolesi, R. 2010. "Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa." *Foro italiano*, I, 85 sgg.
- Pandimiglio, M. 2011. "L'abuso del diritto nei Trattati di Nizza e Lisbona." *Contratto e impresa*, 1076 sgg.
- Pardolesi, R. 2014. "Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria." *Foro italiano*, I.
- Persiani, M. 2009. "Diritto privato e diritto del lavoro". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 4-5, I.

- Persiani, M. 2017. "Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autonomia dal punto di vista giuridico." *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 22, 1, 133 sgg.
- Perulli, A. 2005. "Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*.
- Perulli, A. 2007. "Diritto del lavoro e diritto dei contratti". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1.
- Perulli, A. 2008. "Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma." In *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, a cura di Oronzo Mazzotta, 55 sgg., Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2016. "L'idea di diritto del lavoro, oggi." *Lavoro e diritto*, 1.
- Perulli, A. 2017. "Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e "paradigma" del diritto del lavoro." In *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, a cura di Adalberto Perulli, 85 sgg., Torino: Giappichelli.
- Pessi, R. 2015. "I licenziamenti individuali per motivi economici." In *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Aa.Vv., II, 769 sgg., Bari: Cacucci Editore.
- Rescigno, P. 1963. "L'abuso del diritto." *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- Rescigno, P. 1998. *L'abuso del diritto*. Bologna: il Mulino.
- Rescigno, P. 2010. "'Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)." *Contratto e impresa*, 2, 589 sgg.
- Restivo, C. 2007. *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Restivo, C. 2010. "Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa." *Rivista critica di diritto privato*, 341 sgg.
- Rodotà, S. 1967. "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile." *Rivista del Diritto Commerciale*, 3-4, 83 sgg.
- Rodotà, S. 1969. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Rodotà, S. 1981. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Bologna: il Mulino.
- Rodotà, S. 1987. "Il tempo delle clausole generali." *Rivista critica di diritto privato*.
- Romeo, C. 2009. "Recesso ad nutum e abuso del diritto." *Contratti*, 1009 sgg.
- Rotondi, F. 1923. "L'abuso del diritto." *Rivista di diritto civile*.
- Sacco, R. 2001. "L'esercizio e l'abuso del diritto." In *Il diritto soggettivo*, Guido Alpa e Michele Graziadei, Attilio Guarneri e Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri e Rodolfo Sacco, 281 sgg., Torino: Utet.
- Salerno, F. 2010. "Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jusdicere 'per principi'." *Giurisprudenza italiana*, 809 sgg.
- Santoro Passarelli, F. 1953. "Lineamenti attuali del diritto del lavoro." *Rivista di diritto del lavoro*, 1.
- Santoro Passarelli, G. (a cura di). 1992. *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*. Torino: Giappichelli.
- Santoro Passarelli, G. 2017. "Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa." *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 25, 5, 429 sgg.
- Schlesinger, P (diretto da). 1999. *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè.
- Schmitt, C. 1967. *Die Tyrannei der Werte*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Schmitt, C. 2008. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*. Milano: Adelphi.
- Scognamiglio, C. 1960. "La specialità del diritto del lavoro." *Rivista giuridica del lavoro*, 1.
- Scognamiglio, Claudio. 2014. "Il diritto civile e del lavoro ancora a confronto." *RIDL*, 1.
- Simitis, S. 2001. "Diritto privato e diseguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*.

- Speziale, V. 2016. "La mutazione genetica del diritto del lavoro." *Quaderni della Rivista Diritti Lavori Mercati*, 2.
- Speziale, V. 2017a. "Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?" In *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di Adalberto Perulli, 119 sgg., Torino: Giappichelli.
- Speziale, V. 2017b. "La mutazione genetica del diritto del lavoro." < https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/20170323114243_speziale_n322-2017itpdf.pdf >.
- Suppiej, G. 1982. *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*. Padova: Cedam.
- Vallebona, A. 2010. "L'abuso del diritto del lavoratore." In *Colloqui giuridici del lavoro*, a cura di Antonio Vallebona, suppl. Mass. giur. lav. Milano: Il Sole 24 ore.
- Varva, S. 2015. *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Torino: Giappichelli Editore.
- Velluzzi, V. (a cura di). 2012. *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*. Pisa: Edizioni ETS.
- Vettori, G. 2010. "L'abuso del diritto. Distingue frequenter." *Obbligazioni e contratti*, 168 sgg.
- Viola, F. 2007. "La legalità del caso." In *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali, Atti del 2° convegno nazionale della Sisdic (Capri, 18-20 aprile 2006)*, a cura di AA.VV., 315 sgg. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, I.
- Zoli, C. 1997. "Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere." *Lavoro e diritto*, 2, 241 sgg.
- Zoli, C. 2005. "Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro". In *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, a cura di AA.VV., 1783 sgg. Padova: Cedam, II.
- Zoli, C. 2008. "I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale." *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 13, 1, 31 sgg.
- Zoli, C. 2015. "I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015." *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 14, 75 sgg.

Diritto del lavoro e diritto civile: profili di confronto e di interazione

Pietro Lambertucci

1. Il compianto Riccardo Del Punta, amico e studioso, raffinato indagatore dei profili valoriali del diritto del lavoro in una realtà produttiva in trasformazione, che deve, comunque, porre al centro della disciplina la tutela della persona che lavora (Del Punta 2020; cfr. anche Perulli 2020), offre l'opportunità di ritornare sul confronto tra diritto del lavoro e diritto civile, su due diversi versanti.

Sotto un primo versante il confronto va realizzato con l'acquisizione che il diritto del lavoro è un ramo dell'ordinamento giuridico, dotato di autonomia (sul piano didattico e scientifico) e di un'oggettiva «specialità» (tra i primi, Scognamiglio 1996), la quale lo ha progressivamente allontanato dal ceppo originario del diritto dei privati, per approdare, attraverso la stessa Carta costituzionale, in uno scenario più ampio, governato, per lo più, dalle fonti eteronome della legge e dell'ordinamento sindacale.

Non è un caso che un insigne Maestro, che ha individuato nell'analisi funzionale del negozio giuridico la più illuminante manifestazione dell'autoregolamentazione dei privati interessi (Scognamiglio 2008), quando poi si è cimentato con la ricostruzione, in chiave di teoria generale, del diritto del lavoro, ha significativamente lamentato l'insufficienza della prospettiva contrattuale nel dar conto del nuovo fenomeno della subordinazione, sulla scorta di ben precise scelte metodologiche e ricostruttive¹.

¹ Sempre R. Scognamiglio, le cui prime riflessioni sono sistematizzate in *Diritto del lavoro, Parte generale*, Bari, 1976, 17 il quale opportunamente rileva la divergenza «tra il contratto

Sotto il secondo versante, viceversa, si può instaurare un rapporto sinergico tra diritto del lavoro e diritto civile, sul piano dell'ausilio delle categorie civiliistiche all'interno della disciplina del rapporto di lavoro (cfr. Santoro Passarelli 1992) e, viceversa, attingere dallo stesso dibattito giuslavoristico per una rivisitazione delle stesse tutele di taglio privatistico².

2. Il punto di partenza può essere rinvenuto nella stessa sistematica del codice civile del 1942, laddove, non a caso, rispetto alla disciplina generale del contratto e dei singoli contratti nominati (libro IV), un ruolo autonomo assume la regolamentazione del lavoro subordinato nell'impresa (libro V). Dalla scelta operata dai compilatori del codice civile del 1942 – nella quale possono rintracciarsi, peraltro, venature organicistiche ed istituzionalistiche – traspare la consapevolezza dell'irriducibilità del fenomeno del lavoro subordinato all'interno della disciplina contrattuale, perlomeno con riguardo alla sua regolamentazione.

A tal riguardo possiamo rinvenire una prima linea di distinzione tra i contratti di diritto civile, che realizzano il programma negoziale delineato dalle parti contraenti, le quali si trovano su un piano di parità (perlomeno formale) e il contratto di lavoro, che attiene alla *fase costitutiva* del rapporto di lavoro (ora anche con riferimento al rapporto di lavoro pubblico «privatizzato») ma non alla sua *fase regolativa*³.

Infatti, la struttura articolata e complessa del rapporto di lavoro (subordinato) non si esaurisce nel momento di conclusione del contratto di lavoro, laddove altre fonti eteronome (legge e contrattazione collettiva) intervengono sulla sua regolamentazione, sul presupposto che lo stato di «soggezione» del lavoratore, in posizione di «dipendenza» da altri (Scognamiglio 2005, 64), per soddisfare le proprie esigenze personali e familiari, postula la necessità di apprestare a quest'ultimo una «stampella» di tutela, quelle assicurata dalla legge e dall'attività delle organizzazioni sindacali.

Pertanto il momento della conclusione del contratto di lavoro appare significativo *solo* sul piano dell'instaurazione del rapporto di lavoro e questo costituisce il riscontro della sostanziale svalutazione del momento dello scambio dei consensi, che si realizza nel contratto. Viceversa, il consenso delle parti assume un ruolo centrale nella disciplina dei contratti di diritto civile, orientata a garantire la valida manifestazione del consenso e il rispetto dei requisiti essenziali del contratto (art. 1325 c.c.) e a individuare i casi di nullità ed annullabilità di quest'ultimo.

come strumento dell'autoregolamentazione dei propri interessi da parte di soggetti che versano in condizioni di libertà e di uguaglianza formale, e il rapporto di lavoro, che si attua al contrario attraverso la messa alle altrui dipendenze dei prestatori d'opera».

² Si veda *infra* n. 7.

³ Come conclude anche la dottrina civilistica più avvertita «La costituzione dipende, ed esclusivamente, dall'incontro delle loro volontà, ancorché la disciplina di esso dipenda da fonti estranee al contratto, dalla legge, dalla norma collettiva, dal regolamento d'impresa» (Santoro Passarelli 1977, 122).

D'altronde nel contratto di lavoro – a differenza degli altri contratti di diritto civile – una limitata rilevanza assumono vizi del consenso, ai fin dell'annullabilità del contratto, e lo stesso inserimento del contratto di lavoro nei «contratti di scambio» (tra prestazione di lavoro dovuta dal lavoratore e retribuzione corrisposta dal datore di lavoro), appare ben più articolata, in quanto lo «scambio contrattuale» appare ben più complesso, laddove quest'ultimo deve assolvere anche l'obbligo di «sicurezza» (ex art. 2087 c.c.) nei confronti del lavoratore, in ragione dell'implicazione delle sue energie fisiche o intellettuali nella prestazione lavorativa⁴.

Altro profilo di differenza con il diritto civile attiene alla mancanza di requisiti essenziali per la riconoscibilità del «tipo contrattuale», che, alla stregua della disciplina del codice civile, comporta la nullità del contratto (artt. 1325 e 1418, co.2, c.c.),

Ora nello «scambio contrattuale», che si realizza nel contratto di lavoro, la retribuzione costituisce un requisito essenziale⁵, per cui una rigorosa applicazione dei principi civilistici condurrebbe alla nullità del contratto; viceversa, già il codice civile, orientato alla conservazione del rapporto di lavoro, consente l'intervento di un terzo (il giudice) nella determinazione della retribuzione (ex art. 2099, co.,2, c.c.) con una patente deviazione dalle regole generali dei contratti.

3. Un profilo di più marcata differenziazione può ravvisarsi nella determinazione giudiziale della retribuzione sufficiente (ex art. 36, co.1, Cost.).

Alla stregua della disciplina dei contratti, laddove siano presenti gli elementi essenziali del contratto e quest'ultimo rientri nei contratti nominati dal codice civile o risponda ad interessi meritevoli di tutela (ex art. 1322, co. 2, c.c.), il contratto ha forza di legge tra le parti (ex art. 1372, co.1, c.c.). In coerenza con le regole generali enunciate, se le parti hanno convenuto nel contratto individuale di lavoro un trattamento economico, tanto basterebbe per rendere il contratto valido ed efficace tra le stesse.

Tuttavia la necessità di osservare i principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione contenuti nella norma costituzionale ad efficacia precettiva (art. 36 Cost.) ha condotto la giurisprudenza ad interpretare *praeter legem* l'art. 2099 del codice civile, nel senso di estenderne il campo applicativo anche all'ipotesi nella quale sia comunque presente la clausola retributiva, ma quest'ultima debba essere «vaghiata», in via giudiziale, alla stregua dei segnalati principi costituzionali.

Si realizza, in tal modo, un'integrazione del contratto (1374 c.c.) ad opera dell'intervento del giudice, che, dichiarando «nulla» la clausola retributiva, in quanto non conforme al precetto costituzionale, la sostituisce con una clauso-

⁴ Per una rimediazione della nozione di causa si veda Santoro Passarelli 2018a, 169 il quale sottolinea che nel contenuto del contratto di lavoro «penetrano valori costituzionali come dignità, solidarietà, discriminazione, pari opportunità in generale e non solo con riferimento al sesso».

⁵ Per l'onerosità quale caratteristica essenziale ed indifettibile del rapporto di lavoro si veda già Scognamiglio 1976, 133.

la retributiva rispettosa di quest'ultimo, attingendo, sul punto, normalmente ai minimi salariali previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria⁶.

Già l'intervento sostitutivo di un terzo (nella specie il giudice) all'interno dell'assetto contrattuale si connota come un'indubbia deviazione rispetto all'autoregolamentazione degli interessi delle parti. In ogni caso, come è stato autorevolmente sottolineato, non ci troviamo nell'ambito della limitazione *ab estrinseco* dell'autonomia contrattuale, pure considerata, nella disciplina dei contratti, dal codice civile (ad esempio, l'inserzione automatica di clausole, prezzi di beni e di servizi *ex art. 1339 c.c.* ovvero le clausole d'uso *ex art.1340 c.c.*), bensì dinanzi «alla progressiva ed effettiva sostituzione della tradizionale fonte contrattuale con altri mezzi di disciplina, principalmente i contratti collettivi, che soltanto si palesano idonei alla funzione di determinare la retribuzione in misura equa» (vedi, in tal senso, Scognamiglio 1976, 128).

4. Altro profilo, di particolare interesse, attiene all'atipicità» dei contratti, che nel diritto civile, secondo la traiettoria indicata dall'art. 1322, co.2, del codice civile, consente alle parti di concludere contratti anche non rientranti in quelli disciplinati dal codice, purché «diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.»

Nel diritto dei privati (civile e commerciale) le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, possono concludere contratti innominati (atipici e misti), secondo una logica che parte dagli interessi delle parti individuali, per poi sfociare in un successivo consolidamento normativo (paradigmatica, sul punto, è l'esperienza dei contratti di distribuzione; per tutti: Pardolesi 1988).

Viceversa, nel diritto del lavoro la differenziazione tipologica dei rapporti di lavoro subordinato corre su un piano inverso rispetto ai contratti atipici di diritto civile; come ci ha insegnato un compianto Maestro la tecnica utilizzata non è quella «del *tipo naturale*, ma del *tipo imposto*, ossia dell'intervento dirigistico sul contratto attraverso la imputazione di effetti inderogabili e la sostituzione legale delle clausole difformi» (D'Antona 2000, 81).

Ciò non esclude, poi, che il legislatore, il quale ha arricchito, nel tempo, la «famiglia» dei contratti di lavoro flessibili o atipici, demandi all'autonomia delle parti individuali la possibilità di stabilire margini (più o meno) ampi di disciplina del rapporto di lavoro, ma all'interno di un quadro di riferimento disegnato dalla legge (si pensi, ad esempio, alla regolamentazione del lavoro a tempo parziale, contenuta ora nel d.lgs. n.81 del 2015, che apre un ampio spazio all'autonomia individuale).

Tale indicazione è del tutto coerente con la finalità protettiva della disciplina lavoristica, che richiede, anche qui, un intervento legislativo volto a disegnare i diversi «tipi» di contratti di lavoro subordinato, con la possibilità di calibrare anche i ruoli dell'autonomia collettiva e dell'autonomia individuale, anche se

⁶ Come osserva Giugni 1977, 115 ci troviamo dinanzi alla «sostanziale recezione della volontà collettiva espressa dall'ordinamento intersindacale.»

occorre registrare, dopo il *Job Act*, un'attenuazione della disciplina inderogabile, a fronte dell'espansione della capacità regolativa del contratto individuale⁷.

5. Il secondo versante dell'indagine ci presenta un'interazione tra diritto civile e diritto del lavoro, che può rintracciarsi nell'obbligo di sicurezza, alla cui stregua si impone al datore di lavoro di tutelare, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (art. 2087 c.c.).

Innanzitutto, e come pacificamente riconosciuto dagli interpreti, l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro, si colloca all'interno del perimetro della responsabilità contrattuale⁸ e ne segue gli sviluppi sul piano della ricostruzione sistematica, che, alla luce degli apporti della dottrina civilistica, mira, in via prioritaria, alla soddisfazione dell'interesse dedotto in obbligazione⁹ e rimane esclusa solo nel caso di impossibilità della prestazione derivante «da causa a lui non imputabile» (art. 1218 c.c.).

Ora l'obbligazione di sicurezza, come è stato puntualizzato da autorevole dottrina, impone al datore di lavoro di attenersi non solo alle fonti prevenzionistiche specifiche, ma anche, in loro assenza, ai criteri individuati dallo stesso art. 2087 c.c. (Montuschi 2006, 6). La norma del codice civile opera un rinvio alle specificità dell'ambiente di lavoro, alla predisposizione delle misure tecniche di cautela esistenti nello specifico settore produttivo, nonché all'«esperienza», per individuare le misure di contrasto di tutti i possibili rischi anche a fronte di una ricerca scientifica non avvalorata da soluzioni consolidate nello specifico settore.

Tale orientamento si salda con l'indicazione, ricorrente in giurisprudenza, che l'art. 2087 c.c. si caratterizza come una norma di «chiusura» dell'ordinamento antinfortunistico, estensibile a situazioni ed ipotesi non ancora espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione, tanto da includervi anche le misure di sicurezza c.d. *innominate*¹⁰.

A questo punto assistiamo alla dilatazione della responsabilità civile del datore di lavoro, alla cui stregua, infatti, si richiede al medesimo un comportamento particolarmente «diligente» ed avveduto; si possono richiamare, in tal senso, le complesse vicende del decesso di lavoratori a seguito dell'esposizione all'amianto, nonché dei lavoratori, i quali hanno contratto gravi patologie a seguito della prolungata esposizione alla sostanza tossica del c.d. uranio impoverito.

Se ci troviamo dinanzi, pur sempre, ad un obbligo di comportamento, i rigorosi limiti nei quali opera la prova liberatoria (*ex art. 1218 c.c.*) può far dire agli interpreti che siamo ad un passo dalla responsabilità oggettiva¹¹.

⁷ Cfr., per la c.d. «flessibilità assistita» in materia di mansioni, Santoro Passarelli 2018a, 164.

⁸ Vedi, per tutti, Montuschi 1989, 71 e 75; da ultimo Albi 2008, 149 e 159.

⁹ Si veda la lucida puntualizzazione di Scognamiglio 2010, 96 sg.; cfr. anche Corsaro 2003.

¹⁰ Tra le tante, in giurisprudenza, Cass. ord. 1 giugno 2020, n. 10404, *NGL*, 2020, 455; Cass. 15 luglio 2020, n. 15105, *ivi*, 2020, 569; Cass. 4 dicembre 2020, n. 27913, *ivi*, 2021, 176.

¹¹ V., in tal senso, Montuschi 2006, 9; cfr., anche Tullini 2007, 465 sg.

Ci collochiamo, pertanto, nel campo limitrofo, esplorato dalla dottrina civilistica, della responsabilità oggettiva¹², sul tema specifico della responsabilità extracontrattuale, a seguito delle trasformazioni economiche che hanno ampliato la sfera dei potenziali rischi, con la necessità di approntare conseguenti forme di tutela, come si rinviene in altri ambiti normativi (si pensi ai danni all'ambiente, alla salute, al consumatore).

L'apporto più fecondo della giurisprudenza civile in materia di responsabilità aquiliana si è realizzato con l'innesto, all'interno dell'art. 2087 c.c., di taglio precipuamente prevenzionistico, della tutela risarcitoria. Nello specifico la giurisprudenza riconosce che la violazione dell'art. 2087 c.c. consente al lavoratore di accedere a qualsiasi tipo di danno lamentato, in quanto l'ampia locuzione della norma del codice civile assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali¹³, con un particolare ampliamento alla tutela di danni non patrimoniali in ambito contrattuale¹⁴. In tal modo la giurisprudenza del lavoro si avvale degli apporti della giurisprudenza civile in materia di danno alla persona (danno biologico, morale ed esistenziale)¹⁵.

6. Un altro aspetto, nel quale riscontriamo un confronto tra diritto civile e diritto del lavoro, riguarda la tutela della riservatezza dell'individuo, che trova ora una disciplina generale, quella delineata dal Codice della *privacy* (d.lgs. n. 196 del 2003), alla luce del regolamento comunitario n. 679 del 2016, con riferimento al trattamento dei dati personali e, per il rapporto di lavoro, una regolamentazione specifica delineata dallo Statuto dei lavoratori.

Si tratta di due blocchi normativi che partono dai presupposti diversi del diritto civile e del diritto del lavoro. Nel trattamento dei dati personali dell'individuo si valorizza il consenso dello stesso e il «controllo» del medesimo sul trattamento e circolazione dei propri dati (che peraltro si rafforza in presenza di dati c.d. sensibili), mentre, con riferimento al lavoratore, l'irrelevanza del suo consenso porta il legislatore dello Statuto a disegnare una rete protettiva che si avvale di norme inderogabili, nonché, nei casi specifici dei controlli a distanza (art. 4 St. lav.) e delle perquisizioni personali (art. 6 St. lav.), della mediazione sindacale o amministrativa.

I due blocchi normativi si congiungono sul terreno dell'esercizio, da parte del datore di lavoro, del potere di controllo, il quale ora trova i suoi limiti non solo nella regolamentazione dello Statuto, ma anche, come un ulteriore «limite», nel rispetto dei principi contenuti nel Codice della *privacy*, con le incertezze interpretative che accompagnano normative scaturite in contesti diversi¹⁶.

¹² Per la teorizzazione della responsabilità oggettiva. Si veda per tutti, Trimarchi 1961; cfr. anche Comporti 2014.

¹³ Si veda Cass. sez., un., 24 marzo 2006, n. 6572, *FI*, 2006, I, c. 1544.

¹⁴ Si veda Cass. sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, *RIDL*, 2009, II, 465, con note di R. Scognamiglio e di R. Del Punta.

¹⁵ Cfr. anche Santoro Passarelli 2018a, 165; sul «dialogo» tra diritto civile e diritto del lavoro si inserisce la recente ricostruzione monografica di Biasi 2022.

¹⁶ Cfr., per tutti, Gragnoli 2010, 514.

Tuttavia l'attività interpretativa del Garante per il trattamento dei dati personali e l'esperienza applicativa della legge hanno favorito una «lettura integrata» dei due nuclei normativi¹⁷, che, in estrema sintesi, ora impone al datore di lavoro non solo di non conoscere e trattare dati personali afferenti a fatti estranei all'esecuzione della prestazione lavorativa, ma anche di veicolare il trattamento dei dati relativi alla disciplina del rapporto di lavoro (soprattutto di quelli c.d. sensibili), secondo i principi di correttezza, trasparenza, finalità, necessità, pertinenza ed adeguatezza (c. d. minimizzazione dei dati), individuati nell'art. 5 del regolamento comunitario del 2016.

Il circuito osmotico che si produce ora richiede al datore di lavoro uno sforzo ulteriore, anche sul piano culturale: quello di dotarsi di un regolamento di *policy* aziendale, che sia idoneo a contemperare le esigenze organizzative e produttive dell'impresa con la tutela della dignità e riservatezza dei lavoratori.

7. Come è noto le esigenze di tutela del lavoro «in tutte le forme ed applicazioni» (*ex art. 35, co. 1, della Costituzione*) viene a travalicare l'ambito del lavoro subordinato e, in tale contesto, si collocano, per un verso, l'iniziale disciplina assicurata dalla legge n. 81 del 2017 in materia di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale, nonché, per altro verso, la prima regolamentazione delle collaborazioni autonome realizzate attraverso l'utilizzo di piattaforme digitali (i c.d. *riders*), ai sensi della legge n. 128 del 2019. Si tratta allora di riscontrare l'esistenza di un «lavoro autonomo economicamente debole»¹⁸, sul quale possono allocarsi le istanze di tutela assicurate dal diritto del lavoro¹⁹.

Su questo terreno e sulla scia dell'orientamento giuslavoristico, che pone l'attenzione sulla tutela del lavoro, senza ulteriori aggettivazioni, sul presupposto della sussistenza della «debolezza contrattuale», si comincia a sviluppare un orientamento della dottrina privatistica, la quale valorizza il dato unificante dell'asimmetria di potere contrattuale al fine di giustificare la costruzione di un impianto di tutela, di taglio civilistico, volto ad individuare criteri di valutazione delle singole posizioni contrattuali (ad esempio all'interno della disciplina delle professioni intellettuali)²⁰.

Allo stesso modo, con riguardo allo stesso contratto d'opera, si valorizza il criterio della meritevolezza (*ex art 1322, co.2, c. c.*), da declinare come valido criterio rimediabile anche in relazione ai contratti tipici, al fine di entrare all'interno del programma negoziale, con le opportune correzioni delle regole pattizie

¹⁷ Paradigmatica, sul punto, è la ricostruzione di Ingraio 2018.

¹⁸ Per uno «statuto» del lavoro autonomo economicamente debole si veda, per tutti, Santoro Passarelli 2018b, 377 sgg.

¹⁹ Per una rassegna sistematica dei rapporti di lavoro diversi dal lavoro subordinato si veda sempre Santoro Passarelli 2022, 581 sgg.

²⁰ Si veda per tale prospettiva, Caroccia 2022, 1362, la quale propone la sostituzione della dicotomia cliente/professionista con il binomio parte forte/parte debole «da individuare volta per volta in base alle specifiche dinamiche contrattuali».

(anche sancendone, se necessario, l'invalidità), per riequilibrare le asimmetrie nel potere negoziale²¹.

8. Dai profili esaminati emerge un quadro complesso, che, se in alcuni ambiti può delineare un confronto tra la disciplina dei contratti di diritto civile e la fenomenologia delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro, in molti snodi delicati di quest'ultimo assistiamo ad un processo di interazione con le stesse categorie civilistiche (come, ad esempio, in materia di sicurezza, di tutela della riservatezza, nonché, ai fini del controllo degli stessi poteri datoriali, attraverso l'utilizzo delle clausole generali della buona fede e correttezza), nella constatazione, peraltro, come è stato limpidamente notato, che lo stesso diritto del lavoro, ormai permeato dai valori della tutela della dignità della persona, della solidarietà e della non discriminazione può, altresì, offrire un prezioso contributo per l'aggiornamento delle stesse categorie del diritto civile²².

Riferimenti bibliografici

- Albi, P. 2008. *Adempimento dell'obbligo di sicurezza*. Milano: Giuffrè.
- Biasi, M. 2022. *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*. Milano: Giuffrè.
- Caroccia, F. 2022. "Nuove povertà, vulnerabilità sociale e professioni intellettuali: fatti non foste a viver come poveri?" NGC. 6: 1356 sgg.
- Cervale, M. C. 2024. "Lavoro autonomo e contratto d'opera: modelli negoziali e contesti socio-economici." in *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso: Politiche, strumenti, proposte*, a cura di M. Brollo, M. Biasi, P. Lambertucci, C. Zoli in Collana Adapt, labour studies e-book series, n. 101/2024, 266 sgg. Modena: ADAPT University Press.
- Comporti, M. 2014. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Corsaro, L. 2003. *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè.
- D'Antona, M. 2000. "Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici." In *M. D'Antona, Opere*. Vol. I, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, 75 sgg. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2020. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, 27 sgg. Bologna: Il Mulino.
- Giugni, G. 1977. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milano: Giuffrè. (Ristampa 1977).
- Gragnoles, E. 2010. "Potere di controllo del datore di lavoro." In *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Diritto del lavoro, a cura di P. Lambertucci, 507 sgg. Milano: Giuffrè.
- Ingrao, A. 2018. *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*. Bari: Cacucci.

²¹ Si veda Cervale 2024, 285.

²² Si veda, per tale conclusione, Santoro Passarelli 2018a, 177.

- Montuschi, L. 1989. *Diritto della salute e organizzazione del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Montuschi, L. 2006. "La Corte costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro." ADL I: 3 sgg.
- Pardolesi, R. 1988. "Contratti di distribuzione." In *Enciclopedia del diritto*, vol. IX. Roma: EGT.
- Perulli, A. 2020. "I valori del diritto e il diritto come valore. Economia ed assiologia nel diritto del lavoro neo-moderno." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, 63 sgg. Bologna: Il Mulino.
- Santoro Passarelli, F. 1977. *Nozioni di diritto del lavoro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. (Ristampa 1977).
- Santoro Passarelli, G. (a cura di). 1992. *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*. Torino: Giappichelli.
- Santoro Passarelli, G. 2018a. "Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act." In *Realtà e forma nel diritto del lavoro III*: 161 sgg. Torino: Giappichelli.
- Santoro Passarelli, G. 2018b. "Lavoro autonomo." In G. Santoro Passarelli, *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, 315 sgg. Torino: Giappichelli.
- Santoro Passarelli, G. 2022. *Diritto dei lavori e dell'occupazione*. Torino: Giappichelli.
- Scognamiglio, R. 1976. *Diritto del lavoro*, Parte generale. Bari: Laterza.
- Scognamiglio, R. 1996. "La specialità del diritto del lavoro." In *Scritti giuridici*, vol. 2, Diritto del lavoro, 789 sgg. Padova: Cedam.
- Scognamiglio, R. 2005. *Manuale di diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.
- Scognamiglio, R. 2008. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Scognamiglio, R. 2010. "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale." In R. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, 94 sgg. Torino: Giappichelli.
- Trimarchi, P. 1961. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè.
- Tullini, P. 2007. "A rischio amianto?" RIDL I: 453 sgg.

A Meditation on Riccardo's *Minimal Remarks on the Concept of Work*

Brian Langille

In this brief paper, I offer a 'reading of' – a 'meditation upon' – Riccardo's very brief paper 'Minimal remarks on the concept of work'¹. It was the last paper he sent to me. I was in Nova Scotia, and it was mid-summer of 2021. My reply was my last substantive academic exchange with Riccardo. My reply was minimal. But Riccardo's paper never really offered 'minimal remarks». Brief, yes. But minimal? Riccardo? Never. Riccardo's remarks were always learned, rich, full, and provocative. In a word, 'wise'. The opposite of 'minimal'. Here I revisit and try to enlarge and improve upon my initial reading and minimal reply. Riccardo's paper is indeed brief – just over 1,000 words. This allows me to take an academic risk and offer my meditation interstitially. That is, my remarks are in the form of marginalia with my comments interspersed in his text. This has at least the advantage of letting you, the reader, see Riccardo's paper in full.

Riccardo's original paper is set out in full and in bold Italics like this – with my remarks interrupting his text, in this font.²

¹ Riccardo del Punta, 'Minimal Thoughts on the Concept of Work', (Labour Law Community) <www.labourlawcommunity.org/international-community/minimal-remarks-on-the-concept-of-work>

² And – all footnotes are mine.

Brian Langille, University of Toronto, Canada, brian.langille@utoronto.ca, 0000-0002-8310-3181

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Brian Langille, *A Meditation on Riccardo's Minimal Remarks on the Concept of Work*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.41, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 687-697, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

We start here:

The literature on the issue of defining the meaning and value of work highlights two main tendencies. Here Riccardo is drawing a large map of the current state of play, the ‘tendencies’ – to use his term – in the literature about work. He draws a borderline on his map – between writings pointing to the end of work, and writings exploring the expansion of work:

The first tendency is preconizing the end of the work-based society. The most important proposal, in this respect, is that of the Universal Basic Income. But to mention another even more radical one, there is the idea advanced by the Italian philosopher Maurizio Ferraris (‘Scienza nuova. Ontologia della trasformazione digitale»), on the basis of which the ‘work’ of the future should be considered the activity which each of us performs daily by uploading data on the web. According to Ferraris this activity should be remunerated through a ‘mobilization salary’.

The second tendency entails the widening of the definition of work, which means that, while work is in danger of being resized from the outside, at the same time it is trying to regain space by expanding conceptually. So, now we have two territories on Riccardo’s map clearly set out. But this last sentence is an interesting and complex one. Here the two tendencies (end of work vs. expansion of work) are ‘mapped onto’ another distinction – the distinction between external ‘real world’ forces in play (bearing upon, and leading to the end of, work), as opposed to work’s internal conceptual space (its ‘definition’) which opens the door to expansion of work.

Let me focus on this second trend. Here Riccardo drops, or appears to drop, the ‘end of work/external forces’ story – and moves to the ‘expansion of work/internal conceptual’ story. This prompts some thoughts and results in some large questions: What is the relationship between the empirical world of work, on the one hand, and our (legal) conceptual understanding of it, on the other? Is it possible to separate the internal and external worlds of work? Or are they joined together? Inevitably intertwined? Or is one ‘prior’? If so, how? These are rather important and difficult questions.³ It will become clear, as we read his ‘minimal remarks’, that Riccardo offers maximal answers.

These questions turn out to be not only very deep but also pressing and practical. Although perhaps not obvious at first blush, a lot depends on the answers we provide – including much-discussed issues about the ‘coverage’ or ‘scope’ of the law of work – and this is the ‘direction of travel’ of Riccardo’s paper.

We can start with some observations about law. Riccardo was both a labour lawyer and a sophisticated legal philosopher. I believe he would agree with the following observations.

In the world, as we find it, and have thought about it for some time, law has to do with legal systems within states which govern the relations between citizens,

³ I discuss some of them in Langille 2024. As we shall see, Riccardo does not drop the external story altogether – he returns to it in his explication of the history of thinking about the law of work.

as well as between citizens and their government,⁴ which reasonably comply with the demands of the rule of law. That is, the legal system is not a set of irrational and arbitrary demands backed simply by brute power but, rather, a human creation which demands and aspires to (and occasionally comes close to achieving at least in part) a fairly generated, knowable, general, rational, reasonably stable, impartially applied, set of structured and authoritative laws which respect, protect, and promote the equal liberty and dignity of all. In this view, law is inherently relational (Ripstein 2019, 15): It is about our relations with each other; it is about how we live together. For the law of work to be law, it must be part of this grand enterprise. And to be so, work law must have a knowable and rational legal structure governing what we, somehow, know is work.

Herein lies the first deep truth implicit, at this point in Riccardo's paper: The knowable and rational legal structure required to have a 'law of work' will not only need to make legal sense of what we already know is work but in so doing also tell us what work legally is. That is, how work is to be carved out as a legal subject matter and made sense of and described in legal terms. In other words, law will not only fit what work is, but also shape and create work.

Simon Deakin and Frank Wilkinson offer an exploration of these basic ideas in their very important book, *The Law of the Labour Market* (Deakin, Wilkinson 2005):

Legal concepts consist of abstract categories and formulations which make up the building blocks of legal discourse; as such they provide an epistemological frame of reference, a 'cognitive map' of social and economic relationships. (Deakin, Wilkinson 2005, 3)

It is certainly true that other 'cognitive maps' with their conceptual building blocks, been available to enable us to legally describe and capture the situations of workers in their relations with those with whom they interacted – feudal status relations, slavery, authoritarian/military, forced labour, relationships under the English Poor Laws, master and servant law, and so on. With the emergence of industrial societies and markets in labour (the emergence of wage labour), came the law of contract as the new and dominant legal account of many workers and those with whom they interacted. As Deakin and Wilkinson write, 'The idea of a 'labour market' implies not just competition and mobility of resources, but more specifically the institution of 'wage labour' and its legal expression, the contract of employment' (Deakin, Wilkinson 2005, 1).

This is the intellectual terrain Riccardo is traversing in his paper. He is about to unite the legal and the empirical – and to show how a certain morality, inherent in the legal, is the driver of changes in our legal/empirical cognitive maps.

Riccardo continues in his assessment of the second, expansionary/conceptual trend as follows: *It is true that labour law – taken as a cultural discourse – has never really tried to conceptualize work. But this happened simply because it did not need to*

⁴ And between governments of different states as well.

do so. In fact, labour law has been, since its origins, the law not of all workers, but of a specific category of worker, the employee of the industrial sector produced by the Industrial Revolution. The worker of Karl Marx, and before him, Adam Smith. This is a broad set of interlocking claims – one to which other scholars may take analytical exception, particularly in its reading of Marx (Perulli 2022, 305). But as a general description of the mindset of labour lawyers, at least in the Global North (*contra* Routh 2023, 177), it resonates deeply. Riccardo is displaying here a deep understanding of the cultural assumptions of labour lawyers – those things which go without saying simply because they are reflecting back the cognitive map which makes it currently possible to say anything at all about the law of work. As I read Riccardo, he is here not making a normative claim about what labour law should be – rather, he is offering an (accurate) empirical observation about the standard understanding shared by practitioners of the discipline. It is a familiar and dominant story about subordinate employees with identifiable employers, and all the rest. On this story, this cognitive map (which I have called elsewhere labour law’s ‘constituting narrative’; Langille 2006, 13) labour law’s empirical reach, its legal/conceptual framework, and its morality are all tied up in a very neat (and, again, familiar, dominant) package. The result of this is that, as Riccardo had just pointed out, the need for further theorizing of work was unnecessary simply because it had already happened. Without thinking about it.

But, in a sense, (does Riccardo mean ‘in a sense’ or ‘in truth’?) *the overlapping between labour law and the area of subordination* (note the ease with which the keyword ‘subordination’ is inserted here for the first time) *came from even further afar, that is – as Robert Heilbroner wrote in a beautiful paper titled ‘The Act of Work’ – from the original identification between work and submission.* The word ‘beautiful’ is a wonderful, unusual, and under-used, academic compliment. Thanks to Riccardo, I have tried to use it since, when warranted. And Riccardo was right – it is, typically of Heilbroner, a beautiful paper. One I had never heard of.⁵ Riccardo summarizes Heilbroner as follows

*Work, Heilbroner argues, was lacking in primitive societies where there were activities and struggles for survival, but not work as it later became known.*⁶

Work was a consequence of property which allowed a minority of people – including the free citizens of Athens and Rome – to restrict free access to natural resources and impose slave labour on others.

Even though work has broken free from the extreme forms of submission that characterized slavery and serfdom in the past, the structuring of work through a relationship of dominion and submission has also remained in the scenario of the first Industrial Revolution, to the point that Marx would have spoken of the proletariat

⁵ Perhaps because of its origins as a ‘key-note’ lecture to, later published as an ‘Occasional Paper’ by, the Library of Congress, see Heilbroner 1985. I wonder how Riccardo found it. Was he an old fan, as I am, of Heilbroner’s deep but very accessible work? It seems so.

⁶ See also Hart 1961, 89, making the parallel point about absence of law in such societies. Work and law emerged, and merged, at the same time.

as a 'modern slave'. This is the basic move which Heilbroner makes – 'Work is a consequence of property'. Of course, he was speaking as an economist, and was, and is now, not alone in making it. The ability to exclude others from resources (and thus the opening up of the legal space for inequality in, and of access to, resources) is an idea which lies at the centre of the legal idea of property (Essert 2024) and is also at the heart of the *economic* matter.

As Adam Smith put it:

It is not, however, difficult to foresee which of the two parties must, upon all ordinary occasions, have the advantage in the dispute, and force the other into a compliance with their terms. The masters, being fewer in number, can combine much more easily; and the law, besides, authorizes, or at least does not prohibit their combinations, while it prohibits those of the workmen. We have no acts of parliament against combining to lower the price of work; but many against combining to raise it. In all such disputes the masters can hold out much longer. A landlord, a farmer, a master manufacturer, a merchant, though they did not employ a single workman, could generally live a year or two upon the stocks which they have already acquired. Many workmen could not subsist a week, few could subsist a month, and scarce any a year without employment. In the long run the workman may be as necessary to his master as his master is to him; but the necessity is not so immediate. (Smith 1976, 74-75)

The important point Heilbroner makes – and Ricardo is bringing into view – is, now at least, also at the heart of the legal account of the role of property in the evolution of modern labour law. While Heilbroner was not a lawyer, he did understand the basic conceptual idea at the core of the private law of property. His economic account can now be seen as parallel to important legal writings which articulate a compelling legal (as opposed to a political/economic/social) story about the emergence of our modern public, largely statutory, law of work. So, as Essert wonderfully shows in his extended treatment of the relationship between the private and public law of property, one result of private property (not a chance or coincidental result – but one brought into the world and made possible by private property) is homelessness (Essert 2024). Homelessness is not possible without private property rights (to exclude others). Homelessness is an internal (to private law) and systematic problem: It is not caused by any particular private property owner legally excluding any particular other person from their property but, rather, a problem caused by the 'normal' and systemic operation of this (our) private law of property. CB MacPherson made this wonderful point in the labour law context in his forceful repudiation of Milton Friedman's defence of markets in labour (Macpherson 1968). Milton Friedman celebrated the freedom that contract made available to all workers because it guaranteed the freedom not to enter any particular contract (with any particular employer). MacPherson exposed this as a very clumsy and obvious sleight of hand. The workers' problem is not that they are forced to enter any particular employment contract with any particular employer; it is that they do have to enter an employment contract with some employer. A very sophisticated and nuanced version

of this line of thinking is, famously, to be found in GA Cohen's 'The Structure of Proletarian Unfreedom' (Cohen 1983). This is just the same problem that Es-sert's analysis of homelessness reveals. It is the systematic and 'standard' exercise of private law, in this case, contract rights in a world of private property, that is the source of our problem. To this woe, our public law responds.

Now comes Riccardo's critical move – from this point about the link between property and our idea of work – to the dominant but limited view of labour law, which he is bringing into view so that we can see what we need to do – abandon it. The concept of work we have been deploying without thought, driven, and made possible by the legal institution of 'property', is fundamental to our mental picture of the world of labour law – as well as the moral dilemma which is, as a result, seen to lie at the centre of and dominate labour law thinking.

Riccardo puts it this way: *This restricted the cognitive horizon of the rising labour law, whose core mission became that of compensating the inequality of power inherent in the employment relationship, which excluded from the scope of the discipline a number of work activities that could not be traced back to a relationship of dominion and submission. The most evident example is that of self-employed labour.* This is all very familiar (although expressed here in a very compact form.) This is labour law's 'constituting narrative' (Langille 2006). And in my view, and I believe in Riccardo's as well, this familiar narrative is labour law's biggest problem. (It's all about ameliorating power imbalances, made possible by the institution of private property, in the negotiation of contracts of employment.) This narrative is the object of Riccardo's concerns and critique. It is where these 'minimal remarks' arrive – with maximum speed and efficiency.

But look at what follows – a wonderful mental pirouette – to the idea that within the basic logic of bargaining about work in a world of private property, i.e., bargaining about the sale of your labour in conditions of inequality (as Smith described) has, contained within it, the seeds of a challenge, and of its own undoing:

In the meantime, however, the fact that labour was performed under a contract, even though only apparently free, introduced the dimension of freedom and equality into this relationship. An almost non-existent dimension at the beginning, but which has progressively broadened also thanks to the action of labour law, both legal and collective.

And look at what comes next: Riccardo makes a further double leap. He does not content himself with the usual observation that these ideas of freedom and equality must lead to concerns about the content of the contract of employment but goes further and insists that they undermine the very idea of limiting the values of freedom and equality to those who are lucky enough to have such a contract, i.e., employees. That is, these values inherent in our legal account of work also undermine current views of labour law's scope. This is an explosive idea. And Riccardo is saying that the explosive materials are baked into the familiar narrative which they will destroy. He writes:

This has produced long-term dynamics, which has highlighted, in the eyes of today, a contradiction in the dominant paradigm. This has to do with the growing awareness that limiting the scope of labour law to the employee is not acceptable, as

it contradicts the inspiring values of the discipline which require us to look at whatever work situation which is worthy of protection. This is a vital move – that our concerns about both the content and scope of our labour law sound in the same fundamental values. The ease with which he makes this assertion can only be understood by reading what follows – about the ideas of real human freedom (as articulated by Sen and Nussbaum) being the normative bedrock of our labour law. This, then, is a remarkable paragraph. But we need to read on, to where we can see Riccardo constructing his argument, but coming from the other direction. That is, not from the point of view of the inherent weakness of the standard view of both scope and content, but from the power of the fundamental normative values of freedom and equality themselves, which the idea of contract itself introduced, almost without notice, into the basic legal account of labour law.

For Riccardo, the undoing of the standard view, what he has just labelled ‘the contradiction in the dominant paradigm’ is an ‘inside job’ – the result of a Trojan Horse which already had entered the walls of the citadel of labour law. Once its contents are deployed, its impact is destructive of both the dominant paradigm’s account of labour law’s content and scope. And this is all in virtue of its own internal conceptual resources.

Recall where Riccardo started: with his two distinctions which he then mapped onto one another (external/real world + end of work, on the one hand, and the internal/conceptual + expansion of work, on the other). We are now approaching the payoff which flows from these insights. The melding of legal concepts and reality has consequences. Law brings its own, surprising for some, resources to the table.

Riccardo begins, in the next paragraph, with the expression of one the most beautiful of *cri de Coeur* for the future of labour law:

*The need thus emerges to eradicate the exclusive reference to the situations of subordination and get the concept of work back on its feet and centred around the person who works and his/her needs.*⁷ This is a beautiful bit of writing – the idea of getting the idea of work ‘back on its feet’ is simply wonderful. But, critically, the way the idea of work ‘stays on its feet’ is by finding its centre of gravity in ‘the person who works and his or her needs’.

We need to pause here and take stock of the vision of labour law Riccardo has seen, and is urging all of us to imagine, as labour law’s future. It is very powerful. It is very important. This is a deep version of an idea which is sometimes lightly bandied about in labour law circles of what has been called a human-centred labour law⁸. Riccardo aims to take that notion very seriously indeed. For Riccardo, at the core of labour law are human beings. (This reminds me of Polanyi’s insight – ‘labour’ is just a technical term for human beings; Polanyi 2001, 79).

⁷ (Emphasis added).

⁸ See e.g., *Work for a Brighter Future: Global Commission on the Future of Work* (Report of the Global Commission on the Future of Work, ILO 2019) <<https://digitallibrary.un.org/record/3827525?ln=en>> accessed 23 November 2023

Riccardo then begins his direct and substantial assault on the dominant understanding of labour law. Having used his Trojan Horse to breach the citadel he now unveils the full potential of the intellectual and normative resources which have been smuggled in and waiting to be revealed. He starts with a question and an answer: *But which features and needs of the person must be taken into consideration? In my view, the most complete and flexible instrument of knowledge to answer this question is the capability approach developed by A. Sen and M. Nussbaum*⁹.

Riccardo then offers a very compact account of their thinking: *Every person is looked at through this lens in relation to their welfare, but such welfare not only depends on possession of given resources, but essentially on the number and quality of capabilities allowing that person to achieve the sort of functioning they have reason to value*¹⁰. This is the basic normative move – to the Senian ideas of substantive human freedom and capabilities. And one which I along with Riccardo, endorse (Langille 2019, 122).

The purpose of regulatory action (I return to the significance of this phrase below) should therefore be that of promoting the greatest development of capabilities – or substantive freedoms – at work, in order to give the largest number of people the chance to live a meaningful work experience.

In this perspective, which is inspired by the value of impartiality strongly emphasised by Sen, all forms of work are important, simply because all people and all situations of deficiency of capabilities, at work as well as in other contexts, are important.

This premise tends to develop under several lines of reasoning, but which have in common the fact of entailing an expansion of the protective discipline. Here Riccardo returns to his opening words and to his map of the two dominant tendencies in current debates – the end of, or expansion of, work. We are now in a position to understand how expansion does and must occur. Riccardo shows what is at stake using concrete examples of the need for, and (sometimes) reality of, expansion beyond the standard understanding of the scope of labour law:

One of these lines descends from EU law, whose various definitions of worker tend to go beyond subordination in the strict sense. To give a small and very peculiar example, in Italy the honorary judges were not considered workers, but a decision of the EU Court of Justice has stated that the fact that these judges are defined as ‘honorary’ by law does not rule out that they are, first and foremost, workers, and as such, holders of rights.

Turning to another aspect, in this perspective, the extension of labour law to the area of self-dependent work is out of question. Here is a tricky point of reading – I take Riccardo to be saying that the extension which was impossible on the old view of subordination is now perfectly beyond questioning. That is a rather basic extension – but Riccardo goes further:

But in more general terms, focusing on the person who works leads to a concept of work that goes beyond those activities performed to earn a living. Of course, this kind

⁹ (Emphasis added).

¹⁰ (Emphasis added).

*of work is the norm, but other activities can be defined as work too, provided they fulfil a condition of social recognition.*¹¹ This is an interesting assertion – what does Riccardo mean? I am uncertain. He is seeking a way of understanding work as a sort of ‘activity’ – but is looking for a way of limiting or defining it – of carving it off from other ‘activities’, which might be closely related in some way, but are not work. Further, he seeks a dividing line which does not rest upon a distinction between those activities undertaken ‘to earn a living’, and those not. Some activities on the far side of that line are within, and some are out of, his zone of concern – ‘work’. Perhaps he has in mind other human activities involving exertion of talent and energy but which are not work (writing poetry for one’s own enjoyment?). He deploys the idea of ‘fulfil(ling) a condition of social recognition’ to draw his distinction and he provides a few examples of where this way of thinking and proceeding takes us:

For instance, voluntary work, which is performed for social solidarity, is undoubtedly work and must be treated as such.

The conditions of social recognition are certainly fulfilled by care work too, which has been conceptualised (by Nicole Busby, ‘A right to care? Unpaid Work in European Employment Law’) just on the basis of the capability approach.

Is this a useful way of proceeding? Or, is this to make an argumentative move we should avoid (an unnecessary methodological move about how to think about the scope of our labour laws)? I think Riccardo could have used more time at this stage – and a longer paper (which he was not writing). Here is the point I am after. (And how I wish Riccardo were still here to discuss it.) Above, I paused briefly to say I would return to Riccardo’s words ‘*the purpose of regulatory action*’. I need to do that now. The point I am after is that these words, especially the word ‘purpose’, are all we need, and where the action is, in finding the answers Riccardo here seeks. I think he seeks the answer in the wrong place – in the real world. I say we need to seek them not in the world, but in our law – in the purposes of our laws.

My point here is, perhaps, best seen as urging Riccardo to stick with his initial insight that the expansionary movement is a conceptual one, not an empirical one.

But Riccardo then writes as follows: *However, these remarks do not entail any automatic extension of traditional labour law to the other situations of work in a broad sense. Different forms of work require different protections, and therefore different regulatory techniques, which naturally involves the role of the State as well (e.g., as regards an eventual remuneration of care work).* Here I think Riccardo is much closer to the point I am making. We need to disaggregate the various parts of our labour law, with their various purposes, and see that there is no such thing as an ‘automatic’ extension of it. Scope of application and new extensions are the result of the rational application of our various labour law purposes to the world as find it. The causal arrow flows from the law to the world (Langille,

¹¹ (Emphasis added).

Mayer-Goodman 2023). Not the other way around. Seeing that is the key to an understanding of the scope of our labour laws.

Does this solve all of our problems? Of course not. But it clears our path of some serious intellectual obstacles which we ourselves had placed there.

Riccardo had it right:

The challenge for labour law is very demanding.

This is true. But, thanks to Riccardo, we now can see, in the world as we now find it, what the demanding challenges really are, and why. I close with the following thought. What Riccardo has accomplished is the opening of a door for labour law and labour lawyers to pass through. If and when they do so they will be in a position to fully understand labour law's role in a grand project, one which is familiar to Italians:

It is the duty of the Republic to remove those obstacles of an economic or social nature which constrain the freedom and equality of citizens, thereby impeding the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic and social organisation of the country¹².

I am not a scholar of the Italian Constitution. But I am a labour lawyer who believes, as did Riccardo, that Sen's ideas about human freedom offer a way forward to the construction of a broader and deeper law of work. I read these words as a constitutional endorsement of just this project. It is also beautifully (to echo Riccardo's use of that word) Senian in its articulation of the methodology the project requires – that of 'remov(ing) obstacles'. This is very much Sen's pragmatic way of proceeding. Sen's articulation of our overall goal, and his methodology, offer the best way of seeing, uniting, and advancing all of the purposes of the various elements of our labour law – health and safety, discrimination, freedom of association, and all the rest. What we can then see is a more coherent, more morally salient, and expanded law of work. That is the destination to which Riccardo has taken us in this remarkable, indeed beautiful, little paper.

References

- Cohen, G. A. 1983. "The Structure of Proletarian Unfreedom." *Philosophy & Public Affairs* 12, 1: 3 sgg.
- Deakin, S. F., Wilkinson, F. 2005. *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*. Oxford: Oxford University Press.
- Essert, C. 2024. *Property Law in the Society of Equals*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Heilbroner, R. L. 1985. *The Act of Work*. Washington: Library of Congress.
- Langille, B. 2006. "Labour Law's Back Pages." In *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, a cura di G. Davidov, B. Langille. Oxford: Hart Publishing.

¹² Art 3 Costituzione [Cost].

- Langille, B. 2019. "What is Labour Law? Implications of the Capability Approach." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille. Oxford: Oxford University Press.
- Langille, B. 2024. "The Contractual Lens." In *Oxford Handbook of the Law of Work*, a cura di G. Davidov, B. Langille, G. Lester. Oxford: Oxford University Press.
- Langille, B. A., Mayer-Goodman, B. 2023. "There is no such thing as an employee – or independent contractor, or worker, or employer, for that matter." Disponibile a: <https://ssrn.com/abstract=4587945> (23 November 2023).
- Macpherson, C. B. 1968. "Elegant Tombstones: A Note on Friedman's Freedom." *Canadian Journal of Political Science* 1, 1: 95 sgg.
- Perulli, A. 2022. "A Critique of Self-Employment." *European Labour Law Journal* 13.
- Polanyi, K. 2001. *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. Boston: Beacon Press.
- Ripstein, A. 2009. *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Routh, S. 2023. "Is the ILO a Legitimate Global Institution?" In *Social Justice and the World of Work: Possible Global Futures*, a cura di B. Langille, A. Trebilcock. Oxford: Hart Publishing.
- Smith, A. 1976. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Chicago: University of Chicago Press.

L'inquadramento e la formazione continua nel contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmecchanici

Andrea Lassandari

1. Riccardo Del Punta si è soffermato in molteplici occasioni, soprattutto negli anni più recenti, sulle profonde innovazioni, organizzative e tecnologiche, che hanno inevitabilmente coinvolto (anche) le modalità di prestare l'opera, nel contesto socio-economico e politico della c.d. «globalizzazione». Ciò è avvenuto attraverso un confronto con l'opera di Bruno Trentin, anche attorno al rapporto tra lavoro e libertà, nella fase successiva al fordismo/taylorismo; l'analisi dell'incidenza dei «modelli organizzativi di impresa» sul diritto del lavoro e del lavoro nella «quarta rivoluzione industriale»; la riflessione sulla funzione dei «diritti fondamentali», dei «diritti del lavoro» e finalmente del «diritto del lavoro», a fronte rispettivamente delle «trasformazioni del diritto del lavoro», della «economia digitale», della «grande trasformazione».

È sembrato allora possibile un dialogo «ideale» con questa importante parte della produzione scientifica di Riccardo, pubblicando negli Scritti a lui dedicati un approfondimento sulla disciplina del più recente accordo di rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro per l'industria metalmeccanica e della installazione di impianti, sottoscritto il 5 febbraio 2021, concernente il sistema di inquadramento professionale e la formazione continua¹. Attra-

¹ Il contributo è parte di un saggio, scritto assieme a Giulio Centamore, Federico Martelloni e Valeria Nuzzo, pubblicato sul n. 4/2023 del *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*.

verso la quale il Ccnl ha in effetti riservato importanza centrale alla professionalità dei lavoratori².

D'altra parte questa regolamentazione ha oggettivamente assunto un rilievo strategico, nella definizione stessa del complessivo accordo di rinnovo del 2021. Perché così è stata «sbloccata» pure la trattativa sulla retribuzione, permettendo agli incrementi salariali di andare oltre gli «scostamenti registrati nel tempo dall'indice dei prezzi al consumo armonizzato per i paesi membri della Comunità europea, depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati come calcolati dall'Istat», secondo quanto stabilito dal c.d. «patto della fabbrica», sottoscritto tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il 9 marzo 2018. Infatti sempre qui viene pure previsto che «il contratto collettivo nazionale di categoria, in ragione dei processi di trasformazione e o di innovazione organizzativa, potrà modificare il valore del TEM (trattamento economico minimo)»; mentre nel Ccnl corrispondentemente appunto si registra che «per la vigenza del presente contratto il TEM, oltre che per la dinamica dell'IPCA, è incrementato di una ulteriore componente in considerazione della rilevante innovazione organizzativa, determinata dalla riforma dell'inquadramento»³.

Occorre infine considerare che l'implementazione concreta delle clausole sugli inquadramenti come sulla formazione continua ha rilevanti connessioni, molte delle quali esplicite, con dinamiche di carattere partecipativo, nelle imprese, nonché con la contrattazione collettiva decentrata.

Si tratta di evoluzioni ed adeguamenti, attraverso cui il contratto collettivo nazionale di lavoro, posto oggettivamente in grande difficoltà, quanto allo svolgimento della sua storica funzione, proprio dalle indicate modificazioni di contesto, tenta di conservare importanza ed autorevolezza, di fronte a scenari che restano comunque assai complessi da gestire.

2. Il sistema di inquadramento professionale nel Ccnl dei lavoratori metalmeccanici muta dunque in modo assai rilevante i propri caratteri⁴. Dopo essere stato per circa mezzo secolo quasi immobile⁵, nonostante i notevolissimi cambiamenti intervenuti quanto all'evoluzione tecnologica, ai sistemi organizzativi, allo stesso ordinamento giuridico.

² Cfr. almeno Alessi 2004; Carabelli 2004; Minervini 1986; Napoli 2004. Vedi da ultimo Mattei 2023.

³ Così l'art. 5, del titolo IV, Sezione quarta, del Ccnl.

⁴ Cfr. Alvino et al. 2022; Barbieri 2023a; Carrieri 2021, XXI; Focareta 2023; Preteroti, Cairoli 2021; Maresca 2022; Tomassetti 2022, 194.

⁵ Cfr. sull'assetto originario, risalente al 1973, Bavaro, Sinopoli 2010. Vedi invece Alvino et al. 2022, 464, a proposito della successiva introduzione dei livelli 3 super, 5 super e 7. Quanto ai caratteri della contrattazione aziendale, sempre in materia di inquadramento professionale, nel settore metalmeccanico, si veda ancora Imberti, Moia 2020, nonché, con diverse valutazioni, Barbieri 2023a, 327 e Preteroti, Cairoli 2021, 144. Vedi più in generale Tomassetti 2022, 195 sgg.

Non è troppo complesso però comprenderne anche il perché, solo che si pensi all'importanza delle implicazioni e ricadute sulla disciplina del rapporto di lavoro che ne possono derivare; tali da far ritenere necessario maturasse quantomeno un clima di relazioni intersindacali idoneo, con superamento delle «scorie» lasciate dalla stagione non breve degli «accordi separati» (Bavaro et al. 2023, 20 sgg.).

Secondo l'art. 1 della sezione quarta (dedicata alla «Disciplina del rapporto individuale di lavoro»), titolo II (concernente la «Classificazione del personale e particolari tipologie di lavoratori»), del Ccnl, la cui rubrica reca «Classificazione dei lavoratori», il nuovo sistema di inquadramento «intende valorizzare il contributo atteso del lavoratore in termini di responsabilità ed autonomia proprie dei diversi ruoli aziendali attualizzando i contenuti di professionalità e la terminologia dell'attuale sistema di inquadramento».

La «responsabilità» ed «autonomia» dei prestatori di lavoro vengono quindi presentate come criteri fondanti il nuovo modello; precisandosi comunque che le medesime variano in connessione ai «diversi ruoli aziendali», innovativo riferimento in più casi individuato come vera e propria chiave di volta della regolamentazione⁶.

A proposito della responsabilità occorre tuttavia da subito segnalare come nel Ccnl convivano, non del tutto felicemente, sia la tradizionale «responsabilità gerarchico/funzionale» (così configurata nei nuovi «criteri di professionalità» come nel «glossario», di cui immediatamente si dirà) che una accezione più generica del termine, volta piuttosto a sottolineare un coinvolgimento del lavoratore «rispetto al risultato della propria prestazione lavorativa» (presente invece in altre disposizioni e soprattutto nelle nuove declaratorie delle posizioni più elevate)⁷.

La «classificazione» in ogni caso muta la propria struttura sotto i seguenti aspetti: i livelli di inquadramento si riducono a nove, mentre in precedenza erano dieci; le declaratorie di questi sono considerevolmente modificate, «sulla base dei seguenti criteri di professionalità: autonomia-responsabilità gerarchico/funzionale, competenza tecnico-specifica, competenze trasversali, polivalenza, polifunzionalità, miglioramento continuo ed innovazione correlati ai nuovi sistemi integrati di gestione» (ciascuno dei quali opportunamente definito, anche con esemplificazioni, in specifico «glossario»⁸); i nove livelli anco-

⁶ Vedi *infra* in questo paragrafo. Cfr. Alvino et al. 2022, 462, 468, 471; Faioli 2022, 118; Maresca 2022, 40 sgg.; Mattei 2023, 202 sgg.

⁷ Così Focareta 2023, 320 sgg., che comunque ritiene prevalente il primo significato. Tendono invece a valorizzare soprattutto la seconda accezione Alvino et al. 2022, 472 e Maresca 2022, 39 sgg. Il fatto che della responsabilità, come da ultimo intesa, si faccia menzione solo nelle declaratorie dei livelli più elevati, sembra però confermare la tesi per cui è la «responsabilità gerarchico/funzionale» a costituire elemento informatore dell'intero sistema di inquadramento.

⁸ Vedi l'art. 1.4. del titolo secondo. Cfr. Alvino et al. 2022, 477; Preteroti, Cairoli 2021, 150 sgg.

ra vengono «ricompresi in quattro campi di responsabilità di ruolo» (si tratta dei «ruoli operativi: livelli D1 e D2; ruoli tecnico specifici: livelli C1, C2 e C3; ruoli specialistici e gestionali: livelli B1, B2 e B3; ruoli di gestione del cambiamento e innovazione: livello A1»).

La scelta di eliminare la vecchia «categoria 1», con conseguente «riclassificazione» dei prestatori qui compresi nel livello D1, appare sotto più profili opportuna, considerata la tutela dei neo-assunti, per lo più di giovane età, che ne deriva; inoltre il fatto che in tal modo si innalzi il minimo retributivo assoluto garantito dal Ccnl⁹.

Le declaratorie – con i connessi «criteri di professionalità» – d'altra parte costituiscono il nucleo più importante del nuovo assetto.

Queste sono chiamate ad individuare, secondo l'art. 1.1., «le competenze, le relative intensità e le aree di autonomia e responsabilità» (che in tal modo tornano dunque ad essere menzionate) «distintive dei ruoli che afferiscono allo stesso livello di inquadramento selezionate e graduate in funzione del contesto aziendale».

Si precisa però immediatamente dopo che «i criteri di professionalità in cui sono articolate le declaratorie non sono necessariamente compresenti e concorrono tutti o in parte o con diverso peso, in funzione dello specifico contesto organizzativo e tecnologico che caratterizza l'impresa o la singola unità operativa/funzionale, tenendo conto dell'ampia articolazione su più comparti e varietà dimensionale del settore metalmeccanico e dell'installazione d'impianti». Clausola da cui sembra corretto dedurre che finisca con l'assumere allora al riguardo rilievo molto significativo – ed anzi centrale – lo «specifico contesto» d'impresa o unità produttiva¹⁰: e dunque le prassi applicative qui esistenti.

L'opzione è comprensibile, considerate le grandi differenze tra «stabilimenti» ed «attività» per cui in astratto opera – e che applicano – il Ccnl (cfr. Centamore 2023), al cospetto degli assai articolati «criteri di professionalità» oggi introdotti. Non tale certo però da facilitare la comprensione di quale sia il livello corretto di inquadramento per i singoli prestatori, come meglio verrà precisato.

D'altra parte la dialettica tra «declaratorie» e «contesto aziendale» risulta costante nel sistema ora definito. Ecco dunque di nuovo che secondo l'art. 1.2. «l'applicazione del sistema sarà basata sul riconoscimento e la valorizzazione delle capacità professionali dei lavoratori in base alle declaratorie professionali nell'ambito del contesto aziendale». Mentre nelle declaratorie stesse è costantemente presente «una parte comune e di base, che descrive le caratteristiche essenziali e le competenze comuni a tutti i ruoli di quel livello»; accanto però ad una «seconda parte che descrive possibili varianti aggiuntive o alternative».

⁹ Cfr. Focareta 2023, 311. I lavoratori coinvolti vedono in conseguenza riconosciuto un incremento retributivo di «oltre 150 euro in più, al lordo degli incrementi salariali disposti nel rinnovo»: così Preteroti, Cairolì 2021, 145.

¹⁰ Cfr. Alvino et al. 2022, 462, 468, 471, 475; Focareta 2023, 311 sgg. e 322 sgg.

esplicitamente appunto introdotte «in funzione dei contesti aziendali» (Mattei 2023, 205).

In prima battuta, in ogni caso, ai sensi dell'art. 1.3., recante «Norme transitorie», la «riclassificazione» dei lavoratori avviene nel rispetto di una specifica tabella di comparazione, che vede i lavoratori già inseriti nelle vecchie categorie 2, 3, 3S, 4, 5, 5S, 6, 7, 8 confluire rispettivamente ora nei livelli D1, D2, C1, C2, C3, B1, B2, B3, A1 (si veda Alvino et al. 2022, 476).

Ebbene per comprendere la differenza di impostazione tra sistemi di inquadramento può essere utile paragonare la declaratoria di uno dei nuovi livelli con quella della pregressa categoria corrispondente, secondo la clausola contrattuale subito sopra considerata, che si riportano entrambe in nota¹¹. Emerge in tal modo come le nuove descrizioni dei livelli registrino ed individuino una complessità di conoscenze, attitudini e capacità che vanno ben oltre i canoni utilizzati in passato, storicamente concentrati sulla «competenza tecnica, autonomia ope-

¹¹ Esemplificativamente si considera il livello C3 del nuovo sistema di inquadramento, secondo cui «Appartengono a questo livello: i lavoratori che hanno responsabilità sullo svolgimento ed i risultati di specifiche attività produttive, tecniche, amministrative o di servizio con le opportune autonomie di iniziativa nell'ambito delle previsioni aziendali a fronte della variabilità dei processi. Nell'ambito di tale autonomia di iniziativa, in base alle definizioni organizzative guidano e controllano gruppi o squadre articolate di altri lavoratori con eventuale interfaccia verso altre unità e funzioni. Possiedono complete ed articolate competenze delle tecnologie e delle discipline specifiche che permettono di affrontare autonomamente operazioni e lavori completi e di elevata difficoltà, anche non ricorrenti, ed effettuano diagnosi e definiscono metodi e strumenti nell'ambito di direttive generali, con l'utilizzo di dispositivi ed applicazioni digitali, specialistiche e complesse non predeterminate. Svolgono con autonomo contributo di diagnosi ed analisi, adattamento, manutenzione e regolazione di sistemi complessi, comunicando gli avanzamenti operativi, le anomalie e le soluzioni identificate nei modi adeguati anche utilizzando strumenti di comunicazione, reperimento dell'informazione ed elaborazione digitale. In funzione dei contesti aziendali coordinano le attività con definizione delle priorità operative a fronte delle esigenze di clienti e fornitori, anche esterni, con adeguato utilizzo della lingua straniera in uso. Operano su una famiglia di processi con elevata consapevolezza interdisciplinare ed in interazione con altre funzioni aziendali e con i clienti e fornitori esterni. Tali lavoratori guidano iniziative o attività riferite ai sistemi di miglioramento assicurando la scelta ed il corretto utilizzo delle metodologie nell'ambito delle direttive generali». Questo viene appunto accostato alla categoria 5 della pregressa classificazione, secondo cui, menzionando soli i primi tre «alinea» della declaratoria: «Appartengono a questa categoria: – i lavoratori che, oltre a possedere tutte le caratteristiche indicate nel primo alinea della declaratoria della 4° categoria, compiono, con maggiore autonomia esecutiva e con l'apporto di particolare e personale competenza operazioni su apparati o attrezzature complessi, che presuppongono la conoscenza della tecnologia specifica del lavoro e del funzionamento degli apparati stessi, – i lavoratori che senza possedere i requisiti di cui all'alinea seguente, guidano e controllano con apporto di adeguata competenza tecnico-pratica un gruppo di altri lavoratori, esercitando un certo potere di iniziativa per la condotta ed i risultati delle lavorazioni, – i lavoratori che, con specifica collaborazione, svolgono attività amministrative o tecniche caratterizzate da adeguata autonomia operativa, nei limiti dei principi, norme e procedure valevoli per il campo di attività in cui operano, e che richiedono un diploma di scuole medie superiori o corrispondente conoscenza ed esperienza». Vedi sul pregresso sistema di inquadramento Bavaro, Sinopoli 2010, 314 sgg.

rativa e ... responsabilità gerarchica»¹². Così venendo edificato un sistema ben più in grado di tener conto delle profonde innovazioni di carattere tecnologico ed organizzativo intervenute.

Anche però di estrema complessità. Infatti il Ccnl rivolge notevole attenzione alla concreta e corretta applicazione della nuova «classificazione»¹³. Con la individuazione innanzitutto, all'articolo 1.5., di una «Esemplificazione di famiglie professionali aggregate per aree funzionali», che «potranno essere poi declinate in figure professionali articolate su diversi livelli contrattuali, in funzione degli effettivi contenuti di ruolo e dei contesti aziendali sulla base delle declaratorie generali»: tra le «famiglie professionali», per formulare un esempio, l'«addetto macchine a controllo numerico» o anche il «saldatore», nell'area funzionale «produzione logistica». Inoltre e soprattutto con una «Esemplificazione di profili professionali» – collocata all'art. 10 del titolo II; volta ad individuare «esempi guida» utili alla Commissione nazionale per l'inquadramento professionale, «per definire gli ulteriori profili professionali» – distinta in relazione alle medesime aree funzionali di cui all'art. 1.5., la quale mostra appunto quale debba essere il corretto inquadramento, ad es. nell'ambito sempre della famiglia professionale dell'«addetto macchine a controllo numerico», alla luce dei caratteri, nelle tabelle analiticamente descritti, di ciascuno dei sei «criteri di professionalità»¹⁴.

Esempi che rendono in ogni caso evidente come «lo stesso profilo professionale», in applicazione dei nuovi «criteri di professionalità», possa oggi ben essere collocato in molteplici livelli¹⁵.

Senza però dimenticare che l'operazione deve sempre avvenire – viene precisato ora nella «Nota metodologica delle esemplificazioni di profili professionali», di cui all'art. 1.6. – «in funzione dei contesti aziendali».

Per quel che riguarda invece il «ruolo», novità assoluta per il Ccnl dei metalmeccanici¹⁶, credo sia corretto ribadire quanto già da altri osservato: cioè che per un verso il termine viene utilizzato, nell'art. 1, al posto di «qualifiche e mansioni», così comunque il Ccnl cercando di descrivere in modo più adeguato compiti oggi con sempre maggiore frequenza richiesti ai prestatori; sotto altro profilo invece che «la ricomprensione in uno dei campi di responsabilità e ruolo ... è solo una conseguenza automatica» della classificazione nei diversi livelli (Focareta 2023, 310). Senza nulla togliere alle «aperture», connesse soprat-

¹² Così Alvino et al. 2022, 461. Vedi pure Focareta 2023, 314.

¹³ Cfr. Alvino et al. 2022, 471 e 477; Focareta 2023, 319.

¹⁴ Si suppone in questo modo che le espressioni «figura» e «profilo» professionale siano nel Ccnl impiegati come sinonimi. Sulla Commissione nazionale per l'inquadramento professionale vedi *infra* la nota 24. Cfr. Laforgia, Coppola 2023, 414.

¹⁵ Cfr. Focareta 2023, 319; Laforgia, Coppola 2013, 415; Preteroti, Cairoli 2021, 147 e 155. Vedi pure la nota 22.

¹⁶ Quanto invece alle innovative soluzioni introdotte più recentemente in Ccnl diversi dal metalmeccanico cfr. Alvino et al. 2022, 469; Focareta 2023, 306 sgg. e 310; Mattei 2023, 203; Tomassetti 2023, 194 sgg. Sui processi organizzativi che conducono a tale esito vedi Alvino et al. 2022, 463 sgg.

tutto ad elaborazioni della «sociologia organizzativa», che l'impiego di questo concetto rivela (cfr. Focareta 2023, 308), non sembrerebbe in effetti semplice (se non possibile), almeno ad una prima lettura, attribuire al medesimo rilievo, quando ad effetti generati sulla disciplina del rapporto¹⁷.

Il sistema così configurato si completa infine con la costituzione di una Commissione nazionale sull'inquadramento professionale, ai sensi dell'art. 10 sempre del titolo secondo, con compiti innanzitutto di monitoraggio della concreta applicazione delle nuove disposizioni. Alla Commissione è richiesto di realizzare «una raccolta di profili professionali rilevanti», come già visto; proporre però anche «alle parti stipulanti aggiornamenti dell'esemplificazione delle figure professionali e progressioni nei livelli di professionalità»; ancora «fornire valutazioni ed indirizzi qualora si verificano contenziosi sull'applicazione del nuovo sistema di inquadramento»; infine «governare» «sperimentazioni di interventi» definiti di «adattamento inquadramentale»¹⁸.

Si tratta di iniziative che, ai sensi dell'art. 2, devono «essere condivise in sede aziendale con la Rsu d'intesa con le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti» e nello stesso tempo progettate «nell'ambito dei principi di riferimento comune individuati dal Ccnl» nonché di «linee guida» individuate appunto dalla nominata Commissione. La quale è poi pure chiamata a monitorare queste sperimentazioni ed «elaborare valutazioni e proposte» sulla base delle stesse.

Fermo però restando – è stato correttamente sottolineato in dottrina – che «le iniziative sperimentali non potranno sovvertire il sistema di classificazione generale»¹⁹.

Le importanti novità introdotte inducono infine le parti stipulanti a sostituire il regime di sotto-inquadramento già presente per il contratto di apprendistato professionalizzante «con quello basato sulle percentuali che saranno pari all'85%, 90%, 95% della retribuzione del livello di inquadramento dei tre periodi di eguale durata previsti»²⁰.

In questo contesto la mansione, punto di riferimento centrale per l'individuazione dei contenuti dell'obbligo ricadente sui lavoratori già nel codice civile²¹, comunque non scompare. Ciò non accade secondo la regolamentazione del Ccnl, visto che – se il nuovo art. 1 «espelle» la antica nozione – alle mansioni continuano a fare esplicito riferimento i successivi artt. 3-7 del titolo secondo. Soprattutto non può giuridicamente e logicamente avvenire, perché da un elemento concernente i caratteri fattuali della prestazione svolta dal lavoratore, in adempimento degli obblighi stabiliti dal contratto individuale – denominata

¹⁷ Vedi però *infra* la nota 56.

¹⁸ Cfr. Faioli 2022, 119; Laforgia, Coppola 2023, 412.

¹⁹ Così Alvino et al. 2022, 478 sgg. Cfr. pure Barbieri 2023a, 325 nonché Focareta 2023, 323.

²⁰ Così l'accordo di rinnovo. Vedi poi l'art. 8 della «Disciplina dell'apprendistato professionalizzante nell'industria metalmeccanica e nella installazione di impianti», contenuta sempre nel Ccnl, su cui si veda D'Onghia, 2023b, 862 sgg.

²¹ Cfr. Giugni 1963 e Scognamiglio 1983. Si veda pure, più recentemente, Bettini 2014; Ferluga 2012; Faioli 2018.

«mansione» o «ruolo» o in altro modo poco in definitiva interessa – occorrerà evidentemente partire, per comprendere quali siano, in conseguenza, il corretto livello e conseguente «campo di responsabilità e ruolo» di appartenenza.

Si tratterà però a questo punto di una mansione ben più articolata e ricca di contenuti professionali, rispetto a quanto in precedenza avvenuto; la cui corretta descrizione solo il livello e collegato «campo di responsabilità e ruolo» sono in grado di realizzare. Perché si può essere appunto ad es. un saldatore dei «ruoli operativi» ma anche dei «ruoli tecnico specifici» e finanche dei «ruoli specialistici e gestionale»²². Con una significativa differenza anche di retribuzione evidentemente.

Il Ccnl non conferisce invece significativo rilievo alle «categorie legali» di cui all'art. 2095 c.c., pur tornate ad esercitare una qualche funzione, come ben noto, grazie all'evoluzione della normativa di legge come della regolamentazione di alcuni contratti collettivi²³.

L'art. 1.1. del Ccnl si cimenta, probabilmente a causa di queste novità, con la questione della definizione delle categorie di operaio e impiegato, senza tuttavia particolare sforzo, originalità ed efficacia. Ecco dunque che allo scopo «si considera la prevalenza di attività manuale o operativa nell'esercizio del ruolo, indipendentemente dal livello di inquadramento». Fermo quest'ultimo elemento, figlio dell'«inquadramento unico» già introdotto nel lontano 1973²⁴, non sembrano in tal modo però emergere elementi utili a distinguere le due «categorie», al cospetto delle formidabili innovazioni tecnologiche ed organizzative intervenute, più volte ricordate²⁵.

3. L'accordo di rinnovo contrattuale dedica pure grande attenzione all'obiettivo di «aggiornare, perfezionare o sviluppare conoscenze e competenze professionali» dei prestatori di lavoro. A partire – si precisa nell'articolo 7 sempre della sezione quarta, ora titolo VI (dedicato ad «Assenze, permessi e tutele»), del Ccnl – «da una campagna diffusa di recupero del gap sulle competenze digitali, in stretta connessione con l'innovazione tecnologica e organizzativa del processo produttivo e del lavoro e di sensibilizzazione sui temi ambientali e della economia circolare».

²² Questo emerge in modo molto chiaro – per l'insieme delle famiglie professionali e non solo per il saldatore, qui considerato in via esemplificativa – secondo lo schema contenuto nell'accordo di rinnovo, recante «esemplificazione delle figure professionali e articolazione dei livelli di professionalità». Cfr. pure la nota 15.

²³ Sul rilievo della «categoria legale» nel nuovo testo dell'art. 2013 c.c., cfr. da ultimo Gramano 2022, 100 sgg. e Mattei 2023, 59 sgg. Quanto invece alle distinzioni tra impiegati ed operai nella regolamentazione normativa della malattia, tornate ad emergere dopo i contratti collettivi sottoscritti dalla Fiat nel 2010, cfr. Balletti 2011. Sulla progressiva perdita di importanza, nel settore metalmeccanico, delle mansioni operaie, a vantaggio di quelle impiegate, in connessione alle evoluzioni di carattere organizzativo e tecnologico, cfr. Alvino et al. 2022, 467.

²⁴ Prima delle novità introdotte dal Ccnl del 2021 tuttavia la professionalità di impiegati e operai era descritta «con paragrafi diversi indicati col termine tecnico 'alinea'». Mentre solamente ora risulta possibile per gli operai accedere ai livelli di inquadramento più elevati. Cfr. Alvino et al. 2022, rispettivamente 463 e 469.

²⁵ Vedi pure Focareta 2023, 312 sgg. e Mattei 2023, 205.

Ebbene è stabilito che ciò fondamentalemente avvenga attraverso lo strumento della formazione continua, da analizzare prima di tutto in connessione al rinnovato sistema di inquadramento; anche però come strumento volto a rafforzare le possibilità di diverso impiego del prestatore²⁶.

L'articolo 7 in effetti già prevedeva un «diritto soggettivo» dei lavoratori a tempo indeterminato a fruire di «percorsi di formazione continua della durata di 24 ore pro-capite ... nell'arco di un triennio», introdotto in occasione del rinnovo del 2016²⁷.

Oggi il diritto viene innanzitutto esteso pure ai prestatori assunti con contratto a tempo determinato, «laddove la durata del contratto sia compatibile e comunque non inferiore a nove mesi»²⁸. Accanto a questo aspetto però c'è un sensibile rafforzamento della disciplina concernente l'istituto, visibile attraverso le numerose integrazioni inserite nell'articolo 7; l'introduzione dell'articolo 6, recante «Formazione professionale», nella sezione prima (dedicata al «Sistema di relazioni sindacali»); soprattutto i caratteri della regolamentazione stessa, frutto di scelte che sembrano consapevoli e coerenti.

Sul presupposto allora che la formazione continua – quale «strumento fondamentale per la valorizzazione delle persone e per l'indispensabile incremento della competitività dell'impresa» – costituisca un «valore condiviso la cui realizzazione rappresenta un impegno partecipativo», nell'articolo 6 viene intanto prefigurato un sistema assai articolato di commissioni paritetiche, specificamente rivolte alla formazione professionale, operanti al livello nazionale, territoriale ed aziendale²⁹. Secondo il quale la «Commissione nazionale per la formazione professionale e l'apprendistato», in raccordo con il fondo interprofessionale Fondimpresa³⁰, ha compiti di promozione di «azioni di sistema finalizzate alla formazione» di chi è impegnato nella organizzazione (anche) della formazione continua³¹; di valutazione, «anche al fine di un loro aggiornamento», dei criteri

²⁶ Vedi Alvino et al. 2022, 462, 471, 484; Ciucciovino 2022, 96 sgg.; Di Noia 2023; Faioli 2022, 115; Focareta 2023, 316; Maresca 2021, 372; Martelloni, Nuzzo 2023, 79 sgg.; Mostarda 2021; Tomassetti 2022, 205; Treu 2021, 65 e 2022, 5 sgg.

²⁷ Cfr. Bavaro 2017, 734. Vedi pure Mattei 2023, 115 sgg.

²⁸ Vedi Di Noia 2023, 666.

²⁹ Vedi Martelloni, Nuzzo 2023, 79 sgg. Sull'intervento già realizzato nel Ccnl del 2016, si veda invece Bavaro 2017, 729 sgg.

³⁰ Nell'accordo di rinnovo viene fatto riferimento pure alla attivazione di «altri canali di finanziamento». Cfr. Mostarda 2021, 127. Fondimpresa è un fondo paritetico interprofessionale per la formazione continua dei lavoratori, nato con l'accordo interconfederale del 18 gennaio 2002, sottoscritto da Cgil, Cisl, Uil e Confindustria. Vedi pure la nota 34.

³¹ Vengono in particolare innanzitutto menzionate le «parti sociali, anche relativamente all'analisi del fabbisogno, promozione e monitoraggio della formazione continua dei lavoratori»; quindi «d'intesa con le Commissioni territoriali, ... i componenti del Comitato consultivo di partecipazione», da costituire ai sensi dell'art. 3, «sezione prima», «nelle aziende che occupano complessivamente più di 1000 dipendenti e con almeno una unità produttiva con più di 500 dipendenti»: cfr. Martelloni, Nuzzo 2023, 76 sgg.; ancora i «componenti dei comitati di pilotaggio indicati negli accordi di condivisione dei piani formativi settoriali».

e delle «procedure di condivisione dei piani settoriali»; di individuazione delle «specifiche esigenze formative del settore metalmeccanico ... analizzando in particolare i dati dei piani settoriali».

Le «Commissioni territoriali per la formazione professionale e l'apprendistato» – formate «da massimo sei rappresentanti per ciascuno dei due gruppi di sindacati stipulanti»; che è stabilito si riuniscano «di norma trimestralmente o su richiesta di una delle parti» – sono invece chiamate a monitorare la normativa vigente (con particolare riferimento a «quella emanata a livello territoriale, al fine, tra l'altro, di cogliere tempestivamente tutte le opportunità di volta in volta consentite dal sistema formativo e scolastico»); «individuare congiuntamente le specifiche esigenze formative del settore metalmeccanico»³²; promuovere «aree tematiche», per orientare imprese e lavoratori «alla definizione di piani formativi», accanto ad iniziative formative sperimentali in materia ambientale e di sicurezza nonché «a favore delle fasce deboli e delle donne» (anche in connessione al «rientro dalla maternità»).

Le «Commissioni aziendali per la formazione professionale» infine – da costituire, «su richiesta di una delle parti, nelle aziende che occupano almeno cinquecento dipendenti ... presso una stessa unità produttiva», limite in precedenza invece fissato a mille lavoratori³³; «formate da non più di tre componenti», in rappresentanza della direzione e della Rsu – devono esaminare «le specifiche esigenze» e «segnalare i fabbisogni formativi» emergenti nell'impresa; «valutare la realizzabilità ... di progetti formativi per i lavoratori»; «contribuire a diffondere, in accordo con l'azienda, la conoscenza tra i lavoratori delle iniziative di formazione continua offerte dal territorio», «verificare a consuntivo il numero di iniziative di formazione realizzate».

Nell'art. 6 d'altra parte è pure contenuta l'importante novità rappresentata dal «Referente per la formazione professionale», che la Rsu «potrà individuare al proprio interno ... nelle unità produttive con oltre trecento dipendenti». Si tratta di una figura descritta come specialistica «dell'azienda sulla materia»; con «potere di firma per i piani condivisi, in coerenza con le norme previste per il funzionamento di Fondimpresa e dei fondi interprofessionali per la formazione»³⁴; cui l'azienda deve consentire «la frequenza di corsi formativi inerenti al ruolo» (sempre finanziati da Fondimpresa).

Mentre in una «dichiarazione comune» finale, ad ulteriore testimonianza della dimensione «partecipativa» legata all'istituto, le parti condividono appunto «l'esigenza di rafforzare ed accrescere le reti di collaborazione tra il mondo della formazione» (anche scolastica) «e quello del lavoro»; dichiarano di «sostenere l'alternanza scuola lavoro», con attenzione al fatto che questa

³² Grazie a «rilevazioni *ad hoc* predisposte sul territorio ... dalle aziende e da progetti interaziendali, ovvero da *Academy* aziendali presenti sul territorio, università, *Competence center* e centri di formazione».

³³ Vedi Alvino et al. 2022, 485; Martelloni, Nuzzo 2023, 79.

³⁴ Sui fondi paritetici interprofessionali cfr. Ciucciovino 2012, 79 sgg.

«possa ... definirsi un'esperienza di qualità»; si propongono di diffondere «la conoscenza dei percorsi post diploma ITS (Istituti tecnici superiori)» e monitorarli; precisano di sostenere e promuovere l'apprendistato professionalizzante «quale canale privilegiato di accesso al lavoro» come anche «l'apprendistato duale (cioè di primo e terzo livello) quale strumento di formazione che combina il percorso di istruzione con un contratto di lavoro», indubbiamente «ancora poco sviluppato»³⁵.

Viene formalizzato in tal modo un reticolo di vincoli di gestione condivisa, rispetto a fasi ed elementi fondamentali per l'organizzazione delle attività, almeno nelle imprese ed unità produttive dove operano le menzionate «Commissioni aziendali», a partire dalla «formazione dei formatori»; dalla preventiva verifica dei bisogni formativi; dalla diffusione presso i lavoratori, con particolare attenzione ai «più deboli» sul mercato, delle informazioni sulle iniziative formative; dal monitoraggio di queste ultime.

D'altra parte nell'articolo 7 della sezione quarta – ribadita «l'importanza dell'analisi del fabbisogno formativo, tenuto conto anche del bilancio delle competenze acquisite ... sulla cui base sarà elaborato il relativo piano formativo» – per un verso sono definiti in modo più compiuto i caratteri del diritto soggettivo già introdotto; sotto altro profilo vengono precisati importanti elementi di processo e contenuti della formazione continua da erogare.

A proposito del diritto alla formazione continua, accanto alla importante ricordata estensione a parte dei lavoratori assunti a tempo determinato, si stabilisce allora oggi che «alla fine del secondo anno del triennio ai lavoratori per i quali – in virtù della formazione già effettuata o programmata nel terzo anno – non risultino utilizzate le 24 ore previste, saranno riconosciute quelle mancanti per partecipare a iniziative di formazione continua»³⁶. Mentre «è previsto il trascinarsi di sei mesi nel triennio successivo delle ore non fruite». Con decadenza del diritto al termine di questo periodo, salvo le ore «non siano state fruite per esigenze tecnico-organizzative, compreso il superamento della percentuale massima complessiva di assenza contemporanea» che sempre il Ccnl individua.

Il testo infatti dispone che «i lavoratori che contemporaneamente potranno assentarsi per partecipare alle iniziative formative ... salvo diversa intesa aziendale ... saranno di norma il 3% complessivo della forza occupata nell'unità produttiva, coerentemente con le esigenze tecnico-organizzative» (con arrotondamento all'unità superiore degli eventuali valori frazionari, nelle aziende fino a 200 dipendenti; vedi Di Noia, 2023 667 sgg.).

³⁵ Cfr. Martelloni, Nuzzo 2023, 83. Sull'apprendistato si veda D'Onghia 2023a, 2023b, 2023c.

³⁶ Viene pure stabilito che «al fine della fruizione del diritto soggettivo, durante il terzo anno del triennio, il lavoratore farà richiesta scritta entro dieci giorni lavorativi prima dell'inizio dell'attività formativa alla quale intende partecipare, producendo, su richiesta dell'azienda, la documentazione necessaria all'esercizio del diritto soggettivo di cui al presente articolo». Vedi pure Alvino et al. 2022, 485; Di Noia 2023, 666.

Non è però stato indicato entro quando, nel caso previsto da ultimo, il prestatore potrebbe fruire del diritto, ipotizzandosi in dottrina che ciò debba avvenire «nell'arco del triennio successivo» (Di Noia 2023, 667).

Viene disposto comunque ancora che in via transitoria, ai lavoratori «che in tutto o in parte non abbiano fruito delle 24 ore di formazione di competenza del triennio 2017-2019» è concessa la possibilità di fruirne entro il 31 dicembre 2021.

Appare infine importante la previsione, secondo cui «i lavoratori di rientro da un'assenza continuativa pari o superiore a sei mesi, ridotti a cinque mesi nel caso di assenza per congedo di maternità, potranno esercitare il diritto ... a partire dalla data di rientro in attività ovvero prioritariamente saranno inseriti, laddove coerente con la professionalità del lavoratore, in piani aziendali già programmati».

Per quel che concerne invece le caratteristiche delle iniziative formative, il Ccnl sottolinea, in termini generali, che la fondamentale analisi del fabbisogno formativo «si inserisce all'interno di un processo ciclico, nel quale assumono rilevanza sia la pianificazione della formazione, al fine di valorizzare tutte le modalità di apprendimento, sia il monitoraggio dello stato di attuazione dell'azione formativa intrapresa, per il quale risulta strategica la registrazione della formazione effettuata». Mentre sono nello stesso tempo individuate e riportate in dettagliate tabelle sia le «aree tematiche da considerarsi prioritarie», che alcune «esemplificazioni di percorsi formativi ... al fine di orientare le aziende e i lavoratori».

Inoltre si affida a specifico «protocollo di regolamentazione tra le parti» la predisposizione di «strategici» servizi per formazione, «al fine di agevolare l'organizzazione della formazione, la pianificazione e la registrazione della stessa», nell'ambito di un lungo elenco di «macro aree»³⁷; i quali risultano «finanziati, nell'attuale vigenza contrattuale [...] con un contributo aziendale *una tantum* pari a 1,50 euro per dipendente [...] gestito dalla Commissione nazionale».

I «percorsi di formazione continua», oggetto del diritto dei lavoratori, secondo il Ccnl sono d'altra parte frutto di «progetti aziendali con il coinvolgimento della Rsu»³⁸ ovvero si inseriscono in «progetti territoriali o settoriali, realizzabili secondo le seguenti modalità: aula, corsi interni o esterni all'azienda; autoap-

³⁷ Si tratta delle seguenti: «creazione di una Piattaforma nazionale per l'industria metalmeccanica e dell'installazione di impianti con particolare attenzione alle peculiarità delle pmi; pianificazione e registrazione della formazione mediante tecnologia *Block chain*; offerta di pillole formative; piani di rafforzamento delle competenze digitali; formazione su competenze trasversali *ad hoc* per apprendisti; supporto alla realizzazione di percorsi di alternanza scuola lavoro; definizione di nuovi criteri e modalità di condivisione dei piani formativi settoriali multi-regionali da presentare a Fondimpresa». Il Protocollo è poi stato sottoscritto, con la costituzione di «MetApprendo», nella forma giuridica di associazione non riconosciuta, gestita da rappresentanti di tutte le organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl, e contemporanea creazione di una omonima «piattaforma digitale per la programmazione, realizzazione e registrazione delle attività formative». Così Di Noia 2023, 669. Vedi in particolare Ciucciovino 2022, 90 sgg. e Faioli 2022, 116. Cfr. pure Martelloni, Nuzzo 2023, 82; Mostarda 2021, 127.

³⁸ Cfr. Ciucciovino 2022, 89 e Faioli 2022, 116.

prendimento con FAD; *e-learning*; partecipazione a convegni-seminari, *workshop* interni o esterni all'azienda; *coaching*; *action learning*; affiancamento; *training on the job*», con esplicita esclusione della «formazione in materia di sicurezza»³⁹.

Mentre si sottolinea che il diritto soggettivo «sarà esigibile per iniziative formative impiegabili nel contesto lavorativo dell'azienda, sulle quali l'azienda, d'intesa con la Rsu ove presente, ha dato informazione ai lavoratori o, in subordine, per partecipare a iniziative formative finalizzate all'acquisizione di competenze trasversali, linguistiche, digitali, tecniche o gestionali». Con individuazione pure dei soggetti legittimati a realizzare le iniziative formative: cioè enti riconosciuti dal Ministero del lavoro⁴⁰ nonché accreditati dai sistemi regionali di formazione professionale, con specifica certificazione di qualità; Università pubbliche e private, oltre a Fondazioni Its e Istituti tecnici; infine l'azienda stessa⁴¹. Le attività formative svolte devono poi essere «debitamente documentate dall'ente erogatore o dall'azienda e saranno registrate in applicazione della normativa vigente» (Ciucciiovino 2022, 93 sgg.).

Queste infine sono finanziate dall'azienda «anche integrando le risorse pubbliche e private a disposizione ... fino a un massimo di 300 euro»: sul datore di lavoro in effetti oggi ricadono integralmente gli oneri economici connessi, anche quanto alla «retribuzione per le ore destinate alla formazione»⁴².

In ogni caso l'attuazione di quanto previsto dall'art. 7 deve essere «oggetto di informativa alla Rsu e alle Commissioni territoriali». Con coinvolgimento dei medesimi soggetti pure a fronte di «eventuali divergenze circa l'osservanza delle condizioni specificate dal presente articolo»: le quali infatti «saranno oggetto di esame congiunto tra la Direzione e la Rsu. Nel caso in cui permangano divergenze [...] la risoluzione viene demandata – in unico grado – alla decisione della Commissione territoriale [...] ovvero delle parti competenti in sede territoriale. La decisione viene assunta all'unanimità entro venti giorni dalla data di ricevimento della istanza»⁴³.

In tal modo viene dunque effettuato uno sforzo molto significativo per favorire la diffusione di iniziative formative nei luoghi di lavoro e la partecipazione ad esse del numero più vasto possibile di lavoratori. Anche se l'operazione, considerata di nuovo la forte eterogeneità dei contesti produttivi di riferimento, è tutt'altro che semplice.

Risultano non del tutto tranquillizzanti, per la qualità dell'offerta formativa, i riferimenti all'«affiancamento» ed allo stesso «*training on the job*», accompagnati dalla legittimazione dell'«azienda» – senza alcun criterio selettivo, a quel che pare – come soggetto erogatore delle iniziative formative⁴⁴.

³⁹ Vedi Ciucciiovino 2022, 88 e Di Noia 2023, 663 sgg.

⁴⁰ Ai sensi dell'articolo 1 della legge 40/87.

⁴¹ Sul ruolo attribuito agli Istituti tecnici superiori cfr., in particolare Di. Noia 2023, 665.

⁴² Vedi Ciucciiovino, 2022, 84; Di Noia, 2023, 668.

⁴³ Vedi Di Noia 2023, 670; Faioli 2022, 116; Martelloni, Nuzzo 2023, 82.

⁴⁴ Cfr. Ciucciiovino 2022, 86. Vedi pure Di Noia 2023, 664.

Non sono però neanche pochi i contesti imprenditoriali in Italia, dove è realistico immaginare occorra un forte sforzo di sensibilizzazione, quanto all'applicazione di queste clausole: per cui dunque rappresenta un ragionevole obiettivo, nel breve e medio periodo, anche solo la presa di coscienza dell'importanza dell'obiettivo formativo⁴⁵. Ebbene in tali ambiti è difficile immaginare si possa subito procedere molto oltre l'«affiancamento» ad es.

4. Nel nuovo sistema di inquadramento contrattuale, come già sottolineato, «i criteri di professionalità in cui sono articolate le declaratorie non sono necessariamente compresenti e concorrono tutti o in parte o con diverso peso, in funzione dello specifico contesto organizzativo e tecnologico che caratterizza l'impresa o la singola unità operativa/funzionale». Si osservava in precedenza che se la soluzione ha comprensibili giustificazioni, non rende però semplice applicare le nuove regole: in tal modo risulta in effetti non esattamente determinata la premessa maggiore del sillogismo, in cui si risolve (anche) l'operazione di riconduzione al livello di appartenenza. Salvo non risolvere integralmente – e dunque identificare – la medesima nelle prassi esistenti presso le imprese o unità produttive, che costituiscono evidentemente riflesso dello «specifico contesto organizzativo e tecnologico» qui esistente⁴⁶. A loro volta comunque non sempre né così facilmente e incontrovertibilmente ricostruibili.

A proposito della nuova disciplina sul sistema di inquadramento, più questioni in effetti sembrano emergere.

Ci si chiede allora innanzitutto se la dimensione organizzativo-tecnologica dell'impresa o unità produttiva – nel panorama nazionale, in non pochi casi, assai meno evoluta di quanto non risulti il modello preso a riferimento per l'introduzione delle descritte novità⁴⁷ – possa legittimamente condurre alla eliminazione di gran parte o addirittura della totalità delle medesime. Fino eventualmente a tornare al vecchio «sistema» di inquadramento; salvì ovviamente i nove (invece che dieci) livelli, la loro diversa denominazione, ancora il riferimento a «ruoli», a questo punto però ben poco significativo.

La risposta mi pare debba essere negativa. Perché il testo contrattuale, pur tenendo conto delle diversificate realtà imprenditoriali esistenti, sembra consentire alle imprese di «sterilizzare» eventualmente alcuni dei nuovi criteri di professionalità, non la maggioranza o addirittura tutti essi. In linea peraltro con i limiti che le stesse sperimentazioni di «adattamento inquadramentale», da condividere ora con le Rsu e le organizzazioni sindacali territoriali, incontrano⁴⁸.

⁴⁵ Alvino et al. 2022, 465, sostengono in effetti che circa il 70% delle imprese metalmeccaniche «continua a competere con i vecchi modelli di business centrati sui costi, sugli standard e sulla 'via bassa'». Vedi pure Tomassetti 2022, 203 sgg.

⁴⁶ Così, a quel che pare, Alvino et al. 2022, 480 sgg.

⁴⁷ Vedi la nota 45. Cfr. pure Tomassetti 2022, 201.

⁴⁸ Vedi la nota 19.

D'altra parte nelle declaratorie, come già detto, è stata inserita, per tutti i livelli, una parte operante «in funzione dei contesti aziendali»: e plausibilmente solo in relazione ad essa sarà possibile intervenire nelle singole imprese.

Ne deriva allora la necessità, per molte di queste, di adeguare la propria organizzazione e/o arricchire le tecnologie impiegate. Altrimenti presentandosi una situazione di sacrificio della professionalità dei prestatori, che oggi non sembra consentita dalla disciplina del Ccnl⁴⁹.

Va da sé peraltro che sarebbe opportuno le modificazioni introdotte nei luoghi di lavoro, a proposito appunto dei criteri di professionalità, fossero individuate e, per così dire, registrate da contratti collettivi aziendali, per evidenti ragioni di certezza del diritto. Mentre non vi è dubbio, più in generale, sul fatto che la contrattazione aziendale e/o la «dimensione partecipativa o propriamente bilaterale» siano fortemente sollecitate, proprio alla luce del rilievo attribuito ai distinti contesti d'impresa, dalla nuova disciplina sugli inquadramenti come sulla formazione continua (cfr. Focareta 2023, 323 sgg.).

Non sembra però che l'intervento del contratto aziendale sia imposto dal Ccnl: non secondo la lettera del testo; tantomeno se si considera come le imprese per cui risulterebbe più complesso dare integrale applicazione alle clausole sul sistema di inquadramento, siano anche quelle dove plausibilmente è meno frequente la stipulazione di contratti collettivi aziendali (e la stessa presenza di Rsu o Rsa). Ragion per cui occorrerà in concreto verificare quali criteri di professionalità siano nei diversi contesti applicati: operazione appunto tutt'altro che semplice.

Se invece le potenzialità presenti nella nuova disciplina sull'inquadramento vengono pienamente sfruttate – nel senso che i nuovi «criteri di professionalità» assumono tutti o in gran parte importanza anche nella descrizione del «*facere* [...] convenuto al momento dell'assunzione» (Alvino et al. 2022, 483) – è corretto il rilievo secondo cui l'obbligazione ricadente sul prestatore di lavoro si dilati (cfr. Focareta 2023, 315 sg.). Allo stesso modo però deve svilupparsi la protezione della connessa professionalità.

Non fino al punto da sovvertire la regola per cui «l'inquadramento del lavoratore comunque avviene non già per le competenze/abilità che egli possiede, cioè per le sue qualità soggettive e potenzialmente utilizzabili, bensì per quelle richieste ed in concreto espresse nell'esercizio della responsabilità del ruolo attribuitagli»⁵⁰. Anche se occorre sottolineare come, con i nuovi «criteri di professionalità», risulti ben più difficile distinguere queste due situazioni, usualmente ben separabili: proprio perché non è facile immaginare che «i requisiti di professionalità relazionali o attitudinali [...] laddove posseduti dal singolo addetto, non siano sempre e comunque 'agiti'»⁵¹.

⁴⁹ Alvino et al. 2022, 472, parlano di «indirizzo e proposta, quasi con una funzione pedagogica». Si ritiene tuttavia che dal sistema introdotto emerga qualche cosa di più prescrittivo di un mero 'indirizzo' o addirittura 'proposta'.

⁵⁰ Così Alvino et al. 2022, 474 e Maresca 2022, 42.

⁵¹ Cfr. Focareta 2023, 317 sgg. Vedi pure Mattei 2023, 206 sgg.

Risulta però in ogni caso corretto ricostruire la professionalità richiesta, come anche tutelata, del prestatore di lavoro, in stretta connessione ai «criteri» previsti dal Ccnl, se operanti in un determinato contesto produttivo. Mentre lo *ius variandi* del datore di lavoro esattamente da tale assetto deve muovere, ora nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 3 (sempre sezione quarta, titolo II), recante appunto «Passaggio temporaneo di mansioni».

L'articolo risulta identico a quello già presente nel Ccnl del 2008 (allora art. 2) (cfr. Lozito 2010, 329), salvo per la parte dedicata ai lavoratori siderurgici, ai commi 5-7, oggi eliminata (Barbieri 2023b, 329). Inoltre per una integrazione del centrale comma primo, ove viene stabilito che «il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti al livello superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti, in coerenza con i criteri di professionalità di riferimento, alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione». Si tratta appunto dell'inciso «in coerenza con i criteri di professionalità di riferimento», a proposito della adibizione a «mansioni equivalenti».

Resta dunque fermo nel Ccnl quel riferimento alla «equivalenza», come ben noto invece eliminato, nel 2015, dal testo dell'art. 2103 c.c.⁵². Salvo il dividersi, da parte degli interpreti, sul significato da attribuire ad esso, proprio alla luce della precisazione «in coerenza con i criteri di professionalità di riferimento».

Secondo una determinata lettura quest'ultima consentirebbe al datore di adibire il prestatore a tutte le mansioni del medesimo livello: ciascuno «dei nove livelli di inquadramento delineati dal sistema di classificazione adottato dal Ccnl [...] infatti costituisce un contenitore di ruoli che le parti stipulanti hanno voluto equiparare ai fini dell'inquadramento e, per la proprietà transitiva fissata dall'art. 2103, c. 1, c.c., anche dello *ius variandi*» (Alvino et al. 2022, 481). In tal modo la disciplina del Ccnl replicherebbe dunque perfettamente la normativa di legge.

Altri invece ha criticato l'opinione ora indicata, anche osservando che se il Ccnl avesse voluto uniformare la propria disciplina a quella legale, lo avrebbe esplicitamente stabilito⁵³. Ed in effetti non sarebbe esente da aspetti quantomeno tortuosi la tecnica utilizzata, se l'intenzione fosse stata davvero quella di riproporre, *sic et simpliciter*, il disposto normativo.

Chi scrive ritiene corretto confrontarsi con entrambi gli elementi presenti nel testo: e cioè ricostruire il concetto di «equivalenza», a partire appunto dal rilievo assunto dai criteri di professionalità introdotti dal Ccnl⁵⁴. Con una verifica in concreto.

Di conseguenze se, in ipotesi, la mansione (o, se si preferisce, il ruolo, secondo l'art. 1) cui il lavoratore risultava adibito mostrava complessità (quanto al

⁵² Cfr. Brollo 2016; Gargiulo 2016; Garilli 2016; Pisani 2016; Zoli 2015. Vedi da ultimo Gramano 2022.

⁵³ Cfr. Barbieri 2023, 331. Vedi pure Focareta 2023, 312.

⁵⁴ Cfr. pure, se bene si è compreso, Mattei 2023, 206 sgg.

criterio delle «competenza»), implicava responsabilità di budget (in relazione al criterio di «autonomia-responsabilità gerarchico/funzionale»), prevedeva il coordinamento di lavori di gruppo (a proposito del criterio delle «competenze trasversali») e contribuiva all'implementazione delle soluzioni tecniche (secondo il criterio del «miglioramento continuo»), anche la nuova mansione – in armonia con la lettera come anche la *ratio* del testo oggi introdotto – deve garantire identiche o analoghe espressioni di professionalità. Né può essere sostenuto – proprio alla luce delle notevolissime variabili emergenti nei singoli contesti produttivi; dell'importanza inoltre riconosciuta pure ai requisiti di professionalità relazionali e attitudinali, se agiti – che tutte le mansioni o i ruoli inseriti nel medesimo livello abbiano, per definizione, caratteristiche identiche o analoghe a quella attribuita al momento della assunzione (o successivamente).

Mentre pure l'obbligo di formazione ricadente sul datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2103 c.c., nel momento in cui esercita lo *ius variandi*, sembra poter essere rispettato con modalità ben più semplici ed idonee di quanto in generale non accada, alla luce delle previsioni sulla formazione continua già descritte. Il mancato adempimento esponendo dunque il datore in modo più significativo.

Il declassamento in conseguenza d'altra parte si verifica, nel sistema prefigurato dal Ccnl, quando la nuova mansione sacrifica la professionalità del lavoratore, anche in relazione ad uno solo dei criteri già in concreto rilevanti, rispetto alle mansioni svolte in precedenza.

Ai sensi dell'art. 3 tuttavia questo non viene ora regolato ed anzi neanche nominato. Poiché tale assetto è stato confermato dal Ccnl pure dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 2013 c.c., se ne è convincentemente dedotto che le fattispecie di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 2103 c.c. non sarebbero operative, presso le imprese che applicano il Ccnl⁵⁵.

Ove si ritenga tuttavia che a questo esito il silenzio del Ccnl sul tema non permetta di far giungere, sembra possibile affermare il divieto di declassamento, sempre nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 2103 c.c., se la nuova mansione appartiene a «campo di responsabilità di ruolo» differente. È noto come questo sia stabilito dalla legge, a proposito della categoria legale. Appare tuttavia sostenibile, in via interpretativa, che la disposizione preclusiva debba essere estesa pure al «ruolo», considerato il ben più pregnante significato che al medesimo viene riconosciuto dal Ccnl⁵⁶.

La nuova mansione attribuita dovrà infine essere considerata superiore, secondo il Ccnl, solo se per tutti i «criteri di professionalità» che assumono rilievo nello specifico contesto produttivo l'esito sia raggiunto. Anche a proposito della regolamentazione di tale aspetto, in ogni caso, le previsioni del Ccnl risultano migliorative di quelle legali⁵⁷.

⁵⁵ Così Barbieri 2023, 332. Vedi pure Focareta 2023, 314.

⁵⁶ Vedipure la nota 17.

⁵⁷ Cfr. Barbieri 2023, 332 sgg. e Preteroti, Cairoli 2021, 143.

Riferimenti bibliografici

- Alessi, C. 2004. *Professionalità e contratto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Alvino, I. et al. 2022. "Ccnl metalmeccanici 2021: il rinnovamento compiuto ... alla prova dell'applicazione." *DLRI*, 457 sgg.
- Balletti, E. 2011. "Assenteismo." In Carinci F., a cura di, *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*. Milano: Ipsoa. Gruppo Wolters Kluwer.
- Barbieri, M. 2023a. "Iniziative sperimentali." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 325 sgg.
- Barbieri, M. 2023b. "Passaggio temporaneo di mansioni." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 329 sgg.
- Bavaro, V. 2017. "Il contratto nazionale dei metalmeccanici 2016: una prospettiva sulle relazioni industriali italiane." *DLRI*, 729 sgg.
- Bavaro, V. 2023a. "Premessa." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 20 sgg.
- Bavaro, V. et al. (a cura di). 2023b. *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, Roma: Futura.
- Bavaro, V., Sinopoli, F. 2010. "Classificazione dei lavoratori." In Garofalo M. G., Roccella M., a cura di, *Commentario al contratto collettivo di lavoro dei metalmeccanici*. Bari: Cacucci, 289 sgg.
- Bettini, M. N. 2014. *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*. Torino: Giappichelli.
- Brollo, M. 2016. "Lo jus variandi." In Carinci F., a cura di, *Jobs Act: un primo bilancio*. Adapt, ebook series, n. 54, 226 sgg.
- Carabelli, U. 2004. "Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo." *DLRI*, 1 sgg.
- Carrieri, M. 2021. "Il contratto collettivo nazionale come laboratorio delle relazioni industriali." In Zilio Grandi, G. (a cura di). *Commentario al Ccnl metalmeccanici 5 febbraio 2021*. Torino: Giappichelli, XXI sgg.
- Centamore, G. 2023. "Campo di applicazione." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 38 sgg.
- Ciucciovino, S. 2012. *Apprendimento e tutela del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Ciucciovino, S. 2022. "La formazione continua nel settore metalmeccanico: dal diritto soggettivo alla formazione a sistema dell'apprendimento permanente." In Treu T., a cura di, *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*. Torino: Giappichelli, 83 sgg.
- D'Onghia, M. 2023a. "Apprendistato." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 846 sgg.
- D'Onghia, M. 2023b. "Disciplina dell'apprendistato professionalizzante nell'industria metalmeccanica e nella installazione di impianti." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 846 sgg.
- D'Onghia, M. 2023c. "Disciplina dell'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di

- specializzazione tecnica superiore. Disciplina dell'apprendistato di alta formazione e ricerca." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 874 sgg.
- Di Noia, F. 2023. "Formazione continua." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 662 sgg.
- Faioli, M. 2018). *Mansioni e macchina intelligente*. Torino: Giappichelli.
- Faioli, M. 2022. "Istituzioni paritetiche e procedimenti partecipativi nella contrattazione collettiva dei meccanici." In Treu T., a cura di, *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*. Torino: Giappichelli, 111 sgg.
- Ferluga, L. 2012. *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*. Milano: Giuffrè.
- Focareta, F. 2023. "Classificazione dei lavoratori." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 305 sgg.
- Gargiulo, U. 2015. "Lo jus variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ." *RGL*, I, 619 sgg.
- Garilli, A. 2016. "La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro." *DLRI*, 129 sgg.
- Garofalo, M.G., Roccella, M. (a cura di). 2010. *Commentario al contratto collettivo di lavoro dei metalmeccanici*. Bari: Cacucci.
- Giugni, G. 1963. *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*. Napoli: Jovene.
- Gramano, E. 2022. *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*. Milano: Angeli.
- Imberti, L., Moia, S. 2020. "Ccnl metalmeccanici 2016 e contrattazione aziendale un tentativo di tipizzazione." *DLRI*, p. 471.
- La Forgia, S., Coppola, F. 2023. "Commissione nazionale sull'inquadramento professionale." In Bavaro V., Focareta, F., Lassandari, A., Scarpelli, F. (a cura di). *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 412 sgg.
- Lozito, M. 2010. "Passaggio temporaneo di mansioni." In Garofalo M. G., Roccella M., a cura di, *Commentario al contratto collettivo di lavoro dei metalmeccanici*. Bari: Cacucci, 329 sgg.
- Maresca A. 2022. "Il nuovo sistema di classificazione: valori ispiratori e tecniche applicative." In Treu T., a cura di, *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*. Torino: Giappichelli, 37 sgg.
- Maresca, A. 2021. "Il Contratto collettivo nazionale di categoria dei meccanici: profili normativi." In Aa.Vv., *Dalla prima alla quarta rivoluzione industriale. Storia delle relazioni industriali dei metalmeccanici*. Milano: Rcs OpenLab, 334 sgg.
- Martelloni, F., Nuzzo, V. 2023. "Commento a Sezione prima, artt. 1-7." In Bavaro V., Focareta F., Lassandari A., Scarpelli F., a cura di, *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Roma: Futura, 70 sgg.
- Mattei, A. 2023. *Categorie dei prestatori di lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Minervini, A. 1986. *La professionalità del lavoratore nell'impresa*. Padova: Cedam.
- Mostarda, A. 2021. "Formazione professionale." In Zilio Grandi G., a cura di, *Commentario al Ccnl metalmeccanici 5 febbraio 2021*. Torino: Giappichelli, 123 sgg.
- Napoli, M. (a cura di). 2004. *La professionalità*. Milano: Vita e Pensiero.
- Pisani, C. 1996. *La modifica delle mansioni*. Milano: Angeli.
- Preteroti, A., Cairolì, S. 2021. "Il nuovo inquadramento professionale nell'industria metalmeccanica 4.0." In Zilio Grandi G., a cura di, *Commentario al Ccnl metalmeccanici 5 febbraio 2021*. Torino: Giappichelli, 141 sgg.

- Scognamiglio, R. 1983. "Mansioni e qualifiche dei lavoratori." *Nuov. Dig. App.*, IV. Torino: Utet, 1101 sgg.
- Tomassetti, P. 2022. "Competenze e formazione nei sistemi d'inquadramento di nuova generazione." *RGL*, I, 191 sgg.
- Treu, T. 2021. "Un'analisi storica delle relazioni industriali nel settore metalmeccanico." In Aa.Vv., *Dalla prima alla quarta rivoluzione industriale. Storia delle relazioni industriali dei metalmeccanici*. Milano: Rcs OpenLab, 25 sgg.
- Treu, T. 2022. "Introduzione." In Treu T., a cura di, *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*. Torino: Giappichelli, 1 sgg.
- Treu, T., a cura di 2022. *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*. Torino: Giappichelli.
- Zilio Grandi, G., a cura di 2021. *Commentario al Ccnl metalmeccanici 5 febbraio 2021*. Torino: Giappichelli.
- Zoli, C. 2015. "La disciplina delle mansioni." In Fiorillo L, Perulli A. a cura di (2015), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*. Torino: Giappichelli, 333 sgg.

Considerazioni di tipo sistematico in tema di salute e sicurezza sul lavoro: a proposito di un saggio (e non solo) di Riccardo Del Punta

Chiara Lazzari

1. Il personale debito culturale verso Riccardo Del Punta

Quando, ormai molti anni orsono, lessi il contributo di Riccardo Del Punta, dal titolo *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, pubblicato nel volume sul d.lgs. n. 626/1994 curato da Luigi Montuschi ed edito da Giapichelli nel 1997, al di là della ricchezza dei contenuti e del rigore dell'esegesi, due furono le suggestioni, di più ampio respiro sistematico, che mi colpirono in modo particolare: da un lato, l'idea di concepire in termini di funzionalizzazione il potere direttivo datoriale (Del Punta 1997, 182-83) e quello disciplinare (Del Punta 1997, 165, nota 4), entrambi esercitati in vista dell'apprestamento di un'organizzazione del lavoro sicura; dall'altro, l'intuizione di collocare gli obblighi gravanti sul lavoratore in materia di salute e sicurezza nell'ambito della ricostruzione teorica del contratto di lavoro come contratto di organizzazione (Del Punta 1997, 172-73, 184).

Sicché, riflettendo io già da un po', sotto la guida di Paolo Pascucci, sull'opportunità di far dialogare il «micro-sistema» del diritto della salute e sicurezza sul lavoro con il «sistema giuslavoristico» generale, a partire dalla figura del datore di lavoro riguardata alla luce delle innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 81/2008, trovai nelle pagine di Riccardo Del Punta la conferma della bontà della pista di ricerca che mi accingevo a intraprendere. Fu così che, alcuni anni dopo, vide la luce la mia seconda monografia *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, edita da Franco Angeli nel 2015, ed è, pertanto, in re-

Chiara Lazzari, University of Urbino Carlo Bo, Italy, chiara.lazzari@uniurb.it, 0000-0001-7375-0476

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Chiara Lazzari, *Considerazioni di tipo sistematico in tema di salute e sicurezza sul lavoro: a proposito di un saggio (e non solo) di Riccardo Del Punta*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.43, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 719-733, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

lazione ai profili ricordati che tenterò qui di riprendere il dialogo a distanza con il pensiero di Riccardo Del Punta, pur nella consapevolezza che il lascito culturale dello scritto citato va ben oltre.

Si pensi solo all'auspicio, ivi formulato (Del Punta 1997, 188), di una maggiore valorizzazione giurisprudenziale, sotto il profilo del concorso di colpa, delle novità recate dal d.lgs. n. 626/1994 in materia di obblighi del lavoratore e diritti d'informazione e formazione a questi collegati. Di esso, infatti, si rinviene traccia, per un verso, nelle aperture più recenti della giurisprudenza in tema di principio di autoresponsabilità del lavoratore, con relativizzazione del connesso obbligo di vigilanza datoriale (Lazzari 2022, 10 sgg.); e, per l'altro, nei tentativi dottrinali di trasferire le acquisizioni concernenti il nuovo ruolo attribuito al prestatore, «chiamato, ufficialmente e compiutamente, ad uscire dalla sua inerzia di titolare del credito di sicurezza [...] ed a farsi *soggetto* della sicurezza individuale e collettiva» (Del Punta 1997, 157, corsivo dell'A.), proprio sul piano del concorso di colpa del medesimo nella causazione dell'evento lesivo, riconsiderando, alla luce del modello prevenzionale collaborativo di matrice comunitaria e in ragione di un'esigenza di coerenza complessiva del sistema, i tradizionali approdi giurisprudenziali sulle regole applicative dell'art. 1227, comma 1, cod. civ. (per tutti, Pascucci 2021, spec. 449 sgg.).

2. La funzionalizzazione dei poteri datoriali coinvolti nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza

In effetti, quello della funzionalizzazione dei poteri datoriali (direttivo, di controllo e disciplinare) sembra costituire l'orizzonte teorico maggiormente idoneo a spiegare l'atteggiarsi dei medesimi quando gli stessi sono coinvolti nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza *ex art. 2087 cod. civ.*

Si vuole dire, in altri termini, che non solo l'esercizio dei poteri che il contratto di lavoro attribuisce al datore, e di cui egli si avvale per ottemperare a detto obbligo, risulta legittimo esclusivamente nel rispetto degli *standards* posti dalla citata norma codicistica; ma essi sembrerebbero per così dire funzionalizzati in rapporto al raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore, ossia la predisposizione di un'organizzazione del lavoro conforme alle prescrizioni normative. Come, infatti, ebbe a scrivere Del Punta, siccome «non può darsi organizzazione del lavoro se non come *organizzazione del lavoro sicura*» (Del Punta 1997, 183, corsivo dell'A.), «è chiaro [...] che l'imprenditore deve poter contare, quantomeno, su strumenti di coazione giuridica atti a far sì che i comportamenti dei lavoratori non siano spregiosi delle norme di sicurezza» (Del Punta 1997, 183). Il che «gli consentirà di utilizzare il potere organizzativo (e disciplinare) al fine di prevenire il verificarsi di eventi dannosi» (Del Punta 1997, 184).

Insomma, il potere direttivo – attribuito dalla legge, tramite la mediazione del contratto, per il soddisfacimento di interessi privati riconosciuti meritevoli di tutela (art. 41, comma 1, Cost.) – sembra qui subire una sorta di torsione, *sub specie* di conformazione, ad opera dei sovraordinati principi costituzionali posti a garanzia della salute e sicurezza del lavoratore (artt. 32 e 41, comma 2,

Cost.), proprio perché la commistione fra il piano del contratto – cui è riconducibile la disciplina di detto potere in chiave di limite e strumento di controllo del medesimo – e quello degli interessi pubblicistici tutelati dall'ordinamento giuridico fa sì che l'assetto del rapporto di lavoro subisca sensibili alterazioni. Non a caso, qualora il lavoratore non osservi «le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale» (art. 20, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 81/2008), è per l'appunto l'esercizio del potere direttivo a innescare una responsabilità di tipo penale a carico del medesimo, «in ragione della funzione pubblicistica e della portata generale» che tale atto assume (Montuschi 2011, 16-7), come scrive un altro Maestro della materia.

Se elementi a favore della predetta ricostruzione possono trarsi anche da altre previsioni contenute nel d.lgs. n. 81/2008 (*amplius* Lazzari 2015, 58-9), un più solido fondamento nel senso qui proposto si rinviene proprio analizzando la questione dal lato del lavoratore. Com'è stato condivisibilmente sostenuto da Riccardo Del Punta già nella vigenza del d.lgs. n. 626/1994, infatti, è per l'appunto la prospettiva della funzionalizzazione del potere direttivo datoriale, in vista dell'apprestamento di un'organizzazione del lavoro rispondente agli *standards* di cui all'art. 2087 cod. civ., a costituire la cornice interpretativa entro la quale si giustifica l'imposizione di obblighi anche al prestatore. Sicché, l'onere di cooperazione, rinvenibile, secondo le usuali regole civilistiche, in capo al creditore nell'ambito degli altri rapporti obbligatori, trasmuta qui in posizione di vero e proprio obbligo (Del Punta 1997, 159), gravando sul lavoratore medesimo una quota, pur se residuale, del debito di sicurezza, in ragione dell'«originario e irresolubile» (Del Punta 1997, 181) intreccio tra dimensione pubblicistica e privatistica del bene protetto, ossia quel diritto alla salute che l'art. 32 Cost. definisce non soltanto quale «fondamentale diritto dell'individuo», ma altresì come «interesse della collettività». Fermo restando che l'adempimento degli specifici obblighi a cui il prestatore è tenuto – segnatamente, da ultimo, in virtù dell'art. 20 d.lgs. n. 81/2008 – non può a sua volta prescindere dalla corretta attuazione dei doveri datoriali d'informazione e formazione *ex* artt. 36 e 37 del medesimo decreto (Del Punta 2011a, 442-43). Peraltro, la partecipazione ai programmi formativi e di addestramento costituisce ora un obbligo del lavoratore (art. 20, comma 2, lett. h, d.lgs. n. 81/2008), in un «gioco di specchi» (Del Punta 1997, 159) il cui effetto è quello di arricchire continuamente le reciproche posizioni soggettive, attive e passive, al fine di meglio garantire l'effettività della tutela (da ultimo Lazzari 2022).

Da quanto sin qui osservato, pare evidente come dette posizioni, gravanti – benché in quote non paritarie – su entrambe le parti della relazione di sicurezza, siano destinate a penetrare all'interno del sinallagma contrattuale non solo nel momento funzionale, ossia relativamente alla fase di esecuzione del rapporto, ma fin dal momento genetico: infatti, una prestazione di lavoro non destinata a essere eseguita in condizioni di sicurezza non può neppure essere dedotta in contratto, stante la chiara illiceità dell'oggetto (Montuschi 1986, 75). Del resto, com'è stato rilevato, già Lodovico Barassi riconosceva che, per il lavoratore, il rispetto delle «cautele

preventive si compenetra con l'obbligo di bene eseguire la prestazione» (Corrias 2008, 13). Pertanto, così come si ammette pacificamente il diritto del lavoratore a non svolgere la propria attività, conservando la controprestazione retributiva, in caso d'inosservanza delle misure di sicurezza da parte del datore di lavoro, anche quest'ultimo deve ritenersi legittimato a rifiutare la prestazione «insicura» offerta dal lavoratore, senza che si configurino gli estremi della *mora credendi*: e ciò per l'esistenza di quel «motivo legittimo» che, ai sensi dell'art. 1206 cod. civ., giustifica la mancata cooperazione creditoria (del datore di lavoro).

Ma v'è di più. Se anche gli obblighi posti in capo al lavoratore fanno ingresso, *ex art.* 1374 cod. civ., nella struttura obbligatoria del rapporto, ne deriva che essi si configurano come tali non solo verso l'ordinamento, che infatti li presidia in via penale e amministrativa, ma altresì nei confronti del datore di lavoro, tanto che la loro violazione non può restare senza effetti sotto il profilo disciplinare. D'altronde, l'art. 18, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 81/2008, sanzionato penalmente dal successivo art. 55, comma 5, lett. c, impone a datore e dirigenti di «richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione». Sicché, è da ritenere che, qualora detta richiesta resti insoddisfatta, ciò non possa non riflettersi sul piano contrattuale. Con la conseguenza che, in virtù del collegamento funzionale fra potere direttivo e potere disciplinare, sembra inevitabile predicare la almeno parziale funzionalizzazione anche di quest'ultimo, il cui esercizio vincolato pare così da annoverare tra le «misure [...] necessarie» richiamate dall'art. 2087 cod. civ. (Albi 2008, 260), dovendosi attribuire ad esso la finalità di strumento di coazione volto a garantire le condizioni di sicurezza dell'organizzazione della quale il datore di lavoro risulta responsabile. In definitiva, l'interesse datoriale alla predisposizione di un'organizzazione del lavoro conforme alle prescrizioni legislative, rilevato da Riccardo Del Punta, si riflette sul piano negoziale proprio in ragione del credito che il datore vanta a una prestazione sicura secondo i parametri legali, di talché è logico affermare il necessario ricorso alla leva disciplinare a fini di coazione, perché è proprio attraverso il vincolo obbligatorio che egli può esigere il rispetto dei precetti di sicurezza diretti al prestatore e punire la loro inosservanza.

Resta comunque fermo che le responsabilità del lavoratore debbono risultare ancorate alla gravità dell'inadempimento, specialmente sotto il profilo della colpa, a sua volta connessa alla diligenza concretamente esigibile alla luce del principio, desumibile dalla normativa¹ e per l'addietro rilevato, di conformità della condotta pretesa al livello d'informazione e formazione impartito (dal datore) e ricevuto (dal lavoratore). Ma al grado di formazione introiettata sembra

¹ In tal senso milita, infatti, l'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 81/2008 e il suo richiamo «alla [...] formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro», quale parametro di valutazione del corretto adempimento dell'obbligo del lavoratore di «prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni».

doversi commisurare – così da ricondurla entro parametri di ragionevolezza – anche l'attività di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti *ex art. 18, comma 3 bis, d.lgs. n. 81/2008*, norma che implica un esercizio doveroso del potere di controllo in ordine all'adempimento degli obblighi gravanti sul prestatore, in quanto logica premessa per lo spiegarsi di eventuali conseguenze disciplinari.

3. (segue) La funzionalizzazione dei poteri datoriali oltre la subordinazione

Volendo aggiungere un ulteriore tassello al ragionamento di Riccardo Del Punta, e rinviando ad altra sede per gli adeguati approfondimenti stante la delicatezza della questione (Lazzari 2015, 83 sgg.), merita altresì rimarcare brevemente che la prospettiva della funzionalizzazione del potere direttivo rispetto all'apprestamento di un'organizzazione del lavoro sicura per tutti coloro che a vario titolo si inseriscono in essa può contribuire anche a giustificare il fatto che il ricordato obbligo *ex art. 20, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 81/2008* («osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale») sembrerebbe implicare una posizione di soggezione a detto potere destinata a manifestarsi pure al di là dei confini della subordinazione (sul punto, ma in altra ottica, di recente Ferraro 2023, 16 sgg.). In effetti, una delle novità più rilevanti del d.lgs. n. 81/2008 rispetto alla precedente normativa considerata da Riccardo Del Punta, ancora fortemente incentrata sulla figura del prestatore di lavoro subordinato, attiene proprio all'inedita definizione di lavoratore adottata dal legislatore, fondata non già sul presupposto formale della subordinazione giuridica, ma su quello sostanziale dell'inserimento funzionale del medesimo nell'ambito di un'organizzazione determinata da altri e sulla quale egli non può esercitare alcun potere di modifica; con la conseguenza che tutti gli obblighi di cui all'art. 20 si impongono ben oltre il lavoro subordinato. Così come la richiesta, rivolta ai singoli lavoratori, di osservare le norme vigenti, nonché le disposizioni aziendali in materia di sicurezza, di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali, di cui parla il citato art. 18, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 81/2008, non può non indirizzarsi a chiunque debba essere considerato lavoratore ai sensi del precedente art. 2, comma 1, lett. a, di tale decreto, a prescindere dalla natura giuridica del rapporto e dalla tipologia contrattuale con cui il soggetto è stato assunto.

Si vuole dire, in altri termini, da un lato, che detta funzionalizzazione suggerisce una «lettura» del potere direttivo evocato dal menzionato art. 20, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 81/2008, e il cui esercizio parrebbe manifestarsi anche al di là dell'area della subordinazione giuridicamente intesa, in chiave diversa rispetto al piano della qualificazione della fattispecie, per l'appunto come strumento del quale il datore di lavoro/committente deve necessariamente servirsi per perseguire gli obiettivi legislativamente imposti. Insomma, ci si troverebbe di fronte a una sorta di dissociazione fra potere e contratto, sì che il primo, in quanto funzionalizzato, potrebbe spiegarsi pure nei confronti di lavoratori non subordinati senza che da ciò derivi una drammatizzazione delle questioni connesse alla qualificazione del sottostante rapporto di lavoro. In effetti, nell'ottica della funzionalizzazione, l'esercizio del potere d'impartire «disposizioni» e «istruzioni» in materia di si-

curezza rispetto a chi lavoratore subordinato non sia non chiama in causa la generale rilevanza dello stesso a fini qualificatori della fattispecie, proprio perché detto esercizio è reso necessario dall'obbligo datoriale di predisporre un'organizzazione del lavoro sicura per chiunque, a prescindere dal titolo contrattuale, si inserisca in essa, risultando, pertanto, esposto ai rischi dalla medesima generati.

Semmai, una volta riconosciuto ciò, merita rilevare che l'assetto prefigurato dal «micro-sistema» della sicurezza del lavoro potrebbe avvalorare la tesi della natura non esclusivamente negoziale del potere direttivo (*contra* Ferraro 2023, 16). Ancora una volta il tema può essere qui solo rapidamente sfiorato (*amplius* Lazzari 2015, 104 sgg.), ma sembrerebbe che la prospettiva della funzionalizzazione dei poteri datoriali comunque implichi, a monte, che i medesimi siano stati attribuiti in virtù di una fonte che occorre individuare. Nell'ipotesi del lavoro subordinato alle dirette dipendenze del datore di lavoro, non vi sono difficoltà ad ammettere l'origine negoziale della fonte in questione. Invero, in ragione dell'ingresso, *ex art.* 1374 c.c., dell'obbligo di sicurezza nel sinallagma contrattuale, i poteri attribuiti dal contratto al datore rappresentano lo strumento giuridico mediante il quale egli dà attuazione a quell'obbligo; sicché l'ordinamento si limiterebbe, tutt'al più, a conformarli rispetto alle finalità perseguite, senza metterne in discussione la matrice negoziale. Diverso, invece, il discorso relativamente al lavoro non subordinato, non potendo con tutta evidenza rinvenirsi nel regolamento contrattuale la fonte in parola. Pertanto, proprio con riguardo a questa ipotesi, la disciplina delineata dal d.lgs. n. 81/2008 potrebbe fornire qualche elemento a sostegno dell'idea che il potere direttivo, pur se «mediato dal contratto [...], va oltre il contratto». E ciò in quanto esso risulterebbe «connaturato con l'esigenza, che può al limite prescindere dal contratto, di pianificare l'organizzazione» (Perulli 2002, 397-98, corsivo dell'A.), dotata – sotto il profilo che qui interessa – dell'attributo imprescindibile della «sicurezza». Insomma, dalla normativa in esame potrebbero trarsi argomenti a proposito del fondamento in certo modo spurio di detto potere: tanto come portato del contratto di lavoro subordinato, che come prerogativa, di derivazione non contrattuale, collegata alla posizione del datore di lavoro quale capo dell'organizzazione produttiva, in quanto tale esercitabile – laddove il legislatore lo imponga, come nella fattispecie *de qua* – anche nei confronti di lavoratori giuridicamente non subordinati. Pur con la precisazione che la quota di potere direttivo che si ritenesse non riconducibile alla fonte negoziale, più che manifestazione di un'autorità di tipo gerarchico, sarebbe in questo caso espressione di responsabilità, intesa come relazione in grado di connettere – alla luce del concreto esercizio dei poteri decisionali e di spesa – figura datoriale e organizzazione stessa, secondo la definizione della prima fornita dall'art. 2, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 81/2008².

² Detta norma definisce, infatti, il datore di lavoro privato come «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa».

Parrebbe così emergere una ricostruzione del potere direttivo che – pur non negandone l'origine negoziale – ritiene insufficiente considerarlo solo in termini di presidio all'interesse del datore di lavoro quale creditore della prestazione. Piuttosto, esso sembrerebbe porsi anche a tutela di un interesse ulteriore e più ampio, che trascende l'ambito contrattuale per collegarsi alla dimensione organizzativa. E allora forse non è un caso se, come si vedrà più avanti sebbene con le precisazioni che si diranno (par. 5), dalla medesima normativa paiono potersi desumere elementi non irrilevanti a conferma della tesi del contratto di lavoro quale contratto di organizzazione (Persiani 1966), giacché anche per tale teorica la «struttura del rapporto giuridico nel quale si realizza il coordinamento dell'attività lavorativa», effetto del contratto di lavoro subordinato, ossia l'organizzazione di lavoro (Persiani 1966, 24, 45), costituisce pur sempre un elemento dell'organizzazione produttiva più ampia e complessa (Persiani 1966, 25).

Dall'altro lato, qualora sia disattesa la richiesta, rivolta a prestatori non subordinati, circa l'osservanza di prescrizioni normative e disposizioni aziendali in materia, di cui parla il citato art. 18, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 81/2008, è da ritenere che, pure in questo caso, l'apparato sanzionatorio pubblicistico *ex art. 59* del medesimo decreto non possa esaurire il catalogo delle reazioni ammissibili. Infatti, il sistema registrerebbe una falla se alla penetrazione delle posizioni soggettive nel rapporto negoziale, di cui si è detto (par. 2), non facesse seguito la possibilità di ricorrere agli altri apparati rimediali collegati alla natura del contratto: nell'ipotesi del lavoratore subordinato, per l'appunto, l'esercizio del potere disciplinare; nell'altra, gli strumenti civilistici idonei a sanzionare sul piano del negozio giuridico le inadempienze commesse alla luce del diritto comune dei contratti.

Semmai, potrebbe qui risultare più difficile sostenere il carattere necessitato della reazione, affermato in riferimento alla responsabilità disciplinare del prestatore subordinato. In effetti, se, relativamente a quest'ultimo, l'art. 2087 cod. civ., per il tramite dell'art. 1374 cod. civ., «è regola fondativa del dovere di sicurezza all'interno della relazione obbligatoria» (Montuschi 2011, 9) – con tutto ciò che ne consegue, come diffusamente osservato, in ordine alla predisposizione delle «misure [...] necessarie» ad attuare compiutamente quell'obbligo, ivi compreso il doveroso esercizio dei poteri datoriali –, nell'altro caso resta il limite derivante, per l'appunto, dal campo di applicazione della citata norma codicistica. Il discorso implica più ampi ragionamenti già approfonditi in altra sede, alla quale, pertanto, si rinvia (Lazzari 2015, 106 sgg.). Basti ora solo osservare che, al di là dei tentativi volti ad argomentare la possibile estensione oltre i confini della subordinazione dello stesso art. 2087 cod. civ. almeno con riferimento alla collaborazione coordinata (di recente, Ferraro 2023, 4 sgg.; Lazzari 2018, 461 sgg., ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici), il cui esito positivo certo rappresenterebbe una solida soluzione al problema, anche nella fattispecie in esame l'interesse all'apprestamento di un'organizzazione del lavoro conforme ai canoni richiesti dall'ordinamento, pena l'impossibilità di esercitare l'attività economica intrapresa, sembrerebbe riflettersi sul piano negoziale, in virtù dell'ingresso nel sinallagma contrattuale degli obblighi *ex art. 20* d.lgs. n.

81/2008, cui corrisponde in capo al committente il diritto di credito a ricevere una prestazione non solo in linea con quanto pattuito nel contratto, ma altresì «sicura» alla luce dei parametri normativi ricordati. Indicazioni in tal senso possono, del resto, evincersi dai chiarimenti resi dalla Commissione consultiva permanente³, laddove, a proposito dell'adozione del sistema disciplinare di cui parla l'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, la Commissione si riferisce alla necessità di «definire idonee modalità per selezionare, tenere sotto controllo e, ove opportuno, sanzionare collaboratori esterni, appaltatori, fornitori e altri soggetti aventi rapporti contrattuali con l'azienda stessa. Perché tali modalità siano applicabili l'azienda deve prevedere che nei singoli contratti siano inserite specifiche clausole applicative con riferimento ai requisiti e comportamenti richiesti ed alle sanzioni previste per il loro mancato rispetto fino alla risoluzione del contratto stesso». E l'uso di formule perentorie, come suggerisce l'indicativo presente «deve», sembra confermare che detto potere (non già disciplinare, ma latamente) sanzionatorio sia da esercitarsi doverosamente (sull'opportunità di riconoscere anche al committente un potere di tipo disciplinare funzionalizzato, altresì nell'ottica di garantire un bilanciamento tra i vari interessi, Ferraro 2023, 19 sgg.).

4. (segue) La questione dei limiti (interni o esterni) alla libertà d'iniziativa economica privata

Sebbene il concetto di «funzionalizzazione» utilizzato in questa sede costituisca una chiave interpretativa dei poteri datoriali coinvolti nell'attuazione dell'obbligo di sicurezza desumibile dalla normativa in materia, senza tuttavia che da ciò derivino improprie pretese ricostruttive di tipo generale, lo snodo teorico resta comunque delicato. E infatti Riccardo Del Punta è molto attento nel ribadire che quel che intende predicare non è la funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata in quanto tale: «non inganni il fatto che, nel quadro dell'art. 41, co. 2°, Cost., il rispetto del valore della «sicurezza», oltre che di quelli della libertà e dignità umana, costituisce oggetto di un (mero) limite esterno all'esercizio dell'iniziativa economica privata. Funzionalizzata, infatti, non è la libertà di iniziativa economica come tale, bensì quella componente, pur essenziale, della posizione giuridica del datore di lavoro, che si risolve nella titolarità del potere direttivo. Ciò significa che il rispetto del limite di cui all'art. 41, co. 2°, esige una sia pur parziale funzionalizzazione del potere che costituisce lo strumento principe dell'«esercizio dell'impresa» (cfr. art. 2087), senza

³ Cfr. il documento «Modello di organizzazione e gestione ex art. 30 d.lgs. n. 81/08. Chiarimenti sul sistema di controllo (comma 4 dell'art. 30 del d.lgs. 81/2008) ed indicazioni per l'adozione del sistema disciplinare (comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. 81/2008) per le Aziende che hanno adottato un modello organizzativo e di gestione definito conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL (edizione 2001) o alle BS OHSAS 18001:2007», approvato in data 20 aprile 2011 e recepito nella Circolare del Ministero del lavoro 11 luglio 2011, n. 15816.

che con ciò possa dirsi condizionata dall'interno la posizione fondamentale di libertà consacrata dal co. 1° del precetto costituzionale» (Del Punta 1997, 182).

La disputa sul punto, del resto, è stata da tempo risolta dalla dottrina proprio nel senso di negare la predetta funzionalizzazione e di ritenere i limiti posti dal comma 2 dell'art. 41 Cost. come meramente esterni, essendosi esclusa la possibilità di configurare la sicurezza, la libertà e la dignità umana (e oggi anche la salute e l'ambiente) quali «fini» dell'iniziativa economica privata (sul tema, per i necessari riferimenti bibliografici, Lazzari 2015, 61).

Tuttavia, provando a fare un passo avanti rispetto al punto di approdo del ragionamento di Riccardo Del Punta, è altrettanto vero che, nel momento stesso in cui si accinge a strutturare i processi di lavoro, e l'organizzazione aziendale complessivamente considerata, il datore è costretto a misurarsi con le istanze di sicurezza del lavoratore (si veda anche par. 5), sicché la sua attività «è considerata libera solo a condizione che determinati beni individuali e sociali vengano rispettati e tutelati» (Smuraglia 1974, 83). Insomma, la salvaguardia della sicurezza e della salute del lavoratore sembrerebbe divenire una sorta di elemento costitutivo della stessa libertà d'iniziativa economica.

Del resto, anche a non voler mettere in dubbio la tradizionale ricostruzione dei limiti in questione, pare però doversi almeno riconoscere che, soprattutto in seguito all'entrata in vigore della legislazione più recente dettata in materia, la libertà di cui all'art. 41, comma 1, Cost., *sub specie* di libertà di organizzazione, si mostra sempre meno impermeabile al controllo giurisdizionale sul rispetto del diritto alla salute e alla sicurezza, proprio in ragione del «più evidente [...] radicamento dell'obbligo di sicurezza nel fatto oggettivo dell'organizzazione e nell'esercizio dei poteri di gestione» (Tullini 2011, 41), si da risultarne limitato, in ultima analisi, lo stesso principio di libertà che presiede all'autonomia privata. Quest'ultima, invero, «non solo è libertà di scelta degli interessi da perseguire (e, cioè, dei fini), ma è anche libertà di scelta degli strumenti e delle modalità con cui perseguire tali interessi (e, cioè, dei mezzi)» (Persiani 1995, 8-9).

In buona sostanza, non solo il datore di lavoro non è libero di organizzare l'azione prevenzionistica allo stesso modo in cui organizza altri profili della propria attività produttiva, perché, in questo caso, vengono in rilievo diritti fondamentali della persona la cui tutela giustifica l'imposizione di procedure e metodi specifici (già Natullo, 1996, 690 sgg.). Ma la proceduralizzazione dell'obbligo di sicurezza (Galantino 1996, 26) che ne deriva appare talmente penetrante da sconfinare, come argomentato, nella funzionalizzazione dei poteri datoriali, coinvolti nell'attuazione del medesimo obbligo e al contempo strumenti essenziali per l'esercizio dell'intrapresa economica. Tanto che, anche rispetto a quest'ultima, diventa difficile negare che il datore di lavoro finisca con il vedere in certa misura limitata dall'interno la propria libertà d'iniziativa, secondo una sequenza che sembra trovare la massima evidenza nell'art. 30 d.lgs. n. 81/2008: attraverso il meccanismo premiale ivi previsto, infatti, «la sicurezza come organizzazione (e, suo tramite, l'organizzazione di impresa nel suo complesso) fa ingresso nel processo per essere esaminata, valutata e giudicata» (Stolfa 2010, 257, corsivo mio).

Se ne ricava allora che, specie dopo il d.lgs. n. 81/2008, parrebbe farsi un po' più sfumato il confine fra limite esclusivamente esterno a quell'iniziativa – che condiziona, in negativo, il suo esercizio, in virtù dell'esistenza di norme puntuali poste a tutela di specifici interessi – e limite interno, o funzionale, o causale, che condiziona, in positivo, la destinazione della medesima, tenuta a conformarsi, nel momento in cui si esplica, ai principi della prevenzione primaria (sulla quale par. 5).

A maggior ragione, a seguito della recente riforma costituzionale attuata con l. Cost. n. 1/2022, alla cui luce leggere la definizione di salute accolta nel d.lgs. n. 81/2008 come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità» (art. 2, comma 1, lett. o), nonché l'obbligo di valutazione dei rischi quale strumento di prevenzione primaria (*infra*, par. 5), la differenza sembrerebbe farsi ancora più sfuggente. Invero, il divieto di compiere scelte organizzative che possano recare danno all'integrità bio-psico-sociale dei lavoratori (il diritto alla salute e alla sicurezza come limite esterno) non parrebbe distinguersi in modo netto dall'obbligo d'indirizzare quelle scelte verso l'apprestamento di un'organizzazione del lavoro capace di garantire il benessere complessivo della persona (il diritto alla salute e alla sicurezza come limite interno). Ciò, perché, in definitiva, «l'obbligo di far solo ciò che non contrasti con un certo scopo non si distingue in nulla dall'obbligo di perseguire quello scopo» (Ferri 1959, 260, nota 41).

Vero è che, anche recentemente, la Cassazione ha invece ribadito la differenza concettuale fra il «non dover recare danno ad un determinato bene» e il «dovere di tutelarlo» (Cass. pen., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in <https://olympus.uniurb.it>). Ma «c'è da chiedersi se, quando per l'entità fondamentale del bene in gioco, la sua piena integrità sia difficilmente ripristinabile in caso di lesioni (come certo vale per salute e ambiente), per evitare il danno sia sufficiente un *non facere*» (Pascucci 2022, 336). Insomma, come sembra emergere dal nuovo art. 41 Cost., la libertà d'iniziativa economica parrebbe da considerarsi un valore non solo nella misura in cui non risulti lesiva dei beni individuali, sociali e ambientali indicati nel riformato comma 2, ma, più radicalmente, soltanto laddove contribuisca al loro raggiungimento introiettandoli all'interno della propria *mission* (di recente, sulla natura di limite interno della sostenibilità ambientale, Bruto Liberati 2021, 419-20; con riferimento alla salute e sicurezza Lazzari 2023, 31; sull'utilità sociale quale obiettivo strategico dell'impresa sostenibile Speciale 2021, 513).

Il che, in ultima analisi, implica che la prospettiva in cui è chiamata a muoversi l'impresa sostenibile (nell'ampio significato desumibile dall'attuale art. 41, comma 2, Cost.) rende sempre più necessaria l'adozione di una strategia prevenzionale integrata, finalizzata, cioè, a garantire il benessere della persona-lavoratore nella sua dimensione unitaria. Ciò che, a ben vedere, porterebbe a compimento quanto lo stesso Del Punta ebbe a sostenere in un altro saggio dal sapore oggi per certi versi profetico, intitolato *Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale*: poiché «l'ambiente ha una connotazione ontologica spiccatamente antropocentrica, non potendo darsi se non in riferimento

all'uomo [...], rimane [...] difficile negare che il rapporto fra ambiente di lavoro e ambiente generale sia, tanto sul piano del nome quanto su quello della cosa, un rapporto di continenza, e che entrambi contengano, *rectius* circondino, al di là delle diversità di contesto, l'uomo», il quale, sia come lavoratore, ossia come soggetto socialmente situato in un determinato ambito professionale, che come cittadino, deve pertanto essere protetto «da azioni umane oggettivamente nocive per l'ambiente in cui egli opera o vive, e come tali generatrici di rischi per la sua salute, intendendo quest'ultima nel senso ampio scolpito dal preambolo costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità» (Del Punta 1999, 151-52), non a caso implicitamente recepito dall'art. 2, comma 1, lett. o, d.lgs. n. 81/2008 poc'anzi ricordato.

5. Il contratto di lavoro come contratto di organizzazione

Come anticipato (par. 1), l'ambito teorico entro cui collocare gli obblighi ricadenti sul lavoratore va ricercato, secondo Riccardo Del Punta, «in una certa ricostruzione complessiva, ricavata induttivamente dal diritto positivo, del contratto di lavoro in quanto contratto di organizzazione, e quindi in quanto fonte dell'obbligo di rendere una prestazione atta ad inserirsi utilmente in un'organizzazione di lavoro data (Persiani 1966). Nel momento in cui il valore della sicurezza viene apprezzato dall'ordinamento come un attributo inscindibile dell'organizzazione di lavoro, ecco che la norma in commento, più e meglio delle pur sottovalutate disposizioni del '55-'56, ben si presta a colmare la lacuna esistente sul punto nel codice civile, si da dar luogo ad una sorta di «circolo virtuoso» della sicurezza che va a toccare entrambi i lati della relazione obbligatoria. Ciò in particolare in relazione al dovere di cura della salute degli altri lavoratori, riguardo al quale si è giustamente affermato che esso conforta la definizione del contratto di lavoro come contratto in virtù del quale il lavoratore si obbliga ad integrare la propria attività con quella di tutti coloro che fanno parte dell'organizzazione di lavoro per lo svolgimento di un'attività comune (Galantino 1996, p. 46)» (Del Punta 1997, 184).

In effetti, quanto al dovere di cura della sicurezza e salute delle persone presenti sul luogo di lavoro, sulle quali possono ricadere gli effetti delle azioni od omissioni del lavoratore (oggi art. 20, comma 1, d.lgs. n. 81/2008), «viene da osservare che la penetrazione di un obbligo di questo genere nel sinallagma contrattuale non può essere giustificata soltanto in virtù della rilevanza generale del bene tutelato, ma si pone come una sorta di suggello della teorica che concepisce il contratto di lavoro come un contratto di integrazione organizzativa (Persiani 1966; cfr. anche Galantino 1996, p. 46). Se infatti il lavoratore si obbliga, in virtù del contratto, non a fornire una prestazione atomisticamente considerata, bensì a fornire una prestazione coordinata all'interno di una organizzazione del lavoro data (Persiani 1966, 260 sgg.), è naturale che la sfera del suo *debitum* si estenda sino a comprendere la protezione della salute delle altre persone che operano in quella organizzazione. Nell'assetto prefigurato dal d.lgs. n. 626 del 1994, infatti, l'organizzazione della sicurezza si deve considerare un tutt'uno inscindibile con l'organizzazione del lavoro» (Del Punta 1997, 172).

Insomma, e per quanto «un tema come quello della teoria del contratto di lavoro e del ruolo che svolge in esso l'elemento organizzativo non può ritenersi neppure sfiorato da queste occasionali notazioni; in questa sede si può solamente comunicare l'impressione che una normativa come questa non possa non determinare, ed in effetti determini, da ambo i lati del contratto (e quindi non solo nell'ottica del *debitum* del lavoratore, che è di solito il terreno più frequentato da queste teorie) un'intensificazione dei nessi fra contratto e organizzazione» (Del Punta 1997, 173).

La conclusione giusta la quale la disciplina in materia di salute e sicurezza fornirebbe argomenti a supporto della teorica che ricostruisce il contratto di lavoro come contratto di organizzazione, da cui deriverebbe l'obbligo, per il lavoratore subordinato, di rendere una prestazione idonea a integrarsi utilmente in una data organizzazione del lavoro altresì sotto il profilo del rispetto degli *standards* di sicurezza qui considerati, appare così ben puntellata da non richiedere ulteriori argomenti a suo sostegno, anche in ragione della complessità del dibattito sviluppatosi sul tema (se ne può avere piena contezza leggendo Gaeta 2014), la quale può consentire in questa sede di formulare solo alcune considerazioni dall'angolo prospettico adottato. In proposito, sembrano comunque utili due precisazioni.

La prima attiene al fatto che, più che parlare di una prestazione «sicura» coordinata, parrebbe maggiormente corretto riferirsi a una prestazione «sicura» coordinabile, giacché i rischi dell'attività di coordinamento, che spetta pur sempre al datore di lavoro esercitare, rimangono in capo a quest'ultimo e non possono essere trasferiti sulla controparte (Liso 1982, 55). In secondo luogo, merita rilevare che la teorica in questione sconta il limite di essere stata elaborata con riguardo al solo lavoro subordinato, e tra l'altro prima dell'intervento del legislatore del 1973 su quello parasubordinato, laddove, come osservato (par. 3), proprio la disciplina in esame, almeno quella vigente, supera tali confini, confermando che «la nozione di organizzazione del lavoro non può continuare ad essere limitata al lavoro subordinato, ma è l'organizzazione dei lavori» (Marazza 2002, 234).

In ogni modo, ai fini che qui interessano, è sul passaggio secondo cui detta disciplina determinerebbe «un'intensificazione dei nessi fra contratto e organizzazione» «da ambo i lati del contratto», ossia «non solo nell'ottica del *debitum* del lavoratore», che si vuole richiamare l'attenzione.

In effetti, a maggior ragione sembra che la conclusione, enunciata da Del Punta in relazione al d.lgs. n. 626/1994, possa ribadirsi oggi. E ciò in conseguenza di un intervento legislativo – quello realizzato nel 2008 – che enfatizza l'importanza dell'elemento organizzativo nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ., con un aggravamento del debito che riguarda in primo luogo il datore di lavoro, tenuto a conformare la propria organizzazione del lavoro al rispetto dei principi della prevenzione primaria. Quest'ultima, infatti, imponendo l'esame in chiave analitica dell'insieme delle regole del processo di lavoro, esige d'individuare le scelte, a partire da quelle di progettazione, valutabili come condizioni di rischio, al fine di modificarle o sostituirle con soluzioni alternative (Maggi 1997). L'impostazione abbracciata dal d.lgs. n. 81/2008,

imperniata com'è sul concetto di organizzazione quale forma d'azione (*amplius* Lazzari 2023, 33 sgg.), sembra, cioè, accogliere l'idea che l'attività prevenzionistica cui è obbligato il datore di lavoro sia da intendersi innanzitutto in termini di prevenzione primaria, la quale, presupponendo il previo riconoscimento che l'origine di ogni fattore di rischio può essere ricondotta a una precisa determinazione organizzativa, richiede per l'appunto d'intervenire innanzitutto sul processo decisionale per emendarlo (Maggi 2006), orientandolo a inglobare la sfera del benessere dei lavoratori nella stessa organizzazione aziendale e del lavoro. Il legislatore del 2008 pare, pertanto, rifiutare l'idea che la dimensione organizzativa costituisca un elemento dato, dotato quasi di un'essenza ontologica intangibile. Essa, piuttosto, è il risultato di precise scelte sulle quali si può e si deve agire, nell'ottica di eliminare i rischi alla fonte, prima ancora che di gestire quelli inevitabili. Lo snodo teorico è oltremodo importante e merita di essere sottolineato, perché in grado di riflettersi sul contenuto dell'obbligo di sicurezza, spesso inteso più come obbligo di protezione – a fronte, quindi, di rischi accettati – che non come obbligo di prevenzione, secondo quanto precisato. E ciò per il malcelato fastidio nei confronti di un vincolo che, se concepito nei termini ricordati, costringe «l'attività preparatoria del datore (a) misurarsi subito con la necessità inderogabile di predisporre un ambiente sano ed esente da rischi», non essendo per l'appunto «l'organizzazione del lavoro un fatto oggettivo e razionale in sé» (Montuschi 1986, 71). Si spiega così perché l'obbligo di valutazione dei rischi quale principale metodo della prevenzione, segnando la saldatura fra il piano dei principi costituzionali e quello dell'organizzazione, del lavoro e aziendale, in cui quei principi debbono trovare concretizzazione, non vada adempiuto a organizzazione data (Pascucci 2017, 170), dovendo il datore di lavoro «misurarsi *a priori* con le esigenze di sicurezza del debitore di opere» (Montuschi 1986, 71, corsivo dell'A.).

Ecco perché la valorizzazione dell'elemento organizzativo nella struttura del rapporto obbligatorio – che si realizza per il tramite dell'art. 2087 cod. civ. reinterpretato alla luce della legislazione successiva, così saldandosi l'«organizzazione», intesa nel significato desumibile dal d.lgs. n. 81/2008 (*supra*), con l'«organizzazione» come definita dalla teorica in esame (par. 3) – non implica, quale conseguenza ineluttabile, la necessaria preminenza degli interessi datoriali su quelli del lavoratore (pur se in altra prospettiva, cfr. già Liso 1982, 32), essendo piuttosto vero il contrario. Il risultato sembra di un certo rilievo, nella misura in cui, come accennato, a uscire così significativamente ampliata è in primo luogo l'area del debito ascrivibile al datore di lavoro, in tal modo riequilibrandosi, almeno sul piano considerato, il difetto di unilateralismo imputato alla ricostruzione del contratto di lavoro quale contratto di organizzazione, sospettata per l'appunto di determinare in via esclusiva un aggravamento della posizione debitoria del prestatore (per tutti Liso 1982, 50 sgg.). Conclusione, questa, confermata proprio riguardando il rapporto fra organizzazione del lavoro e obbligo di sicurezza sotto il profilo dell'azione prevenzionistica richiesta. E ciò nel senso che, identificando la prima l'ambito nel quale trovano origine tutti i rischi, è proprio su tale piano che vanno innanzitutto individuate le contromi-

sure appropriate, mediante un'attività prevenzionale destinata ad arricchire il contenuto dell'obbligazione di sicurezza gravante sulla parte datoriale, tenuta ad adeguare ai principi della prevenzione primaria il processo di lavoro fin dal momento in cui si appresta a strutturarlo. Sicché, si può ritenere che, quando Riccardo Del Punta (2011b, 25) ipotizza, a commento del d.lgs. n. 81/2008, che «l'azione combinata della prefigurata attuazione «organizzativa» dell'obbligo di sicurezza, e della maggiore responsabilizzazione del lavoratore nella gestione della sicurezza, potrebbe tradursi in un qualche alleggerimento della posizione obbligatoria finale del datore di lavoro», ciò corrisponda al vero in termini di maggiore certezza acquisibile dal medesimo datore, potendo il ricordato adempimento in chiave procedurale e organizzativa dell'art. 2087 cod. civ. contribuire a sciogliere l'annoso dilemma circa i confini dell'obbligo ivi previsto; ma, come riconosce lo stesso A., resta che tale «alleggerimento», qui inteso nel senso precisato, è «ottenuto [...] al prezzo di un notevole (e giustificato) appesantimento degli obblighi organizzativi a monte», da declinarsi innanzitutto nell'ottica di prevenzione primaria testé ricordata.

Riferimenti bibliografici

- Albi, P. 2008. *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*. Milano: Giuffrè.
- Bruti Liberati, E. 2021. "Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance." *Diritto pubblico XXVII*, 2: 415-42. doi: 10.1438/101727
- Corrias, M. 2008. *Sicurezza e obblighi del lavoratore*. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 1997. "Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione." In *Ambiente, salute e sicurezza*, a cura di Luigi Montuschi, 157-91. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 1999. "Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale." *Diritto delle relazioni industriali*, 2: 151-60.
- Del Punta, R. 2011a. "Formazione, informazione e addestramento." In *Principi comuni*, a cura di Carlo Zoli, I, 439-58. Bologna: Zanichelli.
- Del Punta, R. 2011b. "I molti modelli di tutela nel sistema sicurezza: una sinfonia riuscita?" In *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, a cura di Bruno Maggi, e Giovanni Rulli, <http://amsacta.cib.unibo.it>, 18-28. Bologna: TAO Digital Library. doi: 10.6092/unibo/amsacta/3093
- Ferraro, F. 2023. "Collaborazione coordinata e obbligo di sicurezza del committente." *AmbienteDiritto.it XXIII*, 4: 1-24.
- Ferri, L. 1959. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè.
- Gaeta, L. 2014. "Contratto e rapporto, organizzazione e istituzione. Rileggendo Franco Liso." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 144, 4: 661-73. doi: 10.3280/GDL2014-144005
- Galantino, L. 1996. "Il contenuto dell'obbligo di sicurezza." In *La sicurezza del lavoro*, a cura di Luisa Galantino, 1-52. Milano: Giuffrè.
- Lazzari, C. 2015. *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*. Milano: Franco Angeli.
- Lazzari, C. 2018. "Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal caso Foodora." *Rivista del diritto della sicurezza sociale XVIII*, 3: 455-87. doi: 10.3241/91099

- Lazzari, C. 2022. “Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoresponsabilità.” *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1: 1-18. <https://doi.org/10.14276/2531-4289.3349>
- Lazzari, C. 2023. “Lavoro senza luogo fisso, de-materializzazione degli spazi, salute e sicurezza.” *Labour & Law Issues* 9, 1: 21–59. <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/17194>
- Liso, F. 1982. *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*. Milano: Franco Angeli.
- Maggi, B. 1997. “Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L’orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994.” In *Ambiente, salute e sicurezza*, a cura di Luigi Montuschi, 323-50. Torino: Giappichelli.
- Maggi, B. 2006. “L’analisi del lavoro a fini di prevenzione.” *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 29: 13-27.
- Marazza, M. 2002. *Saggio sull’organizzazione del lavoro*. Padova: Cedam.
- Montuschi, L. 1986. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*. III ed. Milano: Franco Angeli.
- Montuschi, L. 2011. “Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro.” In *Principi comuni*, a cura di Carlo Zoli, I, 1-18. Bologna: Zanichelli.
- Natullo, G. 1996. “La nuova normativa sull’ambiente di lavoro.” *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 72, 4: 665-718.
- Pascucci, P. 2017. *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*. Fano: Aras.
- Pascucci, P. 2021. “Sicurezza sul lavoro e cooperazione del lavoratore.” *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 171, 3: 421-58. doi: 10.3280/GDL2021-171003
- Pascucci, P. 2022. “Modelli organizzativi e tutela dell’ambiente interno ed esterno all’impresa.” *Lavoro e diritto* XXXVI, 2: 335-55. doi: 10.1441/103984
- Persiani, M. 1966. *Contratto di lavoro e organizzazione*. Padova: Cedam.
- Persiani, M. 1995. “Diritto del lavoro e razionalità.” *Argomenti di diritto del lavoro*, 1: 1-36.
- Perulli, A. 2002. “Il potere direttivo dell’imprenditore. Funzioni e limiti.” *Lavoro e diritto* XVI, 3: 397-414. doi: 10.1441/4558
- Smuraglia, C. 1974. *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*. Milano: Giuffrè.
- Speziale, V. 2021. “L’impresa sostenibile.” *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4: 494-519.
- Stolfa, F. 2010. “Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti.” In *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, a cura di Lorenzo Zoppoli, Paolo Pascucci, e Gaetano Natullo, 245-74. Milano: Ipsoa.
- Tullini, P. 2011. “I sistemi di gestione della prevenzione.” In *Il d.lgs. n. 81/2008: due anni dopo. I “sistemi” del diritto della sicurezza sul lavoro*, a cura di Paolo Pascucci. *Quaderni di Olympos*, 2: 35-44.

Etica e lavoro sostenibile nella società complessa

Lara Lazzeroni

1. Nuovi valori e nuove ambiguità

Il diritto del lavoro, più di altre discipline, si trova ormai al cospetto di uno snodo del tutto cruciale nella dialettica fra giuridicità moderna e postmoderna (Grossi 2021). Al giuslavorista non è più dato trascurare le sfide di una regolazione che possa dirsi adatta e adattabile ai nuovi lavori e alle ambiguità dei nuovi volti del lavoro prestato per l'impresa «sostenibile» e quindi, (solo) induttivamente, «etica», attenta, responsabile, tecnologicamente efficiente e digitalmente performante. La consapevolezza di una tale complessità affiora in numerosi scritti di Riccardo Del Punta, attento lettore e precorritore illuminato delle dinamiche del *diritto* del lavoro e di quelle dei *lavori* delle grandi transizioni.

È ormai evidente come la prosperante complessità dei sistemi produttivi delle imprese e la crescita del relativo processo di globalizzazione possano generare un pesante impatto sul lavoro, sui diritti e sulle prerogative dei lavoratori e come ciò costringa a «ridisegnare la *trama complessiva* dei valori» (Del Punta 2002, 403) e quindi imponga una messa a fuoco di quelli oggi sottesi alla disciplina giuslavoristica.

Aspetti come etica, responsabilità, libertà, riservatezza, trasparenza, nelle multiformi declinazioni possibili, sono prospettive di indagine della complessità da sempre care a Riccardo e sulle quali spendere qualche riflessione.

La complessità dei fenomeni regolativi dell'impresa (tecnologica) del XXI secolo dovrebbe tradursi, per i fautori della pervasività del linguaggio modernista,

Lara Lazzeroni, University of Siena, Italy, lara.lazzeroni@unisi.it, 0000-0002-0423-4686

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Lara Lazzeroni, *Etica e lavoro sostenibile nella società complessa*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.44, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 735-752, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

con il più etereo, a tratti fumoso, multiforme e per lo più inafferrabile concetto di sostenibilità. Ancor prima di attenere ad una tecnica di gestione concreta dell'impresa, la prospettiva dello «sviluppo sostenibile» mira a diffondere una nuova cultura «dei modi dell'agire» (Bifulco, e D'Aloia 2008, 10), eventualmente anche in grado di occupare i tanti vuoti normativi esistenti. Tuttavia, la forza con la quale tale pensiero plurale della sostenibilità si fa spazio, pur senza una sua definizione istituzionale condivisa e universalmente apprezzabile, è alquanto anomala e difficilmente spiegabile. Sullo sviluppo sostenibile si fonda gran parte della *progettualità* regolativa europea, che tenta di trapiantare nella dimensione concreta – tra cui quella volta a regolare i processi produttivi delle imprese – ciò che manca di confini, in quanto polisenso (Redclift 1987) e ciò che è privo di un chiaro dimensionamento concreto, in quanto metanorma dai tratti moraleggianti e filosofici.

Il concetto stesso di «sviluppo sostenibile» è il prodotto di una combinazione efficace dei noti pilastri economico, sociale e ambientale (Lazzeroni 2024a, 60-1), i quali tuttavia non sono affatto statici e richiedono piuttosto di essere letti attraverso la lente del contro-limite che ciascuno costituisce per l'altro, e tutti complessivamente fra loro. Lo sviluppo sostenibile che si voglia intendere, oggi, come nuovo «valore» e parametro di riferimento per l'impresa e per tutti gli operatori economici, non può trascurare la ricerca di «metodologie appropriate per la sua valutazione empirica» (Castellani 2015, 97)¹. A tale compito si dedica il «Manifesto per uno sviluppo sostenibile», al cui progetto Riccardo ha partecipato con tanta passione, consapevole che i bisogni sociali sono mutevoli², caratterizzati da un costante relativismo, condizionati dal contesto in cui gli individui vivono e lavorano e destinati dunque a mutare nel tempo (Doyal, e Gough 1991; Haan *et al.* 2014; Barile, e Saviano 2018), alimentando quella complessità con la cui lente è il caso di rileggere il diritto del lavoro della post-modernità.

2. Trasformazione digitale e digitalizzazione come nuovi contesti di riflessione sul diritto del lavoro

Affrontare il tema del riadattamento dei valori-guida nei contesti caratterizzati da processi di trasformazione (digitale) del lavoro presuppone che si tenti di fare almeno chiarezza sui meccanismi che determinano il cambiamento stesso, ovvero la trasformazione digitale e la digitalizzazione del lavoro.

La riflessione sulle virtù del progresso tecnologico ha lambito nei decenni gli studi di sociologia del lavoro e quelli sull'analisi delle caratteristiche dei proces-

¹ È alquanto anomalo lo scarso ricorso alla tecnica di bilanciamento dei valori in tema di sostenibilità da parte della giurisprudenza europea, spesso palesato solo incidentalmente (Cagnin 2018, 29-31), nonostante il criterio di proporzionalità sia strumento ampiamente impiegato nella giurisprudenza europea e internazionale. Il tentativo verso una concettualizzazione del fenomeno dello sviluppo sostenibile non è rinvenibile neppure nelle Corti estere (Nespor 2015, 750-5), forse anche a causa della mancanza di indirizzi in tal senso da parte delle istituzioni internazionali, quali ad esempio l'OIL.

² World Commission on Environment and Development, *Our Common future*, 1987, vol. 17.

si di cambiamento tecnologico lungo l'asse delle rivoluzioni industriali (Gianetti 2018; Lazzeroni 2024a, 35-40). Il momento storico nel quale ci troviamo, richiede tuttavia più esattamente di valutare fino a che punto la transizione digitale sia in grado, non solo di trasformare digitalmente l'impresa, ma di generare un cambiamento dei *connotati della società* incidendo sull'uomo attraverso la tecnologia (Tiraboschi 2023, 247) oltre che sul rapporto tra uomo e tecnologia.

La trasformazione digitale attiene alla modifica dei sistemi produttivi mediante l'uso della tecnologia. L'ambiguità del termine «trasformazione» rende tale l'espressione idonea a descrivere sia ciò che attiene al cambiamento circa produzione, gestione e consumo di dati digitali, e che si registra nella collettività in cui la trasformazione insiste, sia ciò che si verifica in uno specifico contesto produttivo aziendale. Digitalizzazione e trasformazione digitale non sono quindi concetti sovrapponibili (Epifani 2020, 37). Mentre il primo attiene al mero mutamento del sistema di produzione attraverso l'introduzione della tecnologia digitale – quali sistemi di *blockchain* o di intelligenza artificiale, ma anche di *Internet of Things*, stampa 3-D, *additive manufacturing*, realtà aumentata e virtuale – da cui non necessariamente deriva un impatto sui comportamenti dei lavoratori o sulle interazioni in azienda, la trasformazione digitale ha la potenzialità di riscrivere i comportamenti sociali e quelli individuali, anche sul lavoro (Brollo 2019, 468 sgg.; G.R. Simoncini 2018, 39 sgg.), ridefinendo il senso e l'utilità delle cose da fare, più che il «come» di quel «fare».

Definire in azienda le questioni legate alla digitalizzazione non risolve il più complesso tema degli impatti etici, sociali e psicologici generati dal processo di trasformazione digitale quale processo di innovazione sostanzialmente «permanente» (De Vita 1990a, 11 sgg.). Tale distinzione permette di cogliere il più esteso impatto che la trasformazione digitale può avere sui modelli di cittadinanza, di tutela delle prerogative sociali, di interazione lavorativa (Lazzeroni 2024b). Al tempo stesso, la trasformazione digitale – proprio per gli impatti che è essa stessa destinata a produrre negli stili di vita e ai quali approcciarsi con fare critico e basato sul dubbio (Del Punta 2019b, 15 sgg.) – impone di riflettere sui rischi di una «nuova» relazione tra determinismo sociale e determinismo tecnologico, fino ad oggi retta sul presupposto che siano le necessità umane e i bisogni sociali a indirizzare lo sviluppo di nuove tecnologie; e non che sia lo sviluppo tecnologico a influenzare i nuovi bisogni degli individui (McLuhan 1976).

La trasformazione digitale è quindi la chiave con la quale interpretare l'attuale cambiamento, anche nell'ottica delle recenti *Prospettive dell'economia dell'UE oltre il 2030*, proiettate verso «un maggiore sostegno alla *leadership* delle tecnologie digitali chiave come l'intelligenza artificiale, il calcolo quantistico, la microelettronica, il web 4.0, la realtà virtuale e i gemelli digitali e la sicurezza informatica»³.

³ Cfr. Commissione europea. Comunicato stampa del 16 marzo 2023. *Competitività dell'UE oltre il 2030: uno sguardo al futuro in occasione del 30° anniversario del mercato unico*. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1668> (25 marzo 2024).

Pur essendo evidente che l'impresa potrà trarre sempre maggiori vantaggi competitivi ed economici dallo schiudersi a tecnologie più performanti, ed essendo altrettanto possibile che la tecnologia sia un valido supporto nella gestione dell'inquinamento ambientale (ma vale anche affermare che la tecnologia è motivo, essa stessa, di tale impatto: Lazzeroni 2024a, *passim*; Caruso, Del Punta, e Treu 2023, 34-5), va tuttavia riconosciuto che la trasformazione digitale è fonderia di generare considerevoli ricadute sul pilastro sociale, rese ormai evidenti da numerosi passaggi sia del recente Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, che della proposta di direttiva sulle piattaforme digitali che palesano i bisogni di tutela di lavoratori e utenti dai rischi anche elevati della tecnologia digitale.

3. Tra personificazione delle IA e artificializzazione degli individui: quali baluardi del diritto per nuove tecniche di dominio?

Parlare di intelligenza artificiale è, da un punto di vista etimologico, un palese ossimoro, perché conferisce l'appellativo di *artificiale* a ciò che costituisce una tipica prerogativa umana, l'intelligenza, essenzialmente naturale.

Tale espressione intende codificare un processo di *simulazione* dell'intelligenza umana, realizzato da strumentazioni *hardware* e *software*⁴, ma anche favorire una sorta di *personificazione* dell'IA alla stregua di un soggetto, per agevolare l'integrazione nel tessuto sociale, favorirne la vendita, consentire una maggiore penetrazione dell'IA negli spazi di vita degli individui mediante un processo di progressiva accettazione. E così si è giunti ad usare espressioni come *etica* dell'IA, *capacità* dell'IA, *comportamento* delle macchine intelligenti, *influenza* dell'IA sugli individui, *capacità sensienti* delle macchine intelligenti⁵: espressioni non più relegabili alla filmografia di prospettiva Asimoviana – che ci pone di fronte alla non rassicurante dimensione della «singolarità tecnologica» – ma che devono divenire i nuovi luoghi del diritto e del diritto del lavoro.

Per quanto sia indubbio che l'etica non apparterrà mai alla macchina, che l'apparente eticità di *output* non sarà altro che il riflesso di un'etica dell'uomo veicolata alla macchina e che i sistemi di IA sono soltanto una «struttura che assorbe la parte trasferibile della nostra conoscenza»⁶, senza possibilità di am-

⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo COM/2018/237 *final*, *L'intelligenza artificiale per l'Europa* sulla connotazione definitoria da dare alle IA; cfr. la posizione assunta dal Consiglio nel 2022 in <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/> (25 marzo 2024) e cfr. il recente Regolamento sull'Intelligenza Artificiale emanato il 13 marzo 2024.

⁵ Tale capacità sarebbe stata addirittura riconosciuta a sistemi di IA dall'ingegnere di Google, Blake Lemoine, a seguito di una «intervista» che lo stesso avrebbe rivolto ad una macchina LaMDA (*Language model for dialogue applications*), sviluppata per la prima volta nel 2021. Più di recente, Elon Musk ha annunciato che la sua futura «moglie» sarà Katanela, un robot dotato di strumenti sensoriali che permetterebbero alla macchina intelligente di provare felicità e tristezza

⁶ Cfr. intervista di Marcello Foa a Francesco Faggin, fisico e inventore del microprocessore, del *touchpad* e del *touchscreen* del 19 luglio 2023. Vedasi, inoltre, Faggin 2022.

bire a una coscienza⁷, è quanto mai chiaro che la volontà accomunante mercato e istituzioni sia quella di rendere la macchina il più possibile simile all'uomo a partire dall'aspetto, oltre che nelle capacità.

È significativo l'esempio della *Voice Technology* al femminile, capace di rafforzare lo stereotipo che vede la donna al servizio di qualcuno, essendo naturale trasferire per associazione un suono a un'immagine in carne e ossa (Lazzeroni 2024a). E per quanto vi siano studi che mirano alla creazione di volti e di voci «gender neutral» per gli assistenti virtuali (ma difficilmente neutri in base ad esempio ai connotati di razza e origine nazionale, di handicap o di età), si tratterà pur sempre di volti e voci che si vogliono simili a quelli umani e ad uno stereotipo di individuo che schiude al tema della stereotipizzazione discriminante.

È chiaro come l'omologazione tra macchina e individui renda il prodotto più appetibile nel mercato – l'aspetto fisico di Katanela (cit. alla nota 5) è, ad esempio, in tutto e per tutto quello di una donna –, ma la massimizzazione del profitto non dovrebbe surclassare i rischi dei nuovi volti discriminatori della tecnologia, non ancora presidiati dal diritto. Al riguardo, infatti, non forniscono una adeguata e sufficiente garanzia le nuove previsioni della Legge sull'Intelligenza Artificiale che si limitano all'obbligo di informare se un certo servizio è reso da un'IA, se l'entità con cui si interagisce è un'IA o se ci si trova in presenza di immagine, audio o video artificiosamente creato o alterato da un'IA (*deep fakes*) ex art. 50 e ex art. 3, n. 60.

Inoltre, l'impatto della trasformazione digitale si farà sentire a livello di percezione emotiva, inducendo un mutamento della scala dei valori e, quindi, dei bisogni e delle priorità degli individui: una sorta di riadattamento «valoriale» di cui lo *smart working* e il *lavoro da remoto in generale* rappresentano un primordiale esempio, per quanto le tematiche più delicate si riscontrino nella trattazione degli aspetti che attengono al *Cognitive Enhancement*. Il Report dell'*International Institute for Applied System Analysis*⁸ evidenzia infatti come tali progressi nella *neurotecnologia*, in particolare passiva (in notevolissimo aumento), pongano svariate questioni, in particolare relative all'offuscamento dei confini tra individui e macchine. I primi, pur al netto di un incremento delle capacità di attenzione e di motivazione, non potranno non subire un decisivo cambiamento nel comportamento, nella memoria e nella regolazione emotiva, ancora oggi ignoti nel grado e negli impatti sistemici, oltre che forieri di nuove forme di discriminazioni tra lavoratori aumentati e «standard». A tali aspetti si sommano implicazioni relative alla perdita della «neuro-privacy» e quindi al controllo sui dati personali e sulla stessa integrità fisica ed emotiva dell'individuo; aspetti, tutti, destinati a complicare il tema della *guida sociale* dell'evoluzione tecnologica.

⁷ Interessanti le riflessioni su dinamiche interpersonali e modelli di etica in Sparti 2003.

⁸ TWI2050 – *The World in 2050 (2019). The Digital Revolution and Sustainable Development: Opportunities and Challenges. Report prepared by The World in 2050 initiative. International Institute for Applied Systems Analysis (IIASA), Laxenburg, Austria. Cfr. in particolare box 5, 37.*

Al netto dell'utilità commerciale della «personificazione» delle IA, anche lo sviluppo di prodotti somiglianti agli individui servirà così a favorire l'accettazione sociale di «nuove forme collaborative», questa volta fra umani e macchine intelligenti; di nuove relazioni dove ricodificare un nuovo diritto.

4. Sostenibilità digitale e diritto del lavoro

L'avanzare del processo di trasformazione digitale dell'impresa esige di riflettere su nuovi e possibili baluardi del diritto del lavoro. In linea generale ciò significa precorrere gli effetti delle trasformazioni relazionali all'interno dell'impresa e nell'esecuzione del lavoro; trasformazioni che portano ad intravedere un nuovo concetto di cooperazione e forme di collaborazioni trasformate dall'intramezzo tecnologico, robotico o digitale.

Lo sviluppo di nuove forme di collaborazione dentro l'impresa è in parte determinato dall'ambivalente e pervasivo ruolo che l'IA è destinata a svolgere. Non si tratta semplicemente di pensare la tecnologia nella veste del *management* algoritmico e quindi del nuovo alter-ergo dell'imprenditore persona fisica, ma anche di accedere all'impiego delle IA alla stregua di nuovi consulenti e di nuovi collaboratori, oltre che di nuovi esecutori materiali della prestazione lavorativa. L'impresa digitalmente trasformata e che miri altresì a perseguire logiche di sostenibilità (o assunte come tali)⁹, si presta ancor più incisivamente a quella revisione del rapporto di collaborazione, per il fatto di essere catturata, assieme ai lavoratori, dalla dedotta necessità di perseguire obiettivi esterni e collettivi, che vanno dalla tutela dell'ambiente al soddisfacimento di una pletora di interessi riconducibile alla indistinta categoria degli «altri stakeholder».

All'interno di tale scenario, è quindi ancor più necessario presidiare i diritti dei lavoratori affinché non vengano trascinati, trascurati o travolti dal nuovo «meta-scopo» della tutela ambientale e dello sviluppo tecnologico-digitale «che anticipa e assorbe tutti gli altri problemi più specifici, come gli interessi e i diritti delle imprese, dei lavoratori, dei territori» (Semenza 2022, 361). Effetto già riscontrato nel rapporto sbilanciato (Del Punta 2019a, *passim*; Perulli, e Speciale 2022, 114), o se non altro 'impermeabile' (Ichino 2001, 165-201), fra diritto del lavoro e diritto dell'economia.

In particolare, se «nobilitata» da obiettivi di sostenibilità, l'innovazione tecnologica possiede una notevole carica di ambivalenza, che la rende capace di schiudere «processi di nuove libertà o di nuovo dominio, di nuovo sviluppo o di selezione selvaggia dei bisogni, a seconda dei contesti sociali e istituzionali in cui si producono e dei fini e dei valori perseguiti dai vari soggetti sociali e politici» (De Vita 1990b, 20).

⁹ Sul modello cooperatorio dell'azienda che ha interiorizzato il paradigma della sostenibilità, cfr. Mio 2021, 51 sgg.

Lungo la strada che porta oggi più che mai a riflettere dell'effettiva e reale capacità del «capitalismo» di «farsi «riflessivo»» (Del Punta 2006a, 14), i nuovi baluardi del diritto del lavoro vanno declinati con *parresia* e improntati a un rigore valutativo etico (parr. 4.1. e 4.2), soggetto esso stesso a misurazione sulla base di irrinunciabili principi generali di tutela antropocentrici (par. 5).

4.1. I margini della nuova «sfida cooperatoria»

Si assiste a un grande fermento attorno al tema della transizione digitale, in certi contesti ancora improntato al mito positivista dell'avanzamento senza limiti di cui hanno fatto mostra le letture più entusiastiche delle rivoluzioni industriali. Affrontare il bisogno di un nuovo linguaggio collaborativo all'interno delle aziende serve a favorire un atteggiamento dialogante sulle tecnologie (per non esserne sopraffatti e renderle davvero sostenibili) ma al tempo stesso critico e diretto a escludere i pericolosi approdi deresponsabilizzanti del datore di lavoro che il mito positivista è strisciamente propenso ad affermare, attese le caratteristiche attribuite da molti alle nuove macchine super-intelligenti, personificate, sensienti, dialoganti, intellettivamente evolute e quindi, *va da sé*, «migliori».

Collaborazione e fiducia sono concetti che hanno costantemente permeato il rapporto di lavoro ma che rischiano di essere travolti dalla trasformazione tecnologica, perché le tecnologie digitali non sono necessariamente in grado di rendere più collaborativa l'impresa (Novella 2022, 18-24). Al contrario, forse. Se non presidiate e incanalate da una guida valoriale (prima di tutto del legislatore), incentrata sul dialogo e l'ascolto, le tecnologie potrebbero alterare gli schemi relazionali (implicanti fiducia) ai quali i lavoratori sono avvezzi. Vero è, infatti, che «nell'economia digitale i meccanismi e i *ranking* reputazionali, gestiti dagli algoritmi, hanno rimpiazzato con grande efficacia l'antico modello fiduciario della relazione di lavoro» (Tullini 2022, 105-6), rimettendo alla macchina e all'algoritmica il compito di fare scelte incidenti sul rapporto di lavoro mediante l'uso di processi logici profondamente diversi da quelli tipicamente umani.

Nuovi modelli cooperatori e nuova fiducia è richiesta nei riguardi del *management* algoritmico, della macchina intelligente con cui il lavoratore deve eseguire la prestazione e, ancora, dell'algoritmo stesso i cui *output* incidano sul rapporto di lavoro o sulla sua esecuzione; ma anche fiducia nell'adeguatezza del sistema di controlli digitali adottato e nel sistema di gestione dei propri dati (Lazzeroni 2024b) che vengono affidati alla macchina intelligente.

Il rapporto uomo-IA finisce quindi per richiedere non solo un incremento della 'collaborazione'¹⁰, ma un nuovo approccio alla 'cooperazione' e alla fiducia, ovvero una ulteriormente nuova «sfida cooperatoria» (Del Punta 2006b, 57-8). Una sfida, tuttavia, resa sempre più complessa sia dalla competizione economica globale, in cui «i comportamenti hobbesiani prevalgono di gran lunga su quelli

¹⁰ Un primo esempio evidente è quello degli obblighi collaborativi in materia di salute e sicurezza del lavoratore da remoto (Rota 2022, 97).

cooperativi» (Caruso, Del Punta, e Treu 2020, 17)¹¹, sia dal crescente ricorso a sistemi di *rating* tra lavoratori, che certamente non favoriscono la cooperazione e la coesione tra colleghi, bensì la sfida e la competizione in ogni contesto (financo per la conservazione del posto di lavoro), quale nuovo, a tratti illusorio e ben poco etico sistema di efficientamento aziendale.

4.2. Lavoro, sostenibilità digitale e valori a presidio

Nella difficoltà di dare qui conto dei baluardi necessari alla sostenibilità del nuovo lavoro digitale – molto sarebbe da dire, ad esempio, in termini di tutela contro le nuove forme e i nuovi impatti discriminatori della trasformazione digitale – si può dire che gli obblighi di *trasparenza* dei datori di lavoro e i doveri di *sorveglianza* umana sulla macchina intelligente (sia sul relativo funzionamento che sugli *output* generati) oltre a quelli di *responsabilità* datoriale, meritino oggi di essere particolarmente attenzionati e presidiati dal diritto.

Il governo dei processi algoritmici a tutela dei lavoratori impone, infatti, di assicurare un presidio sull'utilizzo dei dati dei lavoratori lungo l'iter di elaborazione, utilizzo e diffusione degli stessi da parte dei sistemi di IA e, al contempo, di «affrontare l'opacità, la complessità, la faziosità, un certo grado di imprevedibilità e un comportamento parzialmente autonomo di taluni algoritmi» (Zappalà 2021, 101)¹².

I doveri di *trasparenza* datoriali sono in parte affrontati a livello europeo, quand'anche essenzialmente in relazione a specifici contesti. Qui vengono ad esempio in rilievo sia la direttiva in tema di *due diligence* (destinata a permeare di trasparenza la catena globale del valore), sia gli emendamenti alla legge sull'IA¹³ (che furono approvati il 14 giugno 2023 dal Parlamento europeo con lo scopo di introdurre specifiche regole di trasparenza lungo la catena delle IA, per rendere i sistemi sicuri, tracciabili e non discriminatori), sia la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) in cui vengono dettagliati gli obblighi di trasparenza relativi all'impatto sull'impresa e dell'impresa in tema ambientale, di *governance* e di diritti umani (obblighi retti da meccanismi dichiarativi, di *Accountability*, di certificazione indipendenti e di accessibilità digitale).

L'attenzione è invece meno significativa in relazione ad altri ambiti, come nel caso del lavoro prestato mediante piattaforme digitali, di cui merita segnalare l'obbligo di rilascio di informazioni verso Stati membri e sindacati dei lavora-

¹¹ Tornano sulla concettualizzazione del ruolo collaborativo Caruso, Del Punta, e Treu 2023, 59-65.

¹² Cfr. inoltre Caruso, Del Punta, e Treu 2023, 53-5.

¹³ Draft – *Compromise Amendments on the Draft Report – Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM(2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD))*. La proposta di emendamento era da attribuire ai *Committee on the Internal Market and Consumer Protection* e *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*.

tori operanti su piattaforma (in ordine a numero utenti che lavorano con continuità su piattaforma, qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, termini e condizioni contrattuali praticate). Di tale proposta di direttiva, tuttavia, merita menzione il sistema di trasparenza congegnato in relazione ai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, da riferire al «monitorare, supervisionare o valutare l'esecuzione del lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali con mezzi elettronici» (art. 6, par. 1, lett. a) e al «prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro di tali lavoratori delle piattaforme digitali» (art. 6, par. 1, lett. b). Si tratta di una previsione che non consente di fare chiarezza sui confini di ciò che può dirsi capace di incidere in modo «significativo» sui lavoratori ma, soprattutto, che prevede solo una trasparenza eventuale circa le tipologie di azioni che sono fatte oggetto di monitoraggio, supervisione o valutazione e circa i motivi «alla base delle decisioni di limitare, sospendere o chiudere l'account del lavoratore delle piattaforme digitali o di non retribuire il lavoro svolto dal lavoratore delle piattaforme digitali» (art. 6, par. 2). Si tratta infatti di dati forniti solo se richiesti dai rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme e dalle autorità nazionali del lavoro, con evidenti impatti sull'effettività dell'obbligo di *disclosure*.

Soprattutto, merita rilevare che la versione del Regolamento sull'IA approvata dal Parlamento europeo nel giugno 2023 prevedeva un sistema di trasparenza filtrato dalle organizzazioni sindacali attraverso un obbligo di consultazione, e con l'obiettivo di trovare un accordo, prima della messa in servizio o dell'utilizzo di un sistema di IA nel luogo di lavoro (art. 29, par. 5-*bis*). Ma tale obbligo è stato fortemente depotenziato dalla versione poi approvata di tale Legge, che molto più prosaicamente prevede un restringimento delle prerogative sindacali e dei lavoratori, e quindi un mero obbligo di informativa «*where applicable, in accordance with the rules and procedures laid down in Union and national law and practice on information of workers and their representatives*» (art. 26, par. 7). Ciò senza contare l'evidente difetto che hanno gli obblighi di informativa, quando sfociano nel «mito della completezza delle informazioni» (Alaimo 2024) in luogo di una efficace sintesi delle stesse, che invece ridurrebbe il rischio di trascurare ciò che è particolarmente importante.

Ciò non toglie che, al netto degli orizzonti regolativi europei e dello sviluppo dei sistemi di IA in tale contesto, alcuni adattamenti della normativa nazionale siano quantomeno già auspicabili. Si pensi alla necessità di rendere maggiormente permeabili al controllo gli strumenti necessari a rendere la prestazione lavorativa (Tebano 2022, 50-1) – superando l'ormai inefficace distinguo tra comma 1 e comma 2 dell'art. 4 dello Statuto (Caruso, Del Punta, e Treu 2020, 39) – come nel caso della *gamification* e dell'interazione uomo-macchina, in cui quest'ultima gioca un ruolo assolutamente promiscuo, costituendo uno strumento di lavoro ma, al contempo, un mezzo atto al monitoraggio e controllo della prestazione, mediante registrazione del lavoro umano (Faioli 2018, 224), in ragione del processo di apprendimento automatico necessario a perfezionare la macchina intelligente.

Ugualmente, il tema della trasparenza dell'algoritmo è affrontato solo trasversalmente nella proposta di direttiva sulle piattaforme digitali che richiama il bisogno

di fornire informazioni solo sui «principali parametri» su cui si fonda il sistema decisionale automatizzato e sull'incidenza, nel processo decisionale, di tali parametri e dei dati personali e comportamentali del lavoratore (Lazzeroni 2024b).

La proposta di legge sull'IA, dal canto suo (Considerando 66, *post emendamento* n. 112), imponeva di sottoporre a nuova valutazione i sistemi di IA ad alto rischio in caso di modifica sostanziale del prodotto, che diviene quindi necessaria «ogniquale volta intervenga una modifica non pianificata che va oltre le modifiche controllate o predeterminate da parte del fornitore, incluso l'apprendimento continuo, e che possa creare un nuovo rischio inaccettabile e incidere in modo significativo sulla conformità del sistema di IA ad alto rischio al presente regolamento oppure quando viene modificata la finalità prevista del sistema». Tuttavia, tale previsione è del tutto cambiata, e stravolta nel suo significato e soprattutto nella sua portata, nella versione di Regolamento licenziata definitivamente (Considerando 97).

Resta perlomeno ferma, per quanto anch'essa dimidiata rispetto alla versione approvata dal Parlamento del giugno 2023, la previsione sui casi in cui garantire la trasparenza del funzionamento dell'algoritmo in termini di *right to explanations* (Wachter, Mittelstadt, e Floridi 2017, 82 sgg.), ex art. 86 del Regolamento sull'IA, in base al quale

Any affected person subject to a decision which is taken by the deployer on the basis of the output from a high-risk AI system listed in Annex III, with the exception of systems listed under point 2 thereof, and which produces legal effects or similarly significantly affects that person in a way that they consider to have an adverse impact on their health, safety or fundamental rights shall have the right to obtain from the deployer clear and meaningful explanations of the role of the AI system in the decision-making procedure and the main elements of the decision taken.

E comunque, anche l'enunciazione della proposta di *Legge sull'IA* circa la necessità di rendere conoscibili le regole che governano il processo decisionale della macchina intelligente, sulla base di *set* di dati di addestramento anch'essi oggetto di trasparenza, rischia di scontrarsi con le concrete difficoltà applicative. Tali difficoltà sono determinate dalla mutevolezza imperscrutabile del processo di *machine learning*, non tamponabile con l'adozione di sistemi di aggiornamento permanente – come sono quelli pensati per la tutela della salute e sicurezza (art. 35 del t.u. 81/2008) – a motivo della indisponibilità di informazioni sul momento temporale in cui le regole di funzionamento mutano e sugli accadimenti che inducono tale mutamento (Zampini 2022, 477-8). Si fanno così sentire: l'assenza di criteri univoci per assicurare la veridicità dei dati di addestramento forniti; l'assenza di un adeguato sistema che consenta ai lavoratori di ottenere nell'immediato (e in anticipo) adeguate spiegazioni sul funzionamento dell'algoritmo; l'assenza di competenze tecniche in capo al lavoratore per compiere valutazioni adeguate; l'assenza di regole che vedano il lavoratore, assieme al sindacato, come destinatario privilegiato degli obblighi informativi sul funzionamento dell'algoritmo.

La questione degli obblighi di *sorveglianza* sull'operato della macchina (Trojsi 2022), sul funzionamento dell'algoritmo, sul suo processo decisionale e quindi sugli *output* della macchina stessa – funzionale alla gestione di processi discriminatori che riguardano le IA ma anche utile a contenere i rischi di una violazione dei diritti di riservatezza dei lavoratori – è fortemente connesso a quello della trasparenza, ma non si esaurisce in esso.

Mentre è indiscutibile la riconduzione alla normativa già esistente in tema di salute e sicurezza per ciò che attiene agli obblighi di tutela fisica e psichica dei lavoratori dai possibili danni che la macchina è in grado di provocare all'uomo con cui interagisce, il diritto alla sorveglianza umana sugli *output* delle macchine intelligenti va ancora adeguatamente costruito, onde tamponare con lo *Human oversight*¹⁴ il lavoro oscuro delle IA. Ciò dovrebbe risolversi nell'assicurare il potere dell'uomo (o di terzi: Maio 2018, 1442) di intervenire sul percorso e sugli esiti a cui è giunto l'artificiale, mediante un controllo del tipo *Human-in-command*, *Human-on-the-loop* o *Human-in-the-loop* (Zappalà 2021, 108).

Tuttavia, il diritto alla sorveglianza umana – che, si è detto (A. Simoncini 2020, 26-30), godrebbe perfino di fondamento costituzionale – non trova sponde adeguate neppure nella regolazione europea esistente (Lazzeroni 2024a, 226-30), quand'anche l'Accordo quadro europeo sulla digitalizzazione del 2020 sancisca il diritto del lavoratore di 'attivare' la sorveglianza umana a disvelamento, controllo e correzione di eventuali difetti del processo algoritmico, e quand'anche la proposta di direttiva sulle piattaforme digitali (art. 8) declini la sorveglianza umana come diritto al «riesame umano di decisioni significative». Tale ultima prospettiva, infatti, già di per sé limitata alla dimensione del lavoro su piattaforma, è riferita solo a ciò che costituisce un «incidere significativo», quanto mai arduo da perimetrare e dunque soggetto a incertezze applicative e a valutazione discrezionale della piattaforma.

Garantire la sorveglianza umana richiede che il datore di lavoro venga (realmente) coinvolto, perfezioni, migliori o corregga il risultato del processo algoritmico, che ne verifichi la logica e la legittimità e che, nella sostanza, monitori il relativo processo di apprendimento generativo, atteso che la macchina è intelligente, ma non troppo (Nicoira e Varone 2019).

Tali doveri non possono trovare un surrogato nella macchina che controlla la macchina, e neppure nei tentativi di umanizzazione dell'intelligenza artificiale (par. 3), anche laddove ciò significasse consentire alla macchina, in luogo dell'uomo, di accedere ad una sorta di diritto al ripensamento, tramite il «senso di rimpianto» (Marchiori, e Warglien 2008, 1111-13), sempre che sia mai in grado, come taluni la descrivono, di generare flussi elaborativi coinvolgenti la parte 'emozionale' della macchina stessa. Il rischio di consentire alla macchina di correggere sé stessa sarebbe ancora maggiore, accrescendo il numero delle variabili implicate nel processo valutativo della macchina (e oggetto di *disclo-*

¹⁴ Sul principio di umanizzazione del controllo, in particolare Caruso, e Zappalà 2022, spec. 54-6. Cfr. inoltre Zappalà 2022.

sure) e rendendolo perciò ancor meno governabile e addirittura deleterio, se proiettato nei *robot* a cui dovesse essere dato potere di azione nei riguardi degli umani (come nel caso della sorveglianza di detenuti o di controllo dell'ordine pubblico tramite *CyberDogs*).

Impedire ai surrogati digitali di sostituirsi all'uomo nell'esercizio dei doveri di sorveglianza trova ragion d'essere nel criterio della necessaria imputazione al datore di lavoro della *responsabilità* per azioni od omissioni. Questa non può essere basata, né concretizzarsi, in un mero rinvio all'algoritmo e al relativo funzionamento, quand'anche previamente esplicitato. Piuttosto, dovrebbe essere particolarmente rigoroso il dovere motivazionale legato al *right to explanation* del lavoratore¹⁵, per tutti quei poteri che lo richiedono, a corollario del dovere di sorveglianza umana: sia per escludere che l'IA sia rimasta imbrigliata in un *algo-created data* (quale *output* realizzato dalla *big data analytics*: Massinetti 2021, 141-9), sia per definire il giusto equilibrio fra potere di libera iniziativa economica e diritti dei lavoratori, sia per compensare la tendenza alla diminuzione del potere di controllo giudiziale sugli atti gestionali dell'imprenditore, in nome dell'efficienza organizzativa dell'impresa (Perulli, e Speciale 2022, 71-2).

La responsabilità plasma poi, in particolare, la dimensione relativa *all'interazione uomo-macchina*, sulla base di quell'«etica della responsabilità [che] significa rispondere delle conseguenze prevedibili delle proprie azioni» (Del Punta 2012; Weber 1966, 109). È l'imprenditore a doversi assicurare che, nell'esercizio dei poteri di comando *machine to human*, gli ordini siano chiari, correttamente recepiti dai lavoratori, di facile comprensione, accompagnati da sistemi che consentano ai lavoratori di segnalare l'inefficienza della macchina nella comunicazione del comando, adatti al *target* di riferimento (Lebovitz, Lifshitz-Assaf, e Levina 2022, 1-23). Ciò con lo scopo di tutelare l'integrità fisica dei lavoratori ma anche di evitare che ricadano sui lavoratori stessi le eventuali conseguenze legate all'inadempimento della prestazione (Levi 2022, 18-22): per l'esigenza, non foss'altro etica (Rodotà 2015), di proteggere l'individuo dalla decisione dell'algoritmo, rifuggendo l'idea dell'infallibilità della tecnica al cospetto della caducità umana.

5. Un nuovo patto per una nuova etica nelle relazioni di lavoro

La trasformazione digitale è in grado di ridefinire il senso e l'utilità delle cose e delle relative azioni, ma possiede anche la potenzialità di modificare le relazioni sociali, incluse quelle interne all'impresa, spostando i confini giuridici dei diritti e dei doveri delle parti del rapporto di lavoro, ridefinendo traguardi e strumenti dell'impresa e, comunque, costringendo a nuove riflessioni sulla tenuta dei diritti sociali e sul lavoro, inclusi i diritti umani (Lazzeroni 2024a, 155-65)¹⁶. È in effetti evidente il forte ridimensionamento che ha subito, in virtù della

¹⁵ Sul principio di «giustificatazza» quale caposaldo nel quadro dei principi trasversali del diritto del lavoro, Caruso, e Zappalà, 2022, 53-54.

¹⁶ Sul riposizionamento dei diritti umani nell'etica universale, Viola 2000.

neo-emanata Legge sull'Intelligenza Artificiale, la disciplina di valutazione di impatto dei sistemi di IA sui diritti fondamentali, che perde la connotazione di tutela anticipatoria (e quindi prevenzionistica, ancorata al principio di precauzione) per attestarsi piuttosto su quella rimediale.

Occorre affrontare l'idea di un nuovo patto delle relazioni di lavoro, nei contesti trasformati o impattati dalla tecnologia digitale e dall'IA, che sia basato su nuovi valori e su di una nuova etica del lavoro, di cui debba farsi portavoce il legislatore ed attento esecutore materiale l'impresa e il sindacato.

Il tema dell'etica si colloca tuttavia su un crinale scivoloso e difficile da presidiare nel contesto dell'argomentare giuridico. Come d'altro canto va detto della «sostenibilità», per la necessità di una sua decriptazione attraverso il diritto e gli interventi legislativi concreti che definiscano nel dettaglio quelle azioni, misure, cautele socialmente sostenibili in quanto eticamente giuste (ma l'etica risente del contesto di riferimento).

Non esiste, quindi, un'etica *passepertout*, ma tanti e diversi possibili approcci etici – e relativi dimensionamenti, già visibili nella distinzione tra etica dell'impresa ed etica nell'impresa (Barile 1994) – così come la sostenibilità, nel suo essere eterea, reclama una implementazione attraverso specifici interventi normativi capaci di indirizzare l'impresa.

In effetti, i pilastri della sostenibilità esigono che si usi l'etica quale guida valoriale e la si trasformi in azione strategica per l'impresa¹⁷, senza «contrapporre semplicisticamente un approccio etico alla sostenibilità (la sostenibilità è doverosa) a uno realista (la sostenibilità è conveniente)» (Caruso, Del Punta, e Treu 2020, 16) e senza «imposizione dei valori» (Hanami 2003, 617).

E quanto all'etica nel processo di *trasformazione digitale* e tecnologica dell'impresa, questa è tutta da scrivere mancando una «teorica etica» che inglobi l'Intelligenza artificiale. L'etica nella trasformazione digitale pone interrogativi legati al rischio tecnologico, ai rischi da *output* algoritmico e ai reali bisogni degli individui impattati dalla trasformazione digitale e, pertanto, interrogativi su chi possa, e in che limiti, trarre utilità dalla tecnologia (e sulla misura di tale utilità), onde definire la tollerabilità individuale e sociale del rischio tecnologico.

Proprio a questo riguardo non può sfuggire come la scelta dell'Unione europea, concretizzata nella Legge sull'IA, sia quanto mai chiara quale scelta valoriale. L'approccio regolativo assunto e basato sul «rischio» è esso stesso una scelta valoriale destinata a impattare notevolmente nelle vite di tutti, significando optare per l'accettazione delle IA anche se implicanti un rischio, in luogo di tanti altri possibili sistemi regolatori, incluso quello di precauzione che è invece molto significativo e penetrante in ambito di tutela ambientale.

Ciò svela in maniera ancor più evidente come la chiave di lettura delle tecniche regolative prescelte a livello europeo sia essa stessa estremamente complessa.

La mancanza, al momento, di adeguati mezzi normativi a livello internazionale, europeo e nazionale, per gestire le ricadute delle scelte valoriali fino a oggi

¹⁷ Sull'etica nei rapporti economici, in particolare Sen 1988.

effettuate – inclusa la scarsa attenzione in tal senso da parte del neo-licenziato Regolamento sull’IA – impone di fare leva su tutti gli attori coinvolti, inclusa l’impresa, perché tutti maturino un approccio etico alla gestione dei rapporti di lavoro mediati dall’Intelligenza artificiale e concretamente adottino, o inducano ad adottare, criteri di trasparenza nel processo di gestione aziendale al cospetto di processi decisionali algoritmici; implementino decaloghi relazionali e interattivi uomo-macchina improntati a tempi e modelli di lavoro consoni all’uomo; garantiscano un presidio e un controllo costante sulla macchina e sul suo processo di apprendimento; tengano un contegno costantemente antropocentrico; si adoperino affinché il digitale non sia veicolo di nuove discriminazioni o strumento di replicazione mascherata di discriminazioni storiche bensì mezzo di integrazione sociale; rafforzino le relazioni sociali e il dialogo con gli attori sindacali.

Proprio a quest’ultimo riguardo, quella crescente richiesta collaborativa, cooperatoria e fiduciaria che connota l’impresa digitalmente trasformata non può non basarsi sul presupposto implicito di un *consenso* e di una *condivisione* rispetto ai nuovi modelli produttivi adottati dall’impresa, rispetto al nuovo modo di fare impresa, rispetto all’inedito processo relazionale tra uomo e macchina (intelligente).

Parlare di «condivisione» esprime tuttavia una visione collettiva delle dinamiche aziendali, perché l’impresa digitale e i nuovi modelli di lavoro coinvolgono la comunità aziendale nel suo complesso e non solo la singola posizione lavorativa. Evidente è la necessità di accompagnare il processo anzidetto da una riscrittura del ruolo delle *organizzazioni sindacali* – sia normativamente che inducendo le imprese a un agire responsabile – che possa anche andare oltre la soglia del lavoro subordinato (per arrivare a lambire la dimensione dell’economia del libero scambio della *on-demand economy*), ed anche oltre il limitato ruolo riservato al sindacato dalla Legge sull’IA.

Un nuovo ruolo per il sindacato è necessario: alla gestione complessiva del cambiamento digitale; alla valutazione degli impatti sull’occupazione; alla riqualificazione professionale; al controllo concreto sull’agire dell’impresa digitale (dal controllo sul funzionamento dell’algoritmo a quello sugli effetti delle interazioni uomo-macchina sulla salute del lavoratore, e non solo); alla partecipazione agli obiettivi sostenibili dell’organizzazione; alla tutela del lavoratore la cui prestazione sia digitalmente intermediata, qualunque sia il suo contratto di lavoro; alla promozione di migliori condizioni di benessere; alla conservazione di canali di ascolto dei bisogni dei lavoratori, invece messi a rischio dalla penetrazione crescente di sistemi spersonalizzati di intelligenza artificiale nei contesti di lavoro.

Il processo di regolazione normativa deve così occuparsi di consentire e presidiare lo sviluppo di una nuova cultura aziendale improntata al dialogo sociale aperto e costruttivo sui temi della trasformazione digitale, e quindi basata su di un nuovo patto «sociale», per una nuova etica nelle relazioni di lavoro digitalmente trasformate.

È indubbio che un nuovo patto reclama che l’approccio regolativo del legislatore e quello fattivo dell’impresa siano fortemente proiettati alla valorizzazione

e tutela delle specificità delle relazioni di lavoro al cospetto di altre dinamiche e relazioni che l'impresa crea con altri *stakeholder*, in nome di obiettivi di «sostenibilità». La più recente normativa europea accentua infatti la tendenza, già in atto da tempo¹⁸, verso una sorta di omologazione tra diverse classi di portatori di interessi (Mosco, e Felicetti 2022, 197), sterilizzandone, talvolta, le prerogative e funzioni. Ciò è particolarmente visibile nei riguardi delle organizzazioni sindacali, catturate dalla prospettiva regolativa di divenire rappresentanti di interessi non più soltanto dei lavoratori ma anche di terzi soggetti e, inoltre, sotto altro frangente, di condividere con altri portatori di interessi il presidio delle dinamiche d'impresa. Ad ogni buon conto, sempre a patto di voler davvero accedere all'idea che i lavoratori, collettivamente o individualmente, e le relative forme di rappresentanza, rappresentino una classe di *stakeholder*, sarebbe perlomeno lecito aspettarsi che debbano rappresentare lo *stakeholder* per eccellenza (Del Punta 2006a, 7-8 e Del Punta 2006b, 60) e trattarli come portatori di «diritti» più che di «interessi».

Infine – per restare alla rappresentazione di ciò che dovrebbe dirsi essenziale, vitale, nella riscrittura di un nuovo patto nell'impresa trasformata – la responsabilità connessa all'uso che si fa della libertà d'impresa dovrebbe sempre assumere quale riferimento l'individuo nella sua unicità e valore, nella centralità dei suoi bisogni e delle sue necessità, quale «fine in sé» (Perulli, e Speciale 2022, 13).

Un simile approccio non è però affatto scontato, anzi è perfino rimesso in discussione nella nuova Legge sull'IA, che piuttosto ribalta la prospettiva antropocentrica assunta dal Parlamento europeo nel giugno 2023, per assegnare nuovamente il primato alla tutela del mercato unico (Alaimo 2024), imponendo così di tornare su quanto Riccardo Del Punta già avvertiva, ovvero la «sensazione diffusa che ad essere messi in questione nel tempo presente non siano soltanto gli *strumenti*, ma anche i *fini* dell'azione politica. Si profilano contrasti anche profondi fra visioni del mondo diverse e a monte quasi su concezioni diverse dell'uomo» (Del Punta 2002, 402).

E così si rischia di dimenticare che solo mettendo «la (dignità della) persona al centro dell'etica» (Tursi 2006, 71), quale elemento essenziale per l'organizzazione d'impresa, si è in grado di realizzare quella vera e propria «svolta antropologica» (Burgalassi 1980), capace di governare e indirizzare ogni tipo di trasformazione digitale, a tutto vantaggio di una «vita autenticamente umana» (Jonas 1990).

Riferimenti bibliografici

- Alaimo, A. 2024. *Intervento* a Webinar di *Labour Law Community* dal titolo «Just in time. Le novità legislative e giurisprudenziali dell'UE». 15 marzo 2024.
- Barile, S. 1994. «Il ruolo dei valori etici nei processi di sviluppo delle imprese.» *Esperienze d'impresa* 2.

¹⁸ Cfr. ad esempio il *Libro Verde*, par. 74 e il par. 172 del *Companies Act* inglese del 2006.

- Barile, S., Saviano, M. 2018. "Complexity and sustainability in management: insights from a system perspective." In *Social Dynamics in a Systems Perspective* a cura di Sergio Barile, Marco Pellicano, e Francesco Polese, 39-63. New York: Springer.
- Bifulco, R., D'Aloia, A. 2008. "Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale." In *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli della responsabilità intergenerazionale*, a cura di Raffaele Bifulco, e Antonio D'Aloia. Napoli: Jovene.
- Brollo, M. 2019. "Tecnologie digitali e nuove professionalità." *Diritto delle Relazioni Industriali* 2: 468-91.
- Burgalassi, S. 1980. *Uno spiraglio sul futuro*. Pisa: Pacini.
- Cagnin, V. 2018. *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*. Padova: Cedam.
- Caruso, B., Del Punta R., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." *WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.
- Caruso, B., Del Punta R., Treu, T. 2023. "'Manifesto'. Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo 'oltre' il manifesto." *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.
- Caruso, B., Zappalà, L. 2022. "Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di Riccardo Del Punta, 29-79. Firenze: Firenze University Press.
- Castellani, G. 2015. *Responsabilità sociale d'impresa. Ragioni, azioni e reporting*. Rimini: Maggioli.
- Commissione europea. Comunicato stampa del 16 marzo 2023. *Competitività dell'UE oltre il 2030: uno sguardo al futuro in occasione del 30° anniversario del mercato unico*. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1668> (25 marzo 2024)
- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo COM/2018/237 final, *L'intelligenza artificiale per l'Europa* <<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>> (25 marzo 2024)
- De Vita, R. 1990a. "Trasformazione sociale, culturale e innovazione tecnologica." In *Tecnologia e mutamento sociale*, a cura di Roberto De Vita, 11-23. Milano: FrancoAngeli.
- De Vita, R. 1990b. *Innovazione tecnologica, cultura e qualità del lavoro*. Milano: FrancoAngeli.
- Del Punta, R. 2002. "Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto." *RIDL* 1: 401-22.
- Del Punta, R. 2006a. "CSR, organizzazione e qualità del lavoro." In *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, a cura di Luigi Montuschi, e Patrizia Tullini, 3-15. Bologna: Zanichelli.
- Del Punta, R. 2006b. "Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto* 1: 41-64.
- Del Punta, R. 2012. "Per un diritto del lavoro responsabile." In *Il lavoro perduto e ritrovato*, a cura di Gianni Vattimo, Pasquale Davide De Palma e Giuseppe Iannantuono, 51-76. Milano-Udine: Mimesis Edizioni.
- Del Punta, R. 2019a. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." *Biblioteca '20 maggio'* 2: 104-26.
- Del Punta, R. 2019b. "Diritti del lavoro e economia digitale." In *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di Cristina Alessi, Marzia Barbera, e Luciana Guaglianone, 15-28. Bari: Cacucci.
- Doyal, L., Gough, I. 1991. *A Theory of Human Need*. Basingstoke (Hampshire): Palgrave Macmillan.

- Epifani, S. 2020. *Perché la Sostenibilità non può fare a meno della trasformazione digitale*. Roma: Digital Transformation Institute.
- Faggin, F. 2022. *Irriducibile. La coscienza, la vita, i computer e la nostra natura*. Milano: Mondadori.
- Faioli, M. 2018. *Mansioni e macchina intelligente*. Torino: Giappichelli.
- Giannetti, R. 2018. "Tecnologia e lavoro nelle Rivoluzioni industriali: occupazione, competenze e mansione del lavoro, salari e diseguaglianza." In *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, e Giovanni Mari, 275-91. Firenze: Firenze University Press.
- Grossi, P. 2021. *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Haan, F.J. et al. 2014. "The needs of society: A new understanding of transitions, sustainability and liveability." *Technological Forecasting and Social Change* 85: 121-32.
- Hanami, T. 2003. "Deregolamentazione e regolamentazione internazionale: la prospettiva asiatica." *Diritto delle Relazioni Industriali* 4: 611-18.
- Ichino, P. 2001. "Il dialogo tra economia e diritto del lavoro." *Rivista Italiana del Diritto del Lavoro* 1: 165-201.
- Jonas, H. 1990. *Le Principe responsabilité. Essai d'une éthique pour la civilisation technologique*. Paris: Édition du Cerf.
- Lazzeroni, L. 2024a. *Responsabilità sociale d'impresa 2.0 e sostenibilità digitale. Una lettura giuslavoristica*. Firenze-Siena: FUP-USiena Press. <<https://books.fupress.com/catalogue/responsabilit-sociale-dimpresa-20-e-sostenibilit-digitale/14037>>
- Lazzeroni, L. 2024b. "Lavoro e tutele nella dimensione della cittadinanza digitale e nell'era del capitalismo della sorveglianza." *Diritto delle Relazioni Industriali*, in uscita al 3/2024.
- Lebovitz, S., Lifshitz-Assaf H., Levina, N. 2022. "To Engage or Not to Engage with AI for Critical Judgments: How Professionals Deal with Opacity When Using AI for Medical Diagnosis." *Organization Science* 33: 1-23.
- Levi, A. 2022. "Il potere di organizzazione nell'economia digitale e i suoi limiti." In *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di Alessandro Bellavista, e Rosario Santucci, 11-25. Torino: Giappichelli.
- Maio, V. 2018. "Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica." *Argomenti di Diritto del Lavoro* 24, 6: 1414-55.
- Marchiori, D., Warglien, M. 2008. "Predicting Human Interactive Learning by Regret-Driven Neural Networks." *Science* 319: 1111-13.
- Massinetti, R. 2021. "La Privacy e il controllo dell'identità algoritmica." *Contratto e Impresa Europa* 1: 121-69.
- McLuhan, M. 1976. *Gli strumenti del comunicare*. Milano: Il Saggiatore-Garzanti.
- Mio, 2021. *L'azienda sostenibile*. Roma-Bari: Laterza.
- Mosco, G.D., Felicetti, R. 2022. "Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence." *Analisi Giuridica dell'Economia* 1: 185-211.
- Nespor, S. 2015. "I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico." *Giornale di Diritto Amministrativo* 6: 750-55.
- Nicotra, A., Varone, V. 2019. "L'algoritmo, intelligente ma non troppo." *Rivista AIC* 4: 86-106.
- Novella, M. 2022. "Impresa." In *Lavoro Digitale*, a cura di Marco Novella, e Patrizia Tullini, 5-24. Torino: Giappichelli.

- Perulli, A., Speziale, V. 2022. *Dieci tesi sul diritto del lavoro*. Bologna: il Mulino.
- Redclift, M.R. 1987. *Sustainable development: Exploring the Contradictions*. London: Methuen.
- Rodotà, S. 2015. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- Rota, A. 2022. "Sicurezza." In *Lavoro Digitale*, a cura di Marco Novella, e Patrizia Tullini, 83-103. Torino: Giappichelli.
- Semenza, R. 2022. "La retorica dei green jobs." *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 4: 359-75.
- Sen, A. 1988. *Etica ed economia*. Bari: Laterza.
- Simoncini, A. 2020. "Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale." In *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di Roberto Cavallo Perin, e Diana Urania Galetta, 1-42. Torino: Giappichelli.
- Simoncini, G.R. 2018. "L'incidenza della rivoluzione digitale nella formazione dei lavoratori." *Lavoro nella Giurisprudenza* 1.
- Sparti, D. 2003. *L'importanza di essere umani. Etica del riconoscimento*. Milano: Feltrinelli.
- Tebano, L. 2022. "Controlli digitali." In Silvia Borelli, Vania Brino, Claudia Faleri, Lara Lazzeroni, Laura Tebano, e Loredana Zappalà, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, 49-52. Torino: Giappichelli.
- Tiraboschi, M. 2023. "Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali." *Diritto delle Relazioni Industriali* 2: 229-76.
- Trojsi, A. 2022. "La sorveglianza digitale del datore di lavoro." In *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di Alessandro Bellavista, e Rosario Santucci, 71-97. Torino: Giappichelli.
- Tullini, P. 2022. "Dati." In *Lavoro Digitale*, a cura di Marco Novella, e Patrizia Tullini, 105-26. Torino: Giappichelli.
- Tursi, A. 2006. "Responsabilità sociale dell'impresa, 'etica d'impresa' e diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto* 1: 65-82.
- TWI2050. 2019. *The World in 2050 (2019). The Digital Revolution and Sustainable Development: Opportunities and Challenges. Report prepared by The World in 2050 initiative. International Institute for Applied Systems Analysis (IIASA)* <<https://previous.iiasa.ac.at/web/home/research/twi/TWI2050.html>>. Laxenburg (Austria).
- Viola, F. 2000. *Etica e metaetica dei diritti umani*. Torino: Giappichelli.
- Wachter, S, Mittelstadt B., Floridi, L. 2017. "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation." *International Data Privacy* 7, 2: 82-128.
- World Commission on Environment and Development. 1987. *Our Common future*. Vol. 17. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Zampini, G. 2022. "Intelligenza artificiale e decisione datoriale algoritmica. Problemi e prospettive." *Argomenti di Diritto del Lavoro* 3: 467-86.
- Zappalà, L. 2021. "Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale." *Biblioteca '20 Maggio'* 2: 99-120.
- Zappalà, L. 2022. "Human oversight." In Silvia Borelli, Vania Brino, Claudia Faleri, Lara Lazzeroni, Laura Tebano, e Loredana Zappalà, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, 120-25. Torino: Giappichelli.
- Weber, M. 1966. *Il lavoro intellettuale come professione*. Torino: Einaudi.

La flessibilità dell'orario di lavoro, tra istanze conciliative e interesse dell'organizzazione (il caso del lavoro agile)

Vito Leccese

1. Un antefatto: «Fuori tempo e fuori luogo? Il lavoro nella nuova società digitale»

In una conversazione con Riccardo Del Punta, non molti anni fa, ci accade, come talora ci accadeva, di ragionare su un tema con posizioni non perfettamente «allineate», ma comunque compatibili e, a mio modo di vedere, anche convergenti; in quel caso, si trattava della perdita di rilevanza («evanescenza», secondo alcuni) del tempo di lavoro e, per inevitabile conseguenza, della sua regolamentazione giuridica, nella esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, nel quadro delle nuove tecnologie di connessione.

Mi era già capitato di parlare di orario con Riccardo, anche se non era un suo tema di elezione (a differenza delle ferie, delle quali si è occupato più volte, anche in un contributo che mi fece l'onore di pubblicare in un volume, da me curato, di commento al neonato d.lgs. n. 66 del 2003).

Come ho avuto modo di riferire in altre occasioni, ricordo, in particolare, di aver sottoposto, trepidante, a Lui e a Oronzo Mazzotta, che furono tra i miei primi punti di riferimento scientifico «in carne e ossa» esterni al mondo giuslavoristico barese, la prima stesura della mia monografia sull'Orario di lavoro. Eravamo a Firenze, in via Varchi 2, nelle stanze del Dipartimento di diritto privato e processuale; stanze nelle quali, grazie alla mia esperienza di ricercatore fiorentino, ebbi modo di approfondire la conoscenza di entrambi, non solo sul piano scientifico.

A distanza di anni, eravamo poi tornati a ragionare sui tempi di lavoro, in occasione della mia partecipazione al Codice Commentato del lavoro, curato da Riccardo insie-

Vito Leccese, University of Bari, Italy, vitosandro.leccese@uniba.it, 0000-0001-6648-7550

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Vito Leccese, *La flessibilità dell'orario di lavoro, tra istanze conciliative e interesse dell'organizzazione (il caso del lavoro agile)*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.45, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 753-768, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

me a Franco Scarpelli, e poi, in una prospettiva nuova, in quella conversazione cui ho fatto cenno in apertura, svoltasi a ottobre 2019, a margine del Convegno nazionale AGI di Verona, su «I tempi e i luoghi del lavoro», nel quale tenni una delle relazioni.

Anche in quella sede, in particolare, emersero chiari i differenti approcci e punti di vista che, con particolare riferimento alle flessibilità temporale nel lavoro agile, possono adottare gli ingegneri gestionali¹ e i giuristi, almeno quelli che siano tuttora attenti ai profili di tutela della salute del lavoratore implicati nella regolamentazione giuridica dell'orario di lavoro.

Uno degli snodi più problematici e complessi sul piano dell'allineamento concettuale, prima ancora che lessicale, tra i saperi, era rappresentato proprio dal rapporto tra la flessibilizzazione dei tempi di lavoro, specie nel lavoro agile, e la questione della misurazione dell'orario; questione che era stata da poco rilanciata, in linea generale, da una sentenza della Corte di giustizia del maggio 2019², i cui contenuti, per ragioni che meglio descriverò più avanti, ben possono riferirsi a mio avviso anche al lavoro agile o, almeno, ad alcuni modelli di lavoro agile.

La sensibilità di Riccardo per i temi dell'economia digitale e delle nuove tecnologie e, al contempo, la sua perdurante attenzione alle questioni connesse alla tutela della persona che lavora, lo indusse a propormi di tornare su quel rapporto nell'ambito della XVII edizione dello storico corso di perfezionamento in «Teoria e pratica del diritto del lavoro», da lui fondato e diretto, e poi continuato sotto la guida dei suoi allievi, Maria Luisa e William, che curano questa raccolta di scritti.

Fu così che a gennaio del 2020, a Firenze, subito prima dell'implosione pandemica e della connessa esplosione del lavoro agile, io e Riccardo, insieme ad Aldo Bottini, ci confrontammo sui tempi di lavoro nel lavoro agile in una lezione intitolata «Fuori tempo e fuori luogo: il lavoro nella nuova società digitale», anche se, a immediato chiarimento della mia posizione, ebbi modo di precisare, in esordio del mio intervento, che in chiusura della prima parte del titolo si sarebbe dovuto inserire un punto interrogativo, anziché con i due punti.

Questo contributo intende dunque riannodare le fila di quel confronto e, al contempo, fungere da ringraziamento sentito per un amico e collega caro, che ha rappresentato un importante punto di riferimento per la mia crescita scientifica e umana, e da rimpianto per ciò che avrebbe potuto essere e più non sarà.

2. Una prima premessa: il punto di vista dal quale muove la riflessione, tra fisicità della prestazione ed esercizio dei poteri datoriali

Nell'analisi dei fenomeni sociali e della loro regolazione giuridica (e, va da sé, anche nella formulazione di giudizi e proposte di modifica di tale regolazione), ciascuno assume un punto di vista.

¹ Tra i relatori del Convegno, v'era anche Mariano Corso, responsabile scientifico dell'Osservatorio Smart Working del Politecnico di Milano.

² Corte giust. Ue C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.) si veda Deutsche Bank SAE*.

Esso è talora esplicitato o, quantomeno, reso chiaro nel ragionamento; in altri casi, viene celato.

Per onestà intellettuale e per una miglior comprensione del mio ragionamento, chiarisco dunque sin d'ora che il mio punto di vista è quello di chi confida nel perdurante rilievo dell'intervento regolativo – della legge e della contrattazione collettiva – in materia di orario di lavoro e di riposi, in funzione di tutela del prestatore di lavoro; una funzione che non può essere obliterata neanche in presenza di mutamenti organizzativi e tecnologici – in particolare quelli legati alle diffusione delle tecnologie di connessione – che pur incidono sul modo di produrre e di lavorare.

Questa precisazione è tanto più utile se si considera che nelle riflessioni sulle relazioni di lavoro, specie in quelle più attente agli effetti della diffusione ed evoluzione delle tecnologie di connessione, si consolida il tema, non nuovo per il vero, della (supposta) perdita di centralità – a vari fini – del tempo, oltre che del luogo, nella esecuzione della prestazione di lavoro subordinato (almeno come tradizionalmente letti e valorizzati dalla cultura giuslavorista e dallo stesso legislatore).

Orbene, a me pare che anche rispetto agli effetti della «variabile» tecnologica il ruolo del giurista consista, in primo luogo, nel classificare e distinguere, con il contributo di altre scienze, i diversi campi di indagine, al fine di enucleare le questioni realmente nuove che quella variabile pone sul piano della regolazione giuridica dei rapporti di lavoro, per poi verificare in che modo tali questioni (concernenti orario e luogo della prestazione, salario, ma anche formazione, salute e sicurezza, conciliazione vita-lavoro, controlli e privacy, qualificazione dei rapporti, in alcuni casi ecc.) possano essere incasellate nel quadro normativo vigente e risolte alla luce di esso.

In questa opera di analisi e classificazione, allorché si rifletta sulla disciplina giuridica degli orari di lavoro e sulla sua *flessibilizzazione* non può, però, prescindere da un punto fermo: il lavoro è pur sempre espressione e applicazione di energie lavorative fisiche e/o mentali, che, in quanto, tali, sono erogate in un tempo e in uno spazio; solo che, in alcuni casi, quel tempo e quello spazio sono *altrove* collocati (sono appunto remoti) rispetto ai luoghi di produzione intesi in senso tradizionale e distanti dalle coordinate spazio-temporali di altri lavoratori.

In definitiva, il lavoro è comunque dentro il tempo e lo spazio, poiché, anche allorché la prestazione sia svolta *altrove*, c'è sempre un (*altro*) luogo fisico e un (*altro*) tempo della prestazione.

Ma se questa premessa contribuisce a ridimensionare l'enfasi da taluno posta, anche nell'analisi giuridica, sulla *perdita di fisicità* del lavoro connessa alla diffusione delle nuove tecnologie, un ulteriore elemento non va mai trascurato allorché si ragiona in termini giuslavoristici: il perdurante esercizio del *potere di organizzazione* del lavoro e dei suoi effetti sulla posizione soggettiva del lavoratore, pur nel quadro delle tecnologie di connessione.

Qui si tratta di interrogarsi, innanzitutto, sul supposto effetto benefico che deriverebbe dall'uso di queste tecnologie, in termini di *flessibilità*, intesa come libertà di scelta personale (ma anche di crescita professionale) e di «liberazione» dalla sottoposizione a taluni tipici poteri datoriali e, in particolare, dai tra-

dizionali vincoli spazio-temporali della subordinazione. Anche perché da tale, asserita, liberazione si traggono, talora, dirette conseguenze sul piano della responsabilizzazione del lavoratore in termini di tutele e, conseguentemente, di deresponsabilizzazione datoriale.

Si tratta di una narrazione piuttosto diffusa, che posso qui dare per acquisita.

Mi limito dunque a osservare che, se è pur vero che il tema della «liberazione» del lavoratore da vincoli e poteri e della, relativa, «autonomizzazione» della prestazione rispetto a essi non possa ovviamente essere trascurato, è altrettanto vero che quella narrazione rischia di produrre effetti perversi se non confermata, in ogni singolo caso, alla luce della reale dinamica di ciascun rapporto di lavoro.

Proverò più avanti a mettere alla prova questa impostazione, occupandomi specificamente di flessibilità dei tempi di lavoro nel lavoro agile.

Per il momento, e più in generale, mi pare utile rammentare che non mancano studi le cui evidenze consentono di affermare come, in molti casi, la libertà di cui sarebbe portatore il lavoratore digitale è una libertà solo apparente, in virtù delle stesse caratteristiche del processo produttivo.

Ciò non solo se si considera la frequente interdipendenza tra soggetti connessi in rete, la quale è accentuata nei casi in cui si ha frammentazione e parcellizzazione del processo produttivo tra i diversi lavoratori (favorite proprio dalla risorsa tecnologica), ma anche se si ha a mente che le tecnologie di connessione esaltano la possibilità di fornire risposte *just in time* alle esigenze di produzione di beni e servizi (o segmenti di essi) e ciò incide su quella presunta libertà del singolo; e del resto, le tecnologie digitali accentuano le possibilità non solo di controllo, ma anche di coordinamento o eterodirezione, poiché la nuova tecnologia consente – se mai – l'esercizio di questi poteri indipendentemente dalla collocazione fisica del lavoratore, spesso riducendo, anziché incrementare, la sua autonomia e il suo «protagonismo»³.

Insomma, posizioni quali quelle sopra accennate vanno attentamente valutate e, se del caso, messe in discussione, poiché, come ben sappiamo e come efficacemente osservato con riferimento a uno dei prototipi della innovazione digitale, costituito dal lavoro dei riders, «alcune narrazioni [ivi compresa quella incentrata sul mito della «libertà» del rider] hanno la conseguenza di plasmare l'azione giuridica» (Kocher, Degner 2019): non ci si può sottrarre, dunque, all'interrogativo concernente le modalità attraverso cui il diritto del lavoro (legge e contratti collettivi) possono interpretare le nuove esigenze di protezione che derivano dall'innovazione tecnologica e dalle modifiche organizzative che essa consente o, per certi versi, impone.

3. Una seconda premessa: l'oggetto dell'analisi, tra disciplina dell'orario di lavoro e lavoro agile.

Benché l'uso delle tecnologie di connessione sia ritenuto dai più – non senza dissensi – carattere solo eventuale del lavoro agile (almeno alla luce dell'attua-

³ Si veda, per tutti, Franceschetti, Guarascio 2018.

le regolamentazione legislativa, contenuta, come noto, nella l. n. 81/2017), non v'è dubbio che la diffusione di questa modalità di esecuzione della prestazione di lavoro sia fortemente favorita dallo sviluppo di quelle tecnologie.

La modalità agile, anche per questo, è comprensibilmente richiamata quale caso paradigmatico di «autonomizzazione» della prestazione⁴, idonea a garantire la massima flessibilità spazio-temporale, con potenziali effetti «liberatori» per il lavoratore.

Già il titolo della l. n. 81/2017, del resto, richiama tra l'altro l'obiettivo di «... favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato».

Obiettivo che, nel quadro della legge stessa, viene poi perseguito proprio attraverso la disciplina del lavoro agile, la quale individua nel superamento dei vincoli di tempo, oltre che di luogo, uno strumento utile allo «scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, co. 1, l. n. 81/2017).

Il lavoro agile rappresenta dunque un formidabile esempio di modalità di svolgimento della prestazione che – quantomeno nel testo della legge che lo regola – mira a coniugare flessibilità organizzativa (o nell'interesse datoriale) e flessibilità nell'interesse lavoratore.

Al contempo, anche questa forma di lavoro si presta ad essere osservata con un approccio che non si limiti a evidenziare i presunti effetti «liberatori» dell'utilizzo delle nuove tecnologie, ma che si interroghi sui rischi connessi alla svalutazione della regolazione giuridica dei fenomeni, specie allorché si tratti di questioni che attengono alla prevenzione di danni alla salute del lavoratore.

Prima di proseguire con l'approfondimento di questi aspetti è però opportuno compiere alcune puntualizzazioni relativi alle diverse accezioni della flessibilità temporale.

4. Il tema della flessibilità temporale: un giano bifronte?

L'ambiguità del tema della flessibilità temporale appare evidente se si hanno a mente i due interessi cui ho già fatto riferimento.

In effetti, la flessibilità temporale si declina al plurale: da un lato, la flessibilità nell'interesse del datore di lavoro (o flessibilità organizzativa o, ancora, flessibilità oggettiva); dall'altro la flessibilità nell'interesse del lavoratore (o soggettiva).

Il connubio tra questi diversi interessi non è affatto agevole: esigenze datoriali (o dell'organizzazione) e del lavoratore sono frequentemente destinate a collidere o, quantomeno, a coniugarsi con difficoltà.

4.1. La flessibilità degli orari nell'interesse dell'organizzazione.

La flessibilità degli orari nell'interesse dell'organizzazione, in particolare, va inquadrata nel contesto della flessibilità «funzionale», che possiamo

⁴ Ricordo che gli ingegneri gestionali fanno ampio uso di questo termine, prospettando, anzi, un lavoro agile 2.0, nel quale il lavoratore agile diviene imprenditore di se stesso.

intendere come possibilità per il datore di lavoro di esercitare senza costi elevati e/o impedimenti, legislativi o negoziali, il potere di direzione e disciplina del lavoro.

Per quanto concerne gli orari, pensiamo alla possibilità per il datore di lavoro:

- a) di *stabilire* la collocazione della prestazione di gruppi o di singoli lavoratori, sulla scorta di scelte economiche o tecnico-produttive, introducendo, ad es., il lavoro notturno o a turni; ricorrendo a settimane corte o lunghe o al c.d. orario multiperiodale o plurisettimanale (maggiore durata della prestazione in un giorno e/o in una settimana, rispetto ad altri giorni e/o settimane, fino all'annualizzazione degli orari) ecc.;
- b) di *variare* la precedente collocazione della prestazione, a seconda delle esigenze legate sia alle mutevoli caratteristiche del processo produttivo e/o alla naturale stagionalità della domanda del bene o servizio prodotto, sia alla sempre più frequente fluttuazione della domanda dei diversi beni, in particolare nelle produzioni *just in time*, e servizi. Tali variazioni incidono sulla distribuzione nel tempo della prestazione e possono riguardare anch'esse gruppi più o meno ampi di lavoratori e, in taluni casi, interessare anche un solo lavoratore;
- c) *incrementare* l'orario di lavoro (non può infatti essere trascurata, come strumento di cd. flessibilità temporale, la variazione in aumento della prestazione, attraverso il tradizionale ricorso al lavoro straordinario).

I risultati delle scelte del datore di lavoro sono evidentemente ottimizzati se le medesime scelte non subiscono i condizionamenti derivanti dalla volontà del singolo (o del sindacato) e, al contempo, se la loro attuazione è tempestiva.

Per converso, dal lato del lavoratore, vi può essere l'interesse a opporre un'adeguata resistenza rispetto alle scelte – ove le medesime collidano con i propri interessi economici ovvero compromettano l'organizzazione dei propri tempi di vita – o, quanto meno, di venirne a conoscenza con cospicuo anticipo, in modo da conciliare più agevolmente i loro effetti con le proprie esigenze di vita familiare o sociale. Una simile capacità di resistenza, d'altra parte, è fortemente condizionata dalla presenza o meno di vincoli giuridici al potere datoriale, posti dalla legge e/o dal contratto collettivo (anche mediante la fissazione di limiti alla durata della prestazione o la fissazione di periodi di riposo irrinunciabili).

Con riferimento alla flessibilità temporale nell'interesse dell'organizzazione è dunque possibile individuare una coppia di concetti antitetici, riassumibili nelle formule:

- flessibilità della durata e della collocazione della prestazione (nell'interesse del datore) *versus* tutela del singolo lavoratore (intesa sia come capacità di resistenza di quest'ultimo rispetto alle scelte della controparte, sia, naturalmente, come fissazione di tetti legali invalicabili);
- tempestività della flessibilità (nell'interesse del datore) *versus* prevedibilità per il lavoratore dei mutamenti della collocazione e/o della durata della prestazione.

4.2. La flessibilità degli orari nell'interesse del lavoratore

Passando a osservare la flessibilità degli orari nell'interesse del lavoratore (o soggettiva), possiamo registrare un vero e proprio capovolgimento di prospettiva.

La flessibilità soggettiva mira, infatti, a garantire una più agevole conciliazione tra attività lavorativa ed esigenze personali, familiari, sociali, mediante:

- a) libera scelta della *durata* della prestazione (si pensi al part-time 'scelto'; nel caso del lavoro a tempo pieno, si pensi soprattutto all'entità dello straordinario);
- b) libera scelta della *collocazione*, intesa in senso ampio, della prestazione – nel giorno, nella settimana e perfino su di un arco temporale più lungo – nonché della sua eventuale modifica (questa libertà di scelta può essere valorizzata anche, ma non esclusivamente, mediante ricorso a forme di lavoro agile).

Anche in questo caso è possibile che si verifichi un conflitto tra interessi contrapposti (speculare rispetto a quello sopra descritto), riassumibili nella formula:

- esigenze del singolo lavoratore (eventualmente garantite dalla legge o dal contratto collettivo) nella scelta della durata e/o della collocazione della prestazione *versus* interessi datoriali (economici e/o organizzativi).

4.3. La possibile conciliazione 'positiva' tra gli interessi in campo

Una combinazione 'positiva' tra i diversi interessi (secondo un modello *win-win*) è pur sempre possibile, ma essa dipende anche dal quadro delle regole e delle tutele apprestato dal legislatore e dalla contrattazione collettiva.

Pur senza addentrarmi nell'esame dei numerosi modelli attraverso cui la prassi e la contrattazione collettiva realizzano il *matching* tra esigenze di flessibilità oggettiva e bisogni di personalizzazione degli orari dei lavoratori, mi pare comunque utile riproporre alcuni esempi, relativi:

- 1) ai casi in cui si prevede un incremento dei permessi individuali annui retribuiti allorché l'azienda ricorra, nel proprio interesse, a forme di plurisettimanale particolarmente «spinte» (è il caso del Ccnl Terziario, distribuzione e servizi);
- 2) ai tanto pubblicizzati orari «a menù», con il ricorso a una molteplicità di formule di flessibilità (talune delle quali ispirate ad analoghi modelli presenti da tempo in altri Paesi): ad es., in caso di utilizzo da parte dell'azienda del c.d. orario «flash» o flessibilità «bancomat» (intensificazione degli orari, anche al sabato, con un brevissimo preavviso), al lavoratore, oltre ad una maggiorazione più elevata, è concessa una maggiore flessibilità in ingresso oppure una riduzione della pausa mensa in modo da terminare prima il turno;
- 3) agli esempi di 'orari ad isole' o 'calza del tempo' (in particolare, le lavoratrici addette alle casse dei supermercati con lavoro caratterizzato da alta intercambiabilità degli addetti, autogestiscono collettivamente, sotto il coordinamento di una 'animatrice', i rispettivi tempi di lavoro, stabilendo la collocazione della prestazione su base giornaliera e settimanale); qui, una parte della responsabilità del buon funzionamento dell'organizzazione del lavoro si tra-

sferisce proprio sulle lavoratrici, che ne guadagnano in termini di flessibilità temporale;

- 4) o ancora all'ampliamento delle fasce di *flexitime*, cioè di flessibilità in ingresso e uscita, coniugata con il superamento di quello che possiamo definire come principio di corrispondenza, nella giornata, tra orario giornaliero programmato e svolto (cioè del superamento della necessità che la flessibilità oraria in entrata sia controbilanciata, in uscita, da una prestazione prolungata o anticipata nella medesima giornata). Ebbene, in questi casi, nei quali l'orario contrattuale sarà rispettato non nella singola giornata o addirittura nemmeno nel singolo mese (i modelli sono molto diversi), lo strumento si coniuga talvolta con le stesse esigenze di flessibilità della struttura organizzativa (si pensi ad alcune PA, nelle quali è divenuto strumento per temperare gli effetti della limitazione delle possibilità di ricorso allo straordinario). Ma anche in questi casi è evidente che il successo per entrambi i protagonisti della relazione di lavoro si avrà se questa forma di autonoma (ancorché parziale) determinazione della collocazione della prestazione da parte dei lavoratori risponda anche alle esigenze aziendali.

Infine, non può stupire se in alcuni casi la stessa rilevanza del momento della prestazione sfuma in connessione con una oculata determinazione di obiettivi per i singoli o (specie) gruppi di lavoratori (le pagine di giornale e i post sono ormai pieni di aziende che pubblicizzano o, qualche volta, millantano, il superamento dell'orario).

5. Flessibilità temporale e conciliazione 'positiva' degli interessi: la duttilità del lavoro agile

Orbene, come anticipato, proprio sulla combinazione positiva tra gli interessi dell'organizzazione e quelli del lavoratore scommette il legislatore con il lavoro agile, essenzialmente mediante il superamento (*rectius*, la prospettiva del superamento) dei vincoli temporali, coniugato con il superamento di quelli spaziali.

E questa scommessa è certamente un dato che – al di là delle infinite sfumature e distinguo che sono emerse nelle analisi del testo normativo vigente – ha reso, nei fatti, il lavoro agile strumento duttile e utile per molte stagioni.

Senza qui voler riproporre il dibattito, ormai voluminoso, sugli artt. 18 sgg., l. n. 81/2017 e sul presunto «tradimento», che con essi si sarebbe sancito rispetto alle aspettative ingenerate in fase di gestazione della legge, mi pare però utile compiere una precisazione.

Appare invero evidente che la disciplina attuale, sin dalla individuazione delle finalità dell'istituto sopra richiamate («incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»: art. 18, co. 1, l. n. 81/2017), non è la perfetta riproduzione normativa del pensiero degli ingegneri gestionali sullo *smart working* (taluni dei quali, non a caso, ribadiscono spesso le differenze sussistenti tra lavoro agile e *smart working*, appunto).

Penso, naturalmente, a quanti – anche nella comunicazione rivolta al grande pubblico in periodo pandemico – hanno insistito nell'osservare, in senso critico,

che «troppo spesso lo *smart working* viene confuso con il concetto di telelavoro o viene ricondotto a politiche di welfare e conciliazione»⁵.

Orbene, chi analizza il dato normativo con le lenti del giurista, pur nella comprensione del senso di queste affermazioni (dirette evidentemente a rimarcare il bisogno di un più profondo processo di innovazione e crescita organizzativa e personale), deve necessariamente controbattere, in primo luogo, che l'operazione di mutamento funzionale, rispetto alla ideologia dell'agilità più «spinta», è oggettivamente compiuta dalla legge già a partire dalla ricordata prospettiva di combinazione e integrazione tra esigenze organizzative (declinate sotto le vesti onnicomprensive, ma invero riduttive, quantomeno se si pensa alla dimensione della PA, della competitività) ed esigenze di conciliazione vita-lavoro: combinazione e integrazione che non sono ovviamente scritte su un unico spartito e possono trovare molteplici punti di equilibrio.

Inoltre, dal concreto articolato normativo, sempre nel quadro della composta funzione che la legge attribuisce al lavoro agile, emerge piena conferma della sua idoneità ad adattarsi a diverse esigenze e condizioni oggettive dell'organizzazione del lavoro e, in particolare, al diverso grado di «adeguatezza» del management e dei lavoratori rispetto a modalità organizzative incentrate sul raggiungimento di obiettivi e di risultati.

Con specifico riferimento alla disciplina dei tempi di lavoro, basti osservare il primo comma dell'art. 18 della legge n. 81/2017.

Esso, come noto, per un verso prevede che la prestazione lavorativa in modalità agile sia resa «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» (art. 18, co. 1, 1° periodo); per altro verso stabilisce che la prestazione medesima debba essere «eseguita [...] entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1, 2° periodo).

Questo dato normativo è apparso a taluni intrinsecamente contraddittorio; ma questa contraddittorietà è in realtà apparente se si ha ben chiaro che l'assenza di vincoli di orario di cui parla la previsione, nella sua prima parte, ben può concernere la sola «collocazione» della prestazione e non investe necessariamente la sua «durata», il *quantum* (si tratta di concetti che per chi si occupa di orario – e non solo – sono chiari da decenni: tanto più sorprendente è, quindi, il fatto che la distinzione qui proposta sfumi – talora in modo imbarazzante – nel dibattito).

In realtà questa disciplina – come del resto accade nella legge per aspetti ulteriori rispetto alla variabile temporale – assolve a una funzione «abilitante», dischiudendo alle parti del rapporto individuale nonché a quelle collettive (come la prassi ci ha poi, ineludibilmente, mostrato) un'ampia gamma di scelte e, in tal modo, favorisce la diffusione dell'istituto, sia pure, appunto, in molteplici guise.

La previsione che qualifica il lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e *senza precisi vincoli di orario* o di

⁵ M. Corso, *Lo Smart Working ai tempi del Coronavirus*, <https://www.som.polimi.it/lo-smart-working-ai-tempi-del-coronavirus>.

luogo di lavoro» si presta, a seconda delle scelte delle parti e/o delle variabili organizzative, a diverse soluzioni applicative, anche a causa della compresenza, nella struttura della norma, di fasi di lavoro in azienda e fasi di lavoro al di fuori di essa.

Mi limiterò qui a richiamare – sempre con riferimento agli orari e alla loro flessibilità – due estremi del segmento immaginario che descrive i diversi, possibili modelli di lavoro agile. Ma sono ben immaginabili una serie di ipotesi intermedie e le analisi sulla contrattazione individuale e collettiva mostrano la presenza di un'ampia diversificazione di modelli.

Una prima soluzione, meno incisiva, ma a quanto pare parecchio diffusa nella prassi e nella disciplina collettiva, è quella nella quale ci si limita a svincolare la fase di lavoro resa da remoto dal rispetto di rigide fasce orarie, lasciando il lavoratore libero di *scegliere* (oltre che *dove*, anche) *quando* lavorare, ma non di determinare autonomamente il *quantum* della prestazione, che resta comunque ancorato alla durata normale prevista per i lavoratori che non eseguono il lavoro in modalità agile.

In altri termini, pur nella libera determinazione da parte del lavoratore del tempo in cui collocare la prestazione, anche nella fase da remoto resta fermo – con buona pace delle prospettazioni «puriste» e/o degli ingegneri gestionali – il limite di orario normale (modalità paragonabile a talune forme di *flexitime* sopra menzionate, con l'aggiunta della libera scelta del luogo della prestazione).

Questo modello può combinarsi con diversi livelli di limitazione della facoltà di scelta del lavoratore: uno degli elementi eventuali, anch'esso presente in alcune regolamentazioni collettive e/o accordi individuali, è costituito dal rispetto di fasce di connessione concordate oppure di fasce di contattabilità, anch'esse concordate (si pensi, per quest'ultimo aspetto, alle recenti discipline dei ccnl della PA). Ed al riguardo, è bene accennare al fatto che quanto più ampia è la fascia di connessione, ma anche quella di contattabilità, tanto più si limita la possibilità di scegliere il momento della prestazione da parte del lavoratore, con potenziali effetti sulla stessa riconducibilità di tali fasi alla nozione di orario di lavoro (se si considera l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, su cui si tornerà più avanti).

In questi casi, insomma, l'orario di lavoro continua a conservare un proprio rilievo, anche in termini di verifica della correttezza dell'adempimento, oltre che di esercizio dei poteri di conformazione della prestazione.

Una seconda soluzione, più complessa sul piano organizzativo, eventuale (da taluni ritenuta essenziale, ma non imposta dalla legge) consiste invece nel superamento delle coordinate temporali mediante «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» (cfr. ancora art. 18, c. 1, 1° periodo, l. n. 81), che consentano di rendere l'orario di lavoro irrilevante ai fini della verifica della correttezza dell'adempimento. Affinché si verifichi realmente quel superamento, però, non solo la *collocazione* temporale della prestazione, ma anche la sua *durata* deve divenire del tutto indifferente rispetto al perseguimento delle finalità dell'organizzazione e il lavoratore deve essere, quindi, in grado di *autodeterminarla* liberamente.

La scelta tra una delle due soluzioni «polarizzate» appena descritte dipende evidentemente dall'intesa tra le parti, formalizzata nell'accordo individuale e, in definitiva, è fortemente condizionata dalle variabili organizzative.

Soprattutto, da quella scelta derivano conseguenze rilevanti sulla concreta applicabilità dei limiti di orario di cui parla l'art. 18 (co. 1, 2° periodo) e, per conseguenza, su un tema che sta prendendo sempre più piede nel dibattito giuslavoristico⁶: quello della «misurazione» dell'orario di lavoro.

6. Il rispetto dei limiti di durata e la misurazione dell'orario nel lavoro agile, tra regola ed eccezione

Per il vero, la sola evocazione delle questioni legate alla misurazione dell'orario provoca irritazione e sconcerto in taluni «puristi» del lavoro agile; ma a torto, poiché da esse non si può prescindere in tutti i casi in cui si discuta della strumentazione necessaria a rendere effettive le previsioni in materia di orario e riposi dettate dall'Unione in funzione della tutela della salute e della sicurezza lavoratore.

In via generale, il tema ha acquisito preminente rilevanza in virtù della già menzionata pronuncia della Corte di giustizia del 14 maggio 2019⁷, nella quale si è affermato che le norme europee che assicurano il diritto al riposo giornaliero e settimanale e al contenimento della durata massima settimanale del lavoro (artt. 3, 5 e 6, dir. n. 2003/88) – lette alla luce dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, e degli artt. 4, par. 1, 11, par. 3, e 16, par. 3, dir. n. 89/391 – impongono a ogni Stato membro di prevedere «l'obbligo di ricorrere a uno strumento che consente di stabilire con oggettività e affidabilità il numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale». Solo in tal modo, infatti, può essere assicurato l'effetto utile di quei diritti e garantire che il loro rispetto possa essere verificato non solo da datori di lavoro e lavoratori, ma anche dai rappresentanti di questi ultimi aventi funzioni in materia di salute e sicurezza, nonché dagli organi ispettivi.

Secondo la Corte, dunque, le disposizioni della direttiva «ostano ad una normativa di uno Stato membro che, secondo l'interpretazione che ne è data dalla giurisprudenza nazionale, non impone ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore». D'altra parte, come chiarisce la stessa Corte, vanno fatti salvi i casi riconducibili all'art. 17, par. 1, dir. n. 2003/88, il quale consente agli Stati membri, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, di derogare alle menzionate norme di tutela, allorché «la durata dell'orario di lavoro, a causa delle particolari caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi».

Nonostante quest'ultima puntualizzazione, la pronuncia, letta alla luce della complessiva giurisprudenza della Corte, offre elementi utili a confermare che la misurazione del tempo di lavoro, per finalità di verifica del rispetto dei limiti fissati dalla disciplina europea, non sia affatto esclusa allorché il lavoro sia reso in modalità agile, costituendo, anzi, la regola anche in caso di ricorso a tale modalità.

⁶ Per ulteriori dettagli e richiami al dibattito dottrinale, mi permetto di rinviare a Leccese 2020; 2022.

⁷ Corte giust. Ue C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.) si veda Deutsche Bank SAE*.

Il primo passaggio argomentativo per giungere a quest'esito è evidentemente basato già sul tenore della nostra disciplina interna: essa, come abbiamo visto, prevede sì che la prestazione in modalità agile venga resa «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» (art. 18, co. 1, 1° periodo, L. n. 81/2017), ma stabilisce altresì che la prestazione stessa deve comunque essere «eseguita [...] entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1, 2° periodo, l. n. 81/2017)⁸.

Questi limiti, dunque, vanno rispettati e, d'altra parte, ove il nostro legislatore avesse invece optato per la mera sottrazione del lavoratore agile da tutte (o anche solo da una di) queste tutele, si sarebbe posto un problema di conflitto con le pertinenti disposizioni dell'Unione.

Sulla base di questi presupposti, si deve dunque ritenere che per il lavoro in modalità agile sussiste l'obbligo di instaurare un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro, sì da garantire che l'effetto utile dei diritti posti dall'Unione in funzione di tutela della salute del prestatore sia integralmente assicurato.

La necessità della misurazione del lavoro agile non può del resto essere smentita asserendo che questa modalità di svolgimento della prestazione, a causa dell'alterazione delle tradizionali coordinate spaziali che essa comporta, non sarebbe riconducibile alla nozione di orario contenuta nella dir. n. 2003/88 (e poi riproposta nel d.lgs. 66/2003), che si riferisce a «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni».

Tale nozione, come anticipato, è stata infatti progressivamente ampliata dalla Corte di giustizia⁹, che l'ha tra l'altro disancorata dalla presenza del lavoratore in un luogo fisico indicato dal datore¹⁰.

⁸ Si tratta, per rimanere ai limiti previsti nel d.lgs. n. 66/2003, sulla base delle previsioni della dir. n. 2003/88, del tetto all'orario massimo settimanale, pari a 48 ore (che deve però essere rispettato non nella singola settimana, ma come media su un arco temporale di 4 mesi, prolungabili fino a 12 da parte dei contratti collettivi) e del limite massimo giornaliero delle 13 ore di lavoro, ricavabile, a contrario e al lordo delle pause endogiornaliere, dalla previsione che garantisce al lavoratore un periodo minimo di riposo giornaliero pari a 11 ore consecutive ogni 24; ma non possono neppure essere trascurati, almeno in linea teorica, i limiti di durata specificamente dettati per i lavoratori notturni. A queste tutele va poi aggiunta quella relativa al riposo settimanale di almeno 24 ore consecutive (di regola coincidente con la domenica, da calcolare come media in un periodo non superiore a 14 giorni), che è certamente fatta salva, poiché la disciplina speciale contenuta nell'art. 18, co. 1, l. n. 81/2017, si occupa solo dei limiti di orario e non anche del regime del riposo settimanale e delle ferie.

⁹ Cfr., tra le altre, le pronunce 9.9.2003, C-151/02, *Jäger*; 5.10.2004, C-397/01 a 403/01, *Pfeiffer*; 1.12.2005, C-14/04, *Dellas*, 38; 4.3.2011, C-258/10, *Grigore*, 81 e 83; 10.9.2015, C-226/14, *Tycó*, 48 sgg.; 26.7.2017, C 175/16, *Hälvä e a.*, 25; 21.2.2018, C-518/15, *Matzak*, 48-52; 9.3.2021, C-580/19, *Stadt Offenbach am Main*; 9.3.2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*; 9.9.2021, C-107/19, *Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost*. Per un riepilogo di questa giurisprudenza, si veda la Comunicazione interpretativa della Commissione europea (marzo 2023) sulla direttiva 2003/88/CE, spec. par. IV, A.

¹⁰ Si veda spec. le già citate Corte giust. 10.9.2015, *Tycó* (con riferimento ad alcuni tempi di spostamento di lavoratori che non hanno un luogo di lavoro fisso o abituale, collegati con

D'altro canto, chiunque affermi aprioristicamente che il lavoro reso in modalità agile non rientra nella nozione di orario deve altresì ammettere che esso, ai fini delle tutele previste dall'Unione, è interamente riconducibile alla nozione di riposo, che la direttiva n. 2003/88 e il d.lgs. n. 66/2003 definiscono come «qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro»; questo esito, evidentemente paradossale, sarebbe infatti inevitabile, se si considera la visione binaria e reciprocamente esclusiva delle due nozioni, tuttora accolta dalla Corte di giustizia nelle citate sentenze.

Se quella sia qui proposta è l'unica lettura del dato normativo interno che lo renda coerente con il diritto dell'Unione, va però precisato che la sottrazione del lavoro agile dalla necessità della misurazione può ammettersi – in via d'eccezione – allorché esso si svolga secondo modalità che consentano al prestatore di autodeterminare la *durata* (e non solo la *collocazione*) della prestazione, secondo la distinzione più sopra ricordata.

Recuperando, dunque, le due soluzioni «polarizzate» sopra illustrate, possiamo asserire che, nella prima, al lavoratore, pur libero (o quasi) da vincoli di collocazione dell'orario, è comunque imposto il rispetto di un *quantum* di orario anche nelle fasi in cui non lavora in azienda; la durata della prestazione sarà dunque misurata sia al fine di verificare la correttezza dell'adempimento, sia in vista del rispetto dei limiti prescritti dalla disciplina europea in funzione di tutela della salute del prestatore di lavoro.

Nella seconda soluzione (lavoro per fasi cicli e obiettivi), invece, l'orario non sarebbe più il criterio diretto di commisurazione della controprestazione retributiva e, d'altro canto, la sua misurazione potrebbe essere ancora ritenuta indispensabile ai fini della verifica del rispetto dei «soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», come previsto dal 2° periodo dell'art. 18, co. 1.

Senonché, proprio con riferimento a questa seconda soluzione è possibile cogliere appieno, anche con riferimento al lavoro agile, la portata della puntualizzazione operata dalla Corte, nella citata pronuncia del 14 maggio 2019, in merito all'esclusione dall'obbligo di misurazione in presenza nei casi previsti dall'art. 17, par. 1, dir. 2003/88; i casi, cioè, nei quali gran parte delle tutele non si applicano poiché «la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose».

La previsione, è bene precisare, è stata ripresa dalla nostra disciplina interna in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, che, pur conservandone l'impianto, presenta però un elenco più ampio di lavoratori esclusi dalle tutele: si veda

smartphone a una centrale operativa e la cui prestazione è svolta costantemente mediante l'utilizzo di mezzi di trasporto) e 21.2.2018, *Matzak* (con riferimento alla fase di reperibilità, allorché risulti che le sue concrete modalità limitino fortemente la possibilità per il lavoratore di svolgere altre attività e, quindi, di riposarsi realmente).

art. 17, co. 5, d.lgs. n. 66/2003, nel quale compaiono, tra l'altro, anche le «prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro» (lett. d). L'ampliamento, peraltro, non collide con la previsione europea di riferimento, poiché quest'ultima (come, del resto, quella interna) delinea il presupposto oggettivo della deroga attraverso l'utilizzo dell'espressione «in particolare», sì che il più ridotto elenco in essa contenuto può essere considerato non tassativo e, pertanto, ampliabile dal singolo Stato membro.

Orbene, la struttura di entrambe le previsioni e, in particolare, il fatto che gli elenchi in esse contenuti rivestano carattere meramente esemplificativo inducono a ritenere che, in presenza dei requisiti prescritti, anche il lavoro agile possa essere sottratto al rispetto delle norme di tutela; ciò, ovviamente, a condizione che il lavoratore sia realmente impiegato in un'attività nella quale, a causa delle sue caratteristiche, la durata dell'orario «non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi».

In definitiva, la deroga può riferirsi a qualsiasi lavoratore (agile e non) per il quale sia effettivamente verificata la libera determinabilità non solo della collocazione della prestazione, ma anche della sua durata. Caratteristica, questa, che sarebbe evidentemente più agevolmente riscontrabile proprio ove si adottino «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi».

Al riguardo è però necessario compiere alcune ulteriori precisazioni.

In primo luogo, per poter ammettere che, in presenza di talune modalità di svolgimento del lavoro agile, non operino le tutele in questione (venendo, per conseguenza, meno l'obbligo di misurare l'orario) è necessario superare le tesi secondo cui la previsione contenuta nell'art. 18, co. 1, 2° periodo, l. n. 81/2017, in quanto *lex posterior*, impedirebbe alla radice l'applicazione della deroga di cui all'art. 17, co. 5, d.lgs. n. 66/2003.

Simili posizioni, a ben vedere, finiscono, forse inconsapevolmente, per prefigurare un effetto paradossale, poiché le deroghe potrebbero operare per il telelavoro (espressamente contemplato, come appena detto, dall'art. 17, co. 5, lett. d) d.lgs. n. 66), e non per il lavoro agile, con un sorprendente capovolgimento della comune vulgata che vede il primo, a differenza del secondo, fermamente ancorato a vincoli di orario¹¹.

¹¹ Si tratta, per il vero, di una sorta di presunzione che non è stata evidentemente accolta dall'estensore del d.lgs. n. 66/2003, se è vero che, come abbiamo visto, il telelavoro è stato aggiunto tra i casi astrattamente ed esemplificativamente riconducibili alla fattispecie derogatoria (salvo verifica concreta, come ho detto in testo). E del resto, le regolazioni del telelavoro non prevedono espressamente, ma nemmeno escludono, che anche questa modalità di svolgimento della prestazione possa comportare il superamento delle tradizionali coordinate temporali (cfr. art. 8, co. 1, dell'AI 9.6.2004 per il recepimento dell'AQ europeo sul telelavoro del 16.7.2002: «nell'ambito della legislazione, dei contratti collettivi e delle direttive aziendali applicabili, il telelavoratore gestisce l'organizzazione del proprio tempo di lavoro»; art. 3, co. 5, AQ 23.3.2000 sul telelavoro nelle pp.aa., ai cui sensi l'organizzazione del tempo di lavoro è ispirata alla autonomia gestionale del telelavoratore, secondo i criteri generali fissati dalla contrattazione di comparto, che può determinare anche fasce di reperibilità telematica).

Al di là di ciò, va soprattutto osservato che la ribadita applicabilità dei limiti di durata giornaliera e settimanale ha la funzione di scongiurare il rischio che si affermino tesi aprioristicamente «sottrattive», eventualmente stimulate da un contesto regolativo nel quale si fa espresso riferimento all'assenza di vincoli temporali; senza che ciò impedisca, però, l'applicabilità della deroga ove sussistano effettivamente i presupposti specificamente contemplati dal d.lgs. n. 66 (e, soprattutto, a monte, dalla dir. n. 2003/88).

In secondo luogo, per poter ritenere conforme il dato normativo interno a quello dell'Unione, l'effettiva sussistenza delle caratteristiche richieste dalla previsione europea (come da quella interna) deve essere riscontrata non in linea astratta, bensì alla luce del concreto atteggiarsi del singolo rapporto. La fattispecie derogatoria, pertanto, non può ritenersi integrata, ad esempio, in presenza della mera attribuzione della qualifica dirigenziale, del mero inquadramento del lavoratore nell'ambito del c.d. personale direttivo, dal fatto che l'attività è svolta da «manodopera familiare», ovvero ancora – val la pena di sottolineare – dal solo svolgimento a distanza del rapporto (telelavoro).

Un simile verifica è del resto imposta dalla rigorosa posizione assunta dalla Corte di giustizia a proposito delle deroghe contemplate dall'art. 17, dir. n. 2003/88 (e, già, dalla dir. n. 93/104).

In linea generale, in quanto eccezioni al sistema europeo di organizzazione dell'orario, tutte le deroghe previste dall'art. 17 «devono essere interpretate in modo che la loro portata sia limitata a quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi che tali deroghe permettono di proteggere»¹²; così come, per converso, al fine di garantire il perseguimento delle finalità poste alla base della direttiva e dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti, va riconosciuto che le disposizioni della prima «non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva a scapito dei diritti che il lavoratore trae» da essa¹³.

Per quanto attiene specificamente alla deroga contemplata dall'art. 17, par. 1, la Corte, ha anzitutto confermato che essa può operare solo se risulti provato, evidentemente dal datore di lavoro, che al lavoratore è riconosciuta la facoltà di «decidere del numero di ore di lavoro» da prestare¹⁴.

Il Giudice dell'Unione, inoltre, ha incisivamente precisato che la deroga in questione «si applica solo ai lavoratori il cui orario di lavoro nella sua interezza [non, dunque, solo in parte] non è misurato o predeterminato o può essere determinato dai lavoratori stessi, a causa della natura dell'attività esercitata»¹⁵. La deroga di cui all'art 17, par. 1, dir. 2003/88, quindi, «non è applicabile a un'attività subordinata [...] qualora non sia dimostrato che l'orario di lavoro, nel suo

¹² Si veda la già citata Corte giust. 9.9.2003, *Jäger*, 89, nonché Corte giust. 14.10.2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, 40.

¹³ Come del resto ribadito nella stessa pronuncia relativa alla «misurazione» (CC.OO. *si veda Deutsche Bank SAE*, 32).

¹⁴ Corte giust. *Union syndicale Solidaires Isère*, cit., 41 sgg.

¹⁵ Corte giust. 7.9.2006, C-484/04, *Commissione si veda Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, 20.

complesso, non sia misurato o predeterminato o che possa essere stabilito dal lavoratore stesso»; tanto che, in assenza di tale presupposto, non è neppure necessario verificare se l'attività dei lavoratori sia riconducibile a una di quelle esemplificativamente indicate nella previsione¹⁶.

Si tratta di un filone che, almeno inizialmente, è stato sorprendentemente trascurato in sede di commento alla nostra disciplina interna in materia di lavoro agile; senonché, la chiara interpretazione della Corte di giustizia, unita alla previsione dell'art. 18, co. 1, l. n. 81/2017, dovrebbe indurre a una qualche cautela coloro che traggono conseguenze eccessive dall'inciso normativo interno secondo cui il lavoro agile si svolge in parte senza precisi vincoli di orario di lavoro e/o dalla possibilità che la prestazione sia resa con modalità organizzative per fasi, cicli e obiettivi.

In conclusione, va ribadito che non solo il grado, ma anche la *qualità* della flessibilità realmente introdotta in ogni rapporto di lavoro agile svolge un ruolo decisivo al fine di stabilire il concreto assetto delle tutele: l'eventuale sottrazione dei lavoratori agili (come, del resto, dei telelavoratori, menzionati dall'art. 17, co. 5, d.lgs. n. 66/2003) dai limiti di durata e dai riposi giornalieri potrà derivare solo dalla verifica, caso per caso, della loro effettiva possibilità di autodeterminare non solo la collocazione ma anche la durata della prestazione, nella sua interezza (cioè anche nelle fasi di lavoro svolte in azienda). Solo in tale evenienza, per conseguenza, non sarà necessaria l'attivazione di «un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro», secondo quanto stabilito dalla Corte.

Riferimenti bibliografici

- Franceschetti, M., Guarascio, D. 2018. "Il lavoro ai tempi del management algoritmico. Taylor è tornato?" *Rivista Giuridica del Lavoro* I: 705 sgg.
- Kocher, E., Degner, A. 2019. "Quali battaglie sindacali nella gig economy? I movimenti di protesta dei rider di Foodora e Deliveroo e le questioni giuridiche relative alla loro organizzazione autonoma e collettiva." *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 16: 525 sgg.
- Leccese, V. 2020. "Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute." *Rivista Giuridica del Lavoro* II: 428 sgg.
- Leccese, V. 2022. "La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide." *Labour & Law Issues* 8, 1; 1 sgg.

¹⁶ Corte giust. *Hälvä e a.*, cit., 45 e 49. Si veda anche Corte giust. 17.3.2021, C-585/19, *Academia de Studii Economice din București*, 60-63, ove si affida al giudice del rinvio il compito di verificare se almeno una parte dell'orario dei lavoratori interessati fosse determinato dal datore di lavoro.

Il tempo nuovo del diritto del lavoro: crisi o opportunità?

Marco Lovo

1. Lo scritto 'in dialogo'

Quando mi è stato chiesto con quale scritto di R. avrei voluto «dialogare», il compito mi è parso di particolare difficoltà. Come scegliere da una produzione così prolifica un contributo che potesse condensare il suo pensiero ed esprimere la ricchezza non solo speculativa ma anche esperienziale senza poterne abbracciare la vastità e farne propri gli esiti?

Quale criterio di scelta adottare per intavolare un dialogo che la prematura scomparsa ha certamente spezzato ma che rivive negli scritti di R. e si alimenta con il contributo di tutti coloro che hanno apprezzato e continueranno ad apprezzare la fecondità del suo pensiero?

Per non dover rispondere a quesiti così impegnativi, mi sono piuttosto affidato ad un ricordo tra i tanti che affiorano alla mente e da quello ho tratto lo spunto per scegliere il testo di riferimento di R. su cui avrei succintamente dialogato.

Quando, infatti, a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 150/2009 (riforma Brunetta), è stato pubblicato il libro su *Il nuovo testo unico sul pubblico impiego* (Barilà, Lovo 2010), di cui sono stato curatore, insieme con la dott.ssa Maria Barilà, e coautore, ne ho inviato una copia a R. accompagnandolo con un biglietto in cui riconoscevo che molto di questo libro era frutto anche dei suoi insegnamenti. Pronta fu la risposta di R. che, complimentandosi per l'opera, «in cordiale ricambio» mi fece avere il libro a cura di P. Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia*

Marco Lovo, marco@studiodilegalelovo.com

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Marco Lovo, *Il tempo nuovo del diritto del lavoro: crisi o opportunità?*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.46, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 769-774, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

repubblicana (Del Punta 2008), al quale aveva collaborato con un denso e articolato contributo dal titolo *Dal Protocollo Giugni al decreto Biagi*¹.

Non senza un velo di commozione, legato a questo ricordo e ai tanti del sodalizio professionale che ci ha legato per vari anni, prendo di nuovo in mano questo scritto di R. che all'epoca lessi tutto d'un fiato e che oggi rileggo non parlato ma impresiosito dal tempo trascorso.

Sbaglierebbe, infatti, chi ritenesse quel contributo ormai datato, legato a contingenze storiche non più attuali e da successivi cambiamenti epocali che hanno aperto nuovi scenari.

Si tratta, invece, di uno scritto nel quale ritroviamo non solo un'acuta ed elaborata ricostruzione di un quindicennio di storia e di sviluppo della materia del diritto del lavoro e degli interventi normativi che lo hanno interessato, ma anche un'approfondita rassegna di temi che verranno ripresi anche dalla produzione successiva di R. e che qui non è pensabile richiamare in modo compiuto, ma piuttosto per brevi tratti, traendone come filo conduttore l'interrogativo sulla crisi di identità del diritto del lavoro che occupa la scena dello scritto da attore protagonista.

2. La crisi del diritto del lavoro come tema di fondo

Lo scenario in cui si muove l'attenta riflessione del nostro A., se si guarda al versante nazionale interno, è quello di un'età tormentata, caratterizzata da profondi rivolgimenti che hanno visto implodere il sistema dei partiti sotto i colpi di Tangentopoli.

È anche il tempo in cui si cerca di riportare il sistema economico sotto controllo tramite il Protocollo del 23 luglio 1993.

È, ancora, il tempo segnato dal lutto per il barbaro e vigliacco assassinio che colpirà due dei più illuminati interpreti e acuti promotori di una volontà riformatrice come M. D'Antona e M. Biagi.

Se si guarda poi ad un versante non solo interno, questa è anche l'epoca in cui, a seguito del crollo del muro di Berlino, entrano in crisi le ideologie su cui si erano formati equilibri rimasti precari e si apre il processo di integrazione europea.

Sono questi per brevi cenni i richiami che l'A. svolge sin dall'*incipit* del suo scritto, a sottolineare che per un'analisi compiuta occorre partire dal contesto politico di riferimento e non dalle rarefatte atmosfere di un pensiero meramente astratto da cui egli è peraltro sempre rifuggito.

In questo prioritario contesto emerge il tema della crisi del diritto del lavoro che l'A. affronta a viso aperto, senza alcun ripiegamento intimistico o volontà di arroccamento in difesa della cittadella dei valori assediata, ma accettando le sfide che i tempi nuovi già allora e tuttora richiedono.

3. La lezione di M. D'Antona

Sotto questo più specifico profilo, l'A. recupera, *in primis*, le riflessioni di M. D'Antona che vedeva nell'evoluzione del diritto del lavoro un duplice fattore di

¹ Per indicazioni bibliografiche si rinvia alle citazioni contenute nello scritto di R.

anomalia: da un lato il rischio della frammentazione interna del sistema lavoristico progressivamente attratto nell'orbita del diritto dell'economia e sempre più tentato di ritrovare e simulare «l'armonia perduta del sistema chiuso e logicamente ordinato» (p. 264).

Altra anomalia che l'A. trae dal pensiero di M. D'Antona è quella di una perdita di autorità del punto di vista giuridico che lo rende sempre più tributario degli altri saperi con conseguenti ricadute specialmente sul piano metodologico nel quale la contaminazione dei saperi appare ancor più radicalmente incidere.

Alla lezione di D'Antona, l'A. pone, come contrappunto, quella di U. Romagnoli, che considera invece il giurista come tecnico, il più possibile alieno dalla politica del diritto e interprete complessivo di un ordinamento positivo saldamente ancorato ai valori tradizionalmente riconosciuti ed affermati dal diritto del lavoro.

A raccogliere la sfida delle contrapposte vedute emerse l'A. vede delinearsi, sul piano della politica del diritto, due tipi di sinistre, una volta a conservare le conquiste normative e sociali, definita come «ortodossa» (di cui è esemplificativa espressione, per restare nell'ambito del periodo considerato, il d.lgs. n. 61/2000) e l'altra «riformista» (di cui è paradigmatica la legge n. 196/1997), più disposta alle contaminazioni con gli altri saperi e alla graduale apertura alle sfide che i tempi nuovi recano con sé.

4. L'eresia di P. Ichino

Altra figura che campeggia nel dibattito aperto già a fine secolo scorso per una rifondazione del diritto del lavoro è quella di P. Ichino, auto-qualificatosi come «eretico» rispetto alle tradizionali portanti del pensiero giuslavoristico.

L'A. percepisce e raccoglie tutti gli elementi di dirompente destrutturazione del suo pensiero, il cui nocciolo fondamentale risiede, secondo l'A., nella contaminazione del diritto del lavoro con l'economia.

Sotto questo profilo c'è quindi il rischio, da cui l'A. mette in guardia, che al fondamentalismo dei valori si sostituisca il fondamentalismo dell'economia e che il «meticcio» di saperi possa costituire un espediente per affermare una cultura di utilità e di profitto che valga a sostituire la tradizione equa e solidale propria della cultura lavoristica.

L'A. passa altresì in rassegna i connotati del verbo ichiniano, spesso tradotti in pubblicazioni di successo: in primo luogo, il modello culturale che vede contrapposti gli *insider* agli *outsider*, ossia chi gode di essere nella cittadella fortificata dei diritti e delle tutele, rispetto alla precarietà e all'assenza di tutele di chi sta fuori dalla cittadella.

L'impatto destrutturante che consegue all'eresia non manca di colpire, tra gli altri, anche il sindacato ed il suo immobilismo culturale e politico (in particolare nel libro *A che serve il sindacato?*; Ichino 2005), nonché un altro bersaglio, come quello dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, bollati come «nullafacenti» (Ichino 2006).

L'A. non tace neppure le critiche di Ichino al sistema di politiche attive del lavoro, rese in una condizione di sostanziale monopolio, con risultati di scarsa efficacia.

L'A. si chiede, altresì, se al di là di critiche mirate come quelle ricordate, l'effetto dell'eresia ichiniana non sia anche quello di affermare un nuovo modello antropologico di riferimento, in cui il lavoratore esca dall'immagine che tende ad appiattirlo nella caratteristica debolezza economico-sociale, acquisendo più consapevolezza dei propri bisogni, delle proprie capacità e dei meriti: uno spazio di autonomia e libertà che anche il nostro A. mostra di voler recepire, restituendo al lavoratore ciò che in effetti egli è come soggetto portatore di interessi anche economici e senza che peraltro ciò determini l'affermazione di una visione puramente utilitaristica di tale nuova visione.

5. Il riformismo pragmatico di M. Biagi

Il quadro nel quale convergono le prospettive riformiste in campo non avrebbe potuto prescindere dal contributo, peraltro già ricordato, di M. Biagi, un giurista definito «progettuale», per la sua capacità di interpretare le esigenze di modernizzazione del diritto del lavoro e di tradurre tali esigenze, pragmaticamente, in scelte di regolazione normativa, all'insegna di una rinnovata riconciliazione tra le esigenze di tutela del lavoratore e la spinta verso una più articolata dialettica con le richieste del mercato.

Tali sviluppi troveranno attuazione nel Libro Bianco del 2001 e poi nel d.lgs. n. 276/2003, noto come «Legge Biagi», essendone stato egli il principale ispiratore: e se l'uno, come ricorda il nostro A., aveva creato una scossa, l'altro ha provocato uno sconvolgimento (p. 326).

Termini che poi sono diventati di uso comune, come quello di flessibilità, hanno accompagnato il disegno riformatore di M. Biagi, così come la convinzione che si dovesse cambiare ottica nella tutela del lavoratore, spostando il baricentro verso una protezione sul mercato del lavoro e non più circoscritta al posto di lavoro.

Una revisione del sistema delle tutele avrebbe dovuto, inoltre, coniugare le esigenze di flessibilità e quelle di sicurezza intesa nella più ampia scala di cui si è detto: idea condensata nella flexicurity e recepita anche dal successivo Libro Verde del 2006.

La modernizzazione del diritto del lavoro avrebbe dovuto coinvolgere anche il sistema di relazioni industriali, creando nuovi modelli più adatti a fronteggiare le sfide della globalizzazione e a valorizzare maggiormente i livelli di contrattazione collettiva decentrati.

Un intervento che avesse inteso conseguire accettabili livelli di efficacia, inoltre, non avrebbe potuto omettere di considerare anche la necessità di implementare moderni servizi per l'impiego, radicati sul territorio e capaci di condurre adeguate politiche attive del lavoro in assenza delle quali la tutela del lavoratore sarebbe apparsa assai poco effettiva.

L'A. dà altresì conto di come queste misure, molte delle quali ispirate da un contesto europeo in forte evoluzione che Biagi aveva assunto come «stella polare» delle riforme da attuare, spesso non hanno trovato un terreno di discussione aperto e disponibile; il dibattito è stato infatti inquinato da valutazioni

ancora ideologiche e da evidenti eccessi comunicativi (pp. 326-27), che hanno polarizzato l'attenzione facendone perdere talvolta il punto di vista complessivo (si pensi ad es. al lavoro a progetto pregiudizialmente ravvisato come generatore di cattiva flessibilità).

Al di là dei contrapposti schieramenti, è un fatto, come riconosce il nostro A., che il dibattito sulla flessibilità conseguente all'irruzione della legge Biagi e al pensiero che l'aveva ispirata, abbia contribuito ad un avanzamento delle riflessioni sulla materia del diritto del lavoro e alla emersione della pluralità degli interessi coinvolti.

Col tempo, infatti, pur mantenendo salda la necessaria salvaguardia degli equilibri di sistema, la flessibilità è sempre più apparsa una «sfida ineludibile» (p. 366).

6. La sfida della modernità

Nell'era della decodificazione sembra arduo poter azzardare conclusioni e risposte definitive; il rischio è quello di consegnarsi alle sirene di un nichilismo giuridico che svuota di contenuti qualunque ricostruzione assiologica e spinge a ricercare il salvagente della forma con la moltiplicazione di procedure e il riprodursi di bizantinismi giuridici².

Neanche il nostro A. sembra voler esprimere una parola definitiva che non sia ancora un nuovo inizio, volto a sbrogliare a poco a poco la matassa della «vertiginosa complessità» che si è costretti a fronteggiare: un invito ad interpretare i segni dei tempi perché le risposte date siano quelle efficaci e idonee a ricostruire una coerenza d'insieme che si è effettivamente incrinata.

Neppure appare decisiva una catalogazione dell'A. in uno dei diversi schieramenti che egli stesso definisce come *social liberalism* (p. 314).

I tempi richiedono, infatti, non tanto la definizione di etichette (che pure sono utili a fini descrittivi), ma un contributo di pensiero e di azione «incarnato» e pronto ad accogliere le sfide della modernità.

Tale contributo non deve peraltro essere il frutto di solitari percorsi, ma di una comunità scientifica dialogante che si fa partecipe del dibattito e cerca soluzioni possibilmente condivise in un fronte ancora aperto.

È questo, si ritiene, il motivo per cui l'A. dà sempre conto dei contributi dottrinali che hanno fornito apporti ad una disciplina in costante divenire: una florida rete di pensiero che non è stato possibile riprodurre nell'economia di questo scritto nei suoi consequenziali passaggi, ma che trova più ampia e degna considerazione nelle approfondite analisi svolte dal nostro A.

Ciò che si è cercato di fare, per parte nostra, è di rintracciare i semi sparsi ma non sopiti che nella loro maturazione si sono trasformati, secondo il nostro A., in direttrici di fondo per la gestione dei cambiamenti in atto.

² I richiami dell'A. si riferiscono ad alcuni testi di Irti (199; 2003, 2007).

Le molteplici direzioni che sono state prese, osserva l'A., sono «la testimonianza di una forte dedizione alla materia, e di una pervicace affermazione di identità: di un'energia, insomma, che potrebbe forse contenere i germi di un tempo nuovo, meno apocalittico ma non per questo integrato, e forse più dedito all'esplorazione, che alla difesa di quello trascorso» (p. 271): un invito a guardare avanti, senza mai sostare, incuriositi dal cammino che sembra farsi avanzando; un monito che ci par di sentire ancora risuonare nelle orecchie dalla voce pacata di R., dal suo pensiero libero, dal suo sguardo benevolo.

Riferimenti bibliografici

- Barilà, M., e Lovo, M. (a cura di). 2010. *Il nuovo testo unico sul pubblico impiego*. Il Sole 24 Ore.
- Del Punta, R. 2008. "Dal Protocollo Giugni al decreto Biagi." In *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, a cura di P. Ichino. Giuffré, Milano.
- Ichino, P. 2005. *A che cosa serve il sindacato? Le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino*. Milano: Mondadori.
- Ichino, P. 2006. *I nullafacenti. Perché e come reagire alla peggiore ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*. Milano: Mondadori.
- Irti, N. 1999. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffré.
- Irti, N. 2003. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma-Bari: Laterza.
- Irti, N. 2007. *Il salvagente della forma*. Roma-Bari: Laterza.

Diritto del lavoro e diritto civile tra norme imperative e autonomia contrattuale. *One size fits all?*

Mariella Magnani

1. Diritto del lavoro e diritto «civile»: un tema universale.

Nell'ambito dell'annuale seminario internazionale organizzato dall'ISLSSL, significativamente dedicato alle categorie del diritto del lavoro con un'accentuazione interrogativa («esistono ancora le categorie del diritto del lavoro?»¹), mi è stato chiesto di discutere la relazione tra diritto del lavoro e diritto civile.

Questa relazione è ovunque, anche nei sistemi di *common law*², un tema classico di riflessione per i giuslavoristi, alla ricerca della loro identità. Ed il tema ritorna ciclicamente, sebbene con diverse connotazioni.

Affronterò il tema dal punto di vista dell'ordinamento italiano perché è quello che conosco meglio, ma ritengo che buona parte delle considerazioni che svolgerò si possano applicare a tutti i Paesi, almeno quelli dell'Europa continentale.

¹ Si tratta del seminario svoltosi a Venezia nei giorni 28 maggio – 1° giugno 2023 dal titolo *Labour Law in the mirror: categories, values, interlocutors. Do the categories of labour law still exist?* Il mio intervento, qui riprodotto, è corredato di note, è stato largamente ispirato dalle riflessioni di Riccardo Del Punta sul *Capability Approach* e puntualmente dal saggio citato a nt. 15. Lo scritto è già stato pubblicato in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT – 475/2023.

² E allora sarà bene contrapporre il termine «labour law» a «private law» o, meglio ancora, «general law of contract»: si veda in proposito Collins 2015.

Mariella Magnani, University of Pavia, Italy, mariella.magnani@unipv.it, 0000-0002-2974-1051

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Mariella Magnani, *Diritto del lavoro e diritto civile tra norme imperative e autonomia contrattuale. One size fits all?*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.47, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 775-782, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

2. Norme imperative e libertà contrattuale

Il moderno diritto del lavoro, che intendo qua come comprensivo del diritto del rapporto di lavoro e di quello delle relazioni collettive, nasce da una posizione polemica e protestataria nei confronti del diritto civile, vale a dire contro la riduzione delle relazioni di lavoro alla categoria dei contratti commerciali, che considerano il lavoro come bene di mercato. Nel rapporto di lavoro il prestatore di lavoro mette in gioco non solo il suo patrimonio ma anche la sua persona, data l'inseparabilità della stessa dall'attività lavorativa oggetto del contratto.

Proprio l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto esige una disciplina speciale che tenga conto dell'inseparabilità del lavoro dalla persona umana e, quindi, assoggetti l'autonomia individuale a particolari limiti, nella misura richiesta dalla necessità di tutela del prestatore di lavoro.

Di qui il *corpus* normativo che va sotto il nome di diritto del lavoro, caratterizzato dall'inderogabilità *in peius* di gran parte delle norme che lo compongono. Se il diritto civile è il regno della norma dispositiva e della libertà di contratto, il diritto del lavoro è il regno delle norme imperative, di legge o di contratto collettivo, che in principio sono inderogabili *in peius* per il lavoratore.

Naturalmente, ad un livello minore di astrazione si possono individuare, a cascata, una serie di ulteriori profili, o se vogliamo di altre angolazioni, che segnano il *proprium* della materia³. Ma quello segnalato è il profilo fondante la sua autonomia.

Nel diritto del lavoro moderno, peraltro, il quadro è più complesso di quello rappresentato perché le regole imperative che governano il rapporto di lavoro sono in misura sempre maggiore affidate non alla legge, ma al contratto collettivo.

Questa è un'ulteriore connotazione del diritto del lavoro: l'assetto pluralistico delle fonti, perché accanto alla legge vi sono i contratti collettivi. Qui si innesta l'affascinante capitolo di quello che viene chiamato diritto sindacale, che ha al suo centro l'ibrida figura del contratto collettivo, ad un tempo contratto e atto normativo. Ovviamente mi sto riferendo all'Europa continentale dove per molti giuristi è (o forse era) il diritto sindacale il *proprium* del diritto del lavoro e così è stato (Gran Bretagna) ed ancora è (USA) nei Paesi anglosassoni, in coerenza con la concezione procedurale del diritto tipica di quei sistemi.

È significativo che negli Stati Uniti la denominazione «*Labor Law*» sia riservata alla normativa che regola le organizzazioni sindacali e la loro caratteristica attività. Il centro dell'*American Labor Law* è il processo della contrattazione collettiva: esso, dunque, più che le disposizioni sostanziali, contiene le disposizioni procedurali per la fissazione delle regole che governano il rapporto di lavoro.

³ Si veda, ad esempio, Mazzotta 1994. Non mi occuperò del ruolo del contratto come mezzo tecnico che legittima e, allo stesso tempo, limita il potere imprenditoriale. Rispetto alle tesi che vedono nel contratto di lavoro la consacrazione della inferiorità del lavoratore, propendo per la tesi che propugna i vantaggi del contratto come fonte dei limiti della subordinazione: recentemente si veda Viscomi 2012; ma ricordo anche l'insegnamento di Mengoni 1990.

La teoria del pluralismo industriale anglosassone concepisce (o meglio, concepiva, essendo essa sorpassata nella realtà) le relazioni industriali come un autogoverno, nel quale il *management* e il *labor* agiscono come partiti politici in una democrazia rappresentativa.

In questo modello, la contrattazione collettiva rappresenta un autonomo «reame», resistente alle intrusioni dei diritti previsti per legge, e ciò spiega come il modello della protezione legislativa dei singoli (che si è diffuso negli Stati Uniti a partire dal 1980, sotto le amministrazioni di Reagan e di Bush) sia visto come alternativo al modello della protezione dei diritti collettivi (e in particolare al processo della contrattazione collettiva). È la stessa difficoltà avvertita in Inghilterra nel momento in cui, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, si sono inserite nel modello di rapporto di lavoro robuste iniezioni di disciplina legislativa, viste per un lungo periodo come estranee ad esso; tant'è che, addirittura, risultava difficile fondare sul contratto i diritti derivanti dalla legislazione protettiva, con la conseguenza che la loro violazione, piuttosto che come inadempimento contrattuale, veniva trattata come un *tort*.

Diversamente, invece, è avvenuto nell'Europa continentale, in Italia in particolare, dove da sempre legge e contratto collettivo si integrano ai fini della regolazione dei rapporti di lavoro; e questo può essere considerato uno degli elementi caratterizzanti il modello sociale europeo.

3. L'erosione del principio dell'inderogabilità nel diritto del lavoro italiano

Nel sistema italiano, dagli anni '80 dello scorso secolo, abbiamo assistito ad una erosione del principio di inderogabilità sia diretta sia indiretta. In molti casi il legislatore ha affidato alla contrattazione collettiva il compito di flessibilizzare le norme inderogabili in specifici ambiti (ad es. in materia di trasferimento di azienda, contratti di lavoro a tempo parziale, contratti a tempo determinato, ferie annuali, lavoro temporaneo, licenziamento collettivo ecc.); si è ritenuto possibile derogare in sede arbitrale quanto meno alle disposizioni dei contratti collettivi (cfr. Magnani 1999); la possibilità per le parti di stipulare contratti diversi dal contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, in particolare a termine, è stata ampliata.

Ovviamente l'ampliamento della possibilità per le parti di dare ingresso a contratti *non standard* non costituisce un diretto attacco al principio di inderogabilità. Tuttavia, non c'è dubbio che, sebbene non ad un livello formale, l'ampia facoltà di stipulare contratti di lavoro flessibili rompe il carattere monolitico della norma inderogabile⁴.

Inoltre, a seguito della profonda crisi che ha attraversato l'Italia nel 2011, con una norma molto controversa e oggetto di dubbi di legittimità costituzionale, cioè l'art. 8 della l. n. 148/2011, si è consentito ai contratti collettivi aziendali e territoriali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi di derogare non

⁴ Sulla scelta di diversi tipi di contratto e sulle sue implicazioni, anche nei sistemi anglosassoni, si veda Davidov 2020.

solo ai contratti collettivi nazionali, ma anche alle disposizioni inderogabili di legge in un ampio novero di materie. Gli unici limiti previsti dalla legge consistono nel fatto che questi contratti perseguano 'specifiche' finalità (incrementare ovvero tutelare l'occupazione, aumentare la qualità dei contratti di lavoro, far emergere il lavoro irregolare, incrementare la competitività e il salario ecc.) e che, soprattutto, rispettino le disposizioni della Costituzione italiana, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Si tratta di una disposizione molto controversa perché, secondo alcuni, essa avrebbe rovesciato la gerarchia delle fonti del diritto del lavoro, dal momento che i contratti aziendali prevalgono sui contratti collettivi nazionali e i contratti collettivi aziendali e territoriali prevalgono sulla legge nell'ampio ambito delle materie cui la disposizione si applica. È da sottolineare che tale potere di derogare alla legge è attribuito solo al livello più basso di contrattazione collettiva, non ai contratti nazionali, così esprimendo una sorta di preferenza per il livello decentrato di contrattazione. E questo è accaduto in altri paesi dell'Europa continentale.

4. Tecniche civilistiche di protezione nei contratti 'asimmetrici'

D'altro canto, neppure il diritto civile è rimasto fermo: in esso possiamo osservare tecniche di tutela che, sebbene non identiche, imitano quelle del diritto del lavoro, soprattutto nella regolamentazione della protezione dei consumatori (si veda il codice del consumo), ma anche dei contratti stipulati tra imprenditori dotati di impari forza contrattuale (si veda ad esempio il caso della subfornitura).

Si parla di «contratti asimmetrici» con riferimento a contratti in cui, per asimmetrie informative o altri fattori di debolezza, un'impresa soffre strutturalmente di un *deficit* di forza contrattuale nel rapporto con un'impresa dominante (cfr. Roppo 2019). L'impulso per il cambiamento viene qui principalmente dalle istituzioni europee. Ad esempio nel «Green paper», elaborato dalla Commissione europea⁵ tra il 2006 e il 2007, si legge: «some business such as individual entrepreneurs and small business may sometimes be in a similar position as consumer when they buy certain goods or services, which raises the question whether they should benefit to a certain extent from the same protection provided for the consumers».

Ed è interessante notare che una protezione simile a quella accordata alle imprese con squilibrato potere contrattuale, in alcuni ordinamenti, è stata estesa ai lavoratori autonomi.

Questo è il caso dell'Italia, con il cd. Statuto del lavoratore autonomo (l. n. 81/2017), che protegge il lavoratore autonomo nelle transazioni commerciali, vietando l'abuso di dipendenza economica e prevedendo la nullità delle clausole da essa risultante.

Possiamo aggiungere la legge (l. n. 49/2023), che ha modificato la precedente legge n. 172/2017, sull'equo compenso per i professionisti che contrattano con

⁵ Commissione europea, Libro verde *Revisione dell'Acquis relativo ai consumatori*, 8 febbraio 2007, COM (2006) 744 definitivo, Bruxelles.

banche ed imprese di assicurazione o con imprese con più di 50 lavoratori o con ricavi annui superiori a 10 milioni di euro o con la pubblica amministrazione, sul presupposto di uno squilibrio nel potere contrattuale.

Incidentalmente, la stessa Commissione europea⁶, al fine di riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva, è orientata ad individuare come una specifica categoria – distinta dai «falsi lavoratori autonomi» come definiti dalla Corte di giustizia⁷ – i «solo self-employed workers» perché essi possono mancare di sufficiente potere contrattuale⁸.

L'obiettivo della menzionata legislazione è di preservare i benefici derivanti dal contratto per la parte debole: le clausole inique sono nulle, mentre il contratto rimane per il resto valido. E questa è una tecnica già sperimentata nel diritto del lavoro.

È interessante osservare che, secondo la dottrina civilistica, queste previsioni, in particolare la previsione della nullità delle clausole abusive, così come valutate dal giudice, non sono da considerare contrapposte all'autonomia contrattuale delle parti, essendo al contrario dirette a garantirne l'effettivo esercizio.

Come la dottrina civilistica osserva (cfr. Albanese 2022; D'Amico 2019), al fine di salvaguardare l'autonomia contrattuale, la legge non può limitarla *ex ante*, ma deve rimettere al giudice il compito di valutarne *ex post* il concreto esercizio, per verificare l'equilibrio dell'assetto che le parti hanno dato ai reciproci interessi.

In sostanza, diversamente dal diritto del lavoro, nei rapporti governati dal diritto civile la «giustizia contrattuale» si realizza mediante un intervento del giudice volto a rimuovere *ex post* i pregiudizi che possano *in concreto* derivare dagli abusi del potere negoziale.

5. Le rationes dell'inderogabilità lavoristica

L'obiettivo di tutelare la parte più debole che emerge nel diritto civile ci induce ad approfondire le ragioni dell'inderogabilità lavoristica.

Ebbene, anche se spesso vengono confuse, le ragioni dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche sono due: una 'soggettiva', legata allo squilibrio del potere contrattuale; l'altra 'oggettiva', legata alla rilevanza dei beni e degli interessi coinvolti nel rapporto (ad esempio la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore⁹) che non sono negoziabili¹⁰. Ciò giustifica il ripensamento del vero

⁶ Si veda Comunicazione della Commissione 30 settembre 2022 (2022/C 374/02). *Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali*.

⁷ C. giust. 4 dicembre 2014, C-413/13/21, *FVN Kunsten Informatie en Media v Sttat der Nederlanden*.

⁸ Il «solo self-employed» come definito dalla Commissione europea è «una persona che non dispone di un contratto di lavoro o che non ha in atto un rapporto di lavoro e che, per prestare i servizi in questione, ricorre principalmente al proprio lavoro personale». Sull'orientamento della Commissione cfr. Perulli 2023.

⁹ Si potrebbe aggiungere la «dignità». Ma si aprirebbe un vaso di Pandora, dal momento che è difficile determinare i contenuti del concetto.

¹⁰ Ho argomentato più ampiamente sul punto in Magnani 2005; ma si veda anche Davidov 2020.

e proprio paradigma del diritto del lavoro – la sua inderogabilità – e la tendenza a distinguere le norme che devono rimanere inderogabili, perché poste a presidio della persona del lavoratore, e quelle poste a tutela del contraente debole, che possono invece essere derogate là dove venga meno l'asimmetria di potere contrattuale, magari anche grazie alla contrattazione collettiva.

6. Gli impulsi verso la «personalizzazione» regolativa ed il cambiamento di mentalità riguardo alla autonomia individuale

Vi sono oggi nell'ordinamento italiano segnali di valorizzazione dell'autonomia individuale, precedentemente tentata senza successo con la cd. riforma Biagi¹¹.

Si pensi alla facoltà del lavoratore di derogare alla disciplina legale delle mansioni e della tutela della professionalità, in presenza di interessi definiti dalla legge (sulla cui sindacabilità da parte del giudice si può discutere) e con l'assistenza di un soggetto terzo che ne garantisca la genuinità del consenso (art. 2103 c.c.). Spesso si aggiunge, come esempio emblematico di valorizzazione dell'autonomia individuale, l'accordo individuale appunto che dà ingresso al lavoro agile¹² e che disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e agli strumenti utilizzati dal lavoratore, nonché con riguardo ai tempi di riposo e ai mezzi tecnici e organizzativi per garantire la disconnessione del lavoratore (art. 19, l. n. 81/2017).

Potrebbe anche aggiungersi come esempio di accomodamento ragionevole della disciplina legale agli interessi del datore e del lavoratore la pattuizione che consente al primo, dietro corrispettivo e sempre con l'assistenza di una terza parte, di variare in aumento le ore di lavoro o la loro collocazione temporale (cd. clausole elastiche nel lavoro part-time) (art. 7, d.lgs. n. 81/2015).

Siamo lontani dal riconoscimento della libertà di contratto¹³ o dalla facoltà generalizzata di derogare a norme di legge o di contratto collettivo (neppure con l'assistenza di una terza parte¹⁴); siamo piuttosto nel campo di una «personalizza-

¹¹ È stato il cd. Libro bianco del 2001, precedente alla riforma, che ha ravvisato la necessità di modificare attraverso tecniche sofisticate (come, ad esempio, la contrattazione collettiva a scelta multipla) l'esistente assetto normativo che inibisce «al datore di lavoro e al lavoratore di concordare condizioni di lavoro in deroga non solo alla legge ma anche ai contratti collettivi, tranne che nel limite ambiguo delle condizioni più favorevoli»: si veda Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità, Roma, ottobre 2001, p. 35.

¹² E in questo caso si ritiene anche che, poiché oggetto dell'accordo è pure il modo in cui il potere manageriale viene esercitato fuori dall'azienda, perfino la *subordinazione* diverrebbe il luogo di una negoziazione individuale in funzione della valorizzazione della capacità/libertà del lavoratore: si veda Perulli 2019, che vede nel lavoro agile il riconoscimento di una speciale formula di subordinazione.

¹³ Anche perché, come ho evidenziato nella monografia citata *supra* nota 10, senza un nucleo di norme imperative il diritto del lavoro non sarebbe più riconoscibile come tale: si veda Magnani 2005, 69.

¹⁴ Come, ad esempio, proposto da Viscomi 2012.

zione regolativa» in specifiche materie, come il tempo di lavoro, che rinuncia alla standardizzazione derivante dalle norme inderogabili. Una personalizzazione regolativa di cui in verità non vi sono ancora molti segnali, ma auspicata da una parte consistente della dottrina. In effetti, una parte rilevante di studiosi inizia a chiedere un cambiamento di mentalità¹⁵ e alcune filosofie politiche (come il *capability approach* e il *non – domination approach*), discusse anche nel nostro ordinamento, mi sembrano portare alla necessità di una maggiore autonomia contrattuale.

Vi è un'interessante discussione nella letteratura internazionale sui fondamenti filosofici del diritto del lavoro. Questa discussione dal mondo anglosassone (cfr. Collins, Lester, Mantouvalou 2018) si sta trasferendo nei paesi dell'Europa continentale e segnatamente in Italia, ma assumendo, a mio avviso, una connotazione diversa.

Nel mondo anglosassone, dove la libertà di contratto dovrebbe essere la regola e la dottrina economica neoliberale è dominante, essa è finalizzata ad individuare la giustificazione del diritto del lavoro. Invece, in paesi come l'Italia, dove il diritto del lavoro, composto da regole inderogabili di legge e di contratto collettivo, è ben radicato, mi sembra che porti, paradossalmente, all'affermazione della necessità di aumentare gli spazi di autonomia individuale.

7. La questione dei mezzi e dei modi per conciliare eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro

Argomenti a favore di quello che ho chiamato «cambiamento di mentalità» riguardo all'autonomia contrattuale non sono nuovi nella dottrina italiana.

Dagli anni '90 del secolo scorso abbiamo assistito a tentativi di valorizzare l'autonomia individuale contro la «colonizzazione» dell'individuo da parte degli apparati e delle strutture del *Welfare State*. Si può menzionare, ad esempio, lo studio seminale di Massimo d'Antona del 1991¹⁶, sulle orme di Spiros Simitis (1990).

Tuttavia, il dibattito dottrinale non è mai realmente progredito da allora a causa, da una parte, dell'opposizione della dottrina più radicale che vede in questa «sfida» un ritorno neoliberale al contratto; ma anche, d'altra parte, della difficoltà di trovare *modi* e *mezzi* per conciliare eguaglianza e libertà. E come conciliare eguaglianza e libertà è la questione centrale sottostante al riconoscimento dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro.

Quali sono dunque questi *modi* e questi *mezzi*? La derogabilità assistita è un modello generalizzabile, come da qualcuno suggerito (cfr. Viscomi 2012)? Oppure va accompagnata con un catalogo di diritti assolutamente irrinunciabili (si veda Sunstein 2001; Estlund 2006)?

E quali sono questi diritti? E le loro fonti? Sotto questo profilo, l'art. 8 della legge italiana n. 148/2011 suggerisce una possibile strada?

Insomma, i giuristi dovrebbero andare oltre il piano dell'*an* e impegnarsi sul piano del *quomodo*; come mi sembra che avvenga nel mondo anglosassone

¹⁵ Si veda Del Punta 2022; Perulli 2019; Caruso, Zappalà 2022.

¹⁶ Si veda D'Antona 1991; nello stesso ordine di idee si veda recentemente Viscomi 2012.

dove, se si discute sui fondamenti filosofici del diritto del lavoro, e proprio grazie a questo dibattito, si discute anche del confine della protezione imperativa¹⁷.

Riferimenti bibliografici

- Albanese, A. 2022. "L'uguaglianza formale e sostanziale nel mercato tra libertà e giustizia «contrattuale»." In *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, a cura di AA.VV, 3 sgg. Napoli: Jovene.
- Caruso, B., Zappalà, L. 2022. "Il diritto del lavoro «tridimensionale»: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, pp. 29 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Collins, H. 2015. "Contractual Autonomy." In *The Autonomy of Labour Law*, a cura di A. Bogg, C. Costello, A. Davies, J. Prassl, 45 sgg. London: Hart Publishing.
- Collins, H., Lester, G., Mantouvalou, V. (a cura di). 2018. *Philosophical Foundations of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- D'Amico, G. 2019. "Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici." *EDP*, 1 sgg.
- D'Antona, M. 1991. "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro." *DLRI*, 455 sgg.
- Davidov, G. 2020. "Non-waivability in Labour Law." *Oxford Journal of Legal Studies* 40, 3: 482 sgg.
- Del Punta, R. 2022. "Labour Law e Capability Approach." *IJCLLIR*, 383 sgg.
- Estlund, C. 2006. "Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law." *University of Pennsylvania Law Review*, 379 sgg.
- Magnani, M. 1999. "Conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n 80/1998." *MGL*, 684 sgg.
- Magnani, M. 2005. *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*. Padova: Cedam.
- Mazzotta, O. 1994. "Diritto del lavoro e categorie civilistiche." In O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, 14 sgg. Torino: Giappichelli.
- Mengoni, L. 1990. "L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile." *DLRI*, 5 sgg.
- Perulli, A. 2019. "«La soggettivazione regolativa» nel diritto del lavoro." *DRI*, 153 sgg.
- Perulli, A. 2023. "Il «lavoro personale» nel prisma del diritto dell'Unione Europea." *RIDL*, 63 sgg.
- Roppo, E. 2019. "From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?" *European Review of Contract Law*, 304 sgg.
- Simitis, S. 1990. "Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo." *DLRI*, 87 sgg.
- Sunstein, C. R. 2001. "Human Behavior and the Law of Work." *Virginia Law Review* 87, 2: 205 sgg.
- Viscomi, A. 2012. "Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche." *DLM*, 441 sgg.

¹⁷ Si veda Davidov 2020, ove un'interessante riflessione sui vantaggi e sulle condizioni di «tailored arrangements» che dovrebbero rimpiazzare il «one size fits all system».

Smart Factory, dignità del lavoratore ed intelligenza artificiale come forma di autoapprendimento¹

Valerio Maio

1. Civiltà e inciviltà digitale

Nel ringraziare dell'onore immeritato di questo invito, non posso non indugiare brevemente sul filo conduttore opportunamente suggeritoci dal Prof. Giuseppe Santoro Passarelli per legare fra loro le riflessioni di quest'oggi, ovvero il rapporto tra «civiltà digitale» e «dignità» di chi lavora.

L'espressione «civiltà digitale» è particolarmente felice perché fotografa come le nuove tecnologie abbiano ormai colonizzato ogni ambito, andando a costituire un vero *habitat* sociale, dove non solo il lavoro può essere *smart*, ma la casa diviene *smart*, l'auto deve essere *smart*, la città va ripensata come una *smart city*. Se asseconiamo il paradigma della cd. «infosfera»², tutti gli ambienti di vita e lavoro devono essere congegnati per consentire alle nuove tecnologie digitali una diffusione capillare e favorirne l'incondizionata espressione.

D'altra parte, il binomio «civiltà digitale» rievoca alla mente la formula «civiltà industriale» con cui additiamo un altro modello di organizzazione della

¹ Il presente scritto costituisce la rielaborazione della relazione svolta nell'ambito del Convegno *Dignità del lavoro e Civiltà digitale*, organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei, tenutosi in Roma il 24 febbraio 2023, e sarà pertanto pubblicato anche nel volume che ne raccoglie gli Atti.

² Che secondo Floridi 2022 sintetizza il fenomeno del cd. «avvolgimento» del mondo.

Valerio Maio, Sapienza University of Rome, Italy, valerio.maio@unitelmasapienza.it, 0000-0002-2144-2268

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Valerio Maio, *Smart Factory, dignità del lavoratore ed intelligenza artificiale come forma di autoapprendimento*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.48, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 783-803, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

realtà, dove il processo di produzione della ricchezza storicamente veniva delegato alle fabbriche, capaci di catalizzare la forza lavoro attiva dell'intera società.

Solo che il lemma «civiltà», presupposto in entrambi i casi, non ci deve ingannare, perché non è affatto scontato che la diffusione pervasiva di una tecnologia produca anche una civilizzazione della realtà³.

Quella della civilizzazione del mondo digitale è, a ben vedere, una partita ancora tutta da giocare, il cui esito dipende in larga parte dalla competenza e dal coraggio dei decisori politici, ma anche dalla consapevolezza dell'opinione pubblica e, dunque, al fine, per quanto in *parva pars*, anche dalla qualità del nostro dibattito odierno.

Dibattito nel quale, mi pare di poter dire, percepiamo tutti il rischio dell'affermarsi di una inciviltà digitale. Come era incivile la condizione in cui versavano all'alba della prima industrializzazione i lavoratori che Dickens, nei *Tempi difficili*, chiamava semplicemente «*le mani*».

Anche ragionando dei nostri tempi difficili dovremo avere presente la sottile analisi dickensiana, che denunciava come, nel mentre tutta l'organizzazione sociale si modellava acriticamente a misura delle esigenze della fabbrica, il nuovo *habitat* di lavoro produceva conseguenze irreversibili sulla dignità di chi vi lavorava.

Certamente possiamo convenire che il livello della protezione giuridica del lavoro attuale non è neppure paragonabile a quella di cui beneficiavano i lavoratori della prima o seconda industrializzazione. Ma lo stesso divario non può non essere misurato anche con riferimento al livello di sofisticatezza, diffusione ed accettazione sociale che contraddistingue le nuove tecnologie, se anche solo per un istante le poniamo impietosamente a confronto con un telaio a vapore.

Onde, non mi pare dubitabile che, così come qualcosa di realmente mai visto si trasmetteva direttamente dalle «*mani*» alle «*vite*» dei nostri antenati, anche l'introduzione massiccia ed incontrollata nella fabbrica cd. intelligente di dispositivi tecnologici potenziati da intelligenza artificiale potrebbe avere conseguenze dirette sulla dignità di chi vi lavora.

2. Dispositivi capaci di auto-apprendimento non supervisionato nei luoghi di lavoro

Che il lavoro in ogni ambito conviva ormai da decenni con l'impiego sempre crescente di innovazioni tecnologiche digitali è, peraltro, fatto notorio. In taluni settori merceologici, come ad esempio la logistica⁴, grazie alla intelligenza

³ Sull'utilizzo spesso ambiguo del termine, Mazlish 2004.

⁴ In realtà, ovunque il *problem solving* è affidato all'intelligenza artificiale si hanno ricadute sul lavoro. Un esempio concreto può essere la gestione dei porti, dove oggi l'intelligenza artificiale guida la movimentazione delle navi in passato affidata all'uomo, impiegando sensori intelligenti ed algoritmi di analisi dati che, non solo assicurano una maggiore sicurezza ed una migliore efficienza nella movimentazione delle merci, ma sanno anche predire eventuali congestionamenti del traffico, così da ovviare a ritardi che possono tradursi in perdita economica.

artificiale si tende dichiaratamente alla marginalizzazione del lavoro umano, procedendo spediti verso la fabbrica «a luci spente».

Certamente anche simili processi di marginalizzazione dell'apporto umano sono in grado di produrre conseguenze sulla dignità del lavoro⁵, perché nella logica di mercato la debolezza del lavoro dipende anche dal reciproco dimensionamento di domanda ed offerta di lavoro. Ma si tratta di conseguenze indirette che, per questo, dobbiamo oggi accantonare al di fuori dell'ambito di questa relazione.

Il nostro tema è infatti la fabbrica, ma anche l'ufficio, nella quale operano, fianco a fianco con i lavoratori, sistemi di intelligenza artificiale cd. forte, divincolata cioè dalla meccanica deterministica *input/output* ed in grado piuttosto di auto-apprendere ed auto-determinarsi.

L'ingresso nei luoghi di lavoro di questi sistemi avviene sia per il tramite della robotica potenziata dall'intelligenza artificiale, sia attraverso l'impiego di programmi o *software*, come *bot* o *chatbot*, privi di un riconoscibile supporto fisico. Perché, lo ha compreso oramai anche il regolatore euro-unitario, nella *smart factory* digitale non conta la presenza oggettuale, ma il modello di intelligenza algoritmica che viene adottato⁶.

Più ancora in particolare, il titolo che mi è stato consegnato, se bene l'ho inteso, pone l'accento sull'intelligenza artificiale capace di apprendimento non supervisionato, che opera dunque autonomamente, confrontando i dati e ricercando similarità o differenze nelle sequenze di dati (cd. *pattern*).

Il *machine learning* non supervisionato è infatti la tecnica di apprendimento automatico che consiste nel fornire una serie di *input* che il sistema informatico riclassificherà ed organizzerà autonomamente sulla base delle caratteristiche comuni rilevate, per cercare di effettuare ragionamenti e previsioni quanto agli *input* successivi (di qui quella che chiamiamo la capacità predittiva) (Cristianini 2023).

In sostanza, quando assumiamo che vi sia una non meglio precisata autonomia del sistema intelligente che interagisce con i lavoratori, il più delle volte stiamo al fondo dicendo che degli algoritmi di apprendimento non supervisionato cercano di scoprire *pattern* nascosti nei dati, con l'obiettivo di raggruppare, classificare, separare o manipolare quei dati, e così, ad es., predire quale sia un output accettabile od identificare una anomalia rispetto ad uno standard. L'autonomia risiede dunque in ciò che l'apprendimento non viene supervisionato⁷

⁵ Colaiacomo 2022, 211, inquadra la perdita del lavoro per sostituzione tecnologica come «perdita della base della dignità del lavoratore».

⁶ Era invece questo il fraintendimento ed il limite più evidente del primo tentativo europeo di disciplinare la robotica potenziata da intelligenza artificiale effettuato con la Risoluzione del Parlamento dell'Unione europea del 16 febbraio 2017, su cui in senso critico Maio 2018a, sp. 1424 sgg.

⁷ Diversamente nell'apprendimento automatico cd. supervisionato l'intelligenza artificiale viene allenata sulla base di una serie di esempi, costituiti da coppie ideali di *input* e di *output*. Un tipico esempio di *set* dati di allenamento è l'insieme delle cartelle cliniche oggetto di diagnosi umana nel passato, che viene processato per istruire l'intelligenza artificiale a

ed i dati di *input* non sono stati prima etichettati o non hanno un corrispondente valore di *output* predefinito, per cui il sistema apprende direttamente dalla propria «esperienza», o meglio da una sua traduzione in dati, senza avere esempi o risposte di riferimento⁸.

Questo non significa affatto che la «mano» dell'uomo scompaia del tutto. Per potere raggiungere l'obiettivo prefissato, l'algoritmo che apprende autonomamente deve, infatti, prima essere addestrato, mediante un *training* basato su di una serie di esempi, a loro volta non etichettati, rispetto ai quali impara ad individuare i *pattern* che legano i dati, ad esempio muovendo da ipotesi preconfigurate e deducendo le probabilità che un evento accada alla ricorrenza di determinate variabili.

L'addestramento dell'algoritmo viene quindi controllato nella fase di *training* attraverso gli *iperparametri*, che permettono di tarare il modello che interpreta i dati. In relazione ai valori di *output* è così possibile disegnare, sia pure a grandi linee, la logica di funzionamento del sistema intelligente considerato.

Di fronte all'ingresso sui luoghi di lavoro di questi modelli di intelligenza artificiale diviene indispensabile focalizzare quali problemi inediti sorgono per il diritto del lavoro.

E mi pare che, allo stato delle nostre conoscenze, ne possiamo già evidenziare almeno tre.

Abbiamo anzitutto il problema delle cd. decisioni datoriali algoritmiche non spiegabili. Dove l'inspiegabilità, che può sembrare un paradosso per la lettura classica dell'impresa come soggetto razionale, viene alimentata dall'imperscrutabilità e dall'opacità degli algoritmi medesimi.

Abbiamo poi il tema dei cd. *bias* algoritmici che inducono discriminazioni al momento della selezione e poi gestione del personale, peraltro in molti casi è stato rilevato proprio a causa del rinforzo umano nella fase di apprendimento.

Abbiamo infine l'emergere di una capacità predittiva e decisionale di fatto imponderabile, che agisce all'interno di una relazione di potere fra esseri umani costitutivamente asimmetrica come è quella di lavoro, che fino ad oggi gestiva-

riconoscere una determinata patologia. L'apprendimento non supervisionato, quello tipico ad esempio dei motori di ricerca, a sua volta, può essere di tipo cd. rinforzato, quando si avvale di modelli ottimizzati tramite il rinforzo umano inconsapevole, secondo la tecnica nota come *Reinforcement Learning From Human Feedback*. Quando cioè l'intelligenza artificiale continua ad accrescere la propria competenza e ad affinare la propria sensibilità apprendendo autonomamente dai *feedback* degli utenti.

⁸ Al contrario degli algoritmi espliciti che dipendono deterministicamente dal dato immesso, i sistemi informatici che implementano algoritmi di *machine learning* possono essere descritti come autonomi o semiautonomi nella misura in cui i loro risultati sono solo indotti dai dati in senso non deterministico. Questi sistemi infatti producono *output* su base di una valutazione probabilistica, che si fonda esclusivamente su ragionamenti e previsioni statistiche rispetto agli *input* successivi. Per una disamina di queste distinzioni v. già la Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, adottata dalla Commissione Europea per l'efficienza dei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, XXXI Riunione plenaria, Strasburgo, 3-4 dicembre 2018 e cfr. Peruzzi 2023, sp. 11 e sgg.

mo per mezzo di valutatori umani, che si riferivano a prescrizioni e clausole generali destinate ad essere interpretate dall'intelligenza umana, in applicazione di una logica valoriale umana⁹.

Nel complesso, il diritto si trova dunque urgentemente a fare i conti con una strisciante preordinata disumanizzazione del lavoro (Gragnoli 2020).

Proviamo a distinguere in quali ambiti e con quali ricadute.

3. *Cobot* intelligenti e potenziamento del lavoro umano

L'intelligenza artificiale è presente nei luoghi di lavoro in primo luogo per la crescente diffusione dei *cobot* o robot collaborativi, programmati non più solo per svolgere meccanicamente un determinato compito, ma per interagire con l'uomo, apprendendo nella e dalla interazione con i lavoratori, sempre più spesso senza barriere protettive rigide, all'interno delle cd. zone di sicurezza dinamiche.

I *cobot* resi autonomi dall'intelligenza artificiale sono stati uno dei pilastri di una recente stagione di aggiornamento del nostro sistema produttivo, passata alle cronache con la formula «industria 4.0» (Del Punta 2018). Rimangono ad esempio centrali in tutte le attività di assemblaggio collaborativo, dove vengono impiegati per elevare le prestazioni di processo.

In realtà, il *cobot* prelude ad un cambio di paradigma nella stessa idea di fabbrica. Se il robot aziendale classico era una macchina deputata a svolgere con velocità e precisione inumane compiti massivi e ripetitivi, quasi sempre a costi proibitivi, che richiedevano perciò investimenti pluridecennali; il *cobot* invece è progettato per apprendere dall'uomo, con cui collabora anche grazie a strumenti di visione artificiale e sensoristica avanzata, una volta attivata la modalità *learn* o *training*, e deve, a costi accessibili anche alle piccole e medie imprese, garantire flessibilità ed adattamento ai molteplici processi nei quali può essere di volta in volta inserito.

Con riferimento ai *cobot* intelligenti, il principale problema è relativo alla sicurezza della relazione tra l'uomo e la macchina intelligente.

Al riguardo, già in altra occasione ho osservato che, rispetto ad una fabbrica tradizionale in una *smart factory*, di norma, il lavoro dovrebbe essere più sicuro. Perché statisticamente, sia pure con differenze da settore a settore, l'esperienza è che l'incidenza degli infortuni decresce con l'ammodernamento tecnologico dell'impresa¹⁰.

⁹ Per la constatazione solo apparentemente scontata che «il diritto è umano, fatto dagli esseri umani e per gli esseri umani», Pietropaolo 2022, 39.

¹⁰ Maio 2018a, 1427 sgg. Allo stesso tempo, osservammo che nel diritto del lavoro non si registra un dibattito paragonabile a quello che sta impegnando a fondo il diritto civile in merito ai profili della responsabilità per l'impiego di intelligenza artificiale (cfr. Costanza 2018 e da ultimo Peruzzi 2023, 131 sgg.). Questo si deve al fatto che nel diritto del lavoro opera l'art. 2087 c.c. e, dunque, anche nella *smart factory* il datore di lavoro risponde dell'infortunio cagionato dal malfunzionamento di un *cobot*, senza necessità di deviare dai consueti schemi basati sul rischio ambientale o sulla presunzione di pericolosità delle macchine mosse.

Certo il *cobot* reso autonomo dall'intelligenza artificiale e deputato ad interagire con l'uomo ci allarma più e diversamente rispetto agli altri dispositivi non autonomi, perché potrebbe dare causa ad eventi a maggior ragione non preventivabili neppure per il datore di lavoro (è il tema dei cd. comportamenti emergenti).

Ma anche qui, l'effettiva pericolosità dell'interazione del *cobot* con l'uomo dipende dalla qualità del *design* informatico, che ne definisce le possibilità di azione ed il grado di reale autonomia, e dal sistema prevenzionistico in cui è inserito, oltre che dal corretto o scorretto impiego che ne fa l'uomo¹¹.

Il punto è allora che l'inserimento del *cobot* all'interno della fabbrica intelligente richiede una specifica ridefinizione, e forse anche più di qualche adattamento, dello strumentario giuridico tradizionale. Impone una specifica informazione e formazione dei lavoratori chiamati ad interagire con il *cobot*. Richiede la mappatura e valutazione dei nuovi rischi derivanti dalla interferenza tra l'uomo e i dispositivi intelligenti, come anche dalla eventuale interrelazione fra dispositivi autonomi rispetto all'uomo. Oltre che dei rischi propriamente riconducibili all'impiego di forme di intelligenza artificiale connessioniste che apprendono autonomamente, tra cui il cd. *catastrophic forgetting* (Ans, Rousset, French, Musca 2004). Implica inoltre, sempre in ottica precauzionale, l'adozione di *policy* rigorose di *cyber security* e di un *disaster recovery plan*¹².

Problemi molto complessi derivano poi dall'impiego nella fabbrica intelligente di strumentazioni potenziate dall'intelligenza artificiale applicabili direttamente sul corpo del lavoratore, come arti intelligenti o esoscheletri digitali.

La comparsa sui luoghi di lavoro di lavoratori aumentati, anche se pone interrogativi difficili (Maio 2020a, sp. 513 sgg.), promette ricadute positive.

Va dato atto, ad esempio, che nel settore dell'*automotive* già oggi gli esoscheletri intelligenti coadiuvano i lavoratori impiegati in lavori usuranti, come quelli cd. sottoscocca, per sostenerne la muscolatura e la tenuta ossea, evitando infortuni e prevenendo le malattie professionali.

Di più, il potenziamento tecnologico può garantire un'accessibilità al mercato lavoro anche ai lavoratori penalizzati da deficit fisici preesistenti che altrimenti ne rimarrebbero esclusi.

¹¹ In tema di eziologia infortunistica, si discute dell'apporto causale o concausale del formatore del *cobot* durante le sessioni di *training*. Se cioè l'immissione di dati scorretti, o comunque altre forme di sviamento del processo di apprendimento dell'intelligenza artificiale, possono far ritenere il lavoratore incaricato di formare il *cobot* corresponsabile dell'infortunio, in ragione peraltro di un inadempimento vero e proprio, prima ancora che per una qualche *culpa in educando*. Ma anche qui, dobbiamo rifuggire inutili allarmismi. Ed assumere che di norma la fabbrica intelligente è piuttosto una realtà organizzata e controllata, dove operano lavoratori fortemente specializzati e intensamente formati. Mentre, a sua volta, il *cobot*, prima ancora di venire inserito in un simile contesto, è già stato testato e tarato dal produttore su *set* di dati controllati. Se così è, lo sviamento dell'apprendimento per essere imputabile al lavoratore e soprattutto condurre alla irresponsabilità del datore di lavoro dovrebbe essere doloso, o se mai assumere i connotati della deliberata assunzione di un rischio elettivo.

¹² Su tutti questi aspetti cfr. ancora se vuoi Maio 2018a, sp. 1430 sgg.

Allo stesso tempo, però, tutte le tecnologie che producono un *enhancement* del lavoratore vanno indagate a fondo per le possibili implicazioni sulla libertà di scelta di chi lavora, affiancando a quella consueta sulle ricadute di sicurezza (ad es. del carico biomeccanico) anche una rigorosa valutazione dell'impatto psicologico e sulla personalità morale del lavoratore di questi dispositivi.

Proteggere la dignità di chi lavora significa anche consentire l'ingresso nei luoghi di lavoro soltanto a quei dispositivi intelligenti che si dimostrano utili per facilitare o potenziare l'espressività del lavoro umano. E di converso impedire all'intelligenza artificiale di prevaricare la libera determinazione della persona, ad esempio, spingendosi a condizionarne i movimenti e la comunicazione o a dettare le cadenze ed i tempi di risposta con una invasività tale da deumanizzare i comportamenti o la gestualità del lavoratore.

Potremmo forse racchiudere questo principio di cautela con una formula generale: l'ordinamento può consentire al lavoratore, sia pure entro limiti e con precauzioni da stabilire caso per caso a tutela della sua salute e personalità, di indossare dispositivi che impiegano l'intelligenza artificiale per aumentare le potenzialità dell'umano. Ma non mai viceversa.

4. Gestione del personale ed esercizio dei poteri del datore di lavoro mediante intelligenza artificiale

L'intelligenza artificiale quando si traduce in decisioni algoritmiche automatizzate ha ormai un ruolo determinante anche nell'organizzazione e gestione del lavoro.

A partire dalla selezione dei candidati, dove l'intelligenza artificiale è impiegata nella fase di costituzione del rapporto di lavoro per lo *screening* curriculare. Ma anche con riferimento allo svolgimento del rapporto di lavoro, quando la cd. pianificazione intelligente può dettare le scelte aziendali strategiche e di riorganizzazione, o persino determinare in concreto l'esercizio dei poteri datoriali, direttivo, di controllo e disciplinare.

In una sorta di rovesciamento della relazione tra intelligenze, quella artificiale sembra ormai pronta per eterodirigere in tempo reale l'uomo che lavora, controllarlo e valutarlo, e poi incentivarlo o sanzionarlo, in relazione agli obbiettivi aziendali.

Nella prospettiva della cd. gestione algoritmica dei rapporti di lavoro, i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati basati su algoritmi, con la promessa di efficientarla, esautorano di fatto la direzione aziendale.

Ma proprio la prospettiva del cd. *management* algoritmico presuppone, anzitutto, che venga stabilito quando si realizza una valutazione algoritmica. Conclusione che non è affatto semplice, specie se si considera il ritmo di diffusione e la continua evoluzione di questi strumenti ed applicativi.

Una prima risposta è stata data dal nostro ordinamento con riguardo al modello lineare di gestione algoritmica del lavoro che è tipico delle piattaforme digitali, dove, se stiamo alla declinazione per i cd. *riders* (Santoro Passarelli 2022), che ha fin qui catalizzato l'attenzione anche dello stesso legislatore, l'intelligenza artificiale gestisce le chiamate, indica i percorsi, valuta le prestazioni, distribuisce premialità o sanzioni.

Ma valutazioni algoritmiche sono oggi possibili praticamente in ogni ambito e momento dell'attività lavorativa e con modalità non sempre tracciabili. E questo rende anche la questione qualificatoria più sfumata e complicata.

Per intenderci può essere utile fare un esempio: una casa editrice può oggi valutare il lavoro dei propri editor confrontando le sinossi presenti nelle quarte e bandelle dei volumi pubblicati nell'ultimo anno, con quelle realizzate in pochi secondi, con un semplice comando vocale, dal programma «ChatGPT».

In questo caso, è oggettivamente problematico stabilire se siamo ancora nell'ambito di una valutazione umana, per quanto assistita dall'intelligenza artificiale, o di fronte ad una vera e propria valutazione algoritmica.

La risposta sarebbe invece scontata se ipotizzassimo che il sistema dotato di intelligenza artificiale provvede direttamente da sé a confrontare e valutare quelle sinossi, per poi classificare gli editor sulla base di parametri introiettati nella fase di *training* ovvero auto-definiti apprendendo dai dati processati, ed infine procedere alla scelta di chi premiare, piuttosto che licenziare.

Perché in questa seconda ipotesi, anche a dispetto del medesimo risultato finale, l'intelligenza artificiale perde il connotato della strumentalità per assumere le spoglie del datore di lavoro ed impugnare direttamente le redini della relazione giuridica di lavoro.

Ora, rispetto a questi scenari, l'interprete deve anzitutto prendere atto che il legislatore comunitario e quello nazionale stanno fornendo indicazioni inequivocabili nel senso di ritenere la gestione algoritmica dei rapporti di lavoro certamente ad alto rischio, ma allo stesso tempo pienamente legittima.

Mentre in sede eurolavorativa si avvia alla fase decisiva la discussione sul quadro regolatorio basato sulla valutazione del rischio e sul principio che un sistema di intelligenza artificiale deve essere vietato solo se si dimostra portatore di pericoli inaccettabili¹³, non si vede all'orizzonte alcuno che sostenga, neppure dal versante sindacale, le ragioni di un divieto generalizzato di gestione algoritmica del lavoro.

Divieto che, evidentemente, viene considerato, prima ancora che antistorico ed antieconomico (in termini di isolamento tecnologico), assai difficile da far rispettare. Visto che, al fondo, basterebbe il ricorso alla ratifica formale delle decisioni algoritmiche da parte di decisori umani per produrre un qualche aggraviamento di un eventuale divieto¹⁴.

La partita regolatoria si sposta non a caso sulle condizioni di esercizio del *management* algoritmico, dove registriamo un primo intervento norma-

¹³ Cfr. la Proposta di Regolamento del parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, Bruxelles, 21.4.2021 COM(2021) 206 final, su cui Alpa 2022. *L'Artificial Intelligence Act*, in data 14 giugno 2023 ha come noto avuto il via libera del Parlamento europeo.

¹⁴ Occorre sempre considerare che la decisione algoritmica non è in quanto tale, per definizione, necessariamente migliore o peggiore, e neppure maggiormente penalizzante o più inaccettabile, per chi lavora, rispetto a quella invece imputabile al datore di lavoro che non si affida all'intelligenza artificiale.

tivo di *hard law*, con l'art. 4, co. 1, lett. b, del decreto legislativo 27 giugno 2022, n. 104¹⁵.

5. Il decreto legislativo 27 giugno 2022, n. 104 ed il contrasto all'opacità algoritmica

Questa previsione è, in senso proprio, epocale.

Perché certifica che il tema non è stabilire se sia possibile utilizzare sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati che gestiscono il rapporto di lavoro, ma soltanto a quali condizioni è legittimo farlo.

Senza forse essercene accorti, abbiamo tutti così valicato un confine. E «oltre» quel confine si dischiudono possibilità imprevedibili fino a soltanto pochi anni fa.

Anche qui un esempio può aiutare a chiarire. Il legislatore riconosce così che anche un tema sensibile come la morbilità aziendale possa venire gestito per il tramite di valutazioni e determinazioni dell'intelligenza artificiale.

E del resto non v'è nulla da obiettare se il calcolo del cd. comparto per malattia viene demandato ad un *software* automatizzato, capace di stabilire se e quando vi è stato superamento del termine di sospensione, integrando la disciplina sindacale applicabile (a dispetto delle molteplici interpretazioni cui le norme dei contratti collettivi si prestano) con un puntuale ed aggiornato monitoraggio degli orientamenti giurisprudenziali. L'intelligenza artificiale si sostituirebbe al fondo al consulente aziendale.

Ma, allo stesso tempo, penso che avvertiremmo tutti l'inadeguatezza dello strumento rispetto allo scopo se l'intelligenza artificiale venisse direttamente investita anche della decisione di licenziare il lavoratore affetto da eccessiva morbilità.

Perché chiunque ha esperienza di direzione del personale sa che una decisione di questo tipo necessita di sensibilità, pensiero laterale, capacità di capire il contesto entro cui si cala la vicenda personale, prima ancora che lavorativa, del dipendente considerato, che non può essere trattato semplicemente come dato da processare e la cui sorte non è riducibile a mero *output*.

¹⁵ Il cd. decreto trasparenza, in attuazione della Direttiva UE 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa alle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili, ha novellato il d.lgs. 152 del 1997 introducendo un art. 1 bis giusta il quale «Il datore di lavoro o il committente pubblico e privato» sono obbligati «a informare il lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati» se questi sistemi sono «deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni», nonché se quei sistemi sono deputati a dare «indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori». L'importanza della disposizione è stata presto colta dalla dottrina che l'ha commentata per lo più con accenti critici, cfr.: Marazza, D'Aversa 2022, Proia 2022a, Proia 2022b, Garofalo, Tiraboschi 2023, Schiavone 2023, Carinci, Giudici, Perri 2023, Faioli 2023, Zilli 2023.

L'art. 4, co. 1, lett. b, del decreto legislativo n. 104 cit. è una norma estremamente importante anche per un altro motivo.

Sulle orme di quanto già introdotto in ambito *privacy* con l'art. 22 del Regolamento dell'Unione europea n. 679/2016¹⁶, esplicita anche in territorio strettamente giuslavoristico un primo fondamentale presidio di garanzia che consiste nel diritto dei lavoratori di sapere, e di conseguenza nell'obbligo del datore di lavoro di informare, se una decisione che impatta sul rapporto di lavoro è ascrivibile alla valutazione dell'intelligenza artificiale.

Come noto, dopo un discusso intervento correttivo, la disposizione precisa ora il proprio campo di applicazione con riguardo all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio «integralmente» automatizzati, e non più solo genericamente automatizzati¹⁷.

La correzione è stata viepiù interpretata come un tentativo di ridimensionare la portata applicativa della norma. Ma la questione, almeno a mio avviso, non muta poi di molto. Come abbiamo visto con l'esempio degli editor e delle sinossi, è difficile soppesare in termini quantitativi il grado di automazione di un processo decisionale partecipato dall'intelligenza artificiale.

Diversamente, tanto prima quanto dopo l'intervento correttivo, ciò che rileva ai fini della applicazione, o no, dell'obbligo di informativa è piuttosto l'elemento qualitativo della vincolatività della decisione algoritmica una volta prodotta dal sistema automatizzato.

Se, cioè, la stessa semplicemente contribuisce alla corretta e completa informazione della direzione aziendale, prodromica rispetto ad una determinazione che resta, nella sostanza e non solo formalmente, imputabile ad una volontà umana (anche se oggettivata in forma collettiva). Nel qual caso non avrebbe senso l'obbligo di informativa. O, piuttosto, sia invece capace di incidere direttamente in maniera precettiva, e non semplicemente strumentale, sulla vita lavorativa del dipendente¹⁸.

Anche ove si consolidasse questa interpretazione che riconsegna alla norma spazi ragionevoli di concreta operatività, la regolazione introdotta con il decreto

¹⁶ Sui limiti di impiego dell'art. 22 cit. nel rapporto di lavoro Gagnoli 2022, sp. 35 sgg.

¹⁷ Così dopo la modifica recata dall'art. 26, co. 2, lett. a), del d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito con modificazioni dalla l. 3 luglio 2023, n. 85. La formulazione originaria sembrava potere avere un campo di applicazione più ampio anche rispetto all'art. 22 del GDPR, tale da includere qualsivoglia determinazione aziendale che avesse, sia pure a valle del processo decisionale, beneficiato dell'impiego di intelligenza artificiale. Per tentare di arginare questo tipo di interpretazioni «neoluddiste» il Ministero del lavoro è corso ai ripari con la circolare n. 19 del 20 settembre 22, che, se da un lato ha così confermato la plausibilità delle letture osteggiate, dall'altro ha finito col fare riferimento ad un criterio di «accessorietà» dell'intervento umano che la norma, invero, non contemplava.

¹⁸ Questa lettura sembrerebbe confermata anche la prima giurisprudenza in tema, secondo la quale, per escludere che un sistema algoritmico possa ritenersi integralmente automatizzato, non sarebbe sufficiente la possibilità in astratto di un intervento umano, ma occorrerebbe dimostrare la necessità dell'intervento umano ed il fatto che l'intervento umano, oltre a ricorrere nella generalità dei casi, non sia meramente formale, così Trib. Torino 7 agosto 2023 in Wikilabour.it.

legislativo n. 104 cit. potrebbe lo stesso apparire velleitaria, visto che al fondo oppone un baluardo apparentemente emaciato come il principio di trasparenza alla straordinaria invasività dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati nel rapporto di lavoro.

In realtà, a dispetto di un approccio regolatorio che certamente tradisce una ascendenza molto più algoretica che giuridica, la disposizione non va sottovalutata. Anzi, proprio perché la trasparenza costituisce la preconditione minima per ragionare di equità algoritmica, sarebbe probabilmente miope predicarne l'irrelevanza nel diritto del lavoro.

L'opacità algoritmica del resto conduce all'inspiegabilità dei processi decisionali, che è alla base dei *bias* e delle discriminazioni algoritmiche, quando non favorisce il cd. *blue washing*, ossia la possibilità di edulcorare, avvalendosi del pregiudizio positivo per l'automazione, comportamenti non etici, che, però, nel caso del rapporto di lavoro sono, il più delle volte, anche potenzialmente illeciti od illegittimi (pensiamo alla selezione curriculare automatizzata i cui esiti rispondono a pregiudizi razziali o di genere introiettati dall'intelligenza artificiale).

Dunque, l'obiettivo di progredire verso una intelligenza artificiale per quanto possibile trasparente e in qualche misura spiegabile, che accomuna l'etica e il diritto, passa anche dalla capacità di articolare in maniera puntuale e pertinente i contenuti dell'informativa al lavoratore¹⁹.

Quanto poi alla capacità di queste previsioni di dimostrarsi effettive, la valutazione dipenderà in ampia parte dal grado di dettaglio e di approfondimento tecnico che la giurisprudenza valuterà obbligatorio per le informative.

Se cioè prevarrà la logica del mero adempimento formale, del rinvio generico a formule standard preimpostate, per cui sarà sufficiente etichettare la famiglia di algoritmi impiegati come «non deterministici», «evolutivi», «capaci di apprendimento non supervisionato». Od invece, verrà imposto al datore di lavoro di spingersi fino a dettagliare la logica ed il funzionamento dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati che utilizza nella propria azienda.

Certo, per le ragioni viste prima (cfr. supra il paragrafo n. 2), quando si ha a che fare con un'intelligenza artificiale capace di autoapprendimento continuo e

¹⁹ Le informazioni considerate dall'art. 1 bis del d.lgs. n. 152 del 1997 cit. riguardano: «a) gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati; b) gli scopi e le finalità dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati; c) la logica ed il funzionamento dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati; d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; e) le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; f) il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse».

non supervisionato, anche solo stabilire quale sia la logica di fondo od il criterio di funzionamento non è affare semplice e può risultare frustrante²⁰.

Perché la caratteristica intrinseca di queste famiglie di algoritmi è proprio quella di alterare la propria logica decisionale durante il processo di autoapprendimento, e di farlo con una frequenza ed una velocità tale che rende molto complesso, e forse ai limiti del possibile, ricostruire la catena che dalla cognizione iniziale dei dati porta ad una decisione. Circostanza che si traduce in quella incapacità di aprire la cd. *black box* algoritmica dietro cui si schermano gli informatici (Pasquale 2016).

Ma anche queste innegabili difficoltà non hanno evidentemente convinto il legislatore a rassegnarsi ad accettare remissivamente la convivenza nei luoghi di lavoro con forme tiranniche di intelligenza artificiale o volontà algoritmiche aprioristicamente incomprensibili²¹.

Dei molti ostacoli che si frappongono rispetto al traguardo di una reale trasparenza²² si mostra del resto consapevole lo stesso decreto n. 104 cit., visto che, opportunamente, applica l'obbligo di informativa non ai dati, ma alle «categorie di dati», non a tutti i parametri, ma soltanto ai «parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi»²³.

Questo significa, ad esempio, che per comprendere se l'algoritmo che valuta le candidature ad una promozione ha tendenze discriminatorie, il legislatore confida in una verifica limitata alle categorie di dati ed alla regolazione degli *iperparametri* impiegati dagli sviluppatori per supervisionare il processo di apprendimento. Senza necessità di ricostruire ogni singolo passaggio logico del processo decisionale automatizzato.

Al fondo il decreto n. 104 cit. suggerisce alla riflessione giuslavorista applicata all'intelligenza artificiale la necessità di adottare una diversa e più compromissoria impostazione, giusta la quale, abbandonata una lettura antropomorfizzante dell'intelligenza artificiale, il *focus* si sposta da una impossibile disamina dei moventi algoritmici dei provvedimenti aziendali, alla analisi della tipologia di dati e dei processi che hanno alimentato le decisioni algoritmiche.

²⁰ Per Peruzzi 2023, 150, tanto più il sistema è autonomo tanto più si depotenzia la capacità della trasparenza «rispetto all'obiettivo di assicurare l'effettività dei diritti potenzialmente incisi dall'uso dell'IA».

²¹ Cfr. invece l'argomentato pessimismo di Gragnoli 2022 sp. 34 sgg.

²² Fra i quali anzitutto vanno annoverati, perché particolarmente evidenti, i limiti dati dalle risorse economiche processuali disponibili, su cui Gragnoli 2022.

²³ Qui, come con riguardo alle «metriche» utilizzate per misurare i parametri di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi, e poi gli impatti potenzialmente discriminatori delle «metriche stesse», il giurista entra a contatto con un lessico da statistica bayesiana che non gli appartiene, e con il quale deve familiarizzare. Va segnalato inoltre che l'art. 1 bis cit. impone l'informativa anche circa le «misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate» e «gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità». Questa disposizione appare criticabile considerato che l'adozione di misure di controllo e la designazione del responsabile non sono stati resi obbligatori.

Non sarà quella trasparenza algoritmica assoluta che, forse ingenuamente, anche solo pochi anni fa ancora auspicavamo sui luoghi di lavoro e che, invece, realisticamente, abbiamo compreso mai avremo. Ma è pur sempre un primo passo, mosso al fondo dalla consapevolezza che se anche avessimo accesso a ciascuno dei miliardi di dati processati da un sistema incentrato su algoritmi cd. malleabili (come lo è ad es. il motore di ricerca di *Google*), che vengono riprogrammati di continuo e che subiscono continui aggiornamenti senza alcuna influenza umana, non avremmo più trasparenza, forse avremmo persino meno trasparenza²⁴.

D'altra parte l'uomo (dunque il giudice od il consulente tecnico incaricato) non è in grado di indagare una simile mole di dati, può solo affidarsi ad altri sistemi intelligenti che lo facciano per lui.

Ed anche in tal caso, ci spiegano gli informatici, probabilmente con scarsa efficacia. Bisognerebbe infatti considerare i possibili limiti di *design* dell'algoritmo indagato, i cui codici potrebbero essere stati strutturati senza curarsi di tracciare in alcun modo gli elementi che hanno concorso alla decisione algoritmica, e la cui malleabilità strutturale potrebbe persino essere stata indotta per ottenere un intenzionale offuscamento di dati e parametri utile per «l'alleggerimento delle responsabilità» (Colaiacomo 2022, 213).

6. (segue) l'enfasi sui dati e la lotta alle algodiscriminazioni

L'enfasi sulla trasparenza evidenzia dunque un chiaro spostamento del baricentro della regolazione giuridica sulla *qualità* e sulla *governance* algoritmica dei dati.

D'altra parte l'intelligenza artificiale che auto-apprende dai dati e che elabora a partire dai dati in maniera incondizionata, proprio perché ha una consapevolezza strutturalmente limitata ai dati e finanche dei dati stessi, pur a fronte di una capacità di processo sovrumana, può incidentalmente generare informazioni errate, produrre istruzioni dannose o contenuti difforni dalla realtà²⁵.

È stato evidenziato come i sistemi di intelligenza artificiale che proseguono il loro apprendimento dopo essere stati introdotti nel mercato possono cadere preda dei cd. circuiti di *feedback* o *loop*, ossia di errori o *bias* algoritmici, dovuti alla acquisizione e poi al rinforzo di assunzioni sbagliate nel processo di apprendimento automatico.

Ciò deriva molto spesso dal fatto che i dati che l'intelligenza artificiale inconsapevolmente processa sono stati sovraccaricati dagli stessi utenti di distorsioni

²⁴ È questo un approccio per certi versi obbligato di fronte ad un'intelligenza artificiale probabilistica e connessionista che si alimenta di dati che processa per estrarre conoscenza. La disponibilità di dati infatti cresce in maniera esponenziale e difficilmente commensurabile, comunque al di fuori dal controllo umano. Secondo Floridi 2022, 25, il numero dei dispositivi digitali che interagiscono tra loro è già oggi superiore alla popolazione mondiale, con la conseguenza che la maggior parte delle comunicazioni avviene tra dispositivi intelligenti senza coinvolgimento umano. Nel senso che in queste condizioni effettivamente «l'informazione di per sé non è garanzia di tutela effettiva» cfr. Battelli (2022, 101)

²⁵ Questo del resto riportano esplicitamente le avvertenze sul sito di ChatGPT.

cognitive, pregiudizi, influenze ideologiche e di genere, opinioni e comportamenti discriminatori.

L'interpretazione algoritmica può anche generare, specie in caso di scarsa qualità dei dati, ma anche a ragione di difetti del sistema od errori nel processo di *training*, l'apofenia ossia una immotivata visione di connessioni accompagnata dall'attribuzione di una significatività spropositata²⁶.

Ricerche condotte sulla profilazione razziale involontaria hanno dimostrato che avere più dati disponibili da processare non migliora necessariamente la qualità della rappresentazione algoritmica della realtà, ed anzi può perfino esacerbare il problema, proprio per il tema del rinforzo e dei *loops*.

Lequità algoritmica è insidiata anche dal cd. formalismo algoritmico, cioè della tendenza alla neutralità, che finisce per consolidare eventuali pregiudizi o *bias* algoritmici preesistenti. E dalla cd. trappola dell'astrazione, che deriva dalla incapacità dell'algoritmo di rendersi conto del contesto in cui opera, perché gli sfugge la cornice emotivo relazionale, che, invece, in ambito lavorativo è praticamente sempre decisiva.

Questi problemi vengono poi aggravati a valle dell'elaborazione algoritmica dal cd. pregiudizio dell'automazione, che ci fa presumere che l'intelligenza artificiale ha sempre ragione²⁷.

Per tutte queste ragioni la strada da percorrere per migliorare la convivenza sui luoghi di lavoro con gli algoritmi di apprendimento autonomo è evidentemente ancora lunga ed accidentata.

Paradossalmente l'ambito per il quale è forse meno urgente l'introduzione di nuove norme giuridiche è proprio quello delle cd. algodiscriminazioni, che pure, se guardiamo alla casistica già emersa alle cronache, si dimostra particolarmente esposto.

In questo settore, infatti, il diritto del lavoro si è da tempo attrezzato per contrastare l'opacità informativa e le decisioni inspiegabili del datore di lavoro, accedendo alla nozione di discriminazione indiretta ed all'efficace meccanismo della inversione dell'onere della prova in caso di discriminazione presumibile in base a rilievi statistici²⁸.

²⁶ Il fatto che l'intelligenza artificiale possa mostrare attitudine a riconoscere schemi o connessioni tra informazioni (*patterns*) che non hanno invece una significativa correlazione logica, conferma che esiste evidentemente anche un tema legato alla differente qualità dei sistemi che fanno uso di questa tecnologia. Tema che meriterebbe la medesima attenzione di quello che attiene alla qualità dei dati processati. In letteratura ricorre infatti sovente l'affermazione che «un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito» cfr. Battelli (2022, 100), rispetto alla quale è agevole convenire ma con la postilla che un algoritmo non può che riflettere, a maggior ragione, anche la qualità della sua impostazione informatica.

²⁷ La formula pregiudizio dell'automazione descrive la condizione dell'individuo che ignora o evita di cercare informazioni in contraddizione con una soluzione generata dall'intelligenza artificiale, considerandola di per sé corretta e ottimale. Cfr. anche per riferimenti Floridi 2022, 153.

²⁸ Sulla tendenza all'alleggerimento dell'onere probatorio da parte della Corte di Giustizia cfr. M. Peruzzi (2023, 159).

E si è spinto direi al limite delle proprie possibilità anche dal punto di vista sanzionatorio, con la nullità e la vasta pletora dei danni rivendicabili deputati ad innalzare la soglia di tutela in caso di discriminazione, ancorché non espressamente punitivi²⁹.

Nondimeno vi possono essere altre direttrici da percorrere per incrementare l'equità algoritmica nel diritto del lavoro.

La più efficiente, ma per nulla scontata, consisterebbe nell'intervenire già nella fase di *training* e durante la formazione dei set di dati con cui vengono addestrati gli algoritmi.

Occorrerebbe incentivare normativamente, durante la fase in cui gioca ancora un ruolo la «mano» dell'uomo, l'adozione di standard tecnici che includano processi di formazione degli algoritmi all'impiego di tecniche di *adversarial debiasing* per mitigare il rischio da ingerenza di pregiudizi «codificati», prendendo come riferimento quanto dispone l'art. 9 del Regolamento dell'Unione europea n. 679/2016, in tema di dati genetici e biometrici, origine razziale o etnica ed orientamento sessuale.

L'algoritmo andrebbe in sostanza formato anche per riuscire ad individuare e rimuovere i (propri) pregiudizi algoritmici prima ancora che i meccanismi di *loops* amplifichino la distorsione. In caso anche bilanciando con una azione algoritmica di rinforzo positivo eventuali tendenze potenzialmente discriminatorie. O ponendo dei limiti di *design* al sistema attraverso appositi macroparametri congegnati in funzione dell'obiettivo da perseguire, anche accedendo ad una tutela per quote, sia pure in ultima istanza vista l'elevata problematicità insita nello stesso rimedio.

Quel che è certo è che se la regolazione giuridica non investe nella prevenzione algoritmica, gioco forza occorrerà poi perseguire la direttrice sanzionatoria, che opera a valle del processo decisionale automatizzato.

Ma questo vuol dire condannarsi ad una improba attività di ricerca dei *bias* eventualmente responsabili, con tutte le difficoltà del caso, *in primis* con riguardo alla analisi dell'inerenza causale, in termini anche qui necessariamente probabilistici³⁰, tra le categorie di dati su cui un dato sistema intelligente è stato ad-

²⁹ Secondo Corte Cass., sez. un., 21 luglio 2021, n. 20819 la risarcibilità del danno da discriminazione non può essere ricondotta alla categoria dei danni punitivi, stante la natura eminentemente deterrente-dissuasiva dei rimedi finalizzati a garantire l'effettività della tutela antidiscriminatoria orientata alla conformità comunitaria. Nondimeno, per a dare maggiore consistenza ed effettività al danno risarcibile la giurisprudenza ammette la legittimità della liquidazione cd. ultra-compensativa del danno, tenuto adeguatamente conto che «l'atto discriminatorio è lesivo della dignità umana» cfr. Cass. 2 novembre 2021 n. 31071 e Cass. 15 dicembre 2020, n. 28646. In letteratura Biasi 2023.

³⁰ Cfr. l'art. 4 co. 1 lett. b della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale). Diviene sempre più evidente lo slittamento del diritto del lavoro verso un orizzonte epistemologico probabilista, Maio 2018b.

destrato ed alle quali ha continuato autonomamente ad attingere e la presunta discriminazione sul lavoro.

7. Per un diritto generalizzato alla supervisione umana delle decisioni automatizzate nel rapporto di lavoro

Nell'ottica di implementare ulteriori strumenti di tutela del lavoro oltre la trasparenza, colpisce che alcuni fondamentali diritti a contenuto eminentemente procedurale³¹ siano, allo stato, in via di adozione esclusivamente nell'ambito settoriale delle piattaforme digitali³².

Quasi che di una gestione algoritmica responsabile debbano beneficiare soltanto i lavoratori delle piattaforme³³.

Il riferimento è al Capo III della proposta di direttiva sulle piattaforme dedicato alla «*gestione algoritmica*» dei rapporti di lavoro, che, oltre agli obblighi di informazione, introduce anche principi ulteriori, a mio avviso, di necessaria generalizzazione.

Fra questi, all'art 7, la necessità di un monitoraggio umano dell'impatto dei sistemi automatizzati, e soprattutto, all'art. 8, il diritto al riesame umano di decisioni che impattano in maniera significativa sulle condizioni dei lavoratori³⁴. Cui si riconnette l'obbligo di motivazione scritta quando la decisione automatizzata conduce alla risoluzione del rapporto di lavoro o incide sulla retribuzione.

La facoltà di riesame umano delle decisioni automatizzate della piattaforma digitale ha senso solo se implica la possibilità di una loro rivalutazione e rettifica «*senza indugio*», ed anche il riconoscimento di compensazioni, anzitutto economiche ma non solo, se gli esiti della decisione algoritmica hanno violato i diritti del lavoratore.

Ebbene, quella per un diritto generalizzato alla supervisione umana di tutte le decisioni algoritmiche che incidono in maniera rilevante su aspetti fonda-

³¹ Per Tullini 2022, 52, «anziché di diritti soggettivi concettualmente individuati» si tratterebbe «piuttosto di agibilità: cioè, di declinazioni - a carattere essenzialmente procedurale - dei principi generali di trasparenza e di *accountability* relativi alla gestione algoritmica». Diversamente, per Magnani 2022 la digitalizzazione costringe ad individuare «nuovi diritti della persona» che necessariamente «si declinano in modo diverso».

³² Vd. la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, del 9 dicembre 2021, COM(2021)762 final, su cui fra i molti Barbieri 2021.

³³ Come già rilevato in passato Romagnoli 2018.

³⁴ Che l'art. 8 declina essenzialmente come «il diritto di ottenere una spiegazione» «per qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato che incida significativamente sulle condizioni di lavoro del lavoratore», garantendo la «possibilità di rivolgersi a una persona di contatto», che deve essere competente e formata, per «discutere e chiarire i fatti, le circostanze e i motivi di tale decisione». Si tratta di una garanzia minima che invocavamo in via generalizzata nel 2017, cfr. Maio (2018a, 1442). Nello stesso senso anche Battelli (2022, 102).

mentali del rapporto di lavoro costituisce, a mio modo di vedere, e non da oggi, la più irrinunciabile fra le battaglie per la civilizzazione della società digitale³⁵.

Perché il diritto del lavoro, al di là dello specifico delle piattaforme digitali, resta pur sempre un diritto presidiato da norme espressive di un bilanciamento valoriale complesso, che non di rado si riflette in clausole generali aperte all'interpretazione, le quali sono state pensate per venire rimesse alla valutazione umana, e non certo a quella algoritmica.

8. Per un divieto generalizzato di impiego delle tecnologie induttive e manipolatorie nei luoghi di lavoro (ancora su lavoro e gamificazione)

Tra le previsioni della proposta di direttiva sulle piattaforme digitali che meriterebbero una applicazione generalizzata alla gestione algoritmica *tout court* di ogni rapporto di lavoro c'è anche il divieto di trattamento dei dati «personali relativi allo stato emotivo o psicologico del lavoratore» (art. 6, co. 5, lett. a).

Più in generale, lascia presagire scenari inquietanti il possibile impiego nei luoghi di lavoro di sistemi automatizzati che utilizzano l'intelligenza artificiale per la cd. deduzione delle emozioni (si pensi all'utilizzo nella selezione di un candidato per una promozione lavorativa).

Questa preoccupazione trova conferma nella già citata proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale dove i sistemi per il riconoscimento delle emozioni sono oggetto di una specifica attenzione ed originano un apposito obbligo di trasparenza (cfr. artt. 1 lett. c) e 52 co. 2)³⁶.

In proposito occorre considerare che nella prospettiva del cd. *Artificial Intelligence Act* la nozione di sistema intelligente deputato a dedurre le emozioni, include anche la capacità di decifrare le intenzioni dell'interlocutore umano³⁷.

I processi automatizzati di deduzione delle emozioni e delle intenzioni incidono direttamente sulla dignità della persona che lavora, in quanto vanno potenzialmente ad intaccare quello che potremmo definire l'*habeas corpus* digitale del lavoratore, dal momento che lo privano del diritto di mantenere spazi di privacy e inderogabilità.

La dignità è direttamente connessa anche con il divieto per i «sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati» di mettere «in alcun modo» «indebitamente sotto pressione i lavoratori»; divieto che è pure contenuto nella proposta di direttiva sulle piattaforme digitali (art. 7), mentre sembrerebbe meritevole di una più generale valorizzazione.

³⁵ Maio 2018a. Sul principio del «controllo umano» insiste anche l'Accordo Quadro delle Parti Sociali Europee sulla digitalizzazione del giugno 2020. Favorevoli alla revisione umana anche Oddenino 2020 e Peruzzi 2023.

³⁶ Cfr. Incutti 2022.

³⁷ Per l'art. 3 n. 34 la formula di «sistema di riconoscimento delle emozioni» descrive un sistema di intelligenza artificiale «finalizzato all'identificazione o alla deduzione di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici».

La formula dell'indebita pressione – evidentemente generica, ma certo più efficace descrittivamente di un anonimo richiamo allo *stress* lavoro correlato – coglie infatti una peculiare minaccia all'equilibrio psico-fisico del lavoratore che può conseguire dal *modus operandi* dell'intelligenza artificiale³⁸.

L'esperienza di questi anni ha infatti dimostrato come l'intelligenza algoritmica sia in grado di esercitare anche in ambito lavorativo un vero e proprio potere induttivo, mediante raccomandazioni continue e pervasive, dosando premialità e minaccia sanzionatoria, con l'obiettivo di conformare progressivamente l'azione del proprio interlocutore. Il potenziale profilattivo e predittivo dell'intelligenza artificiale può, in sostanza, venire posto al servizio di una incessante spinta gentile, che interagisce con l'autonomia dei lavoratori per modellarne le scelte, suggerendo o reclamando conformazione³⁹. A dispetto di una formale condizione di autodeterminazione del lavoratore.

La «pressione» esercitata dall'intelligenza artificiale, che in una misura per così dire fisiologica sarebbe ancora da riconnettere al vincolo stesso di subordinazione, diviene però indebita quando si traduce in una costante tensione manipolatoria, che si avvale della carenza di comprensione delle dinamiche che muovono la valutazione algoritmica o della incapacità di mettere in discussione i risultati della decisione algoritmica.

Non a caso, nella gestione del personale assume sempre più un ruolo determinante la cd. gamificazione del lavoro, ossia la tendenza all'impiego sistematico dei meccanismi tipici del gioco (e, in particolare, dei videogiochi), come l'assegnazione di punti, l'inserimento in *rating*, il superamento di livelli, il conseguimento di premi e facoltà (Maio 2022, sp. 49-51).

L'intelligenza artificiale può così consentire di gestire in tempo reale il ricorso pianificato ai meccanismi di ricompensa ed ai cd. rinforzi positivi, che le neuroscienze hanno chiarito costituiscono leve più efficaci della minaccia di sanzioni, perché, attivando emozioni positive che coinvolgono il piacere, inducono comportamenti appetitivi che generano adempimento per motivazione.

Potremmo forse chiarire meglio questa tendenza, proprio riprendendo l'esempio di poc'anzi. Per come mi pare di intenderne gli sviluppi, l'intelligenza artificiale sui luoghi di lavoro non verrà impiegata per scovare la finta morbilità, servirà piuttosto per indurre il lavoratore a fare sempre meno ricorso ai propri diritti di malattia.

E questo, mi sembra, dovrebbe preoccuparci molto di più, e perciò indurci a ragionare anche di un divieto generalizzato di impiego dell'intelligenza artificiale con finalità induttivo-manipolatorie della libera determinazione di chi lavora.

³⁸ Ed infatti il divieto ed il conseguente limite di impiego si estendono anche ad altre modalità operative del sistema intelligente che si rivelino tali da mettere «altrimenti a rischio la salute fisica e mentale dei lavoratori delle piattaforme digitali».

³⁹ Abbiamo già avuto modo di rilevare questa tendenza in passato sia con riguardo alla robotica intelligente (Maio 2018a, 1441), sia con riferimento alle piattaforme digitali (Maio 2019, 591).

Perché è banale a dirsi, ma la civilizzazione del lavoro digitale richiede non soltanto un complessivo non arretramento delle tutele, ma anche il persistente rispetto dell'autonomia della persona che lavora.

Ed è invece scontato vaticinare che una ingegnerizzazione incontrollata dei luoghi di lavoro condurrà inevitabilmente ad un'organizzazione del lavoro in cui l'intelligenza artificiale è di casa (Floridi 2022, 58), mentre la persona umana sarà sempre più spaesata, indifesa, coercibile.

La sfida posta oggi dalla depersonalizzazione del lavoro digitale è, dunque, nuova ed antica allo stesso tempo. Perché al fondo si tratta, ancora una volta, di riuscire a partorire una equilibrata convivenza tra le esigenze contrapposte del capitalismo digitale e della persona che lavora.

Il complesso della regolamentazione sull'intelligenza artificiale antropocentrica in corso di elaborazione in sede euro-unitaria in questo senso fa ben sperare, se di lì il legislatore muoverà per declinare poi uno specifico statuto protettivo per chi lavora relazionandosi con forme di intelligenza artificiale autonome e capaci di apprendimento nel senso dappprincipio chiarito.

A patto dunque di non accontentarsi di soluzioni compromissorie di taglio essenzialmente consumeristico, che suonerebbero per il giuslavorista inevitabilmente al ribasso, quando non inammissibili.

Perché, è sempre utile ricordare, «il pieno sviluppo della persona umana» resta il fine della nostra Costituzione lavorista e personalista (Maio 2020b), e la «dignità umana» l'argine «invalicabile» in ogni luogo di lavoro⁴⁰ anche rispetto alle manifestazioni algoritmiche dell'iniziativa economica.

Riferimenti bibliografici

- Alpa, G. 2022. "Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?" In *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di D. Buzzelli, M. Palazzo, 17 sgg. Pisa: Pisa University Press.
- Ans, B., Rousset, S., French, R. M., Musca, S. 2004. "Self-refreshing memory in artificial neural networks: learning temporal sequences without catastrophic forgetting." *Connection Science* 16: 71-99. <<https://doi.org/10.1080/09540090412331271199>>
- Barbieri, M. 2021. "Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma." *Labour Law Issues* 2: 3 sgg.

⁴⁰ Rodotà 2010, 7-8: «Proprio gli articoli 36 e 41 della Costituzione forniscono una indicazione preziosa per affrontare la questione del rapporto tra libertà e dignità, partendo da una indispensabile distinzione. L'articolo 41 indica nella dignità un limite invalicabile per l'iniziativa economica privata; l'articolo 36 indica il criterio per la costruzione della dignità e per l'individuazione del soggetto al quale spetta questo potere... Ricordo ancora che quest'ultimo articolo parla di «esistenza libera e dignitosa». La costruzione dell'homo *dignus* non può essere effettuata all'esterno della persona, ha davvero il suo fondamento in interiore *homine*. La dignità non è indeterminata, ma trova nella persona il luogo della sua determinazione, tuttavia non per custodire un'essenza, bensì per mettere ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita».

- Battelli, E. 2022. "Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona." In *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di D. Buzzelli, M. Palazzo, 101 sgg. Pisa: Pisa University Press.
- Biasi, M. 2023. *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*. Milano: Giuffrè.
- Buzzelli, D., Palazzo, M. (a cura di). 2022. *Intelligenza artificiale e diritti della persona*. Pisa: Pisa University Press.
- Carinci, M. T., Giudici, S., Perri, P. 2023. "Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis «Decreto Trasparenza»): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?" *Labor* 1: 7 sgg.
- Colaiacono, G. 2022. "Intelligenza artificiale e dignità del lavoratore: la necessità di un approccio antropocentrico." In *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di D. Buzzelli, M. Palazzo, 205 sgg. Pisa: Pisa University Press.
- Costanza, M. 2019. "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile." *Giurisprudenza Italiana*, 686 sgg.
- Cristianini, N. 2023. *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*. Bologna: Il Mulino.
- D'Aloia, A. (a cura di). 2020. *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*. Milano: Franco Angeli.
- Del Punta, R. 2018. "Un diritto per il lavoro 4.0." In *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, 225 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Faioli, M. 2023. "Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull'imbarazzante «truismo» del decreto trasparenza." *Diritto delle Relazioni Industriali* 1, 1: 45 sgg.
- Floridi, L. 2022. *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*. Milano: Raffaello Cortina.
- Garofalo, D., Tiraboschi, M. 2023. "L'impatto sulla disciplina del rapporto di lavoro del d.lgs. n. 104/2022 (emanato in attuazione della direttiva UE n. 2019/1152)." In *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, a cura di D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili, A. Trojsi, 10 sgg. Bergamo: ADAPT University Press.
- Garofalo, D., Tiraboschi, M., Fili, V., Trojsi, A. (a cura di). 2023. *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*. Bergamo: ADAPT University Press.
- Gragnoli, E. 2020. "Il rapporto di lavoro, le decisioni automatiche e i loro limiti. La regolazione di fenomeni incomprensibili." In *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D'Aloia, 461 sgg. Milano: Franco Angeli.
- Gragnoli, E. 2022. "Il potere di controllo, le risorse digitali e gli algoritmi." In *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di A. Bellavista, R. Santucci, 27 sgg. Torino: Giappichelli.
- Incutti, E. M. 2022. "Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale." In *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di D. Buzzelli, M. Palazzo, 151 sgg. Pisa: Pisa University Press.
- Magnani, M. 2022. "La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali." *Audizione presso la XI Commissione (Lavoro pubblico e privato) della Camera dei Deputati, XVIII Legislazione, esame della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, 21 aprile 2022. In *Bollettinoadapt.it*.

- Maio, V. 2018a. "Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica." *Argomenti di diritto del lavoro*, 1415 sgg.
- Maio, V. 2018b. "La perdita di chances nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni in tema di responsabilità civile." In *Argomenti di diritto del lavoro*, 101 sgg.
- Maio, V. 2019. "Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele." *Argomenti di diritto del lavoro*, 591 sgg.
- Maio, V. 2020a. "Diritto del lavoro e potenziamento umano. I dilemmi del lavoratore aumentato." *Giornale di diritto e relazioni industriali*, 513 sgg.
- Maio, V. 2020b. "Il Titolo primo dello Statuto e il principio personalista." In *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, a cura di M. Rusciano, L. Gaeta, L. Zoppoli. Quaderni della Rivista Diritti Lavori Mercati vol. 8, 165 sgg. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Maio, V. 2022. "Diritto del lavoro e metaverso. Se il lavoro non è un (video) gioco." *Labour Law Issues* 8: 42 sgg.
- Marazza, M. e D'Aversa, F. 2022. "Dialoghi sulla fattispecie dei «sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati» nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)." *Giustiziacivile.com*, 8 novembre 2022.
- Mazlish, B. 2004. *Civilization and Its Contents*. Stanford: Stanford University Press.
- Oddenino, A. 2020. "Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano." *Diritto pubblico comparato ed europeo online* 1: 203 sgg.
- Pasquale, F. 2016. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard: Harvard University Press.
- Peruzzi, M. 2023. *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*. Torino: Giappichelli.
- Pietropaolo, S. 2022. "La maschera di silicio. Un requiem per il diritto dell'era digitale." In *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di D. Buzzelli, M. Palazzo, 39 sgg. Pisa: Pisa University Press.
- Proia, G. 2022a. "Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza." *Massimario di giurisprudenza del lavoro* 3: 571 sgg.
- Proia, G. 2022b. "Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa." *Labor* 6: 641 sgg.
- Rodotà, S. 2010. *Antropologia dell'homo dignus*. Lezione tenuta il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della Laurea honoris causa dall'Università di Macerata. Open access.
- Romagnoli, U. 2018. "Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)." *Diritti Lavori Mercati* 2: 193 sgg.
- Santoro Passarelli, G. 2022. "Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders." *Labor* 1: 5 sgg.
- Schiavone, E. C. 2023. "Gli obblighi informativi in caso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati." In *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, a cura di D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili, A. Trojsi, 211 sgg. Bergamo: ADAPT University Press.
- Tullini, P. 2022. "La direttiva piattaforme e i diritti del lavoro digitale." *Labour Law Issues* 8: 52.
- Zilli, A. 2023. "La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili." *Diritto delle relazioni industriali* 1: 25 sgg.

Il 'peso' della dimensione economica nella costruzione del diritto del lavoro

Marco Marazza

1. Con il consueto equilibrio, e consegnando alla comunità scientifica pagine di indubbio spessore, Riccardo Del Punta si è occupato a lungo anche di diritti sociali e dimensione economica, della ricerca di una regolamentazione lavoristica «dentro il mercato» che potesse costituire «il miglior compromesso tra socialità ed efficienza» (Del Punta 2020, 22).

Lo ha fatto interpretando il diritto del lavoro attraverso la sua naturale propensione a indagare altri sistemi, approcci culturali e metodologici distanti, ammesso che la separazione tra insegnamenti sia ancora sostenibile o, come sembra suggerire Riccardo, tanto è più profonda la conoscenza di 'altro' tanto più è possibile comprendere il nostro sistema giuridico.

Su questo crocevia di saperi, Riccardo inserisce il suo discorso sugli orientamenti valoriali che «debbono essere rapportati, tramite l'interpretazione costituzionale e in specie le operazioni di bilanciamento tra principi in eventuale conflitto, alle concrete circostanze storiche» (Del Punta 2020, 5).

Avverte «che i valori sono soggetti a una co-evoluzione con i processi reali ai quali si rapportano», ricordando «che nel diritto del lavoro hanno preso forma in un contesto strutturale che ne giustificava una preponderante finalizzazione anti-mercato, così le profonde trasformazioni che hanno interessato quel contesto, in conseguenza della globalizzazione e delle coeve rivoluzioni tecnologiche, suggeriscono non già il superamento, bensì una rivisitazione costruttiva di quei valori» (Del Punta 2020, 22).

Marco Marazza, Catholic University of Rome, Italy, marco.marazza@unicatt.it, 0000-0002-0765-4774

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Marco Marazza, *Il 'peso' della dimensione economica nella costruzione del diritto del lavoro*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.49, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 805-814, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

E l'invito che Riccardo conseguentemente formula è di saper «cogliere il senso profondo di un processo di trasformazione già in atto nella materia, per distillarne le componenti di positività e volerle verso un orizzonte valoriale progressivamente nuovo, nel quale possano identificarsi tanto le istanze di socialità quanto quelle di efficienza, sì da dare un fondamento più solido al diritto del lavoro del XXI secolo» (Del Punta 2020, 22).

2. Ecco, in questa rilettura – e, quindi, possibile riorganizzazione – della nostra materia, è «sul peso ... da attribuire alla dimensione dell'economico nella costruzione dell'ordine sociale» (Del Punta 2020, 12) che vorrei soffermarmi, senza pretesa di completezza, per proseguire un dialogo iniziato anni fa, anche nell'ambito del gruppo Freccia Rossa.

Un dialogo rafforzatosi durante la stesura della mia Relazione Aidlass nel 2021 ove, anche seguendo le sollecitazioni di Riccardo, e confrontandomi con il suo pensiero, mi chiedevo quale fosse il contributo che il diritto del lavoro – nella prospettiva giuridica dei vincoli e delle tecniche di bilanciamento derivanti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali – è tenuto a dare per la sostenibilità del valore che le fonti primarie attribuiscono anche alle libertà economiche (Marazza 2022, 203).

La conclusione a cui ero giunto, poi affinata negli scritti successivi, è che il diritto del lavoro sia tecnicamente vincolato a garantire la convivenza delle «istanze di socialità» e di «efficienza» rendendosi, in primo luogo, adeguatamente «prevedibile» (Marazza 2022; 2023). In questo scritto non è mia intenzione tornare sul tema della prevedibilità ma, piuttosto, segnalare che a fondamento dell'efficienza può essere importante, soprattutto per il giuslavorista, mettere meglio a fuoco il senso ed il contenuto del cosiddetto «valore sociale» dell'impresa. E cioè, per dirla in altri termini, il valore costituzionale, in senso oggettivo, della libertà economica (Marazza 2022).

3. Il punto da cui occorre prendere le mosse è che per la Corte costituzionale «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri» (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, Bin 2013, 1505; Onida 2013, 4).

La Costituzione, in altri termini, non consente l'illimitata espansione di uno di quei diritti, che diverrebbe «*tiranno*» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette (Zagrebel'sky 1992, già Mengoni 1993). Piuttosto richiede un vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali. Un bilanciamento che coinvolga «tutti gli interessi costituzionali rilevanti» (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85), senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, secondo «criteri di proporzionalità e di ragionevolezza» (Cartabia 2013) la cui applicazione deve necessariamente tutelare il loro nucleo essenziale (Mengoni, Modugno, Rimoli 2003).

Inevitabilmente, anche i diritti fondamentali dei lavoratori, siano essi riconosciuti dalla Carta sul piano individuale o su quello collettivo, non vanno po-

sti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto ma, piuttosto, nel rispetto di criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, richiedono di essere bilanciati o, se si preferisce, sottoposti ad «un test di proporzionalità e di non eccessività» (Sandulli 2006) rispetto al valore che la Costituzione attribuisce (anche) all'iniziativa ed all'attività economica (art. 41 Cost.) con lo specifico obiettivo di non pregiudicarne il contenuto essenziale.

Ciò è ancora più chiaro nella prospettiva che viene delineata dalla CDFUE che, dopo aver riconosciuto il valore delle libertà economiche (art. 16 CDFUE), con l'art. 52 CDFUE – proprio assumendo che diritti e libertà vanno collocati sullo stesso piano e devono essere tra loro bilanciati – esplicita che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

4. Orbene, consapevoli che l'attività economica non può comunque svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.) (Del Punta 2020, 16), la specifica consistenza del «contenuto essenziale» della libertà economica, la cui tutela comporta il necessario adattamento degli ulteriori diritti (anche dei lavoratori) coinvolti dallo svolgimento dell'attività economica, è indubbiamente nota alla cultura giuslavoristica italiana ma, probabilmente, non ancora pienamente sistematizzata.

Senza pretesa di esaustività, ad oggi, indizi sul contenuto essenziale delle libertà economiche si possono ricavare, tra l'altro:

a) dalla giurisprudenza sui limiti esterni del diritto di sciopero, che sono ricostruiti a partire dalla necessità di tutelare, a prescindere dall'entità del danno economico che il conflitto può procurare all'imprenditore, la produttività dell'impresa intesa come «salvaguardia della integrità degli elementi materiali e strutturali dell'impresa» (Corte cost. 15 dicembre 1992, n. 317), «essendo inammissibile che lo sciopero abbia come effetto quello di compromettere la futura ripresa del lavoro» (Corte cost. 28 dicembre 1962, n. 124). Di tutelare, cioè, «la possibilità per l'imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica» (Cass. n. 711 del 1980) o, per dirla altrimenti, di assicurare la «salvaguardia delle attitudini produttive dell'impresa, che costituisce interesse generale, ma anche interesse della collettività dei lavoratori impegnati nello sciopero, perché la sua compromissione può compromettere altresì il fondamentale interesse all'occupazione» (Cass. n. 711 del 1980). Un limite che discende «dal carattere di utilità sociale da riconoscere ai mezzi di produzione» e che qualifica illecito lo sciopero che metta in pericolo l'impresa come «organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale» ledendo, in questo modo, «interessi primari costituzionalmente protetti» (Cass. n. 711 del 1980). Ancora più di recente, è stato affermato che lo sciopero incontra un limite nell'esigenza di tutelare la «salvaguardia dell'organizzazione aziendale, intesa come struttu-

ra finalizzata al conseguimento di un risultato economico nel quadro generale della produzione e del mercato» (Cass. n. 24653 del 2015);

b) dalla giurisprudenza costituzionale che, pur richiamando l'esigenza di garantire l'effettività del bilanciamento mediante la tecnica delle misure cautelari specifiche, afferma la necessità di contemperare il diritto alla tutela della salute delle persone con l'esigenza di salvaguardare la «continuità produttiva» dell'impresa, richiamata direttamente dalla sentenza del 2018 (Corte cost., 23 marzo 2018. n. 58) e, indirettamente (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85), per il tramite del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., dalla sentenza del 2013 (Pascucci 2023);

c) dalla disciplina della crisi di impresa ove, senza qui indugiare in dettagli, è facile notare che a fronte dell'insolvenza dell'imprenditore i diritti dei lavoratori sono profondamente rimodulati non solo in vista della tutela dei diritti del ceto creditorio ma anche, per quanto qui più interessa, al fine di salvaguardare la continuità dell'attività produttiva (Direttiva 2001/23/CE; art. 47, commi 4 *bis* e 5, l. 29 dicembre 1990 n. 428; art. 5, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39; all'art. 56, comma 3 *bis*, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270); e, cioè, al fine di tutelare, ad esempio incentivando e sostenendo i processi di circolazione dei patrimoni aziendali proprio tramite una forte riduzione dei diritti dei lavoratori (CGUE C-237/2022), il valore che la costituzione attribuisce all'impresa quale luogo di produzione di beni e servizi (Marazza 2022, 198; 2023b, 303);

d) dalla disciplina della contrattazione collettiva di prossimità che, se pur nel perimetro delle materie tassativamente elencate dalla legge, e nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali, legittima l'autonomia privata collettiva a disporre, anche in senso riduttivo, dei diritti dei lavoratori di fonte legale a fronte di «investimenti e avvio di nuove attività» oltre che per la «gestione di crisi aziendali e occupazionali» (art. 8, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011); ma, analogamente, anche dall'art. 2, secondo comma lett. a) del d.lgs. 81/2015 che prevede la disapplicazione di quanto prescritto al primo comma della medesima disposizione alle collaborazioni coordinate e continuative etero organizzazione per le quali, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore, gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono specifiche discipline riguardanti il trattamento economico e normativo;

e) dalla evoluzione della giurisprudenza CGUE, a partire dalle notissime sentenze Viking e Laval (Ballestrero 2008; Caruso 2008; Sciarra 2011; Giubboni 2012). Quando la Corte afferma che il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori «costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare una restrizione a una delle libertà fondamentali del trattato»¹, ma impone di verificare che quella azione sia «idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è ne-

¹ Ciò partendo dal presupposto che la restrizione della libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto «qualora persegua «un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia

cessario per conseguirlo» (punto 75, CGUE, 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking), o, per altro verso, finisce per rilevare non compatibile con gli artt. 49 CE e 3 della direttiva 96/71 «un'azione collettiva, sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale» (punto 111, CGUE, 18 dicembre 2007, C-341/05, Laval), non si deve trascurare il dato di fatto posto alla base di quelle pronunce. E cioè che il traghetto «Rosella», di proprietà della Viking, interessato dalla decisione della Società del «cambio bandiera», operava «in perdita per via della concorrenza diretta delle navi estoni in grado di assicurare il medesimo collegamento con costi salariali inferiori» (punto 9, CGUE, 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking). Mentre nel caso Laval il perpetrarsi nel tempo dell'azione collettiva, «consistente in un boicottaggio di tutti i cantieri della Laval in Svezia», ha fatto sì che «l'impresa non è più stata in condizione di svolgere le proprie attività» sul territorio svedese e che ciò aveva portato alla risoluzione del contratto di appalto e, successivamente, al fallimento della società nel giro di circa sei mesi dall'avvio dell'azione di conflitto (punto 38, CGUE, 18 dicembre 2007, C-341/05, Laval). È innegabile che la giurisprudenza della Corte di giustizia utilizzi concetti palesemente più ampi di quelli che conosciamo dalla nostra giurisprudenza interna, che attirano la nostra attenzione a partire dall'indagine relativa alle finalità dell'azione collettiva. Ciò non di meno, non molto diversamente dalla giurisprudenza interna, merita di essere valorizzato il fatto che anche queste sentenze comunitarie hanno comunque inteso salvaguardare la possibilità per l'imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica. Ond'è che la giurisprudenza comunitaria potrebbe aver individuato limiti negativi più stringenti di quanto previsto dalla Corte di Cassazione in relazione al diritto di sciopero, ma solo a condizione di non ritenere in alcun modo assimilabile il concetto di danno alla produttività con la situazione, per il vero non molto dissimile, se non proprio equivalente, come si è già detto, di un procurato rischio alla continuità dell'impresa, alla «produttività stessa dell'azienda, compromettendo, cioè, la stessa organizzazione istituzionale e di funzionalità produttiva dell'impresa» (Cass. 30 gennaio 1980, n. 711); in altri termini, come detto, il rischio di compromettere il requisito dell'economicità dell'attività;

f) dalla giurisprudenza CGUE in materia di clausole sociali (Ratti 2017) dove, a ben vedere, la tutela lavoristica predisposta dagli ordinamenti nazionali in taluni casi è stata avvertita come limite ingiustificato all'esercizio della libertà economica anche a prescindere dall'esistenza di un rischio alla continuità dell'impresa. Ed infatti, la formulazione della clausola sociale, come chiarito in più occasioni dai giudici comunitari (CGUE, 9 dicembre 2004, C-460/2002); CGUE, 14 luglio 2005, C-386/2003), deve essere resa compatibile con i principi di libera prestazione dei servizi, di concorrenza e di libertà d'impresa e si pone in contrasto con l'ordinamento eurounitario qualora: a) «svantaggia i nuovi concorrenti potenziali rispetto alle imprese già operanti e compromette

giustificata da ragioni imperative di interesse generale», punto 9, CGUE, 11 dicembre 2007, C-438/05 (Viking).

l'apertura dei mercati» (CGUE, 9 dicembre 2004, C-460/2002); b) renda «ol-tremodo difficile l'accesso ai mercati [...] di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore» (CGUE, 9 dicembre 2004, C-460/2002); c) introduca «un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraent(e)» la prestazione di servizio transfrontaliera (CGUE, 18 settembre 2014, C-549/13); d) preveda «obblighi supplementari» che possono «dissuadere le imprese con sede in un altro Stato membro dall'esercitare la loro libertà di prestazione dei servizi» (Corte CGUE, 19 giugno 2008, C-319/06). È in applicazione di tali principi, a ben vedere, che nell'ordinamento interno il livello di protezione introdotto dalle clausole sociali ha trovato il suo limite nella libertà dell'impresa subentrante nell'appalto «di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi» (Consiglio di Stato, 20 ottobre del 2020, n. 6336). Non potendo la clausola sociale esercitare un «effetto automaticamente e rigidamente escludente» (Cons. Stato, 5 maggio 2017, n. 2078), neanche, secondo quanto si è andato via via affermando, sia nella giurisprudenza del lavoro (Tribunale Velletri, Sez. lavoro, Sent., 30.04.2019), che in quella amministrativa (Consiglio di Stato, 17 gennaio 2018, n. 272), se la tutela è prevista direttamente dai contratti collettivi.

5. Se ne può ricavare che, a ben vedere, esistono diverse ricostruzioni del contenuto essenziale della libertà economica. Eppure, andando oltre il tradizionale approccio della giurisprudenza interna in materia di sciopero, va delineandosi in modo sempre più chiaro che quando è in questione l'esigenza di preservare l'integrità dell'impresa quale luogo di produzione, come «organizzazione istituzionale» (Cass., 30 gennaio 1980, n. 711; Cass., 24 novembre 2005, n. 24653), il bene che l'ordinamento vuole difendere assume una dimensione assai più ampia di quella, essenzialmente materialista, che si identifica nella mera «integrità degli impianti produttivi».

Il bene tutelato pare identificarsi, piuttosto, nella preservazione della «continuità produttiva» dell'impresa (Corte cost. 23 marzo 2018, n. 58); nella salvaguardia dell'organizzazione dinamica finalizzata «al conseguimento di un risultato economico nel quadro generale della produzione e del mercato» (Cass. n. 24653 del 2015).

Affinché l'organizzazione possa effettivamente continuare a esprimere un' idoneità a conseguire un risultato economico è necessario, in primo luogo, che il contenuto essenziale della libertà economica si identifichi nell'economicità dell'attività; nella astratta «possibilità di consentire almeno la riproduzione del capitale e, cioè» (n.d.r.: almeno, cioè salvo che non si voglia inserire nel contenuto essenziale anche il profitto) (Libertini 2019, 1255) «il pareggio costi e ricavi» (Luciani 1983, 46).

Se un'attività economica ha una sostenibilità di mercato, rispetta i vincoli di utilità sociale eventualmente posti dal legislatore per il suo svolgimento (art. 41, comma 2, prima parte), e non contrasta con i valori costituzionali della sicurezza, libertà e dignità umana (art. 41, comma 2, seconda parte), sul piano

del diritto non dovrebbe essere consentito spingere il bilanciamento degli interessi fino al punto di compromettere, in astratto, la possibilità che i ricavi parraggino almeno i costi. Ciò salvo non voler dire che quella attività economica è, per qualche ragione costituzionalmente verificata, vietata oppure scientemente sottratta al privato.

Conferme in tal senso si possono ricavare dal Codice della crisi, la cui struttura è orientata proprio a preservare o a recuperare l'economicità dell'attività economica, e con essa la continuità aziendale, e comportando evidenti rimodulazioni dei diritti dei lavoratori offre interessanti spunti di riflessione per il giuslavorista che intenda completare l'apparato argomentativo sviluppato dalla giurisprudenza (Cass. 30 gennaio 1980, n. 711) e dalla dottrina (Ghezzi, Romagnoli 1997, 220) alla definizione di contenuto essenziale della libertà economica (che, pur restando ancorato al concetto di *continuità produttiva*, si completa di ulteriori specificazioni all'esito della tipizzazione della fattispecie e degli effetti, ora anche giuslavoristici, dell'insolvenza, e dei suoi segni rilevatori. La «crisi» e, ancora prima, le «condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario»).

Perché se è vero che l'insolvenza ha ormai indotto il legislatore a riscrivere un nuovo (e speciale) statuto protettivo del lavoro, ciò indica, a ben vedere, che il limite non superabile di compressione della libertà economica (art. 41 Cost.) dovrebbe quanto meno tener conto proprio della necessità che il bilanciamento dei diritti, in sé considerato, non orienti l'impresa verso condizioni di «*squilibrio*» che possano comportarne la crisi o l'incapacità di «soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 14 del 2019). In altri termini, la specifica esigenza di tutela del valore della economicità dell'attività giustifica, dapprima, l'introduzione di uno specifico obbligo di protezione preventiva in capo all'imprenditore perché lo vincolano a preservare, e se necessario a recuperare, la continuità aziendale (art. 2086 c.c.). Poi, quando l'economicità è perduta, e occorre ripagare i creditori, ma al tempo stesso anche tentare di non disperdere definitivamente la capacità produttiva dell'organizzazione, quel medesimo valore richiede un arretramento delle tutele economiche (effetti dell'insolvenza sulla sospensione e risoluzione dei rapporti di lavoro), collettive (superamento della contrattazione collettiva applicata a fronte della insolvenza) e previdenziali (transazione del debito contributivo, se pur assistita dal principio di automaticità delle prestazioni del lavoratore (Marazza 2017, 604; 2024).

6. Per mettere ulteriormente a fuoco il valore che il riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica attribuisce – oltre il profilo della integrità degli impianti – alla economicità dell'impresa, all'impresa come «*organizzazione istituzionale*», può essere utile considerare che nell'art. 41 Cost. la libertà di iniziativa economica è considerata in una duplice dimensione, soggettiva e oggettiva.

Nella sua qualità di espressione di una libertà della persona (Oppo 1988, 44; Luciani 1983, 45), la libertà di iniziativa economica va apprezzata nel suo profilo soggettivo quale libertà dell'individuo di investire, avviare e cessare un'attività economica (Oppo 1998, 54), scegliendone, nel rispetto dei limiti esterni

posti dalla legge, contenuti, modalità, luoghi e tempi. Ma quando l'iniziativa è assunta, il valore della libertà economica deve essere colto anche nella sua proiezione oggettiva, frutto e al tempo stesso mezzo della libertà di iniziativa economica privata, di attività economica: attività di produzione, garantita nella sua dimensione almeno «*economica*» (Luciani 1983, 46), che concorre al benessere della collettività, in una prospettiva di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost), anche quale strumento di realizzazione del diritto al lavoro (art. 4 Cost.) (Persiani 2004, 34).

Quando l'iniziativa è stata liberamente assunta, l'attività che ne deriva, che principalmente si identifica nell'impresa (art. 2082 c.c.), è considerata dalla medesima norma costituzionale sia per precisarne i limiti esterni negativi, demandati alla riserva di legge (art. 41, comma 2, Cost.) (Galgano 1982, 43), che per affidare alla legge il compito di valorizzarne la funzione sociale (art. 41, comma 3, Cost.) (Luciani 1983).

Ma quando l'art. 41 Cost afferma che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale» (Bonocore 2006, 12), o che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (Luciani 1983, 156), quella disposizione non esaurisce la sua portata nel giustificare le previsioni legislative limitative dell'iniziativa economica. Al tempo stesso, infatti, delimita la possibile area di incidenza di quei limiti e, nella trama complessiva dei diritti costituzionali (artt. 41, 2 e 4 Cost.), attribuisce proprio all'attività economica, in sé considerata, un implicito valore di utilità sociale che trascende l'esercizio di una libertà individuale (Persiani 2004, 61; già Mengoni 1985, 43).

Senza qui voler entrare nel dibattito che ha attraversato la dottrina costituzionalista sulla possibilità o meno di distinguere la libertà di iniziativa economica dal suo svolgimento (Luciani 1983, 15), ciò che si vuole evidenziare è che, soprattutto dal punto di vista giuslavoristico, non è affatto indifferente considerare che nell'art. 41 Cost. possono essere distintamente considerati sia il profilo soggettivo della libertà di iniziativa economica che quello oggettivo del valore sociale dell'attività economica, e quindi dell'impresa, che da quell'iniziativa scaturisce (artt. 41, 2, e 4 Cost.)².

Ciò perché questa seconda concezione, oggettiva, che guarda all'attività economica in sé considerata, all'organizzazione come *istituzione*, all'impresa a prescindere dall'imprenditore e dal profitto, può a mio avviso contribuire a una «teoria del diritto del lavoro connessa a una teoria dell'economia» (Del Punta 2020, 31) e della società, chiarendo meglio, senza condizionamenti ideologici: a) l'importanza e le garanzie che l'ordinamento deve offrire anche alla fonte di quel valore sociale, dell'attività economica privata, e cioè all'iniziativa privata

² Scrive Mengoni, 2004, che «nell'art. 41 si trova una disposizione specifica concernente la libertà di iniziativa economica privata, interpretabile come norma di tutela, oltre che dell'efficienza organizzativa dell'impresa, anche dell'interesse alla migliore allocazione dei fattori produttivi».

ed alla sua naturale aspirazione al profitto (Libertini 2019, 17); b) il contenuto essenziale del valore che la costituzione attribuisce alle libertà economiche, onde procedere con le necessarie operazioni di bilanciamento avendone individuato il limite insopprimibile; c) lo spirito e l'inquadramento sistematico delle regolamentazioni giuslavoristiche che, anche oltre quel limite, danno corpo al bilanciamento degli interessi valorizzando anche quello dell'impresa.

In conclusione, il valore dell'utilità sociale espresso dall'art. 41, comma 2, Cost. può fungere anche da «sollecitazione dell'iniziativa» (Oppo 1988, 57), e ciò è vero soprattutto se si considera il valore in senso oggettivo della libertà economica; del resto, come afferma Riccardo, la teoria del diritto del lavoro «non può disinteressarsi, insomma, nell'interesse degli stessi lavoratori, della difesa della capacità competitiva delle imprese che restano il primo driver dello sviluppo economico e quindi dell'occupazione» (Caruso, Del Punta, Treu 2020).

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero, M.V. 2008. "Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero." *Lavoro e diritto* 2: 389-91.
- Bin, R. 2013. "Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza «Ilva»." *Giurisprudenza costituzionale*: 1505-11.
- Buonocore, V. 2006. La nozione di utilità sociale è stata riferita ai valori della solidarietà economica e della solidarietà sociale. *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli: ESI.
- Cartabia, M. *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola*. Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola.
- Caruso B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato, Il diritto del lavoro e la grande trasformazione – Valori, attori, regolazione*, a cura di. Bologna: Il Mulino.
- Caruso B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*.
- Caruso, B. 2008. "I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Viking e Laval)." *W. P. C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona"* 61.
- Galgano, F. 1982. *Commentario all'art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, 43. Bologna-Roma, Zanichelli.
- Ghezzi G., Romagnoli, U. 1997. *Il diritto sindacale*. Roma: Zanichelli.
- Del Punta, R. 2019. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato. *W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona."* IT – 395: 1-32.
- Giubboni, S. 2012. *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*. Bologna: Il Mulino.
- Libertini, M. 2019. "Sulla nozione di libertà economica." *Contratto e impresa* 4: 1255-86.
- Luciani, M. 1983. *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*. Roma, Cedam.
- Marazza, M. 2017. "Il debito contributivo nell'impresa insolvente." *Argomenti di diritto del lavoro*: 580-604.

- Marazza, M. 2022. “Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell’impresa.” XX Congresso nazionale AIDLASS, Taranto 28-30 ottobre 2021: La Tribuna, Milano: 191-245.
- Marazza M. 2022. “Diritti sociali, libertà economiche e prevedibilità nella più recente giurisprudenza della Corte cost. (125 e 183/2022) in materia di licenziamento”, www.giustiziacivile.com.
- Marazza, M. 2023a. Universo valoriale ed effetti del principio di prevedibilità nel diritto del lavoro. *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*: 177-96.
- Marazza, M. 2023b. “Amministrazione straordinari.” In *La gestione dei rapporti di lavoro nelle crisi di impresa: prima e dopo il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, a cura di Alvino I. Imberti L., Romei R., 307-330, Milano: Giuffrè.
- Marazza, M. 2024. Rapporto di lavoro (procedure concorsuali), vol. “Crisi d’impresa”, *Enc. Dir.*, Milano: Giuffrè.
- Mengoni, L.1985. *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico, Diritto e Valori*. Bologna: Il Mulino.
- Mengoni, L., Modugno, F., Rimoli, F. 2003. *Sistema e problema: saggi di teoria dei sistemi giuridici*. Torino: Giappichelli.
- Mengoni, L. 2004. “Sull’efficienza come principio giuridico.” In *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, 4173-86. Milano, Giuffrè.
- Onida, V. 2013. “Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013.” *Rivista AIC* 3: 4.
- Oppo, G. 1988. “L’iniziativa economica.” *Rivista di diritto civile*: 53 -57.
- Pascucci, P. 2013. “La salvaguardia dell’occupazione nel decreto «salva Ilva». Diritto alla salute vs diritto al lavoro?.” *Working papers di olympus*, <http://olympus.uniurb.it>.
- Persiani, M. 2000. “Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico.” *Argomenti di diritto del lavoro*: 19.
- Persiani, M. 2004. “Per una prospettiva giuslavoristica più ampia.” *Diritto del lavoro e razionalità*, ora in *Diritto del lavoro*, 34-35. Padova.
- Ratti, L. 2017. “Le clausole sociali di seconda generazione: inventario di questioni.” *Rivista giuridica del lavoro*, 469.
- Sandulli, A. 2006. *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, 4642-50. Milano: Giuffrè.
- Sciarra, S. 2011. “Il diritto di sciopero nel dialogo fra Corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval.” *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 363.
- Zagrebelsky, G. 1992. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

Riccardo Del Punta e Bruno Trentin: valori e paradigmi del diritto del lavoro in discussione¹

Giovanni Mari

1. La morte prematura e inaspettata di un amico lascia il senso di un incolmabile vuoto insieme alla percezione dolorosa del venir meno di un colloquio in corso che avrebbe potuto offrire ancora molto. In questo senso il presente testo rappresenta, per lo scrivente, il bilancio di un percorso comune, scritto per la coscienza del suo significato e per conservarne il ricordo. In questo itinerario, come vedremo, vi è anche la presenza rilevante di una terza persona: Bruno Trentin.

Ho conosciuto Riccardo agli inizi del nuovo millennio, avvicinati dalla comune passione di voler capire le trasformazioni cui il mondo del lavoro era sottoposto sotto la spinta della rivoluzione informatica e la crisi della società industriale. Riccardo aveva una naturale predisposizione al ragionamento filosofico, insieme all'amarezza di non aver potuto sviluppare come avrebbe voluto questo lato delle sue capacità. Mi ricordo ancora con precisione uno dei primi colloqui che ebbi con Riccardo, all'inizio del nuovo millennio, in cui mi confidò la sua principale preoccupazione rispetto alla dottrina: la necessità di un profondo rinnovamento dei suoi valori di riferimento e dei paradigmi teorici che la ispiravano, insieme alla difficoltà che egli rinveniva ad aprire questo tipo di discussione, sia per la sua oggettiva complessità, sia, soprattutto, per una insufficiente disposizione, allora, della cultura giuslavoristica a mettersi in discussione. Credo che la ricerca che Riccardo ha portato avanti su questo piano abbia comunque raggiunto risultati significativi.

¹ Il presente testo riprende, con alcune integrazioni e correzioni, un articolo comparso su *Lavoro Diritti Europa* 1 (2023), in occasione della scomparsa di Riccardo Del Punta.

Giovanni Mari, University of Florence, Italy, giovannischole@icloud.com, 0000-0001-6045-968X

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Giovanni Mari, *Riccardo Del Punta e Bruno Trentin: valori e paradigmi del diritto del lavoro in discussione*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.50, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 815-824, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

Nelle ultime pubblicazioni di Riccardo, che la malattia non gli ha impedito di comporre, come *Minimal remarks on the concept of work* (2021), oppure l'Introduzione a *Valori e tecniche del diritto del lavoro* (2022) – che volle pubblicare nella collana sui problemi del lavoro che coordino presso la Firenze University Press -, o il saggio di apertura dello stesso volume, *I valori del diritto del lavoro*, rinveniamo una formulazione matura della problematica che mi aveva presentato venti anni prima. Sinteticamente, il punto centrale del ragionamento è che le trasformazioni del lavoro avvenute negli ultimi decenni del Novecento hanno introdotto nella fisionomia del lavoro dipendente elementi inediti di *attività* e di *autonomia* del lavoratore che obbligano a ridescrivere la concezione del diritto quale strumento di difesa della parte più debole nel rapporto di lavoro. Si tratta per Del Punta di riconsiderare uno dei principi cui è ispirata l'azione del diritto del lavoro, senza sottovalutare la necessità di continuare a difendere la parte che nei rapporti di lavoro subordinato continua ad essere quella più debole. In altre parole occorre, da una parte, ricalibrare i valori del diritto del lavoro sulla base di una dialettica tra libertà e eterodirezione, tra autonomia e subordinazione che tenga conto della riproposizione della persona nel lavoro, in maniera da rendere più complesso e aperto alle differenze individuali il lato ispiratore del diritto senza fargli perdere la dimensione universale; e, dall'altra, di elaborare e rivedere le tecniche di intervento nella situazione di transizione in cui il lavoro e il diritto si trovano, senza rinunciare all'idea di un diritto positivo che sappia essere sensibile verso determinati, anziché altri, esiti futuri della vicenda dell'attività lavorativa e del mercato del lavoro. Si tratta di una problematica, che Del Punta condivide con altri studiosi italiani e stranieri del diritto del lavoro (rapporti su cui mi astengo totalmente di intervenire), che per essere approfondita richiede una impostazione complessiva, oltretutto alcune scelte di campo teoriche e pratiche, in grado di rendere possibile una proposta e non solo una descrizione dei problemi. Proprio nella ricerca di questa impostazione emerge l'attenzione di Riccardo verso Bruno Trentin, che avverrà, come segnalerò, con interessanti punti di contatto con le tesi di Amartya Sen e Martha Nussbaum. Ed è su questo lato della ricerca di Del Punta – che per molti versi abbiamo vissuto parallelamente – che intendo soffermarmi.

2. La prima tappa di questa comune esperienza è stata la partecipazione di Riccardo ad un convegno che nel 2003, insieme ad alcune organizzazioni, promossi come direttore della rivista «Iride» (a cui in seguito Del Punta collaborerà), sul tema «Libertà, sviluppo, lavoro». Al convegno, cui tra gli altri parteciparono Remo Bodei, Luciano Gallino, Massimo Livi Bacci, Marco Revelli, Paolo Sylos Labini, Bruno Trentin, Carlo Trigilia, Salvatore Veca, Riccardo tenne una relazione su «Diritti e libertà del lavoro: quali tutele per il lavoro che cambia» (Del Punta 2024). Si tratta di un saggio impegnativo, anche come lunghezza, su cui mi soffermo analiticamente perché contiene i principali filoni della ricerca che Del Punta svilupperà negli anni successivi. In esso l'autore, con un taglio storico-teorico, pone essenzialmente i seguenti problemi e avanza alcune proposte per la loro soluzione:

a) Il diritto del lavoro si afferma nel Novecento, nell'epoca della società industriale e del fordismo, cioè del lavoro e della produzione di massa, e si caratterizza per la creazione di un «regime di protezione – propriamente “tutoria” – dall'esterno» per il lavoro subordinato, in cui si concentra una doppia debolezza: «una debolezza economico-sociale» (il lavoratore ha di norma bisogno di lavorare [...] più di quanto l'imprenditore abbia bisogno di assumere lui») e una «debolezza di condizione giuridica» (a causa di un «contratto che conferisce a una parte un “potere di direzione” sull'attività lavorativa – ergo sulla persona – dell'altra»).

b) A partire dagli anni Ottanta inizia, saldandosi ai modelli neoliberisti, la «critica economica del diritto del lavoro», che apre «l'epoca della “flessibilità”»: «una sorta di vendetta del mercato nei confronti di una disciplina che era nata contro il mercato», la quale ora veniva, paradossalmente, accusata di essere causa di disoccupazione. Riconosciuta l'esigenza di un incremento del «tasso di flessibilità del sistema», Del Punta nota come in questa fase la «normativa lavoristica cominci lentamente a mutare il proprio DNA: da normativa di mera e «unilaterale» tutela dei diritti dei lavoratori dipendenti a normativa di governo dei rapporti economico-sociali», facendo assumere alle norme lavoristiche «funzioni collaterali di “accompagnamento” alla missione produttiva dell'impresa». A prova di questo giudizio l'autore ricorda la promulgazione dalle leggi n. 196 del 1997, n. 61 del 2000 e n. 276 del 2003. Ma si tratta di una flessibilità, nota Del Punta, introdotta senza realizzare una riforma organica, priva di «adeguati contrappesi sociali» e al prezzo di una «certa marginalizzazione del tradizionale ruolo del sindacato». In questa maniera si determina una nuova contraddizione tra efficienza economica e diritti, ovvero del «mercato vs. persona». Tuttavia l'autore afferma che la necessità, a condizioni di piena «reciprocità», di un «dialogo fecondo fra diritto del lavoro ed economia del lavoro sia oramai ineludibile». Altrettanto lo è il riconoscimento della tensione tra crescenti forme di individualizzazione del lavoro e tutele, una dialettica risolvibile sul piano di una maggiore autonomia del lavoratore a negoziare le proprie condizioni di lavoro.

c) Assai interessante è l'impostazione teorica che l'autore propone per la necessaria ridefinizione delle tutele, ormai non più pensabili secondo la tradizione giuslavoristica novecentesca. Dopo un approfondimento, culturalmente assai stimolante, delle nuove condizioni economiche; della crisi dell'idea di lavoro (a partire dagli anni ottanta «il lavoro ha continuato a “definire” l'identità sociale, soprattutto in quanto fonte di reddito, ergo di consumo, ma ha contribuito sempre meno a «fondarla»»); della messa in discussione dello stesso concetto di modernità, Del Punta, ai fini della ridefinizione delle tutele, assume il concetto di «fine del fordismo», perché «la lente del postfordismo» consente di scorgere «come la spinta verso la flessibilità non sia priva [...] di una contropartita sistemica, rappresentata da una tendenza evolutiva dei modelli organizzativi d'impresa nella direzione di una maggiore valorizzazione del ruolo del lavoratore come soggetto (attivo, consapevole, «formato») dell'organizzazione», ciò che rivela il «nesso sistemico tra postfordismo e individualismo». A partire da questa ottica, che Ricardo approfondisce anche discutendo un mio articolo che lo aveva interessato (Mari 2002), perviene a definire i termini essenziali della ridefinizione ricercata attraverso una distinzione tra tutele nel mercato del lavoro

ro e tutele nel rapporto di lavoro che sottolinea lo slittamento dei termini della questione dal *posto* di lavoro alla *persona* che lavora: «Sembra per la prima volta proporsi, da molte parti, una *riconversione generale delle tutele, che dovrebbe focalizzarsi sulla tutela del lavoratore sul mercato del lavoro, piuttosto (ma sul «piuttosto», come vedremo c'è controversia) che dentro il rapporto di lavoro (subordinato)*». La distinzione, infatti, per Del Punta non va intesa nel senso di uno «scambio» tra più tutele nel mercato e meno tutele nel rapporto di lavoro, ma piuttosto di un ridisegno del «quadro complessivo delle tutele». Una ridefinizione a cui l'autore dedica alcune importanti pagine del saggio delle quali, a mio giudizio, la parte più interessante è quella dedicata alle tutele nel rapporto di lavoro. Queste vengono pensate a partire dalla tutela del lavoro in *generale* e non solo subordinato: «L'implicazione della persona nel lavoro – in qualsiasi lavoro – comporta l'attribuzione a tutti i lavoratori di un nucleo inalienabile di *diritti fondamentali*, che discende direttamente dal loro *status di cittadini*». Rispetto a questi diritti, per l'elenco dei quali Del Punta rinvia alla Carta di Nizza (2000), il lavoro «rappresenta soltanto una condizione di particolare esposizione al rischio», di cui il lavoro subordinato costituisce la forma di maggiore esposizione. Altri criteri con cui articolare, a partire da una idea di lavoro in generale, le due tradizionali fattispecie di lavoro (autonomo e subordinato), che comunque Del Punta intende mantenere, è la «dipendenza economica», che per l'autonomo è quella dal committente, rispetto al quale occorre la «certezza» del pagamento; mentre per il subordinato occorrono «dispositivi di sostegno e assistenza all'autonomia negoziale e disposizioni relativamente al *licenziamento* che, «al di là dell'inattaccabilità (in quanto diritto «fondamentale») del principio della necessaria giustificazione», solleva il «dilemma se mantenere la vigente tutela ripristinatoria ovvero procedere verso una tutela di natura esclusivamente economica». Infine la questione delle «relazioni collettive», giacché la contrattazione collettiva risulta ancora una «risorsa cruciale», specie nella forma dei due livelli (nazionale e aziendale), come necessario appare un rinnovamento dell'azione sindacale, sia nel senso di un suo «rafforzamento istituzionale» (rappresentanza), sia «attraverso la ricerca di forme di rappresentanza nuove e più adeguate a una realtà del lavoro sempre più diversificata».

Nelle conclusioni Del Punta definisce l'orizzonte teorico della propria ricerca caratterizzandolo per una riproposizione, anche sulla scia di Amartya Sen, del valore della libertà, da intendersi come appartenente al «novero dei valori fondativi del diritto del lavoro». Quindi definizione dei diritti sulla base di un'idea in generale di lavoro, individualizzazione delle attività e rapporto tra lavoro e libertà costituiscono, nell'epoca del postfordismo e della flessibilità, il *frame* teorico da cui partire per una ridefinizione delle tutele di un «lavoratore-uomo, in carne e ossa» che vada oltre quello subordinato, inteso come una «figura quasi metaindividuale», e che «deve essere assistito nella sua legittima aspirazione a farsi – direi secondo l'insegnamento di J.S. Mill – «soggetto» della propria vita» e aspirante a attuare una «capacità di scelta» nella «sfera delle sue decisioni economiche». Quindi una libertà sostanziale che non si contrappone a quella formale, ma anzi che la presuppone e la specifica come diritto alle pari opportunità.

Il ragionamento termina con un richiamo critico alla cultura «lavoristica» novecentesca incardinata sulla centralità e dignità del lavoro e corrispondente all' «articolo 1 della nostra Costituzione». Infatti secondo Del Punta «la focalizzazione sulla libertà del lavoro ha altresì come corollario una sorta di svuotamento simbolico del lavoro», laddove i contenuti culturali svuotati sarebbero appunto quelli «lavoristici» elaborati dal movimento operaio otto-novecentesco e ruotanti attorno alle idee di una progressività sociale e quindi individuale-collettiva del lavoro. Il quale, secondo l'autore, «se riguardato dalla prospettiva della libertà e delle vite individuali» risulterà che «esso è, prima di ogni altra cosa, la fonte di produzione di un reddito, e, quindi, sostanzialmente, un'attività economica qualitativamente affine a ogni altra attività economica». Per cui è il reddito a dover essere «primariamente tutelato», e se la «tutela si focalizza sulla persona ne sarà oggetto il lavoro come mezzo e non il lavoro come fine». Quanto alla «realizzazione di sé attraverso il lavoro» si tratta di una dimensione privata, cioè «personale e esistenziale», rispetto alla quale la «società» e l'«ordinamento giuridico debbono rimanere, in linea di principio, estranei». Anche se rimangono a carico dell'«azione politico-legislativa» le «condizioni» in cui il lavoro viene prestato perché «siano (non soltanto compatibili col rispetto della persona, ma anche) le più favorevoli possibili a tale attribuzione di senso». Fermo restando che una «valorizzazione del lavoro non può assumersi come “superiore” a qualsiasi altra attribuzione di senso, piaccia o no al pur glorioso articolo 1 della nostra Costituzione».

Difficile non riconoscere a questo denso saggio del 2002 la capacità, a partire dal diritto del lavoro, di riassumere con grande chiarezza e intelligenza i principali, e tuttora attuali, problemi posti al diritto del lavoro dalla crisi del fordismo e dall'affermazione del neoliberismo, nonché di prefigurare alcune linee di ricerca per il loro approfondimento.

3. Tra il 2009 e il 2022 Del Punta si confronta più di una volta con le tesi di Bruno Trentin, la cui riflessione costituirà per lui un punto di riferimento non occasionale. Nel 2009, nella circostanza di un convegno che promossi, insieme alla Cgil toscana ed altre organizzazioni, sulla figura di Trentin dal titolo *Lavoro e libertà* (Gramolati, Mari 2010), a cui, tra gli altri, parteciparono E. Collotti, A. Pepe, F. Totaro, E. Rullani, M. Carrieri, G. Ruffolo, G. Epifani, A. Gramolati, S. Pezzotta, in cui Riccardo tenne una relazione dal titolo *Crisi del fordismo e liberazione del lavoro in Bruno Trentin*. Nel 2016, con un testo intitolato *I confronti impossibili: note su Bruno Trentin, il jobs Act e la sinistra*, compreso nel volume *Il lavoro dopo il Novecento. Da produttori ad attori sociali: «La città del lavoro di Bruno Trentin per un'«altra sinistra»* (Del Punta 2016). Infine nel 2022, con una recensione per LDE della nuova edizione di B. Trentin, *La libertà viene prima* pubblicata da FUP nel 2021². È molto interessante vedere come reagisce il quadro tracciato nel 2003 all'incontro ravvicinato con Trentin. Un confronto che

² Trentin, B. 2021.

metterei, per significato, sullo stesso piano di quello che Riccardo stabilisce in quegli anni con Amartya Sen, che qui non tratteremo.

I punti essenziali su cui Del Punta sviluppa la propria interpretazione di Trentin – dalla cui riflessione egli riconosce che si «sprigiona il magnetismo di un pensatore di razza» – sono la crisi del fordismo, la questione della democrazia industriale, la necessità della flessibilità e il rifiuto della precarietà, il rapporto tra libertà, lavoro e persona, la concezione dei diritti, della sinistra e del sindacato. In sostanza Del Punta individua in Trentin una figura impegnata in maniera originale, e con una coerenza pronta a pagare il prezzo dell'isolamento, per il rinnovamento teorico e politico della sinistra (politica e sindacale) all'indomani della crisi dei termini in cui il lavoro si era affermato nel Novecento, cioè dopo la crisi del fordismo. E quindi un alleato nella ricerca di un rinnovamento della cultura del lavoro che egli portava avanti sul piano del diritto e che Trentin sosteneva sul quello politico e sindacale. Come Riccardo riconosce più di una volta la formazione sua e quella di Trentin sono assai diverse, liberale la sua e marxista quella di Trentin, ciò che suggerisce a Del Punta una certa prudenza nell'accogliere determinati risultati della proposta di Trentin; ma anche il riconoscimento che il terreno su cui entrambi si muovono è sostanzialmente lo stesso e l'individuazione dei problemi analoga, anche se con accenti diversi nelle proposte per la loro soluzione. Ma alla fine, proprio in uno degli ultimi scritti di Riccardo, pur nelle differenze di formazione e nella prudenza dell'interpretazione, le posizioni dei due finiranno per coincidere su temi non secondari, come cercherò di rilevare nelle brevi note che seguono.

Nel testo del 2009, *Crisi del fordismo e liberazione del lavoro in Bruno Trentin*, Riccardo prende le mosse da uno dei temi centrali del saggio del 2003, la «frammentazione del mercato del lavoro», notando come questo problema «sia stato trasformato e profondamente rivitalizzato» dalla riflessione di Trentin. Che cosa intende con questo giudizio? Sinteticamente, che tale frammentazione – parte integrante della crisi del fordismo e della costruzione sociale fondata sulla forma più alienata di lavoro – pone la questione, da approfondire con lo sguardo di un' «altra sinistra» (Trentin), se in tale crisi vi sia l'occasione di un rilancio della sinistra e non solo il crollo di un mondo in cui pure la centralità del lavoro aveva ottenuto irrinunciabili conquiste di civiltà (Welfare, diritti, tutele ecc.). Un rilancio, rileva Del Punta, citando passi essenziali di *La città del lavoro*, pensabile solo non rimanendo chiusi negli obiettivi della «sinistra istituzionale», centrati sulla rincorsa salariale o sulla credenza di un oggettivo valore progressivo dello sviluppo delle forze produttive, se non sulla razionalità del fordismo. E, invece, impegnandosi a rilanciare la lotta per la «codeterminazione» (Trentin) delle condizioni di lavoro e della democrazia industriale, superando la negazione della persona del lavoro fordista e valorizzando la nuova centralità della persona che lavora. Quindi, questa l'idea di Trentin che Del Punta abbraccia, la crisi del fordismo come *occasione* e *sfida* per una nuova sinistra e per nuove pratiche di democrazia industriale che aprano ad una nuova conflittualità (partecipata) tra capitale e lavoro, evitando di cadere in una mera difesa dei traguardi ottenuti nella società industriale. Anche per quanto riguar-

da, più precisamente, il mercato del lavoro (frammentazione e precarietà) – nel quale come ricordiamo devono concentrarsi le nuove tutele della persona che lavora – la riflessione di Trentin va nella stessa direzione di Del Punta, perché prende atto, scrive Riccardo, della necessità economica di una «certa dose di flessibilità», quale «portato inevitabile, e ormai in qualche misura fisiologico, dei tempi della rivoluzione tecnologica e della globalizzazione». Anche se flessibilità non significa, ovviamente, precarietà. Si avvertono invece, anche se non del tutto esplicitate, differenze tra i due sul concetto di lavoro. Ricordiamo che Del Punta nel testo del 2003, sulla base di una netta distinzione tra la finalità del reddito e la finalità esistenziale di autorealizzazione, rifiuta ogni «lavorismo», anche quello presente nell'Art 1 della nostra Costituzione. Ebbene nel testo del 2009 egli sembra ritenere che una nuova forma di «lavorismo» (in sostanza una valorizzazione impropria del lavoro) possa rinvenirsi in Trentin, sia nella sottolineatura del nesso tra lavoro e conoscenza, sia nella tesi, fondata su tale sottolineatura, della libertà nel lavoro. Infatti in Trentin, scrive Del Punta, l'analisi dei profondi cambiamenti intervenuti nell'ambiente produttivo sono individuati a «cominciare dalla risorsa ormai fondamentale (e circa la quale le citazioni di Reich si sprecano) della *conoscenza*, oggetto di grande enfasi, come è risaputo, da parte di Trentin in connessione con la sua mitizzazione del lavoro come leva della libertà delle persone»; una libertà, aggiunge Del Punta, di cui è «lecito, beninteso, domandarsi che cosa sia» visto che si tratta di «una libertà senza liberalismo». Ma negli anni successivi, come vedremo, questo tipo di riserve non vengono sollevate.

4. Ma il testo forse più interessante, ed anche il più complesso, del dialogo tra Del Punta e Trentin è *I confronti impossibili: note su Bruno Trentin, il jobs Act e la sinistra* (2016) in cui il giuslavorista cerca di rinvenire nella riflessione del sindacalista elementi in grado di aprire ad una valutazione problematica, non semplicemente critica, della riforma del diritto e del mercato del lavoro operata dal governo Renzi. Si tratta di un testo controfattuale scritto per ricavare elementi di approfondimento attraverso un confronto tra Renzi e Trentin definito sin dal titolo «impossibile». L'autore cerca di strappare alla contingenza e allo scontro politico immediati tematiche che riflettono svolte «epocali» e richiedono la messa in campo di categorie e giudizi di tipo strategico, in grado di sottrarsi sia alla mera difesa di conquiste trascorse, sia alla loro tabula rasa. In altre parole, Del Punta si chiede quale significato acquisti la riforma governativa alla luce delle riflessioni di Trentin sulla storia della sinistra e sulla fase di trasformazioni che l'economia, il lavoro e il diritto del lavoro stanno secondo lui attraversando. È nel quadro delle analisi di Trentin, e non in quello del dibattito in corso, che Riccardo colloca la riforma governativa e cerca di trarre indicazioni per l'analisi dei problemi da una collocazione del tutto «impossibile», prima di tutto perché meramente teorica. L'operazione è utile a Del Punta anche per approfondire la valutazione delle idee di Trentin su due punti importanti, quelli relativi all'impresa e alla libertà del lavoro.

Iniziamo col confronto «impossibile». Sulle questioni in gioco la posizione di Trentin è molto chiara, e vale la pena di riportarla direttamente citando *La*

libertà viene prima. Innanzitutto sul concetto di «impiegabilità»: «di fronte al venir meno della stabilità del posto di lavoro e alla fine, per molti lavoratori, del contratto a tempo indeterminato», si può riflettere – scrive Trentin – sulla «acquisizione da parte della persona del lavoratore di una *impiegabilità* [...] *sostanziata da un investimento dell'impresa, del lavoratore e della collettività in una formazione permanente* e in una politica di riqualificazione, capace di garantire in luogo del posto fisso prima di tutto un'occasione di mobilità professionale all'interno dell'impresa» e offrire al lavoratore un «nuova sicurezza» con cui «affrontare» con «maggiore forza contrattuale, il mercato del lavoro» (Trentin 2021, 89). Poi, sulla questione della flessibilità e della precarietà, legate alla ricerca di nuove tutele e diritti del lavoro subalterno rispetto alle nuove esigenze dell'economia e dell'impresa postfordiste: secondo Trentin se, da una parte, «l'introduzione delle nuove Tecnologie dell'informatica e delle comunicazioni con i mutamenti dei rapporti fra domanda e offerta [...] impone senza alcun dubbio, come imperativo legato all'efficienza dell'impresa, un uso flessibile delle forze lavoro»; dall'altra «è bene però distinguere la *flessibilità del lavoro come ideologia* e la *flessibilità del lavoro come realtà*» (Trentin 2021, 87), ovvero la precarizzazione come strumento di sottomissione e di ricatto, e non di governo, della flessibilità.

Laddove appare evidente che l'«impiegabilità» di Trentin ha molti punti in comune con l'idea di Del Punta, che abbiamo trovato nel testo del 2003, di tutele nel mercato anziché nei rapporti di lavoro; come appare evidente che se Del Punta pensava a forme di *flexicurity*³ e invece Trentin optava per un *nuovo contratto* e un *nuovo patto sociale*, questi strumenti avevano numerosi punti in comune con i modelli di *flexicurity* avanzati in sede EU e sperimentati nelle democrazie del nord Europa.

Quindi «i confronti impossibili» di fatto aprono un piano di riflessioni assai utile tra le analisi di Trentin e un diritto del lavoro alla ricerca di nuovi valori e paradigmi, al di là dei legittimi atti governative e degli scioperi proclamati in opposizione. Nei quali comunque è in gioco un valore per Trentin intoccabile: che *non si licenzia senza giusta causa oggettiva*. Un punto dirimente tra chi sta dalla parte del lavoro e chi intende perpetuarne la sottomissione⁴.

Il testo del 2016 termina con due osservazioni critiche di Del Punta nei confronti di Trentin che a suo giudizio avrebbe mantenuto due aree di riflessione «vaghe», sull'impresa e sulla libertà.

5. L'ultimo testo di Riccardo su Trentin è l'ampia recensione scritta all'inizio del 2022 per «Lavoro Diritti Europa», 1/22, sulla la nuova edizione FUP di *La libertà viene prima*. Mi sembra di poter dire che questo testo rappresenta una

³ Su questi temi cfr. Caruso, Treu, Del Punta 2020.

⁴ «Parlo di un nuovo contratto di lavoro che garantisca il diritto [...] del mantenimento dell'occupazione per il singolo lavoratore che sia oggetto di un licenziamento senza giusta causa, qualsiasi sia la natura del rapporto di lavoro» (Trentin 2021, 55).

sorta di convergenza tra la ricerca di Del Punta e le tesi fondamentali di Trentin: «Rileggere il saggio del 2004 di Bruno Trentin su *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale* [...] è tuttora di grande stimolo per il giuslavorista [...] interessato a riflettere sulle trasformazioni dell'identità del diritto del lavoro in questo lungo periodo di transizione», e per il quale la «novità dell'approccio trentiniano [...] risiede nel fatto che la concezione dei diritti è resa compatibile [...] con una visione del lavoratore non considerato semplicemente come contraente debole da proteggere (anche se il bisogno di proteggerlo dagli abusi del dominio imprenditoriale c'è sempre), bensì come soggetto capace di iniziativa e di autonomia, ed eventualmente di creatività. Nel che il giuslavorista può rintracciare utili spunti per un rinnovamento del tradizionale paradigma del diritto del lavoro». E se teniamo conto del programma che Del Punta traccia nel 2003, proprio centrato sulla necessità per il diritto del lavoro di andare oltre, senza negarle, le mere tutele della parte più debole del contratto, è difficile sottovalutare il significato di questi riconoscimenti che egli manifesta nei confronti della riflessione di Trentin. Ed a questo proposito occorre anche aggiungere subito, perché non è affatto secondario, che in questa occasione Riccardo fa convergere la sua ricerca sull'approccio delle *capabilities* di Amartya Sen con la ricerca della libertà nel lavoro di Trentin, proprio a partire da una affermazione di questi contenuta in *La libertà viene prima* riportata per intero nella recensione: «Anche per stare meglio, credo direbbe Amartya Sen, la libertà e la conoscenza vengono per prime» (Trentin 2021, 57).

La recensione contiene anche una illustrazione positiva dei principali temi del libro come l'interpretazione della crisi del fordismo quale occasione per un rinnovato progetto della sinistra; l'analisi dei diritti (formazione, informazione, pari retribuzione a parità di lavoro, pensionamento volontario, uguali opportunità) come base per una persona attiva e solidale nel lavoro; l'idea di un lavoro più libero, creativo e capace di una partecipazione nell'impresa. Fino ad arrivare ad una condivisione dell'idea di Trentin degli «elementi di socialismo» da promuovere sulla base della crescita della persona, e non di un «modello di società», come «ciò che rimane del socialismo» dopo la fine della «classe operaia»: «Questa evocazione pragmatica di «elementi di socialismo» – scrive Del Punta – chiude il cerchio del disegno di società trentiniano, del quale conoscenza, libertà e persona rappresentano la triade di valori portanti, ciascuno dei quali presupposto degli altri. L'affermazione politica di tali valori prefigura un percorso in fondo al quale Trentin scorgeva, da visionario realistico, la possibilità di una vera rivalutazione del lavoro umano, che riscattasse la falsa partenza del Novecento, e che offrisse a ciascuna persona un orizzonte di liberazione».

Occorre notare, e forse sottolineare, come quest'ultima citazione ponga l'accento sulla capacità del lavoro, naturalmente a certe condizioni -misurabili prima di tutto in termini di libertà -, di determinare l'identità personale, andando oltre l'idea, presente nel saggio del 2004 da cui siamo partiti, che il lavoro è solo un mezzo per la soddisfazione dei bisogni, da poter svolgere nelle migliori condizioni di cittadinanza, e non una attività fondativa dell'identità. Indubbiamente un passo decisivo in direzione della concezione del lavoro di Trentin.

6. La convergenza, forte, che Del Punta stabilisce tra la propria ricerca per un rinnovamento del diritto del lavoro a partire da una nuova idea, attiva e non confinata al lavoratore subordinato (Del Punta 2021), della persona che lavora, la ricerca di Sen sulle *capabilities* e la ricerca di Trentin sulla libertà nel lavoro, ha, mi sembra, un importante significato: segna un punto cruciale in cui il diritto del lavoro incrocia la crisi del fordismo e della centralità operaia. Rimane aperta la questione da quale idea di lavoro in generale, e quindi dipendente, debba essere supportata la ricerca di tale rinnovamento, e in quale misura lo possa e lo debba, perché nel passato il diritto del lavoro ha codificato il lavoro che ha trovato. Ma appare difficile ispirarsi alla teoria delle *capabilities* o a quella della libertà nel lavoro senza affrontare anche questo problema. In ogni caso la ricomparsa della persona attiva nel lavoro dipendente coincide con la crisi del lavoro *astratto*, erogato in ore astrattamente uguali, su cui si fonda il contratto novecentesco. In altre parole non si tratta solo di rivedere e integrare il concetto di tutela elaborato per l'operaio passivo della catena di montaggio, ma di pensare anche alle tutele di un lavoro *concreto*, composto di capacità, conoscenze e responsabilità inscindibili dalla persona e che non può essere contrattualizzato come fosse ancora forza lavoro astratta.

Riferimenti bibliografici

- Caruso, B., Treu, T., Del Punta, R. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." *Lavoro Diritti Europa 2*.
- Del Punta, R. 2004. "Diritti e libertà del lavoro: quali tutele per il lavoro che cambia." In *Libertà, sviluppo, lavoro*, a cura di G. Mari. Milano: Bruno Mondadori. Ora in Del Punta, R. 2024. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte e M.L. Vallauri, vol. I, 169-200. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2016. "I confronti impossibili: note su Bruno Trentin, il Jobs Act e la sinistra." In *Il lavoro dopo il Novecento. Da produttori ad attori sociali. «La città del lavoro di Bruno Trentin per un'«altra sinistra»*, a cura di A. Gramolati e G. Mari. Firenze: Firenze University Press. Ora in Del Punta, R. 2024. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte e M.L. Vallauri, vol. 1, 513-32. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2021. "Minimal Remarks on the Concept of Work." *Labour Law Community*. Ora in Del Punta, R. 2024. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte e M.L. Vallauri, vol. 1, 724-27. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2022. "Lavoro e libertà (rileggendo «La libertà viene prima», di Bruno Trentin)." *Lavoro Diritti Europa 1*. Ora in Del Punta, R. 2024. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte e M.L. Vallauri, vol. 1, 729-36. Firenze: Firenze University Press.
- Gramolati, A., Mari, G. (a cura di). 2010. *Bruno Trentin. Lavoro, libertà, conoscenza*. Firenze: Firenze University Press. Ora in Del Punta, R. 2024. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul diritto del lavoro*, a cura di W. Chiaromonte e M.L. Vallauri, vol. 1, 373-81. Firenze: Firenze University Press.
- Mari, G. 2002. "Diritto alla libertà del lavoro." *Iride. Filosofia e discussione pubblica*, n. 36.
- Trentin, B. 2021. *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale*. Nuova edizione a cura di S. Cruciani. Firenze: Firenze University Press.

Tra dottrina e giurisprudenza: l'evoluzione dei criteri di legittimità nel licenziamento collettivo a bacino ristretto

Michele Mazzetti

1. Introduzione

La riflessione sul licenziamento – individuale e collettivo – del prof. Riccardo Del Punta è stata, nel corso delle quattro decadi della sua carriera, particolarmente feconda¹. Fra gli oltre trecentosettanta suoi scritti, Del Punta ha dedicato quasi cinquanta pubblicazioni a questo tema e a quelli ad esso limitrofi delle crisi aziendali e degli ammortizzatori sociali. Tuttavia, il punto di partenza, che ha occupato il professore sin dalla sua tesi di laurea, è stato quello dei licenziamenti collettivi, all'epoca retti dall'Accordo collettivo interconfederale del 1965. A questi ultimi egli ha dedicato quasi venti scritti. Non a caso il suo ingresso nell'ambito accademico, nel 1982, è stato caratterizzato dalla pubblicazione della nota «Crisi aziendale e licenziamenti di personale» (nota a Pretura Busto Arsizio 19.3.1982, in *GC*, 1982, 2868 sgg.), focalizzata sulle complesse dinamiche e le implicazioni giuridiche dei licenziamenti.

Fra il 1982 e il 1993, le «traiettorie di ricerca»² percorse dall'Autore l'hanno portato a esplorare le varie sfaccettature e problematiche connesse al licenziamento collettivo in numerose note, fra cui si segnala «Verso il tramonto della tesi

¹ Non potendosi qui riportare tutte le pubblicazioni dell'A. si rinvia all'elenco completo presente in Del Punta 2024.

² Si prendono qui a prestito le parole di Vallauri 2024, 441.

Michele Mazzetti, University of Florence, Italy, michele.mazzetti@unifi.it, 0000-0001-8768-8167

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Michele Mazzetti, *Tra dottrina e giurisprudenza: l'evoluzione dei criteri di legittimità nel licenziamento collettivo a bacino ristretto*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.51, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 825-840, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

dell'autonomia 'ontologica' del licenziamento collettivo?, nota a Cass. 2.9.1986 n. 5384» (in *RIDL*, 1987, 602 sgg.).

Il pensiero di Del Punta in merito ai licenziamenti collettivi assume, però, una prima compiutezza in due scritti del 1993: «Sulla fattispecie del licenziamento collettivo» (in *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, Giappichelli, 1993, a c. di Cinelli, 128 sgg.) e «I licenziamenti collettivi» (in *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, 1993, a c. di Papaleoni, Del Punta, Mariani, 241 sgg.). Quest'ultimo scritto, per stessa ammissione dell'Autore, mirava a offrire una prima disamina della disciplina entrata in vigore nel 1991, ma non poteva sciogliere una serie di problematiche che permanevano nell'applicazione della legge e discendevano dalla congiuntura economica sfavorevole del 1992.

Per sciogliere quei nodi problematici, Del Punta pubblicherà «La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico» (in *QDLRI*, 1997, 9 sgg.). Questo saggio mostrava un più marcato spirito critico e aveva lo scopo di svolgere un più approfondito bilancio della legislazione sui licenziamenti collettivi.

L'interesse per il tema non si affievolisce negli anni 2000, infatti il professore nel saggio «L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo» (in *MGL*, 2002, 566 sgg.) riflette su vari aspetti legati all'applicazione dei criteri di scelta; completando l'opera iniziata con il saggio del 1999 «I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero» (in *LD*, 1999, 403 sgg.).

L'ultimo saggio dedicato al licenziamento collettivo dal professore è quello del 2013 intitolato «Il licenziamento collettivo: problemi e questioni» (in *QL*, 2010, 5 sgg.), nel quale torna a riflettere in modo critico sulle implicazioni e le problematiche giuridiche legate a tale tema.

Questo saggio prende avvio dal pensiero di Del Punta per tentar di svolgere qualche ragionamento in merito al licenziamento collettivo cd. a bacino ristretto, adottando una prospettiva diacronica e sincronica.

2. Un fenomeno sociale complesso

Prima di potersi addentrare nell'analisi giuridica della specifica figura di licenziamento collettivo a bacino ristretto è indispensabile delinearne le dinamiche di fatto che lo fondano. Come è stato chiarito dalla Corte di cassazione, in via di prima approssimazione, il licenziamento collettivo a bacino ristretto descrive quelle situazioni in cui il datore di lavoro – motivato da specifiche esigenze tecnico-produttive o organizzative – opera una riduzione del personale impiegato in una sola unità produttiva, un solo ambito o un solo comparto aziendale pre-determinato³. Da un punto di vista fattuale, questa operazione si svolge in due

³ Sul punto si vedano in giurisprudenza: Cass., 20 Febbraio 2023, n. 5205, in *ilGiuslavorista.it*, 2023, con nota di Zappia, «Licenziamento collettivo «a bacino ristretto»: ibridazione

fasi⁴: a) individuazione dell'unità produttiva, ambito o comparto aziendale da ridimensionare e b) applicazione dei criteri di selezione per identificare e licenziare un gruppo di lavoratori impiegati all'interno della preselezionata unità⁵. È opportuno ora prendere in considerazione queste due fasi nel dettaglio analizzandole alla luce delle ricostruzioni di dottrina e giurisprudenza.

La prima fase di questo processo è rappresentata dalla predeterminazione delle unità produttive o dei segmenti aziendali soggetti al piano di ristrutturazione (Tebano 2022, 47-48). Infatti, questa figura di licenziamento presuppone un progetto di ristrutturazione qualificato dalla selettività, dove si identificano specifici segmenti produttivi soggetti a chiusura o ridimensionamento. Le ristrutturazioni localizzate possono coinvolgere reparti, sedi o unità produttive autonome, con l'obiettivo di eliminare inefficienze o concentrarsi su segmenti più redditizi. L'individuazione delle unità da ristrutturare avviene attraverso un'analisi economica aziendalistica, che consente di identificare le inefficienze direttamente imputabili a un particolare ramo dell'impresa e di applicarvi quindi un piano di riduzione del personale. Questo approccio strategico mira a preservare le aree non in crisi, conservando così la vitalità dell'azienda nel suo complesso; la giurisprudenza presenta numerosi esempi di questo tipo di ragionamento, soprattutto nel settore dei servizi⁶. È rilevante sottolineare che, in base alle indicazioni della Cassazione, il reparto a cui si applica il licenziamento deve essere effettivamente autonomo e non creato *ad hoc* per eludere la normativa vigente⁷.

La seconda fase della selezione comporta la limitazione dei criteri di comparazione a una specifica platea di riferimento, circoscrivendo l'applicazione dei criteri

del criterio della fungibilità professionale mediante il fattore geografico ed economico (nota a Cass., 20 febbraio 2023, n. 5205)», *ilGiuslavorista.it*, 2023, <https://ilgiuslavorista.it/articoli/giurisprudenza-commentata/licenziamento-collettivo-bacino-ristretto-ibridazione-del>; Tebano 2022; Del Punta 2002; 2021; Di Noia 2019; Corazza 2000.

⁴ «[S]olo ove il progetto di ristrutturazione aziendale si riferisca in modo esclusivo ad un'unità produttiva o ad uno specifico settore dell'azienda [...] la comparazione dei lavoratori, al fine di individuare quelli da avviare alla mobilità, non deve interessare necessariamente l'intera azienda, ma può essere effettuata, secondo una legittima scelta dell'imprenditore ispirata al criterio legale delle esigenze tecnico-produttive, nell'ambito della singola unità produttiva[...]» in Cass., 24 giugno 2019, n. 16834 che conferma Cass., 23 giugno 2006, n. 14612.

⁵ La selettività di questo licenziamento collettivo si manifesta nell'individuazione datoriale del bacino limitato in astratto. Non a caso nella comunicazione ex art. 4, comma 3, l. 23 luglio 1991, n. 223, il datore di lavoro indica i motivi dell'eccedenza e le ragioni tecnico-produttive e organizzative alla base del licenziamento, il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale in esubero, ma non i nomi benché – come ricorda Del Punta 2021, 747-53 – essi siano spesso già noti all'impresa.

⁶ Cass., ordinanza 3 febbraio 2023, n. 3437; Cass., ordinanza 20 febbraio 2023, n. 5205; Cass., 26 maggio 2015, n. 10843; Cass., 12 gennaio 2015, n. 203; Cass., 12 novembre 2012, n. 19644; Cass., 20 febbraio 2012 n. 2429, Cass., 15 giugno 2006 n. 13783.

⁷ Cass., 9 giugno 1993, n. 6418; questa pronuncia puntualizza anche il fatto che la scelta dei lavoratori da licenziare deve avvenire rispetto alle mansioni fungibili.

di scelta solo al bacino di profili professionali interessati dalla soppressione⁸. Dopo aver identificato l'unità da ristrutturare, il datore circoscrive l'applicazione dei criteri di scelta non all'intero organico aziendale, ma esclusivamente al bacino di profili professionali interessati dalla soppressione. Questa delimitazione si discosta dalla normativa, la quale prevede l'applicazione dei criteri di selezione sull'intero organico aziendale, come stabilito dall'articolo 5 della legge n. 223/1991 (Favaretto 2021). Tuttavia, la giurisprudenza, alla luce delle disposizioni degli articoli 4 e 24 della legge n. 223/1991, ha riconosciuto la legittimità di questa seconda delimitazione sulla scorta delle esigenze tecnico-produttive e organizzative valutate dall'imprenditore⁹. In questo contesto, la comunicazione prevista dall'articolo 4 assume un'importanza significativa in quanto consente al datore di lavoro di anticipare la delimitazione del licenziamento collettivo, indicando le motivazioni sottostanti. Ciò è importante per garantire un confronto effettivo con le organizzazioni sindacali destinatarie della comunicazione, pur residuando in capo al datore di lavoro il potere ablativo del rapporto¹⁰.

Inoltre, la Corte suprema si è pronunciata sul rapporto tra l'ambito comunicato e l'ampiezza della procedura comparativa, intesa come la determinazione dell'ambito di confronto e di selezione dei singoli posti di lavoro. (Favaretto 2021, 253). Tale questione emerge dal combinato fra le disposizioni legislative che creano una dicotomia tra le motivazioni (esigenze tecniche e produttive e quelle organizzative) e la decisione del datore di lavoro riguardo alla dimensione ottimale dell'impresa dal punto di vista organizzativo e produttivo¹¹. Essa è risolta dalla giurisprudenza stabilendo che, poiché la riduzione del personale discende dalla scelta dell'imprenditore sulla dimensione ottimale dell'impresa per il suo risanamento, tale scelta non può essere trascurata quando si determina il numero di lavoratori da selezionare ai fini del licenziamento¹². Tuttavia, per ridurre al minimo il rischio di discriminazioni nei confronti dei singoli lavoratori, la stessa decisione sottolinea la necessità di considerare anche la dimensione complessiva dell'azienda (Focareta 1992, 349).

In sintesi, il licenziamento collettivo a bacino ristretto emerge come una complessa operazione che si basa su una precisa delimitazione delle unità produttive e dei profili professionali coinvolti. Questa forma di recesso rappresenta una risposta alle esigenze tecnico-produttive e organizzative dell'impresa; tuttavia, solleva interrogativi sulla sua coerenza con la normativa vigente. La giurisprudenza ha cercato di fornire orientamenti in merito, riconoscendo la legittimi-

⁸ Come ricorda Tebano 2022, 548, il datore di lavoro, selezionata l'unità da ristrutturare, circoscrive «l'applicazione dei criteri di scelta non all'intero organico, ma soltanto al bacino di profili professionali impiegati nella porzione di organizzazione oggetto della soppressione».

⁹ Vincieri 2004, 847; Cass., 26 settembre 200, n. 12711; Cass., 24 gennaio 2002, n. 809.

¹⁰ In giurisprudenza cfr. Cass., 11 dicembre 2019, n. 32387; Del Punta 1997, 17; D'Antona 1993, 2031.

¹¹ Sunna 2007; Borzaga 2012; Favaretto 2021, 253.

¹² Cass., 24 gennaio 2002, n. 809, in *RIDL*, 2002, 909 sgg., con nota di Diamanti.

tà di questa pratica purché rispetti i principi di autonomia e non elusione delle norme, di cui si avrà modo di trattare di seguito.

3. Il ruolo del controllo sindacale nella restrizione della platea dei lavoratori da licenziare

Prima di esaminare le recenti interpretazioni giurisprudenziali sui parametri di legittimità, è essenziale affrontare il ruolo cruciale del sindacato nella determinazione del gruppo di lavoratori soggetti alla selezione. Come evidenziato dalla Corte di cassazione nel suo pronunciamento del 17 gennaio 2022, n. 1242, la procedura di licenziamento collettivo può essere limitata a specifiche unità produttive o sedi aziendali, delimitando così la platea dei dipendenti interessati¹³. Tuttavia, tale delimitazione deve essere supportata dalle ragioni indicate dall'azienda nella comunicazione di avvio della procedura *ex* articolo 4, comma 3 della legge n. 223/1991. Secondo la Corte, la comunicazione deve specificare chiaramente le ragioni che determinano l'eccesso di personale e le unità lavorative coinvolte, così come il motivo che giustifica la limitazione della scelta a un ambito più ristretto¹⁴. In questo stretto margine si situa la legittimità della restrizione del bacino perché esiste un consolidato orientamento che evidenzia l'incompatibilità tra la delimitazione dei criteri di selezione e la necessità di una ristrutturazione completa o di un rilancio globale dell'impresa, così come una descrizione generica della situazione aziendale senza specifiche sulle sedi o le unità produttive coinvolte¹⁵.

Un ulteriore tassello nel quadro della riflessione dottrinale sul ruolo sindacale nel licenziamento collettivo a bacino ristretto emerge con riferimento alle informazioni che la comunicazione *ex* articolo 4, comma 3 della legge n. 223/1991 deve fornire ai rappresentanti dei lavoratori¹⁶. Tale disposizione, infatti, prevede che siano fornite «informazioni tutt'altro che neutre rispetto all'ambito di riferimento entro cui scegliere i lavoratori» (Tebano 2022, 553). In special modo il datore di lavoro deve indicare: i motivi che determinano la situazione di eccedenza; i motivi tecnici, organizzativi e produttivi, per i quali si ritiene di dover procedere al licenziamento collettivo; il numero, la collocazione aziendale e i

¹³ Cass. 17 gennaio 2022, n. 1242, in *ADL*, 2022, 3, 597, con nota di Pareo.

¹⁴ Nel caso specifico esaminato dalla Corte, nonostante l'azienda avesse delimitato la platea dei lavoratori, indicando le ragioni di rinnovamento delle strategie aziendali, i giudici avevano ritenuto tale delimitazione illegittima. Questo perché le ragioni indicate nella comunicazione erano di carattere generale e non specificamente riferibili alle singole sedi. Quindi sarebbe stato necessario coinvolgere l'intero organico aziendale nella procedura. Di conseguenza, la Corte stabiliva che tale vizio non costituisse una mera violazione procedurale, ma una violazione sostanziale che comportava l'applicazione dell'art. 18, 4° comma St. Lav. e la tutela reintegratoria dei lavoratori colpiti dal licenziamento illegittimo.

¹⁵ In giurisprudenza cfr. Cass. 17 gennaio 2022, n. 1242; Cass. 6 maggio 2021, n. 12040; Cass. 12 settembre 2018, n. 22178; Cass. 9 Marzo 2015, n. 4678; in dottrina si veda Tebano 2022, 552-53.

¹⁶ Focareta 1992, 339; D'Antona 1992; Del Punta 2018, 35.

profili professionali del personale eccedente nonché del personale abitualmente impiegato; i tempi di attuazione del programma di riduzione del personale; le misure programmate per fronteggiare la conseguenza sul piano sociale della attuazione del programma. Quest'onere rafforzato di comunicazione ha il fine di consentire al sindacato di partecipare attivamente alla gestione della crisi e di controllare la prevista riduzione del personale, garantendo al contempo trasparenza nel processo decisionale¹⁷.

Per coniugare questo onere di comunicazione con la restrizione del gruppo di dipendenti soggetti alla selezione nella già citata sentenza della Cassazione n. 1242 del 17 gennaio 2022 si è chiarito che la restrizione del bacino intanto è legittima, in quanto nella comunicazione iniziale siano evidenziate chiaramente le ragioni tecniche e organizzative alla base del progetto di ristrutturazione aziendale, e quindi della restrizione¹⁸. In altri termini, la delimitazione della platea dei lavoratori soggetti a licenziamento «è condizionata agli elementi acquisiti in sede di esame congiunto, onde consentire alle organizzazioni sindacali di verificare il nesso fra ragioni che determinano l'eccedenza di personale e le unità lavorative da espellere»¹⁹.

In questo quadro la giurisprudenza ha valorizzato un elemento specifico dell'onere di motivazione: la giustificazione circa l'impossibilità di occupare i lavoratori in altre sedi. In altri termini, nella comunicazione deve emergere in modo chiaro perché il licenziamento è necessario e non è possibile, non già una qualunque soluzione conservativa dell'occupazione, ma specificamente il trasferimento in altre sedi. Nel ragionamento della Cassazione, per poter ridurre la platea dei lavoratori da licenziare è fondamentale una «specificazione delle ragioni ostative al trasferimento presso altre unità produttive e non di qualsivoglia ragione ostantiva di misure alternative» (Tebano 2022, 554). In questo senso la giurisprudenza opera una graduazione della portata della comunicazione di cui all'articolo 4, comma 3 della legge n. 223/1991 selezionando quelli che sono gli elementi a cui dare maggior risalto perché maggiormente idonei a tutelare, bilanciandoli, gli interessi dei soggetti coinvolti²⁰.

Rimane logicamente e anche cronologicamente (almeno per quanto concerne la logica della legge n. 223/1991) da trattare un ultimo aspetto della giu-

¹⁷ Come sottolinea Focareta 1992, 339, questa scelta della L. n. 223/1991 è innovativa rispetto a quanto previsto dall'Accordo interconfederale sul licenziamento collettivo del 1965 il cui art. 1 prevedeva che oltre motivi e alla data di attuazione dei licenziamenti fosse indicata soltanto l'entità numerica dei lavoratori interessati. Il legislatore del 1991 ha scelto invece di ampliare l'oggetto della comunicazione datoriale al fine di rafforzare il dialogo fra le parti e il ruolo di controllo delle organizzazioni sindacali.

¹⁸ Fra le molte sentenze conformi si veda Cass. 17 gennaio 2020, n. 981; Cass. 30 maggio 2019, n. 14800, Cass. 11 dicembre 2019, n. 32387; Cass. 11 dicembre 2012, n. 22655; Cass. 16 gennaio 2013, n. 880.

¹⁹ Cfr. nota 25 in Tebano 2022, 554.

²⁰ Si richiama sul punto quanto stabilito in Cass. 27 gennaio 2022, n. 2390; Cass. 17 gennaio 2022, n. 1242; Cass. 22 febbraio 2019, n. 5373; Cass. 19 settembre 2018, n. 22178; Cass. 7 luglio 2015, n. 13953; Cass. 9 marzo 2015, n. 4678; Cass. 11 dicembre 2014, n. 26104.

risprudenza in materia di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, quello dell'esito della consultazione sindacale e del contenuto dell'accordo raggiunto. Il legislatore della legge n. 223/1991, nell'intento di valorizzare il ruolo del controllo sindacale nella procedura di licenziamento collettivo, ha previsto che le parti possano accordarsi a conclusione della consultazione decidendo insieme un piano di ristrutturazione e le misure di mitigazione dell'impatto sociale (Del Punta 2021, 753-56). Questo procedimento ha quindi una funzione specifica e razionale, ma trova un limite nel caso di licenziamento collettivo a bacino ristretto; come specificato dalla Cassazione nella sua pronuncia del 7 gennaio 2020, n. 118, l'accordo sindacale non può basarsi esclusivamente sull'appartenenza del lavoratore al reparto in questione, ma deve rispettare requisiti di obiettività e razionalità, poiché adempie a una funzione regolamentare delegata dalla legge²¹.

In sintesi, la giurisprudenza riflette un'evoluzione verso una maggiore chiarezza e completezza delle informazioni nella comunicazione iniziale dei licenziamenti collettivi, nonché un ruolo importante dell'autonomia collettiva nel processo decisionale, pur nel rispetto dei requisiti legali e dell'equità nei confronti dei dipendenti interessati.

4. Legittimità e illegittimità del licenziamento collettivo a bacino ristretto: fra giudizio di 'coerenza' e giudizio di 'motivazione adeguata'

Il licenziamento collettivo a bacino ristretto ha, sin da principio, stimolato in dottrina e giurisprudenza riflessioni circa la sua legittimità e conformità alla normativa nazionale, la prevenzione di comportamenti abusivi datoriali e l'impatto sociale delle decisioni datoriali.

La giurisprudenza ha concluso in tempi rapidi a favore della legittimità di questa tipologia di licenziamento collettivo; emblematicamente nella pronuncia della Corte di cassazione del 26 settembre 2000, n. 12711 i giudici avevano, quindi, potuto affermare che «[c]ostituisce affermazione giurisprudenziale consolidata quella per la quale, qualora il progetto di ristrutturazione si riferisca in modo esclusivo ad una unità operativa o ad uno specifico settore dell'azienda, la comparazione dei lavoratori, al fine di individuare quelli da avviare alla mobilità, non deve necessariamente interessare l'intera azienda (a parità di valenze professionali), ma può avvenire secondo una legittima scelta dell'imprenditore, ispirata al criterio legale delle 'esigenze tecnico produttive' nell'ambito dell'unità produttiva ovvero del settore interessato dalla ristrutturazione»²².

Il vero fulcro della riflessione dei giuristi si è quindi orientato nella identificazione dei confini entro cui la scelta datoriale potesse legittimamente espli-

²¹ Sul punto si rinvia a Cass. 7 gennaio 2020, n. 118; Cass. 10 dicembre 2018, n. 311872; Cass. 5 settembre 2018, n. 21670; Cass. 12 gennaio 2015, n. 203.

²² Cass. 26 settembre 2000, n. 12711.

carsi. La ragione di tale attenzione è stata espressa in modo chiaro da Tebano che ha sottolineato come sia facile intuire che la limitazione della selezione dei lavoratori influisce sull'applicazione pratica dei criteri di scelta, alterando in parte la loro logica astratta e impersonale, fino a farla assomigliare o coincidere con l'approccio squisitamente aziendalistico che caratterizza la natura selettiva della ristrutturazione localizzata (Tebano 2022, 549). D'altronde, Montuschi e Del Punta avevano sottolineato l'impatto del licenziamento a bacino ristretto sull'applicazione dei criteri di scelta (Montuschi 1991, 425; Del Punta 2021, 747-51 e 756-58). Questi ultimi sono tesi ad evitare che il datore di lavoro applichi in modo arbitrario e incontrollabile il suo diritto di recesso, hanno quindi una funzione fondamentale di garanzia. La restrizione della platea del licenziamento produce, però, una tensione nel sistema dal momento che la restrizione della platea dei lavoratori rischia di ampliare la possibilità dell'imprenditore di rimuovere i lavoratori dei quali ha intenzione di 'liberarsi' perché scomodi, poco produttivi o astensionisti²³.

In senso contrario a Montuschi e Del Punta – ed è opportuno riportarne la posizione – si era espresso Ventura secondo il quale se è vero che «l'ampliamento dell'ambito comporta, in linea teorica, una più incisiva applicazione del principio di solidarietà sociale [...] è altrettanto vero che l'allargamento del numero dei lavoratori tra i quali deve essere operata la scelta rende ancora più difficile la comparazione e quindi [...] finisce per favorire l'esercizio di un potere discrezionale da parte del datore di lavoro»²⁴. Quest'ultima posizione mette in luce i rischi di una selezione su un campione ampio, tuttavia ciò non esclude che la medesima dinamica si possa avere sul di un bacino ristretto, che anzi si presta, nella medesima maniera, ad un esercizio discrezionale del potere di risoluzione.

Il profilo del rischio dell'arbitrio è quindi centrale nella riflessione dottrinale e lo è a maggior ragione nel caso di licenziamento a bacino ristretto in cui vi

²³ In particolare, Montuschi 1991, 425; Del Punta 2021, 745-47 e 756, sottolineano il rischio, emerso anche in giurisprudenza, che la limitazione della scelta solo a determinate parti dell'azienda e solo a determinati dipendenti risulti in un comportamento datoriale atto a indirizzare i licenziamenti verso i dipendenti meno graditi, compromettendo così il principio di selezione astratta e impersonale previsto dalla legge n. 223/1991. Infatti, il legislatore del 1991 ha già bilanciato gli interessi dell'imprenditore – a riorganizzare la struttura aziendale (in ossequio all'articolo 41 della Costituzione) – con quelli dei lavoratori – alla protezione del proprio posto di lavoro e al controllo sulla selezione dei dipendenti da licenziare (discendenti dall'articolo 4 della Costituzione) –. Inoltre, va sottolineato che in questo bilanciamento il legislatore ha altresì tenuto conto degli interessi pubblici a mitigare l'impatto sociale delle decisioni aziendali e a evitare l'elusione delle normative sul licenziamento individuale. Per una sintesi degli interessi delle parti coinvolte si rinvia, in dottrina, a Del Punta 1997, 17 sgg.; 2021, 731-32. Per la giurisprudenza circa la tutela degli interessi dei lavoratori si rinvia a Cass., 31 luglio 2013 n. 18366, in *LG*, 2013, 1041; Cass., 15 ottobre 2002, n. 14616, in *D&L*, 2003, 155. Circa la presenza di interessi pubblici in materia di licenziamento collettivo si veda Cass., 2 settembre 2003, n. 12781, in *LG*, 2004, 121, con commento di Mannacio.

²⁴ Ventura, *Licenziamenti. (II) Licenziamenti collettivi*, in *EGT*, XIX, 28.

è la già citata doppia selezione: del bacino sui cui far gravare il licenziamento e dei lavoratori da licenziare. La prima delle due selezioni viene dunque ancorata dalla dottrina, all'articolo 5, comma 1, legge n. 223/1991 ed in special modo al doppio indice delle esigenze tecnico produttive ed organizzative, come fa Del Punta; ovvero all'articolo 24, legge n. 223/1991 che richiama l'articolazione del complesso aziendale in unità produttive geograficamente localizzate, come fa Vincieri²⁵.

Specificamente, Del Punta sottolineava che «[l']individuazione dell'ambito di applicazione è l'antecedente logico della scelta vera e propria» (Del Punta 2002, 567) e quindi quando il datore determina l'ambito di una selezione, già svolge una selezione, poiché sceglie di escludere dalla successiva valutazione comparativa un gruppo di lavoratori. Nel pensiero di Del Punta è chiaro che questo «antecedente logico» sia richiesto dalla norma, perché solo in una doppia selezione può operare questa forma di licenziamento collettivo. Inoltre, il professore sottolinea che la predeterminazione del bacino di licenziandi, sebbene sia appannaggio di una scelta unilaterale datoriale, non è arbitraria perché si deve basare sui criteri delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative. La seconda scelta, come previsto dalla legge n. 223/1991, sarà invece frutto dell'accordo sindacale fra datore di lavoro e rappresentanti sindacali e, solo in via residuale, operata in base ai criteri di legge (Punta 2002, 567).

Sulla legittimità delle due citate scelte datoriali s'è sviluppato un dibattito in ambito giurisprudenziale. Infatti, una volta ritenuto ammissibile per via interpretativa il licenziamento collettivo a bacino ristretto, è emersa la necessità di tutelare gli interessi dei lavoratori²⁶, nonché vagliare la legittimità delle scelte datoriali ablative dei rapporti di lavoro. Sulla scorta del modo di declinare il vaglio di legittimità si possono individuare due fasi: una restrittiva o della 'coerenza' e una espansiva o della 'motivazione adeguata'.

La prima fase si colloca prima del 2000 – con decisioni che però giungono fino al 2008 – ed è restrittiva nella misura in cui la Suprema corte limitava il proprio giudizio alla mera verifica della coerenza tra le esigenze aziendali e la restrizione della platea dei lavoratori da licenziare. Tale impostazione comportava la sovrapposizione tendenziale dei due momenti valutativi ed era ancora-

²⁵ Del Punta 2002, 567; Cass., 9 settembre 2003, n. 13182, *RIDL*, 2004, II, 847 nota Vincieri 2004. Sul punto è opportuno richiamare anche la nota 16 di Tebano 2022, 550-51 in cui si richiama Nuzzo 2022 sottolineando che «Un espresso richiamo alla chiusura di una sede, di uno stabilimento, di una filiale, o di un ufficio o reparto autonomo situato nel territorio nazionale si rinviene anche nella recente norma anti-delocalizzazioni (di cui alla legge numero 234 del 2021, come modificata dal decreto aiuti-*ter*) che tuttavia non pare rappresentare di per sé un solido appiglio normativo nell'ottica del licenziamento a bacino ristretto, sia in quanto attiene soltanto all'ipotesi di dimissione del sito produttivo, sia in quanto postula la presa d'atto di possibili reazioni localizzate, con una proceduralizzazione della scelta imprenditoriale, senza alcun riflesso giuridico sull'applicazione di criteri di scelta in una prospettiva endocontrattuale».

²⁶ Per la giurisprudenza circa la tutela degli interessi dei lavoratori si rinvia a Cass., 31 luglio 2013 n. 18366, in *LG*, 2013, 1041; Cass., 15 ottobre 2002, n. 14616, in *D&L*, 2003, 155.

ta ad una lettura dell'articolo 5 della legge n. 223/1991 che comportava che i licenziamenti fossero considerati automaticamente legittimi poiché l'esame si concentrava solo sulla coerenza tra il piano di ristrutturazione e la selezione dei dipendenti da licenziare²⁷.

La Suprema corte ha mutato la propria interpretazione a partire dalle sentenze del 2002, nn. 809 e 4736. Queste decisioni si discostano dall'impostazione restrittiva, dal momento che assumono la necessità da parte del giudice di operare un'approfondita verifica delle circostanze e dei motivi sottostanti alla decisione datoriale ablatoria del rapporto di lavoro²⁸. In effetti, nei primi anni 2000 la giurisprudenza ha rilevato una grave lacuna nella logica del licenziamento collettivo a bacino ristretto, che rischiava di annullare, nella pratica, i criteri di selezione e il bilanciamento degli interessi stabilito dal legislatore²⁹. Per arginare questo rischio la Cassazione ha iniziato a mutare la propria interpretazione del licenziamento a bacino ristretto stabilendo che fosse necessario in primo luogo verificare che le informazioni sulla posizione del personale, comunicate ai sensi dell'articolo 4, corrispondessero alla predefinizione dell'area di selezione, e quindi dimostrare le ragioni aggiuntive di natura tecnico-produttiva e organizzativa che motivano la restrizione della selezione. Sulla scorta di questo orientamento, la Cassazione ha concluso che ogni limitazione dell'area di selezione deve essere sottoposta ad attento scrutinio giudiziario per accertare se siano realmente presenti le necessità tecniche e organizzative che giustificano tale restrizione³⁰.

Da ciò discende che l'attuale giurisprudenza ha superato l'impostazione tradizionale restrittiva fondata su un giudizio di 'coerenza', transitando ad una valutazione che pone l'accento sul tema della 'motivazione adeguata'.

5. Segue: la natura delle prestazioni lavorative

Alla luce di quanto precede, appare evidente l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in merito allo scrutinio di legittimità del licenziamento collettivo a bacino ristretto. In questa evoluzione hanno giocato un ruolo significativo an-

²⁷ Cfr. Cass., 23 maggio 2008, n. 13381 e Cass., 29 dicembre 1998, n. 12879. In queste pronunce, la Corte di Cassazione afferma che, per quanto riguarda la determinazione dell'ambito di applicazione dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale e l'individuazione dei dipendenti da licenziare, è necessario considerare tutti i dipendenti dell'azienda, a meno che questa non sia suddivisa in singole unità produttive. In tal caso, la valutazione comparativa dei dipendenti, per quanto riguarda la scelta delle persone da licenziare, deve essere effettuata in relazione ai lavoratori delle singole unità produttive coinvolte nella riduzione.

²⁸ Fra le altre si veda Cass., 16 febbraio 2012, n. 2255; Cass., 2 dicembre 2009, n. 255353; Cass., 3 novembre 2008, n. 26376; Cass., 23 giugno 2006, n. 14612; Cass., 3 aprile 2002, n. 4736, Cass., 24 gennaio 2002, n. 809; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1198.

²⁹ Il rischio è ben evidenziato da Cass., 4 novembre 1997, n. 10832. Per la dottrina si rimanda a Del Punta 2002, 567.

³⁰ Cass., 3 aprile 2002, n. 4736, Cass., 24 gennaio 2002, n. 809; mentre per i profili dottrinali si veda Tebano 2022, 552.

che i criteri per determinare la legittimità della decisione datoriale. Fra di essi, un ruolo chiave lo ha avuto il criterio della natura delle prestazioni lavorative, ossia se esse fossero o meno fungibili.

La giurisprudenza recente ha risemantizzato il concetto di fungibilità, ossia la possibilità di sostituire prestazioni lavorative e lavoratori. Da un confronto tra le decisioni più recenti della Cassazione e quelle più risalenti emerge che i criteri di legittimità nella selezione dei lavoratori nei licenziamenti collettivi hanno subito un mutamento significativo. In passato, non era considerato legittimo applicare un licenziamento collettivo a bacino ristretto a lavoratori con mansioni fungibili, mentre nella giurisprudenza attuale (cfr. caso *Almaviva*) questo è diventato fattibile attraverso una valorizzazione di considerazioni economiche e di costi-benefici per l'impresa³¹. Questo aspetto è rilevante poiché la distinzione tra lavoratori con mansioni fungibili e non fungibili ha rivestito un ruolo cruciale nella valutazione della legittimità delle restrizioni nel processo di selezione dei lavoratori.

Il mutamento giurisprudenziale recente si innesta sulla giurisprudenza precedente. Le letture risalenti non sono state totalmente sconfessate, ma arricchite di nuovi elementi. Le pronunce chiave della prima fase risalgono al 2006, infatti la Suprema corte nelle decisioni nn. 13783 e 14612 aveva delineato il quadro generale del criterio di fungibilità arricchendolo di ulteriori sfumature fondamentali³². Nella prima sentenza, alla luce del principio di correttezza e buona fede, la Corte aveva stabilito che il datore di lavoro che effettuava un licenziamento collettivo non poteva limitare la selezione dei lavoratori da mettere in mobilità ai dipendenti di un solo reparto, se altri dipendenti con esperienza e competenze potevano occupare tali posizioni in altri reparti³³. La Corte aveva sottolineato, infatti, che la scelta dei lavoratori da mettere in mobilità dovesse essere equilibrata e coinvolgere un numero più ampio di dipendenti per garantire un trattamento equo. Nella seconda pronuncia, la Suprema corte aveva stabilito un diverso principio di diritto, fondato questa volta sulla distribuzione dell'onere probatorio³⁴. La Corte aveva affermato che, in caso di contestazione sulla selezione applicata, spettava al datore di lavoro provare i fatti che giustificavano la limitazione della scelta ad una parte dell'azienda. In mancanza di tale prova, la limitazione della selezione restava illegittima.

In linea con queste decisioni degli inizi degli anni 2000, la Corte suprema aveva sottolineato successivamente l'illegittimità nel selezionare i lavoratori

³¹ Cass., 28 febbraio 2022, n. 6499; Cass., 24 novembre 2022, n. 36451; Cass., 17 gennaio 2022, n. 1242; Cass., 27 gennaio 2022, n. 2390.

³² Cass., 15 giugno 2006, n. 13783; Cass., 23 giugno 2006, n. 14612.

³³ Anche Cass., 28 ottobre 2009, n. 22824 e n. 22825 e Cass., 12 gennaio 2015 n. 203, enfatizzano l'importanza delle clausole generali, riprendendo il concetto di identità professionale tra lavoratori di diversi reparti. La Corte, basandosi su dati emersi durante l'istruttoria, evidenzia la prassi di intercambiabilità tra i lavoratori come prova della non correttezza della delimitazione del bacino di comparazione.

³⁴ Cass., 23 giugno 2006, n. 14612.

esclusivamente in base al fatto che fossero impiegati nel reparto operativo soggetto a riduzione o soppressione, senza considerare se possedessero competenze equivalenti a quelle dei dipendenti di altri settori aziendali³⁵. Inoltre, aveva confermato l'onere della prova dei lavoratori di dimostrare la loro capacità di svolgere mansioni diverse e fungibili, mentre del datore di lavoro di giustificare la limitazione della scelta del bacino ristretto e di dimostrare che i lavoratori non potessero svolgere mansioni simili a quelle dei colleghi di altri reparti³⁶.

Queste pronunce, pur riconducendosi a precedenti decisioni sull'onere della prova e sui criteri di selezione, introducono una presunzione di illegittimità della delimitazione del bacino di comparazione, ponendo sul datore di lavoro l'onere di fugare ogni dubbio in sede contenziosa. Tale onere probatorio rafforza lo statuto del licenziamento a bacino ristretto e facilita la valutazione del grado di intercambiabilità dei lavoratori (Tebano 2022, 556).

Tuttavia, la giurisprudenza più recente sembra introdurre nuovi elementi nella valutazione della legittimità delle restrizioni di bacino. Oltre alla fungibilità professionale, viene considerato anche il parametro economico come fattore aggiuntivo nella valutazione della legittimità delle comparazioni ristrette. Le sentenze nei casi *Almaviva* ed *Ericsson*³⁷ evidenziano un cambio di passo nella interpretazione del concetto di fungibilità che viene esteso oltre il perimetro precedentemente accettato. Infatti, nel giudizio sulla fungibilità dei lavoratori la Suprema corte ha incluso anche una valutazione circa i costi derivanti dalla formazione del personale e dalla comparazione estesa.

Come notava già Tebano (2022, 556-57), il fatto che la Cassazione inserisca valutazioni economiche nel contesto di un giudizio di legittimità e specialmente nel caso di mansioni fungibili è un'innovazione non da poco rispetto alla giurisprudenza pregressa. Come si è esposto poco sopra, l'interpretazione precedente aveva radicalmente escluso che in caso di prestazioni fungibili si potesse avere un licenziamento a bacino ristretto legittimo³⁸.

In particolare, il caso *Almaviva*, concernente il licenziamento collettivo a bacino ristretto del personale di un call center *inbound*, è peculiare in quanto il licenziamento è ritenuto legittimo perché sono qualificate come infungibili le professionalità dei lavoratori non tanto considerate per il tipo di mansione svolta, ma in virtù dei costi di formazione e comparazione estesa. Il ragionamento

³⁵ Cass., 03 maggio 2011, n. 9711; Cass., 20 marzo 2013, n. 6959; Cass., 17 marzo 2014, n. 6112; Cass., 12 gennaio 2015 n. 203; Cass., 16 ottobre 2015, n. 21015; Cass. 16 dicembre 2020, n. 28816.

³⁶ Cass., 12 gennaio 2015 n. 203; Cass., agosto 2017, n. 19105; Cass., 08 giugno 2021, n. 15953; Cass., 17 novembre 2022, n. 33889.

³⁷ Cass., 28 febbraio 2022, n. 6499; Cass., 24 novembre 2021, n. 36451 (caso *Almaviva*); Cass., 17 gennaio 2022, n. 1242; Cass., 27 gennaio 2022, n. 2390 (caso *Ericson*).

³⁸ Sul punto basi richiamare le note: Cass., 24 gennaio 2002, n. 809, in *RIDL*, 2002, 909 sgg., con nota di Diamanti 2002; Cass., 3 novembre 2006, n. 26376, in *MGL*, 2009, con nota di Battista; Cass., 11 luglio 2013, n. 17177, in *MGL*, 2014, 3, 122, con nota di Pisani. In dottrina si rinvia, inoltre, a Venditti 2012, 145 e Favaretto 2021, 254 sgg.

dei giudici di legittimità fa salvo il provvedimento datoriale alla luce del fatto che ogni unità produttiva è radicalmente diversa dalle altre in virtù del tipo di commessa trattata³⁹. Da ciò la Cassazione deduce che il ricollocamento ad altra sede dei lavoratori comporterebbe un costo aziendale connesso alla formazione per la gestione di altre tipologie di prodotti. Pertanto, sebbene la mansione sia sostanzialmente identica, essa deve essere ritenuta infungibile perché produce un onere formativo e un costo economico per il datore. Quello che accade è quindi che mansioni sostanzialmente fungibili, non sono ritenute tali in virtù di una valutazione economica che avvalora la scelta datoriale. Questo porta a una ridefinizione dell'equivalenza delle mansioni e, di conseguenza, a una limitazione della comparazione estesa dei dipendenti⁴⁰.

D'altro canto, le decisioni relative al caso *Ericsson* evidenziano un approccio diverso, in cui il parametro economico è considerato in relazione ai costi derivanti dal trasferimento dei lavoratori e dall'impatto sull'assetto organizzativo dell'azienda. Qui, come sottolinea Tebano (2022, 561), il fattore territoriale non è considerato determinante per la fungibilità professionale, anche se comporta costi aggiuntivi per l'azienda⁴¹. In realtà, la giurisprudenza previgente aveva ammesso la possibilità di contemperare il criterio della fungibilità con quello della territorialità. Già nella decisione 2 dicembre 2009 n. 25353⁴², i giudici di legittimità avevano puntualizzato che il personale viaggiante delle ferrovie non prestava una mansione fungibile a causa dell'asserita (ma non precisamente dimostrata) impossibilità del trasferimento⁴³. La dottrina, con Casale (2007, 1138), aveva sottolineato come la giurisprudenza avesse una geometria variabile in relazione al criterio della territorialità, al punto che veniva, «almeno occasionalmente, superata l'imprescindibile esigenza di specificità (e infungibilità) delle professionalità utilizzate nel singolo segmento aziendale e risultano sdoganate restrizione in cui, a parità di figure professionali, una certa distanza chilometrica tra sedi o unità produttive permea di sé il parametro professionale, rendendo impraticabile una comparazione complessiva» (Tebano 2022, 558). Eppure, va sottolineato che anche nel caso *Ericsson* l'insinuazione di una riflessione economica permane in sottofondo, sebbene non arrivi alla posizione radicalmente nuova del caso *Almaviva*.

L'orientamento del caso *Ericsson* sembra affermarsi come quello prevalente. Alla luce dell'ordinanza della Cassazione n. 9128 del 31 marzo 2023, sembra

³⁹ In relazione alla questione dell'equivalenza delle mansioni di veda Centamore 2018; per una posizione diversa cfr. Brun 2016, 374.

⁴⁰ Scarpelli 1997, 50, illustra la questione del rapporto fra necessità di sostituzione del personale e quella di riconversione formativa.

⁴¹ Per una riflessione sul nesso causale fra mansioni dei lavoratori e decisione datoriale e sulla relazione fra tale nesso e presupposti del licenziamento si veda Carabelli 1994, 258; Scarpelli 1997, 51; Liebman 1998, 450.

⁴² Sul punto va richiamato che nel caso di personale viaggiante ferroviario Cass., 22 Aprile 2005, n. 8474 aveva determinato che la mansione dovesse essere ritenuta fungibile.

⁴³ Sul punto si concorda con Tebano 2022, 558.

riemergere una lettura in cui il perimetro della fungibilità rientra nei canoni classici, seppur contemperati da valutazioni economiche come, appunto, nel caso *Ericsson*. La Suprema corte afferma che il datore di lavoro, nelle ipotesi di licenziamento collettivo a bacino ristretto deve tenere conto dell'intera storia professionale dei singoli dipendenti e non solo delle mansioni da ultimo concretamente svolte: la comparazione tra i lavoratori di professionalità fungibili andrà pertanto effettuata, in base a criteri oggettivi e trasparenti, sull'intero complesso aziendale, anche nel caso in cui la procedura di licenziamento collettivo interessi una sola unità o reparto aziendale⁴⁴.

In sintesi, mentre la fungibilità professionale rimane un criterio fondamentale per valutare la legittimità delle restrizioni al bacino di selezione nei licenziamenti collettivi, l'introduzione del parametro economico nelle decisioni più recenti indica un'evoluzione nella valutazione di tali restrizioni. Questo approccio più ampio tiene conto non solo delle caratteristiche professionali dei lavoratori, ma anche degli aspetti economici e organizzativi coinvolti nei processi decisionali aziendali.

6. Conclusioni

Il dibattito sulla legittimità del licenziamento a bacino ristretto non è ad oggi completamente risolto. Sebbene non si dubiti più della possibilità di avere un licenziamento collettivo con effetti limitati ad una platea predeterminata e contenuta di lavoratori permane problematica la determinazione dei limiti e dei presupposti della sua legittimità.

La sfida che si sono trovate a fronteggiare dottrina e giurisprudenza è stata quella di bilanciare gli interessi dell'imprenditore con i diritti dei lavoratori interpretando la normativa sui licenziamenti collettivi che, in merito al licenziamento collettivo a bacino ristretto, non si esprime in modo chiaro e definitivo. Il punto cruciale è rappresentato dalla possibilità di limitare il campo di applicazione del licenziamento collettivo a una platea ristretta di lavoratori, pur mantenendo l'integrità del quadro normativo e la tutela dei diritti dei dipendenti.

Dallo studio emerge una chiara evoluzione della riflessione dottrinale e giurisprudenziale. Soprattutto quest'ultima ha transitato da una visione imperniata su di un mero scrutinio circa la coerenza tra le esigenze aziendali e la restrizione della platea dei lavoratori da licenziare ad un riconoscimento della necessità di una verifica più approfondita delle circostanze e dei motivi sottostanti la decisione. Questa evoluzione è anche merito delle avvedute considerazioni che si trovano negli scritti di Del Punta, che è stato in grado di segnalare i rischi dell'interpretazione giurisprudenziale che in questo saggio si è definita restrittiva.

Un elemento cruciale emerso dalla giurisprudenza è il concetto di fungibilità delle prestazioni lavorative, che influisce direttamente sulla legittimità del licenziamento a bacino ristretto. La Cassazione ha chiarito che la selezione dei

⁴⁴ Cass., ordinanza 31 marzo 2023, n. 9128.

lavoratori da licenziare non può essere limitata a un solo reparto o settore se esistono alternative di trasferimento interno. Questo principio mira a garantire una valutazione equa e ragionevole dei dipendenti coinvolti nei processi di ristrutturazione aziendale.

Inoltre, la giurisprudenza ha affrontato la questione dell'onere della prova datoriale, sottolineando che il datore di lavoro deve fornire una motivazione chiara e dettagliata per la limitazione del licenziamento collettivo a un bacino ristretto di dipendenti. Questo include la dimostrazione delle ragioni tecniche -organizzative e produttive che giustificano tale decisione, oltre alla considerazione dei costi e dei tempi associati al trasferimento dei dipendenti. Anche su questo profilo è d'uopo ricordare il contributo di Del Punta che ha posto l'accento sulla necessità di dimostrare adeguatamente la razionalità delle decisioni datoriali valorizzando il profilo delle ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Tuttavia, le decisioni della Cassazione non sono sempre state uniformi. Alcuni casi hanno sollevato dubbi riguardo alla compatibilità tra la limitazione del bacino di licenziamento e il rilancio complessivo dell'impresa. La giurisprudenza ha dovuto trovare un equilibrio tra la necessità di ridimensionare determinati settori e la salvaguardia dei posti di lavoro nel contesto aziendale più ampio.

Un'altra sfida consiste nel considerare i diversi contesti aziendali e le specifiche esigenze tecniche-organizzative e produttive che possono influenzare la decisione di ridimensionare o sopprimere determinate unità dell'impresa. La distinzione tra ristrutturazioni localizzate e licenziamenti collettivi a bacino ristretto è fondamentale per comprendere appieno le implicazioni di tali decisioni sulle dinamiche aziendali e sulle vite dei dipendenti interessati.

In conclusione, il dibattito sul licenziamento collettivo a bacino ristretto richiede un approccio bilanciato che tenga conto degli interessi delle aziende e dei diritti dei lavoratori. La giurisprudenza ha svolto un ruolo cruciale nel definire i parametri e gli standard per valutare la legittimità di tali pratiche, ma rimangono sfide aperte che richiedono un costante monitoraggio e adattamento alle mutevoli dinamiche del mondo del lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Borzaga, S. 2012. "Sull'ambito spaziale di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità in caso di licenziamento collettivo." *RIDL* 2: 789 sgg.
- Brun, G. 2016. "Trasferimento d'azienda e licenziamento collettivo: la tutela dell'occupazione e lo spirito «disatteso» delle recenti riforme." *ADL*.
- Carabelli, M. 1994. "I licenziamenti per riduzione di personale." *DLRI*.
- Casale, P. 2007. "I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi." *ADL*.
- Centamore, G. 2018. "I criteri di scelta, tra incertezza passate, presenti e future." *VTDL*, 108 sgg.
- Corazza, L. 2000. "Ambito di comparazione e criteri di scelta: osservazioni sulla coerenza degli accordi ex art. 5, L. 223/1991 (nota a Cass. 10 giugno 1999, n. 5718)." *RDL* 2: 189 sgg.
- D'Antona, M. 1993. "Riduzioni del personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91." *RFI*.

- D'Antona, M. 1993. "Riduzioni di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/1991." *FI*, 2031 sgg.
- Del Punta, R. 1997. "La l. n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico." *QDLRI*.
- Del Punta, R. 2002. "L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo." *MGL*, 566-70.
- Del Punta, R. 2021. *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2024. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro: scritti scelti sul diritto del lavoro*, vol. I, a cura di W. Chiaromonte, M.L. Vallauri, 789 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Di Noia, G. 2019. "La Cassazione ritorna sulla selezione dei lavoratori nei licenziamenti collettivi (nota a Cass., 5 settembre 2018, n. 21670 e Cass., 10 dicembre 2018, n. 31872)." *LG 6*: 599-610.
- Diamanti, G. 2002. "L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo (nota a Cass. 24 gennaio 2002, n. 809)." *RIDL 1*: 909 sgg.
- Favaretto, M. 2021. "Ambito di operatività e applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo: uno, nessuno e centomila." *Argomenti di diritto del lavoro 27*, 1: 251-54.
- Focareta, M. 1992. "I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi." *DLRI*.
- Liebman, R. 1998. "Accordo sindacale sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità e legittimità del riferimento a sole esigenze tecnico-produttive dell'impresa." *MGL*.
- Montuschi, F. 1991. "Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla l. n. 223 del 23 luglio 1991." *RIDL 1*: 425 sgg.
- Nunin, R. 2018. "Le procedure e l'accordo sindacale." *VDTL 1*: 27-43.
- Nuzzo, A. 2022. "La tutela dei lavoratori nelle delocalizzazioni tra scelte del legislatore, spunti comparati e prospettive possibili." *RIDL*.
- Scarpelli, U. 1997. "La nozione e il controllo del giudice." *QDLRI*.
- Sunna, A. 2007. "I criteri di scelta." In *Diritto del lavoro - Vol. n. III: Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, 531-43. Torino: UTET.
- Tebano, R. 2022. "Il licenziamento collettivo a bacino ristretto nell'evoluzione giurisprudenziale." *RIDL 4*: 543-64.
- Vallauri, M. L. 2024. "Le dimensioni spazio temporali dei lavori." In *Atti giornate di studio AIDLSS Campobasso, 25-26 maggio 2023*, a cura di V. Fili e A. Riccobono. Piacenza: La Tribuna.
- Venditti, L. 2012. *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*. Napoli: ESI.
- Vincieri, C. 2004. "Ambito di applicazione endoaziendale dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo e controllo giudiziale dei motivi (nota a Cass. 9 settembre 2003, n. 13182)." *RDL*, 2.

Le molte *capabilities* di Riccardo Del Punta

Oronzo Mazzotta

1. Riccardo Del Punta: un uomo (uno studioso) con molte qualità

Il titolo vuole alludere all'interesse da molti anni coltivato da Riccardo per un celebre e celebrato pensatore, che ha fatto proprio delle *capabilities* l'epicentro di una rivoluzione pacifica e silenziosa. Interesse che è per Lui solo un punto di partenza per poi discutere, alla luce di tale pensiero e dell'idea della «libertà come non dominio», sui possibili antidoti agli abusi del potere tramite la ragionevolezza e l'impiego delle clausole generali. Il che ci riporta, con un moto circolare, al ruolo del giuslavorista ed al procedimento interpretativo cioè alle propensioni scientifiche di Riccardo al tempo stesso epistemologiche e metodologiche.

Ciò posto proverò qui di seguito ad enumerare alcune fra le tante qualità di RDP, in contrappunto con i tratti caratterizzanti il Maestro di tutti noi (Giuseppe Pera), dal quale, pur in un rapporto complesso e tormentato, ha sicuramente ereditato la passione e la dedizione alla materia.

Di questi tratti alcuni hanno un'ascendenza schiettamente periana, mentre altri se ne allontanano. Per chi, per avventura, non avesse conosciuto personalmente Giuseppe Pera e non ne avesse presente la complessa personalità scientifica ed umana, rinvio al consapevole e per nulla accondiscendente ricordo che ne ha fatto lo stesso Riccardo in occasione del decennale della scomparsa del Maestro (Del Punta 2018).

Oronzo Mazzotta, University of Pisa, Italy, oronzo.mazzotta@studioprofmazzotta.it, 0000-0002-4749-9115

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Oronzo Mazzotta, *Le molte capabilities di Riccardo Del Punta*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.52, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 841-851, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

2. La curiosità intellettuale

Lo accomuna al Maestro anzitutto la curiosità intellettuale. Si può dire che non ci sia ramo dello scibile giuslavoristico che Riccardo non abbia indagato e su cui non abbia profuso la Sua intelligenza.

Accanto alla curiosità collocherei altresì la sua poliedricità, intesa come capacità di coniugare pratica e teoria, di solito due mondi quasi sempre separati.

Per RDP la prassi costituiva un banco di prova e di tenuta delle teorizzazioni generali, a differenza forse del Maestro che considerava la cultura del giurista come una sorta di filosofia applicata alla vita per la soluzione dei conflitti ingenerati dalla convivenza fra le persone, con un dichiarato disinteresse per una dimensione puramente speculativa.

3. Il coraggio di andare controcorrente

Riccardo non temeva (e qui come si fa a non pensare a Giuseppe Pera?) di andare controcorrente o, se si vuole, in direzione «ostinata e contraria», contraria in particolare alla vulgata corrente, alle letture unilaterali della nostra disciplina.

In questo senso è quasi inutile ricordare che la Sua idea di un diritto del lavoro che guarda all'individuo, alla sua libertà e dignità e all'effettività della disciplina costituisce una sfida al diritto del lavoro classico (statuto-centrico si direbbe). E sono note le polemiche anche aspre con chi (come ad esempio Gigi Mariucci) ha incarnato quella visione della nostra materia: esemplari sono le pagine dedicate da Riccardo (insieme a Bruno Caruso) alla contrapposizione fra le due visioni del diritto del lavoro¹ nel numero monografico di *Lavoro e diritto* per il trentennale della rivista.

Ed altrettanto esemplari sono quelle che RDP dedica, proprio nel saggio su A. Sen (Del Punta 2013b, 199), alla contrapposizione fra «i conservatori (almeno quelli meno chiusi) [che] si dedicano alla ricerca di nuovi sostegni e gli innovatori [che si dedicano alla ricerca] di nuove prospettive (spesso presentate come modernizzazione dell'esistente)».

L'idea di un diritto del lavoro più individuale e più attento alle esigenze degli uomini di carne e sangue è un'idea che in qualche modo rivisita lo spunto di Massimo D'Antona nella relazione Aidlass di Udine del 1991 (D'Antona 1991), di un diritto del lavoro cioè che potrebbe farsi diritto della persona in chiave individualista, prescindendo dalla qualificazione giuridica del rapporto. È in qualche modo una rivisitazione dell'idea di un lavoro *sans phrase* su cui si discusse in uno storico convegno trentino sotto l'egida di Marcello Pedrazzoli (1989).

Senonché RDP è andato oltre quella esperienza cavalcando la più difficile delle «sfide» (il lettore scuserà l'impiego di un'espressione che dalle giostre medioevali – le «disfide» – è entrata a vele spiegate nel gergo aziendalista): cercare di fornire di adeguato supporto argomentativo un nuovo statuto di un di-

¹ Si veda in particolare: Mariucci 2016; Del Punta-Caruso 2016; ma si veda altresì: Del Punta 2023, 205.

ritto del lavoro che fa i conti con il quadro complessivo dell'economia e quindi con la sostenibilità del sistema.

4. Il coraggio di affrontare temi scomodi

Il coraggio di Riccardo si esprimeva poi nell'attitudine a confrontarsi ed a confrontare il pensiero giuslavoristico con idee forti e parole-chiave come giustizia, uguaglianza, dignità, potere: la teoria seniana sulle *capabilities* ne è l'esempio più manifesto.

Riccardo si è sforzato di rinvenire in essa indicazioni utili a far evolvere il diritto del lavoro nella difficile transizione fra la visuale otto-novecentesca ed il nuovo millennio caratterizzato dai mutamenti epocali che sono sotto gli occhi di tutti.

In questo assecondando l'idea che la crisi del diritto del lavoro «sia di portata non solo storico-politica, ma anche *teorica* (c.a.), avendo messo a nudo l'incapacità del diritto del lavoro di adeguare le proprie strutture cognitive e valutative, in una parola la propria razionalità, ad un contesto economico, sociale e culturale, profondamente trasformato» (Del Punta 2013a, 38).

L'attenzione verso Amartya Sen costituisce la migliore riprova di questa attitudine. Sen è un economista/filosofo lontano da un approccio meramente economicistico, anche se pone all'interno della sua ricetta la ricerca della sostenibilità, cioè della compatibilità delle scelte con la scarsità delle risorse. Nella sua concezione infatti l'idea fondamentale è quella di pensare allo sviluppo di un Paese non ridotto solo alla crescita del PIL o dei redditi individuali, bensì in chiave di espansione delle libertà sostanziali di ogni individuo, ossia dell'effettiva possibilità di scelta fra le esperienze di vita.

Sen si tiene quindi responsabilmente lontano da un mondo di soli numeri. Le cifre infatti – come ha scritto amaramente Guido Ceronetti – «non sono un linguaggio: sono banditi che rapinano Banche Dati»

Egli propone un nuovo umanesimo basato anzitutto su un revisionismo etico, sulla base della proposizione di valori nuovi e diversi. Si tratta di una visione olistica, come si usa dire, una visione cioè che vuole impregnare di sé l'insieme dell'esperienza umana. Una visione che è quindi ambiziosa, ma al tempo stesso pretende di essere pragmatica. È una lettura che si potrebbe definire neo-platonica perché per Sen, come per Platone, la base fondante dell'esperienza umana o comunque lo scopo della filosofia, è la virtù.

Non è quindi casuale che le sue idee e quelle convergenti di Martha Nussbaum abbiano stimolato la ricerca di una nuova pedagogia, confacente alla libertà e diretta a formare cittadini liberi. In questa visione la libertà non discende dalle condizioni patrimoniali o di censo, bensì dalla capacità di orientare autonomamente la propria razionalità. E su questo crinale l'approccio pedagogico si lega a quello giuslavoristico perché i destinatari ne sono gli adulti: «da qui» è ancora il pensiero di Riccardo «l'attenzione su quale implicazione di tipo «politico» – nel senso più ampio del termine – possa avere l'idea di un welfare centrato sulla teoria delle capacitazioni e sull'educazione come fonte di giustizia sociale».

Inoltre – nota giustamente Riccardo – la teoria sulla giustizia di Sen sulle *capabilities* è il tentativo più accreditato di riqualificare «l'idea di uguaglianza, rendendola compatibile con la nuova centralità del valore della libertà oltre che [...] con la selettività imposta dagli attuali vincoli economici».

Provo a confrontarmi con il pensiero di Riccardo, le cui applicazioni positive possono rinvenirsi nel «Manifesto» curato insieme a Tiziano Treu e Bruno Caruso (Caruso, Del Punta, Treu 2020).

Sul tema della selettività, meglio: della *sostenibilità*, anzitutto potrebbe aprirsi un ampio spazio di riflessione: cos'è infatti la sostenibilità se non una categoria che segna la prevalenza di una visuale economicistica su una visuale giuridica, in poche parole la prevalenza dell'economia sulle ragioni del diritto? Fra l'altro, in qualche modo in controtendenza rispetto a quest'idea, proprio Riccardo aveva scritto anni prima del Manifesto, che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio» (Del Punta 2001, 39).

Una prima osservazione è che l'espressione pecca di genericità, non foss'altro perché viene declinata in moltissime accezioni ed in diversi contesti valutativi.

Se ne parla rispetto alla salute, all'ambiente, al sistema, alla ripresa sostenibile, ecc. È presente in documenti politici internazionali ed italiani (ad es. l'Agenda ONU 2030 parla di sviluppo sostenibile, con al centro una crescita sostenibile, che deve tener conto di un lavoro dignitoso).

Rimanendo nel nostro orticello la sostenibilità è da tempo evocata nel contesto della c.d. responsabilità sociale dell'impresa, l'idea cioè che l'impresa si debba fare positivamente carico delle posizioni di interessi dei soggetti che le gravitavano intorno; il che corrisponde anche ad una visione teorica dell'impresa di stampo istituzionalista che si contrappone ad una visione contrattualista che vuole invece che i fini dell'impresa siano esclusivamente la remunerazione del capitale. Fra tali fini si segnalano: l'ambiente circostante, i clienti, i fornitori e (finalmente) i lavoratori. Inutile ricordare che il limite dell'operazione – in sé meritoria – è il suo fondamento eminentemente volontaristico.

Avanza però su di un altro versante un'idea in conflitto con i discorsi sulla sostenibilità. Ed è l'idea che intende esaltare il valore sociale dell'impresa a partire dal suo stesso modo di essere («il suo spontaneo determinarsi» nella dinamica sociale). In questo contesto, in qualche modo, si ribalta l'interrogativo di fondo e ci si chiede, specularmente, cosa possa fare il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa. In sostanza in tal modo si ragiona del contributo che può dare il diritto del lavoro al mantenimento del valore sociale dell'impresa².

In varie situazioni – si sostiene – è lo stesso ordinamento a consentire che i diritti dei lavoratori debbano arretrare e cedere rispetto alla preservazione del

² Se ne è discusso ampiamente nel Convegno Aidlass di Taranto del 2021, in particolare alla luce della relazione di Marazza, *Il diritto del lavoro per la sostenibilità sociale dell'impresa*, in Atti del XX Congresso nazionale Aidlass – Taranto – 28-30 ottobre 2021, Piacenza, 2022.

valore sociale dell'impresa: dalle vicende legate alla crisi d'impresa a quelle che implicano un bilanciamento fra valori costituzionali come salute ed iniziativa economica (pensiamo al caso Ilva), giù giù fino alla giurisprudenza sui limiti esterni all'esercizio del diritto di sciopero, che avrebbe come obiettivo proprio quello di preservare l'integrità dell'impresa.

In sintesi in tale contesto si assume che il diritto in generale ed il diritto del lavoro in specie debbano consentire che l'impresa consegua un minimo risultato economico (almeno la riproduzione del capitale, cioè il pareggio costi/ricavi).

Non si nega ovviamente che la razionalità di sintesi fra valore sociale dell'impresa e diritti dei lavoratori spetti al legislatore, ma si avverte contestualmente che la preservazione del valore sociale dell'iniziativa economica costituisca un limite vincolante *anche* per il legislatore³.

Matura finalmente, alla luce delle valutazioni molto sommariamente esposte, l'idea di un diritto del lavoro sostenibile. Si legge infatti nel «Manifesto» di cui è stato co-autore RDP che «l'alternativa al liberismo non può essere una visione nella quale il futuro del lavoro è concepito a prescindere dalle dinamiche dell'impresa e del mercato, con una sorta di rimozione della dimensione economica e di vago e compiaciuto anelito a nuovi modelli di sviluppo – anche regressivi (la decrescita) – che hanno tra l'altro una nota costante: sono privi di un'apprezzabile concretezza».

Non vi è dubbio che si tratti di ragionamenti che riflettono un sentire diffuso. Il punto di caduta di tali riflessioni è però il quadro ordinamentale al cui interno si inseriscono (devono inserirsi), un quadro caratterizzato da una serie di vincoli costituzionali.

Nei confronti di una sostenibilità non sorretta da idonei contrappesi sta la logica della Carta del '48 che pretende un *bilanciamento* fra i valori dell'impresa e quelli del lavoro. È pressoché inutile ricordare i principi codificati negli artt. 3, 4 e soprattutto 41 Cost., al cui interno è sintetizzata, come meglio non si potrebbe, la netta contrapposizione fra interessi dell'impresa e diritti del lavoro.

E non è detto che il legislatore, anche di recente, non sia stato sensibile alla necessità di tale bilanciamento.

Basti ricordare la riformulazione di una disposizione codicistica la cui rubrica proiettava le relazioni in fabbrica in una sorta di ambiente militare (una caserma). Il nuovo testo dell'art. 2086 cod. civ., infatti, non allude più a quel «potere gerarchico», così evocativo di altre stagioni politico-culturali, ma più asettica-

³ In questa prospettiva vengono valorizzati vari spunti forniti dall'ordinamento nel suo insieme e, fra gli altri: a) l'art. 16 CDFUE in cui la libertà d'impresa non incontra contro-limiti e lo si legge alla luce della nota giurisprudenza europea (Laval, Viking) che pospone i diritti sociali rispetto a quelli d'impresa o a quella sulle clausole sociali (con la riassunzione lavoratori da parte di nuovo appaltatore) che svantaggerebbero la libertà d'impresa; b) la giurisprudenza della Grande Sezione CGUE che tende a valorizzare il paradigma della *prevedibilità* delle decisioni, affinché le condizioni in cui si svolge l'attività economica siano oggettive e controllabili. In tema si veda di recente ancora: Marazza 2023.

mente al potere di «gestione dell'impresa»⁴ ed onera l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, «di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Viene quindi posto in capo agli amministratori un principio di responsabilità nell'istituire un assetto organizzativo «adeguato», a salvaguardia non solo degli interessi dell'impresa per le finalità produttive, ma anche dei vari interessi coinvolti. Viene cioè delineato positivamente il profilo di un'impresa responsabile, al di fuori della prospettiva puramente volontaristica che aveva caratterizzato la RSI.

Ma torniamo al dibattito innescato dal «Manifesto», di cui è coautore RDP: si parte dalla domanda «cosa può fare il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile o per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa?» e, attraverso molti passaggi intermedi, si arriva al punto di formulare proposte di riforme complesse ad articolate «per un diritto del lavoro sostenibile».

Il lettore avrà già colto la differenza fra le due opzioni. Con la prima formula si auspica una maggiore collaborazione fra le parti sociali (nella forma della partecipazione e/o del patto fra antagonisti) con l'intento di pervenire all'obiettivo comune di una sostenibilità, per così dire condivisa. La seconda declinazione – se mi si passa la brutale semplificazione – ci porta invece di filato verso un conflitto fra economia e diritto nel quale si è già deciso che l'economia debba prevalere sulle regole giuridiche cioè che il mercato debba prevalere sul diritto.

Confesso che il limite di queste operazioni mi è sempre sembrato che sia l'artificiosa contrapposizione che così si ingenera fra una scienza economica asettica ed un diritto del lavoro che gronda di valori. In realtà gli effettivi termini della contrapposizione si pongono fra i valori dell'economia (efficienza, competitività) ed i valori di cui è portatore il lavoro (solidarietà, giustizia distributiva): lo scontro è quindi l'eterno scontro tra efficienza e solidarietà, fra economia e stato sociale.

È fin troppo ovvio che le scelte politiche dirette a modificare a favore dell'impresa la frontiera mobile fra capitale e lavoro non possono essere contestate in quanto tali. Mi permetto solo di insinuare qualche dubbio sulla loro percorribilità, a partire dal pensiero, non di un seguace un po' demodé del filosofo di Treviri, ma del padre dello stereotipo della «mano invisibile» del mercato (Adam Smith): «i nostri mercanti e i nostri padroni manifatturieri si lamentano molto dei cattivi effetti degli alti salari nell'elevare i prezzi dei loro prodotti e quindi nel diminuirne la vendita all'interno e all'estero, ma non dicono niente dei cattivi effetti degli alti profitti. Tacciono degli effetti perniciosi dei propri guadagni e si lamentano solo dei guadagni altrui».

⁴ In tema si veda Tullini 2020, 135.

Il grande economista è quindi consapevole del carattere non neutrale degli enunciati della scienza economica (come del resto hanno fatto i giuslavoristi a partire dalla spietata analisi di Giovanni Tarello), tanto da instillare qualche dubbio sulla ineccepibilità del comportamento dell'*homo oeconomicus*, conducendo ad accrescere il convincimento secondo cui un ordinamento ben oliato pone al proprio centro le regole e dunque pone al centro il diritto come ordinatore e mediatore sociale (come ricordava lo stesso RDP nel 2001).

5. L'onestà dello studioso. 1

L'onestà dello studioso si esprimeva anzitutto – e rubo l'espressione a Bruno Caruso – in una «una ricerca tormentata dietro l'apparente rilassatezza e distacco dei toni».

Nel ricordo di RDP che ho tratteggiato per Lavoro, Diritti Europa (si veda Mazzotta 2023) ho alluso ad una parola che tutti gli hanno spesso sentito ripetere che è «disagio», una parola che fa appello al sentire, ai precordi che stanno prima ed oltre la razionalità del discorso giuridico.

Proprio le prime righe del Suo manuale, non casualmente, sono attraversate dal medesimo sentimento: «il diritto ingenera di frequente, in chi lo studia e lo pratica, un latente senso di *disagio* (c. mio), l'origine profonda del quale si annida, probabilmente, nella percezione di una fondamentale *inautenticità* (c. dell'a.) dell'esperienza che si è soliti fare del diritto».

Ecco il segno della serietà e dell'onestà del Suo modo di avvicinarsi al diritto in genere ed al diritto del lavoro in specie. La provvisorietà dei risultati acquisibili attraverso la riflessione giuridica era, non a caso, testimoniata dall'attitudine al dialogo con le tesi diverse dalle Sue e con la disponibilità a rimettere in discussione le proprie idee in presenza di argomenti ritenuti decisivi. È proprio per questo che Riccardo avvertiva tutta l'inquietudine (il disagio per l'appunto) a fissare una volta per tutte e definitivamente un punto fermo acquisito.

6. L'onestà dello studioso. 2

L'onestà dello studioso si esprimeva anche tramite la *trasparenza del pensiero*. Tutti sappiamo che questo era uno dei tratti distintivi della personalità del Suo Maestro; non a caso il motto della Fondazione a Lui dedicata evoca proprio la chiarezza come il primo segnale dell'«onestà dello studioso». Non c'è argomento, per quanto ostico, che non venga rappresentato da RDP con una prosa scorrevole e di godibilissima lettura, senza nulla togliere ovviamente alla profondità del pensiero.

7. La consapevolezza. 1

Altro tratto distintivo del pensiero di Riccardo, che lo accomuna in qualche modo a Massimo D'Antona, era la consapevolezza, una consapevolezza che era anzitutto *metodologica*.

Riccardo è il migliore interprete di un approccio corretto alle culture altre che integrano il diritto del lavoro (la ben nota apertura cognitiva). Esempio il suo saggio sull'economia e la ragioni del diritto del lavoro in cui, dopo avere a lungo discusso sulle più rilevanti teorie economiche, assegna al giuslavorista – come abbiamo ricordato – il ruolo di mediatore sociale cui spetta l'ultima parola nel conflitto fra le esigenze dell'economia e la razionalità complessiva del sistema.

È per così dire auto-evidente per RDP che l'apertura alle altre scienze sociali, cioè la scelta di fondare i paradigmi giuridici fuori dal diritto positivo, su punti di vista esterni al diritto, comporta come conseguenza inevitabile una certa svalutazione del grado di convincimento del discorso giuridico, che è anche alle origini della perdita di centralità del ruolo stesso del giurista quale mediatore sociale, che è stato sostituito, come vediamo tutti i giorni, dall'incalzare di altre presenze più rumorose e motivate (sociologi, economisti, politologi, ecc.).

Questa consapevolezza non si traduce però in una sconfitta culturale. Scrive infatti: «il grande campo delle scienze umane – quali il diritto, l'etica, la filosofia – è ... il regno delle prove razionali ma non dimostrative, che rimangono affidate al reperimento e al confronto pubblico, nello spazio comunicativo più libero e più ampio possibile, di *buone ragioni*. La verità del diritto è, pertanto, una verità debole, che si colloca sul piano del convincente/non convincente, più che del vero/falso, e che si pone, di conseguenza, come una verità sempre provvisoria ed esposta alla ridiscussione» (Del Punta 2022, 19).

Come dire che anche il mondo dei valori, cui il diritto (del lavoro) va ascritto a pieno titolo, può contenere ragionamenti dotati di una qualche, se pur provvisoria e rivisitabile, oggettività, intorno a cui può aprirsi una discussione razionale.

Riccardo, come ho scritto ricordando Massimo D'Antona, «è *consapevole...* della indispensabilità di uno statuto forte per il giurista, anche se ne avverte tutto l'immane peso e le difficoltà; uno statuto che, nella Sua visione, deve essere *deontologico* prima che *epistemologico*».

Insomma il programma di lavoro leggibile in filigrana nella introduzione del Suo manuale illustra un progetto metodologico che, pur rifiutando le tradizionali categorie ermeneutiche, è consapevole della necessità di selezionare con rigore opzioni interpretative alternative a quelle suggerite dal diritto classico e soprattutto di farne discendere con coerenza i necessari sviluppi argomentativi.

Come si vede – e come è riflesso in tutta la Sua produzione scientifica – questa impostazione consente a chiunque un controllo critico degli enunciati sia quanto alla metodologia cui essi fanno capo, sia quanto a svolgimenti conseguenti.

8. La consapevolezza. 2

Un secondo versante della consapevolezza di RDP sta nel non lasciarsi mai andare a soluzioni trionfalistiche o a facili scorciatoie.

Nelle riflessioni sviluppate a partire dal saggio su A. Sen, Riccardo è perfettamente consapevole di quanto sia arduo realizzarne le idee e di quali possano essere le obiezioni più significative. Cerca ciononostante di coordinarne il disegno complessivo ai nostri principi costituzionali e si applica con passione a questo obiettivo.

È questa la parte più rilevante del Suo contributo, anche in considerazione del fatto che la Costituzione è un insieme aperto di principi che si presta a molte letture.

Proprio lo snodo essenziale del pensiero di Sen che coniuga eguaglianza e libertà, consentendo di valorizzare la *soggettività*, esprime per Riccardo «un obiettivo che ... trova una perfetta rispondenza in una lettura finalmente combinata e complementare dei principi di «libertà sostanziale» e di «eguaglianza sostanziale» proclamati dall'art. 3, c. 2, Cost. dei quali il principio seniano (*rectius* di derivazione seniana) di «eguale capacità» può considerarsi una sintesi» (Del Punta 2013b, 217). E ciò soprattutto nella parte in cui la rimozione degli ostacoli è finalizzata al «pieno sviluppo della persona umana».

Per RDP quindi – condivisibilmente – l'art. 3, 2° co. Cost. costituisce una norma che esemplarmente collega lavoro ed eguaglianza, anche se, nella Sua prospettiva, non può non ammettere che: «è il più sacrosanto e suggestivo, ma anche il più vago tra i fondamenti».

Più complessi sono i percorsi che possono condurre a delineare un'idea di giustizia, che per l'autore anglo-indiano non è riducibile ad unità. Sul punto Riccardo ricorda che Sen esemplifica tale complessità con un aneddoto relativistico: «fra tre bambini che aspirano ad un unico flauto, quale aspettativa è la più «giusta» da soddisfare?». Deve essere assegnato al bambino che lo sa suonare (opzione utilitarista), a quello più povero (opzione egualitaria) o a quello che, avendolo costruito, ne vuole godere il frutto (opzione libertaria)? (Del Punta 2013b, 202)

Mi permetto di rilevare che una risposta (certo parziale) è rinvenibile proprio nella nostra Carta costituzionale. L'art. 36 infatti coniuga una doppia idea di giustizia: il principio «a ciascuno secondo il suo lavoro» (corrispettività) e il principio «a ciascuno secondo il suo bisogno» (visuale solidaristico-egualitaria).

Più in generale sono molti gli spunti ritraibili dal pensiero seniano che hanno importanti ricadute sulla nostra disciplina e che vengono giustamente valorizzati da RDP.

Pensiamo anzitutto all'apertura verso la dimensione dell'*effettività*, laddove nel nostro orticello si fatica a verificare – in ragione dell'ispirazione monistica ed unidirezionale del diritto del lavoro – l'effettivo impatto delle norme protettive. Alla stessa stregua Sen ci aiuterebbe a spingere lo sguardo fino ad afferrare i comportamenti concreti delle parti in gioco (imprese, lavoratori, sindacati), così potendosi isolare quelli abusivi di lavoratori e sindacati, spesso animati, questi ultimi, da logiche di conservazione organizzativa o di potere.

In questa prospettiva per Riccardo dalla rifondazione procedurale «improntata alla trasparenza pubblica e votata [...] alla pur problematica ricerca dell'imparzialità» il giuslavorismo avrebbe molto da imparare, così come molto anche dalla «serenità cognitiva e morale» della teoria di Sen (in buona sostanza in contrapposizione alla visione totalizzante marxista) (Del Punta 2013b, 213).

Ma il contributo più rilevante che viene dall'opera del filosofo indiano è quello di invitarci a riflettere su una dimensione del lavoro, svincolato dalla strategia di difesa attraverso le tecniche dell'inderogabilità e della contrattazione collet-

tiva e maggiormente attento ad una dimensione che guarda al lavoro come fine e sviluppo della personalità (libertà di scelta del singolo individuo). Il che consentirebbe una transizione da una protezione di tipo tutorio ad una protezione orientata alla capacitazione, in cui il lavoro sia mezzo a fine ed in cui le norme esterne, che tutelano il lavoro, potrebbero avere un ruolo sussidiario rispetto ad altri mezzi (il pensiero va all'autonomia individuale): in sostanza per RDP «l'approccio delle *capability* offre... un altro modo di guardare al tema cruciale del ruolo [...] dell'autonomia individuale nella relazione di lavoro».

Non è qui ovviamente il luogo per confrontarsi approfonditamente con queste idee.

Mi limito ad un paio di osservazioni, illudendomi così di continuare un dialogo con Riccardo.

La prima riguarda il *mercato del lavoro* al cui interno si inseriscono le riflessioni di Sen. L'idea che mette al centro la realizzazione delle *capabilities* dell'individuo muove dalla considerazione dell'esistenza di un unico mercato del lavoro, al cui interno si muove un lavoratore che guarda al lavoro come realizzazione della propria individualità e delle proprie capacità (secondo le direttive dell'art. 4 Cost.). La costruzione sembra quindi rivolta – fino a che non si realizzerà l'utopia della piena e soddisfacente occupazione per tutti – ad una *élite* di lavoratori dotati di alte professionalità e che possono operare delle scelte consapevoli.

La realtà contemporanea ci presenta però uno scenario diverso. Da parte dei più giovani il lavoro viene sempre più vissuto come una sorta di obbligo «funzionale» alla sopravvivenza e non più anche come un ambito in cui si esprime la personalità o, ancor meno, come appartenenza ad una comunità. Prevale sì l'individualismo (secondo la versione seniana) ma un individualismo difensivo, come difesa *dal* lavoro considerato una sgradita necessità. Non a caso i lavoratori, ove possono, cercano di opporsi alla tendenza delle imprese di ridurli a «risorse umane», ingranaggi della produttività, anziché persone nella loro integralità e dignità.

La visuale seniana sotto questo profilo, quindi, dovrebbe piegarsi a ragionare non di un unico mercato del lavoro ma di mercati del lavoro diversificati, con differenti strategie normative, ed ipotizzare che, per coloro che appartengono alla categoria da ultimo descritta, debba valere un diritto del lavoro molto vicino a quello classico, basato sull'inderogabilità della disciplina e sull'ombrello di una seria e validata contrattazione collettiva.

Il secondo rilievo ha a che fare con il vero cuore della nostra disciplina che è e rimane il *contratto di lavoro*. All'interno di questo schema l'asimmetria di potere è e rimane rilevantissima ed è quindi difficile valutarne le dinamiche alla luce della sola idea di libertà. E questo a meno che non si voglia tornare all'idea ottocentesca del libero scambio nel mercato fra proprietari, in cui il lavoratore è proprietario delle proprie energie al pari degli imprenditori che collocano liberamente la loro merce sul mercato, con il corollario di ridurre il contratto collettivo ad una sorta di «prezziario» della merce-lavoro (il concordato di tariffa di ottocentesca memoria).

Ovviamente quella della introduzione di nuove tecniche per la limitazione dei poteri unilaterali del datore che non passino attraverso l'inderogabilità

ed il controllo collettivo è una pagina ancora tutta da scrivere: adottare un modello di relazioni industriali maggiormente partecipativo? Introdurre tecniche che consentano un maggiore coinvolgimento del lavoratore verso gli obiettivi dell'impresa?

Non esistono ad oggi risposte appaganti e la discussione è e rimane aperta all'apporto di tutti.

Riccardo antepone allo splendido affresco sul *Diritto del lavoro fra due secoli*, inserito nel volume curato da Pietro Ichino sul *Diritto del lavoro nell'età repubblicana* (Del Punta 2008, 253), una citazione tratta da Ferenc Molnar, che dedica alla memoria di Massimo D'Antona e Marco Biagi, brutalmente e vigliaccamente assassinati: *la più piccola candela ti insegna che per un po' di luce vale la pena di ardere e di bruciare sino in fondo*.

Caro Riccardo, dovunque tu sia, sappi che la tua candela arde e ci illumina, ed arderà e ci illuminerà ancora per molto tempo.

Riferimenti bibliografici

- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." *CSDLE «Massimo D'Antona»*, 20 maggio 2020: 53 sgg. Disponibile a: <<http://csdle.lex.unict.it/docs/activities/Bruno-Caruso-Riccardo-Del-Punta-Tiziano-Treu---Manifesto-per-un-Diritto-del-lavoro-sostenibile/6022.aspx>>.
- D'Antona, M. 1991. "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro." *DLRI* 51: 455 sgg.
- Del Punta, R. 2001. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *DLRI* 89.
- Del Punta, R. 2008. "Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi." In *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2013a. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *LD*, 37 sgg.
- Del Punta, R. 2013b. "Leggendo The Idea of Justice di A. Sen." *DLRI* 138:197-219.
- Del Punta, R. 2018. "Il metodo di Giuseppe Pera." *RIDL Lavoro* I: 155 sgg.
- Del Punta, R. 2022. *Diritto del lavoro*. Milano.
- Del Punta, R. 2023. "Contratto di lavoro (teorie filosofiche)." In *Enciclopedia del diritto*, I tematici, VI, *Contratto di lavoro*, a cura di Del Punta, R., Romei, F., e Scarpelli, L. Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R., e Caruso, B. 2016. "Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta." *LD*, 645 sgg.
- Marazza, M. 2023. "Un universo valoriale ed effetti del principio di prevedibilità nel diritto del lavoro." *DLRI*, 249 sgg.
- Mariucci, L. 2016. "Culture e dottrine del giuslavorismo." *LD*, 585 sgg.
- Mazzotta, O. 2023. "Rileggendo «Diritto del lavoro» di Riccardo Del Punta." *Lavoro, Diritti, Europa* 1.
- Pedrazzoli, M. (a cura di). 1989. *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*. Bologna: il Mulino.
- Tullini, P. 2020. "Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura." *RIDL* I.

Star bene nelle organizzazioni pubbliche: dalla tutela antidiscriminatoria alla dimensione proattiva¹

Gabriella Nicosia

1. Premessa: qualcosa è cambiato

Dall'avvio della privatizzazione del lavoro pubblico – intervenuta negli anni 1997-98² – il legislatore italiano ha introdotto, più o meno consapevolmente, diverse norme rivelatesi, nel tempo, capaci di instillare la cultura del benessere nei nostri apparati.

Rispetto al momento genetico di quella riforma epocale – in modo coerente alla *soft law* di ultima generazione di cui si dirà meglio più avanti – oggi si pensa ad efficientare le amministrazioni attraverso un vero e proprio «piano di investimenti sulle persone»³, una scommessa sull'*empowerment* di lavoratrici e

¹ Questo saggio riprende e sviluppa i contenuti della relazione presentata nell'ambito del ciclo di seminari «Benessere organizzativo, diversità e parità di genere. Strumenti normativi e operativi», organizzato presso L'Università degli Studi di Bari Aldo Moro, a partire dall'11 settembre 2023, ed è in corso di pubblicazione sulla rivista *Diritti e Società*.

² Si fa riferimento alla seconda privatizzazione degli anni 1997-98, attuata intervenendo sulle norme racchiuse nel d.lgs. n. 29/1993, con i decreti legislativi n. 396/1997, 80/1998 e 387/1998, e oggi confluita nel d.lgs. n. 165/2001. Le varie tappe del processo di riforma di quegli anni sono ripercorse in D'Antona, Matteini, Talamo 2001. Per l'analisi dei tratti e della relativa *ratio* di quella riforma epocale, rinvio, fra le altre, a D'Alessio 2023.

³ Ce ne parlano Deidda Gagliardo, Saporito 2021, 198. Sulla necessaria programmazione in termini non più di investimento quantitativo ma qualitativo, si legga Mainardi 2023, 449; si veda pure Carabelli 2023.

Gabriella Nicosia, University of Catania, Italy, gnicosia@lex.unict.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Gabriella Nicosia, *Star bene nelle organizzazioni pubbliche: dalla tutela antidiscriminatoria alla dimensione proattiva*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.53, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 853-866, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

lavoratori⁴. Un aspetto, questo, che si sposa con l'esigenza di dar vita nelle amministrazioni italiane ad un ambiente aperto e partecipativo che possa servire anche da modello per il settore privato e, se si vuole, finanche per una società più democratica⁵.

Specie negli ultimi anni, appare sempre più visibile un filo rosso che sottende gli interventi del legislatore: la continua e incrementale attenzione per la persona del lavoratore e della lavoratrice, quasi che l'investimento sui medesimi rappresenti una ritrovata strategia organizzativo/gestionale per raggiungere l'efficienza pubblica. La persona appare il vero *mood* del peculiare contesto storico istituzionale che viviamo, probabilmente in ragione dei tristi accadimenti pandemici che ci lasciamo alle spalle. Si può dire che siamo entrati in una fase evolutiva che contempla un'idea alternativa di amministrazione, quale luogo in cui ci si prende sempre più cura del «fiorire»⁶ delle persone.

La persona, come si è avuto modo di dire in altra sede⁷, non è più «mezzo» ma «fine», in qualsiasi dimensione venga considerata. L'ABC delle amministrazioni, ovvero l'alfabeto che si può leggere sul sito del Ministero della Funzione Pubblica⁸, il Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale, firmato con le sigle sindacali⁹, e quindi il PNRR¹⁰, hanno inaugurato una stagione istituzionale in cui si intende creare valore pubblico, cioè benessere sociale, fuori degli apparati, a partire dal valore delle persone che stanno dentro i medesimi.

Del resto, nelle Linee Programmatiche per le nostre PA è ben visibile la presa di coscienza che «sulle persone si gioca [...] il successo non solo del PNRR, ma di qualsiasi politica pubblica indirizzata a cittadini e imprese». Stessa consapevolezza si intravede nel Patto per l'innovazione, appena citato, nella parte in cui si afferma che «la costruzione della nuova Pubblica Amministrazione si fonda [...] sulla valorizzazione delle persone nel lavoro».

⁴ Riccardo Del Punta, con la sua peculiare sensibilità, era particolarmente attento a questi temi, già dagli anni in cui, con la solita lungimiranza, si accostava al *Capability Approach*, valorizzando la «soggettività» individuale e lasciandosi orientare dalle teorie di Amartya Sen e Martha Nussbaum. Si legga Del Punta 2016, 383; Riccardo riconduceva la dimensione normativa della teoria alla «[...] primazia della libertà sostanziale di ciascuna persona di poter essere o fare quel che desidera, e quindi su una libertà che si proietta oltre il liberalismo classico, nella misura in cui presuppone che lo Stato si preoccupi delle effettive possibilità di soddisfacimento delle aspirazioni di vita dei suoi cittadini», così Del Punta 2019.

⁵ Va senz'altro presa in considerazione la riflessione che rileva la perdita di «autorità del diritto (in generale) come sistema razionale di valori». Si leggano Perulli, Speciale 2022, spec. cap. I e cap. II in cui si coglie l'invito a riflettere sui «guasti prodotti dalla perdita di aderenza della materia rispetto alla sfera morale».

⁶ Ricorro all'espressione utilizzata da Pioggia 2023.

⁷ Sia consentito rinviare a Nicosia 2022, 87.

⁸ <https://www.funzionepubblica.gov.it/alfabeto-pa>.

⁹ https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Patto_per_innovazione_lavoro_pubblico_e_coesione_sociale.pdf.

¹⁰ Disponibile su <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/home.html>.

Ecco perché torna prepotentemente alla ribalta la creazione di quel benessere organizzativo già sancito nell'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, con le timide sembianze di garanzia, nel lontano 2010, e che sino a qualche anno fa sembrava relegato ad una posizione ancillare rispetto ad altre norme di disciplina della micro organizzazione e gestione.

Va pure detto che, in ragione del nuovo *trend* normativo, il concetto di benessere sempre più, oggi, coinvolge aspetti come l'appagamento, l'affermazione di sé, ovvero soddisfazione della propria professionalità, dei propri desiderata in ambito lavorativo. Insomma, la persona è posta al centro della riflessione dei progetti di buona amministrazione dichiarati e questa centralità si sviluppa nell'intento annunciato di investire su «formazione, valorizzazione, organizzazione del lavoro, responsabilità»¹¹.

2. Il benessere preso sul serio

La cultura del benessere nei luoghi di lavoro è lentamente, ma progressivamente, attecchita, tanto in ambito pubblico quanto in quello privato, grazie soprattutto al *Capability Approach* riconducibile al pensiero di Amartya Sen¹². Proprio gli studiosi di economia hanno dato un forte impulso a questa modalità di approccio nelle organizzazioni. Ciò in ragione della riflessione secondo la quale «solo riconsiderando il collaboratore come persona dotata di un potenziale intrinseco da esplicitare, l'ambiente organizzativo potrà riconfigurarsi come spazio aperto alla «fioritura» di ciascuno dei suoi membri. E questo perché la valorizzazione delle risorse umane, anzi del capitale umano, esprime un vero e proprio «salto di paradigma»¹³. Questa visione si è fatta strada, come si è più sopra accennato, in tutte le organizzazioni (pubbliche e private) nelle forme di una attenzione viepiù crescente per i sogni e bisogni delle lavoratrici e dei lavoratori.

Il riconoscimento dell'importanza del benessere pure nelle amministrazioni italiane parte da lontano, da alcuni studi che hanno dimostrato come l'ambiente

¹¹ Per approfondimenti sulle norme, se si vuole, si veda Nicosia, Saracini, Spinelli 2021.

¹² Ma pure di Martha Nussbaum, sebbene con qualche differenza. Si veda nota 4 sull'argomento cfr. S. Giubboni, *Tra capability theory e purposive approach: appunti sulla prospettiva «rimediale»* di Riccardo Del Punta, in questo volume.

¹³ Cfr. Livraghi, Pisani 2016. Gli studiosi di economia sono convinti del fatto che «poter attribuire un significato, un senso, alla propria vita è una delle precondizioni fondamentali per potersi sentire «felici». Nel senso aristotelico di «eudaimonia», essere felici, infatti, significa, innanzitutto, avere uno scopo nella vita, coltivare le virtù e fiorire come persone. Ed essere virtuoso non vuol dire solamente praticare le virtù ed orientarsi al bene, perché, etimologicamente, «areté» stava ad indicare, prima di tutto, il «fare bene qualcosa», l'eccellenza. [...] Allora, sarà virtuoso colui che sarà riuscito a coltivare e far fiorire, mettendole in atto, le proprie capacità, i talenti, le conoscenze, chi avrà compreso e seguito, in definitiva, la voce del suo «dáimôn»», così Pelligra 2020. Sulla felicità nel lavoro e la possibilità di configurare il relativo diritto, si legga la sezione Tema, *Diritto del lavoro e felicità*, nel n. 1 (2022) di *Var. dir. lav.* a cura di E. Gagnoli, e ivi i contributi di R. Romei, A. Lassandari, M.G. Greco, A. Olivieri.

di lavoro «attraente» e tranquillizzante, sia in grado, a valle del processo di produzione e compimento dell'azione amministrativa, di determinare le migliori *performance*, quelle, cioè, capaci di confezionare l'azione pubblica eccellente, e quindi in grado di soddisfare le attese e pretese della collettività degli utenti¹⁴. Questo perché le persone poste dentro gli uffici sempre più sono apparse come una risorsa sulla quale investire poiché fattore distintivo di competizione. Chi scrive, da tempo, sostiene, infatti, che le lavoratrici e i lavoratori sereni, in quanto collocati in un ambiente pubblico «emotivamente» sano, confortante, motivante e scevro da infingimenti «di genere», producono di più e con più soddisfazione.

La sintesi di quanto sin qui detto è ravvisabile nell'indubbio riconoscimento del fattore benessere come vettore di *best practices*, produttività, appagamento e infine di affezione al proprio posto di lavoro.

Ciò perché dall'appagamento deriva l'interesse per un certo ambito lavorativo. Il buon clima organizzativo, la fiducia che in uno specifico contesto sia possibile affermarsi o fare carriera sulla base di criteri oggettivi e di merito¹⁵, sulle competenze effettivamente possedute e dimostrate, la consapevolezza che un determinato luogo di lavoro sia caratterizzato da armonia e relazioni virtuose e solidali, scevro da ostruzionismo «di genere», sono tutti elementi che rendono desiderabile appartenere ad una certa amministrazione. E pure questo esprime uno degli obiettivi fortemente perseguiti con il PNRR, più noto come *employer branding*.

2.1. L'evoluzione sistemica

Ma da quando è che abbiamo cominciato a osservare sul serio la presenza di disposizioni normative destinate a favorire (o disporre) lo star bene nelle nostre amministrazioni?

Il punto di snodo sistemico è certamente da ravvisare, come si è accennato, nella novella che, nel 2010, ha modificato l'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001. Il testo della norma, dopo l'intervento della l. n. 183/2010, scommette sulla garanzia della «parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro» ma anche sulla garanzia di «un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo», e sull'impegno «a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno».

¹⁴ Avallone, Bonaretti 2003, il volume può essere consultato per esteso pure sul sito del Formez; Ruffini 2006.

¹⁵ Sull'importanza di rilanciare la meritocrazia attraverso il superamento di tutte le forme di distribuzione a pioggia degli incentivi a vocazione performante si veda Mainardi 2018; Roma 2009.

È questo il momento che segna il passaggio dall'approccio difensivo, tendenzialmente di tutela da comportamenti bloccanti, all'approccio proattivo nella gestione, volto a incentivare le scelte strategiche (specie sul piano «micro») in grado di neutralizzare le cause di malessere.

Con il senno di oggi¹⁶, il riferimento reiterato alla «garanzia», ma pure all'«impegno», racchiude, sotto il profilo giuridico, un vero obbligo per le amministrazioni di determinare il benessere nei luoghi di lavoro pubblici. E tutte le volte in cui è possibile ravvisare un obbligo, è immanente al sistema l'esigibilità di un'azione.

La presa di coscienza nel nostro ordine giuridico interno, nei termini sopra rappresentati, è perfettamente sintonica con l'evoluzione dell'ordine giuridico sovranazionale e con gli approdi in materia di stress lavoro-correlato. Il terreno era già stato arato da alcune importanti disposizioni rinvenibili in ambito sovranazionale. Basti solo ricordare che nell'accordo quadro europeo sullo stress lavoro-correlato, concluso l'8 ottobre 2004, e quindi nell'accordo interconfederale del 9 giugno 2008¹⁷, di recepimento dell'accordo quadro europeo, è previsto che «lo stress è una condizione che può essere accompagnata da disturbi o disfunzioni di natura fisica, psicologica o sociale ed è conseguenza del fatto che taluni individui non si sentono in grado di corrispondere alle richieste o alle aspettative poste in loro»¹⁸. Ecco perché il d.lgs. n. 81/2008 emanato in quegli stessi anni¹⁹, ha introiettato questo approccio, tanto da trasferire la propria *ratio* preventiva anche alle nuove manifestazioni di malessere non correlate *stricto sensu* con la salute fisica di lavoratori e lavoratrici, e invece connesse con quella che può essere indicata come la loro «salute emotiva»²⁰. Diciamo che la prevenzione di cui si parla nel d.lgs. n. 81/2008 può ben essere considerata l'antefatto storico della dimensione proattiva (giuridicamente esigibile) finalmente ricono-

¹⁶ In ragione, cioè, della complessiva evoluzione sistemica nella direzione sopra evidenziata di «investimento sul fiorire delle persone».

¹⁷ Reperibile su <http://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/accordo-interconfederale-9-giugno-2008-accordo-interconfederale-di-recepimento-dellaccordo-quadro-europeo-concluso-18-ottobre-2004-tra-uniceuapme-cep-e-ces-sullo-stress-sul-lavoro/>.

¹⁸ Ma già nel 1999 il NIOSH (*National Institute for Occupational safety and Health*) lo aveva riconosciuto come un insieme di reazioni fisiche ed emotive dannose che si manifestano quando le richieste lavorative non sono commisurate alle capacità, alle risorse o alle esigenze dei lavoratori.

¹⁹ Il cui art. 28 è molto chiaro nell'affermare che la valutazione dei rischi «deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151».

²⁰ Del resto la natura umana è «intersezione di natura e spirito, essere e voler essere [...]», e i diritti umani sono «un prodotto del dualismo antropologico di corpo e anima», come concettualizzato dalla filosofa Jeanne Hersch. Un bel saggio ricostruttivo del suo pensiero può essere letto in Casadei 2012.

sciuta in ambito pubblico *expressis verbis*, qualche anno più tardi, con la novela, racchiusa nella l. n. 183/2010, intervenuta sul d.lgs. n. 165/2001 della quale si è appena detto²¹. Pure la Giurisprudenza della Suprema Corte ha fatto passi da gigante nel senso qui auspicato di valorizzazione dell'approccio proattivo. In una recente pronuncia la Cassazione ha affermato che «la tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore non ammette sconti, in ragione di fattori quali l'ineluttabilità, la fatalità, la fattibilità economica e produttiva, nella predisposizione di condizioni ambientali sicure» e questo implica «[...]l'obbligo del datore di lavoro di astenersi da iniziative, scelte o comportamenti che possano ledere, già di per sé, la personalità morale del lavoratore, come l'adozione di condizioni di lavoro stressogene o non rispettose dei principi ergonomici, oltre ovviamente a comportamenti più gravi come *mobbing*, *straining*, *burnout*, molestie, *stalking* e così via, [...]»²² Come si vede, si tratta di una sponda interpretativa di non poco momento che aiuta a superare ogni scetticismo in proposito.

2.2....(segue) Nuove traiettorie per la gestione e la micro organizzazione

Immaginando sia possibile configurare un vero obbligo esigibile di azioni proattive, mirate alla creazione di ambienti di lavoro permeati da un buon clima organizzativo, sulla base del combinato disposto (di norme) che ricongiunge il sempre verde art. 2087 del codice civile²³ all'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 e, più in generale, a tutta la *soft law* derivata dal PNRR (di cui si dirà più avanti), va osservato che nei luoghi in cui dimora il benessere, anzi la buona salute bio-psico-emotiva, è abbastanza verosimile che si possa rilevare l'assenza di discriminazioni o comunque prevedere che siano state neutralizzate tutte le situazioni in grado di favorirle. È altrettanto probabile che negli stessi luoghi emergeranno *performance* per così dire performanti.

²¹ Che sia questa la strada maestra intrapresa, e mai più abbandonata, lo dimostra anche la l. n. 4/2021 di ratifica ed esecuzione della Convenzione OIL n. 190/2019, e la presa d'atto «circa la pericolosità dei fenomeni di violenza e molestie nel mondo del lavoro» a causa delle ripercussioni negative che esse determinano non solo «sulla salute psicologica, fisica e sessuale, sulla dignità e sull'ambiente familiare e sociale della persona», ma anche «sull'organizzazione del lavoro, sui rapporti nei luoghi di lavoro, sulla partecipazione dei lavoratori, sulla reputazione delle imprese e sulla produttività». Così Marinelli, Vallauri 2023.

²² Si veda Cass. sez. lav. 19 gennaio 2024, n. 2084, in https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=31344:cassazione-civile,-sez-lav,-19-gennaio-2024,-n-2084-il-datore-di-lavoro-%C3%A8-tenuto-ad-astenersi-da-iniziativa-che-possano-ledere-i-diritti-fondamentali-del-dipendente-mediante-l-adozione-di-condizioni-lavorative-stressogene&catid=16&Itemid=138, pres. Tria, rel. Marotta.

²³ La norma in bianco posta a presidio della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Ritengo che l'art. 2087 c.c. racchiuda nel proprio codice genetico la vocazione generale a proteggere e prevenire da nuovi rischi riguardanti tutte le situazioni soggettive dei lavoratori di modo che i suoi lembi possono ancora essere estesi sino ad abbracciare anche fattispecie ulteriori, diverse dal *mobbing* e dallo *straining* sin qui conosciute. In generale sulla evoluzione della disciplina in materia di salute e sicurezza si veda da ultimo Garofalo 2023, e ivi citazioni bibliografiche.

Pure la Direttiva della PCM del 4 marzo 2011, sul funzionamento dei CUG, già riconosceva la corrispondenza tra l'ambiente lavorativo dominato da comportamenti discriminatori e vessatori e il peggioramento delle prestazioni e dell'efficienza pubblica, con ricadute negative sull'immagine delle stesse Amministrazioni²⁴.

Insomma, è di tutta evidenza la *liaison* tra lo star bene nel proprio luogo di lavoro, l'assenza di approcci discriminatori, bloccanti, e, a valle del processo, il ritorno in termini di *appeal* di una certa Amministrazione, con tutte le positive ricadute sul piano della desiderabilità di prestare lavoro proprio in quegli ambiti.

Favorire lo star bene attraverso azioni in grado di disinnescare le fonti di discriminazioni, *mobbing*, *straining*²⁵ e di malessere in generale, comporta sicuri vantaggi di ritorno sul piano macro organizzativo.

Ma la salute emotiva, di cui si è appena detto, si nutre soprattutto di approcci gestionali trasparenti e magari conoscibili *ex ante*, come si proverà a dire nei paragrafi che seguono²⁶.

3. Il benessere ha bisogno di progetti conoscibili *ex ante* (trasparenti)

Dal momento in cui il perseguimento del benessere nei nostri apparati ha intrapreso un cammino di affermazione progressiva, sono parallelamente affiorati bisogni sempre più concreti di una *leadership* sensibile, attenta pure a questi temi e autenticamente armonizzata con le aspettative dei componenti della propria squadra.

Fra questi bisogni, da sempre, è possibile annoverare la comunicazione chiara e trasparente in funzione della prevedibilità anche delle condizioni di lavoro di ciascuno. Peraltro, se si osservano gli esiti di alcuni sondaggi, in merito ai fattori più comuni di malessere, è evidente la mancanza di chiarezza nei ruoli e nelle responsabilità²⁷.

Ecco perché servono, oggi più che mai, comportamenti dirigenziali virtuosi, anche sotto lo specifico profilo della trasparenza nella gestione e nelle

²⁴ Su tutti questi aspetti diffusamente Vimercati 2021, anche in *Lav. pubbl. amm.*, 2022, 25 sgg.

²⁵ Per la disamina delle relative condotte, specie sotto il profilo dei danni, si legga la ricostruzione di Ege 2019.

²⁶ Nei successivi paragrafi farò riferimento alla relazione presentata in seno alla sessione «I giudizi e la scelta di genere» del Seminario di Bertinoro, organizzato presso l'Università degli Studi Alma Mater Studiorum di Bologna, il 14-15 dicembre 2023, sul tema «La trasparenza nei rapporti di lavoro».

²⁷ Nelle rilevazioni dell'European Agency for Safety and Health at Work European Opinion Poll on Occupational Safety and Health May 2013, l'assenza di chiarezza, secondo il 63 % degli intervistati, va annoverata fra i fattori più comuni di stress. I dati sono liberamente consultabili su <https://osha.europa.eu/en/facts-and-figures/european-opinion-polls-safety-and-health-work/european-opinion-poll-occupational-safety-and-health-2013>. Sul tema della trasparenza nei rapporti di lavoro è possibile ascoltare le relazioni del Convegno di Bertinoro, prima citato, al seguente indirizzo https://www.youtube.com/playlist?list=PLNbfyKvtjYzxtBjzgjUve4BnoCu_Ajv5.

modalità di organizzare il lavoro a livello micro, in modo da preservare la salute emotiva di lavoratrici e lavoratori, determinare benessere negli apparati e sollecitare motivazione, in funzione della migliore produttività e, come ricaduta a valle, della soddisfazione degli utenti. Serve, per esempio, una programmazione²⁸ conoscibile *ex ante* che metta ordine e stemperi le conflittualità all'interno di un *team* di lavoro rivelandosi efficace, anche nella prospettiva di genere qui indagata.

4. Il progetto e la sua attuazione

L'adozione del PNRR ha innescato un nuovo processo evolutivo delle PA, di modo che oggi si osserva un cambiamento sostanzialmente manageriale. Questo perché a livello centrale sono state delineate le coordinate e il perimetro di norme e incentivi per favorire un cambiamento organizzativo che deve comunque essere invero a livello di singola amministrazione (cfr. Deidda Gagliardo, Saporito 2021). Il PNRR può essere sostanzialmente considerato un contratto di performance con specifiche fasi di attuazione, *milestone* (traguardi) e *target* di raggiungimento. Ecco perché ancora una volta i *manager* pubblici assumono un ruolo centrale per qualsiasi successo applicativo. Appaiono indispensabili, infatti, dirigenze preparate al cambiamento e dotate delle competenze necessarie per implementare l'ardimentoso progetto. Da qui è derivata tutta la normativa interessata al rilancio del possesso delle necessarie competenze e più in generale una sequenza di direttive, riconducibili al modello della *soft law*, con le quali si cerca di imprimere un cambiamento al sistema, secondo il tipico approccio delle norme di armonizzazione. Ricordo brevemente che sono stati adottati: il d. m. 22 luglio 2022 proprio sul *management by competencies*²⁹, il d. m. 28 settembre 2022, ovvero le «Linee guida sull'accesso alla dirigenza pubblica»³⁰, la Direttiva del Ministro Zangrillo del 23 marzo 2023 sulla «Pianificazione della formazione e sviluppo delle competenze funzionali alla transizione digitale, ecologica e amministrativa promosse dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»³¹, che scommette su conoscenza, competenza e capacità del personale, introducendo il ciclo di gestione della formazione, il d. m. 28 giugno 2023 che racchiude il modello delle competenze trasversali del personale non dirigente, con il riferi-

²⁸ Sul tema Pallini 2020; Boscato 2023.

²⁹ In cui si legge che bisogna attuare un «cambio di paradigma» e quindi «riconoscerne e accompagnarne l'evoluzione, verso una caratterizzazione fondata sulla specificità dei saperi, sulla qualità della prestazione e sulla motivazione al servizio» elementi questi considerati qui centrali per «disegnare le carriere dinamiche dei più meritevoli e accrescere l'attrattività del lavoro pubblico, in una logica di *employer branding*».

³⁰ Reperibili all'indirizzo https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/DM_28_9_22_Linee_Guida_Accesso_Dirigenza.pdf.

³¹ Rinvenibile all'indirizzo https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Ministro%20PA/Zangrillo/2023_marzo/Direttiva_formazione.pdf.

mento alle *soft skill*³² e infine, come si dirà meglio più avanti, la Direttiva del 28 novembre 2023, «nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della *performance* individuale»³³.

Senza dimenticare, naturalmente l'ultimo intervento normativo, in ordine di tempo, e cioè la direttiva per il superamento della violenza contro le donne³⁴ in grado di orientare i comportamenti gestionali verso la cultura del «rispetto».

Insomma, nel nostro ordinamento entrano prepotentemente le metriche del *competency management*, cosicché è possibile, oggi pretendere, in modo molto più concreto, il *quomodo* della performance, ricorrendo alla richiesta di *soft skill* che si spingono a contemplare financo la tenuta emotiva del *manager*.

Questa disciplina evidentemente punta sulle modalità di esecuzione della prestazione manageriale. Non importa più, o almeno non soltanto, il «cosa», cioè gli obiettivi da raggiungere, ma soprattutto il «come» questi vengano raggiunti. Non interessa più solo il *quantum* degli obiettivi conseguiti ma anche il *quomodo* del raggiungimento dei medesimi.

4.1. La progettazione che verrà

Divampa intanto la normazione protesa ad affermare il modello della progettazione funzionale alla costruzione del valore pubblico, inteso come benessere sociale. Il PIAO³⁵ ne è la perfetta rappresentazione visto che configura la progettazione unica volta alla creazione di «valore pubblico». Questo Piano racchiude, per espressa previsione normativa, anche quelli per le azioni positive, accanto al piano delle performance, al POLA, al piano anticorruzione e così via. E infatti l'art. 6, co. 2, lett. g), d. l. n. 81/2020, prevede che il PIAO definisca le modalità e le azioni finalizzate al pieno rispetto della parità di genere.

Nella progettazione funzionalizzata alla costruzione del valore pubblico entrano quindi a pieno titolo le azioni mirate alla parità di genere.

Per la verità le amministrazioni sono da sempre allenate al raggiungimento dell'interesse pubblico dei consociati e, più in generale, all'approccio paritario, ovvero al trattamento imparziale, ma oggi si parla di valore pubblico nell'accezione proprio di valore sociale: questo nel senso che sempre più bisogna proiettarsi alla verifica dell'impatto che una certa azione amministrativa abbia avuto, ovvero dei relativi *outcome*.

³² In <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/09-08-2023/dm-competenze-trasversali-personale-non-dirigenziale>.

³³ In <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/29-11-2023/nuove-indicazioni-materia-di-misurazione-e-di-valutazione-della>.

³⁴ Fruibile al seguente indirizzo <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/07-12-2023/direttiva-superamento-violenza-contro-le-donne>.

³⁵ Il d. l. n. 80/2021, come si sa, ha codificato il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) quale misura per il rafforzamento della capacità amministrativa dei nostri apparati pubblici. Per considerazioni condivisibili sulle prospettive applicative del PIAO si legga Talamo 2023.

Fra gli *outcome* attesi (cioè, gli impatti verificabili) oggi vanno quindi collocate le azioni volte a favorire la parità di genere. Insomma, sembra vi sia qualche chance di maggiore concretezza per gli ambiti qui indagati.

5. Valore pubblico e valore delle persone: il contrasto al malessere (anche di genere)

Va detto che tutte le volte in cui l'interesse pubblico si apre a nuovi significati – posto che non esiste un concetto fisso ma al contrario mobile e cioè suscettibile di ampliamento e modifiche³⁶ – anche l'obbligazione manageriale ne viene connotata, allargandosi, con una sorta di effetto di ritorno. Se il vincolo di scopo è il benessere sociale, nelle molte sfaccettature sopra indicate, l'effetto di ritorno nell'obbligazione dirigenziale è giusto l'impegno di costruire luoghi di lavoro liberi dal malessere (anche di genere). Del resto, neutralizzare le cause di cattiva *performance* correlate al malessere, rappresenta comunque una questione di efficienza, secondo la visione più tradizionale dell'interesse pubblico.

Nel momento in cui ci interroghiamo sui nuovi orizzonti dischiusi per l'obbligazione manageriale³⁷, è agevole trovare risposte nella necessaria creazione di ambienti di lavoro, trasparenti e permeati da un buon clima organizzativo, da quel benessere che sempre più abbandona lo stato di meta valore, per assumere, almeno in ambito pubblico, fattezze sempre più vicine ad un vero e proprio diritto.

Questo è il primo aspetto dirompente da osservare: la necessità spinta (dando per scontato che dopo tanti anni il sistema e i suoi attori siano pronti anche a questa evoluzione) di verificare l'impatto dell'azione amministrativa. Ciò non a costo delle aspettative di chi lavora dentro gli apparati, bensì, e molto più opportunamente, contando sulla loro alleanza.

Molto si è detto dell'alleanza tra amministrazione e amministrati, e, cioè, di quella cittadinanza attiva rappresentata proprio dal ponte fra il «dentro» e il «fuori» dei pubblici uffici, oggi, accanto a quella, va pure considerato il bisogno di ricorrere alla (e rinsaldare l') alleanza con le persone che lavorano dentro gli apparati.

Lo *slogan* del periodo potrebbe quasi divenire «creare valore pubblico, dando valore alle persone».

6. L'estensione della obbligazione manageriale

Posto che si tratta di un cambiamento sostanzialmente manageriale, è proprio sul piano della micro organizzazione e gestione che occorre investire e cioè nello spazio decisionale delimitato dall'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, quello in cui trova attuazione il *quomodo* della gestione e micro organizzazione. È proprio qui che si radicano tutte le incrostazioni comportamentali foriere di scarsa salubrità emotiva che l'approccio proattivo potrebbe contribuire a disinnescare. Questo è il luogo in cui occorre sfoderare quelle competenze in grado di superare il malessere, nelle sue molte accezioni, con uno stile di *leadership* aperto alle disposizioni del d.lgs. n.

³⁶ Lo ricorda Fiorillo 2021.

³⁷ Che deriva dal contratto di incarico di funzione dirigenziale di cui all'art. 19 del d.lgs. 165/2001.

104/2022, ma anche coerente con le «linee guida sulla parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni»³⁸.

Riannodando i fili del ragionamento prospettato più sopra, serve un *leader* che comunichi in modo chiaro e trasparente con collaboratrici e collaboratori, specie in quelle situazioni potenzialmente in grado di determinare conflittualità e fibrillazioni emotive. Serve un *management* in grado di costruire relazioni di lavoro basate sulla fiducia, sul reciproco affidamento, e quindi convintamente radicato su principi fondamentali quali l'eguaglianza.

Riprende quota la *friendly administration* teorizzata nel 1996 da Umberto Allegretti, ovvero la PA da concepire, diceva la dottrina³⁹, quale luogo, spazio, teatro, dove i soggetti giocano le proprie capacità.

Dal lontano 1996, si approda oggi ad una fase sistemica in cui delle capacità e della relativa espansione si fa autentico investimento organizzativo.

Trasparenza quindi nel senso di accessibilità, chiarezza e conoscibilità, ma anche confrontabilità, con un salutare approccio al *benchmarking*, in linea con i linguaggi e le tecniche del *performance management*, e cioè lo strumentario al quale, da qualche anno in qua, si chiede, sempre più frequentemente, di fare ricorso nei nostri apparati. Ciò trova conferma in quel passaggio⁴⁰ delle Linee guida sulla parità, appena citate, in cui si legge che «la conoscenza dei fenomeni, la misurabilità e la confrontabilità costituiscono un presidio che può garantire uniformità di approccio e corralità delle azioni, con un effetto moltiplicatore dell'efficacia»⁴¹.

Del tutto coerenti con queste riflessioni, paiono le Linee guida per l'accesso alla dirigenza, più sopra citate, i cui contenuti ben potrebbero scivolare dentro l'obbligazione manageriale, assunta con il contratto di incarico di funzione dirigenziale. Le Linee guida, modellano un nuovo sinallagma aperto a capacità, attitudini e motivazioni individuali. E questo perché, come si diceva, non importa più solo il *quantum* delle performance ma il relativo *quomodo*⁴².

Serve infine un *management* favorente l'appagamento di lavoratori e lavoratrici, ovvero attento alla salute emotiva che alberga in un ambiente di lavoro esposto alle intemperie del malessere.

È proprio in questo punto del sistema che si deve intervenire instillando pure una educazione di genere.

³⁸ Rinvenibili su https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Linee_guida_sulla_Parita_di_Genere.pdf. In argomento Spinelli 2023, spec. 127 sgg.

³⁹ Sempre attuale Allegretti 1996.

⁴⁰ Cfr. 18 del documento.

⁴¹ Per questa ragione si ritiene necessario: realizzare uno spazio informativo sulla sezione Amministrazione trasparente contenente i dati aggiornati sulle grandezze e gli indicatori rilevanti per le politiche di genere, inclusi dei cruscotti per *benchmark* sui dati rilevanti, in formato che ne consenta l'indicizzazione e l'interoperabilità; attrezzarsi per esporre i dati già oggetto di obblighi di pubblicazione in una modalità genderizzata «by default».

⁴² Nel d. m. del 9 agosto 2023 sulle competenze trasversali del personale non dirigenziale – che fa da controcanto al d. m. 28 settembre 2022 che racchiude le linee guida di accesso alla dirigenza – si afferma espressamente che non sono importanti solo le conoscenze o competenze tecnico specialistiche e cioè il «cosa» deve essere fatto ma il «come» svolgere il lavoro in modo efficace.

6.1. (segue) ...Le implicazioni nell'ambiente di lavoro

Si è visto come nell'obbligazione manageriale è forse possibile far rientrare, fra gli altri, pure l'obbligo di garantire benessere, anzi un ambiente di lavoro rispettoso della salute bio-psico-emotiva di chi lavora nei nostri apparati. Sempre più numerosi sono i momenti sistemici in cui la *friendliness manageriale* dovrebbe manifestarsi anche in ragione della sussistenza dell'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 e della garanzia qui codificata. Un ambiente di lavoro emotivamente salubre corrisponde di certo ad un luogo in cui si è diffusa la cultura del rispetto e delle pari opportunità⁴³, libero da giudizi di genere e da linguaggi fuorvianti ma pure da comportamenti bloccanti. In ragione di ciò si pretende un dirigente sempre più manager del «progetto benessere anche di genere», ovvero un *leader* che: a) non generi trattamenti discriminatori e soprattutto professionalmente mortificanti, nel rispetto dei canoni della buona fede e correttezza comportamentale di matrice civilistica; b) rinsaldi il rapporto di fiducia e reciproco affidamento che passa attraverso il riconoscimento equo del valore dei propri collaboratori, indossando i panni del buon padre di famiglia; c) curi la crescita professionale della propria squadra, favorendo le occasioni di formazione e promuovendo opportunità di sviluppo interne ed esterne alla struttura di cui è responsabile; d) valuti i propri collaboratori e le proprie collaboratrici, secondo buona fede e correttezza comportamentale. Questo perché dalla valutazione sincera, autentica discende la corretta implementazione del nuovo modello di professionalità e la soddisfazione delle persone (nell'ambito del sistema delle progressioni orizzontali e verticali, per esempio)⁴⁴.

7. Riflessioni conclusive: l'effettività sistemica

Resta da chiedersi se esistano strumenti di effettività sistemica. Il buon funzionamento della valutazione delle performance è la chiave del successo o dell'insuccesso di tutte le audaci politiche gestionali qui descritte e volte a scardinare comportamenti, approcci e persino linguaggi che magari non integrano ancora condotte punibili, ma che sono egualmente fonte di patemi d'animo e lesioni alla sfera bio-psico-emotiva.

La Direttiva del 28 novembre 2023⁴⁵ costituisce uno degli ultimi tasselli normativi dell'ampia *soft law* di cui si è detto e può essere considerata la rappresentazione del progetto omogeneo a razionale che muove in questa direzione. In ragione delle disposizioni qui racchiuse, la valutazione e l'eventuale responsabilità manageriale si pongono, ancor più oggi, a presidio della efficacia dell'intero modello. In effetti, è proprio la possibilità di indirizzare la valutazione delle *performance* dirigenziali nella direzione di rilevare i buoni comportamenti, quelli cioè capaci di im-

⁴³ Sono le indicazioni racchiuse nelle Linee guida sulla parità di genere più sopra citate.

⁴⁴ Ricordo brevemente che la valutazione è ormai un crocevia sistemico, anzi una vera e propria *condicio sine qua non* per aspirare a progressioni di carriera. Sull'argomento, rinvio agli scritti racchiusi in Boscato, Zilli 2023.

⁴⁵ Ovvero la Direttiva che ha per oggetto: «nuove indicazioni in materia di misurazione e di valutazione della performance individuale», cit.

plementare il benessere negli apparati, che potrebbe restituire, in modo indiretto, concretezza alla tesi della configurabilità di obbligazioni alla gestione proattiva.

Solo per fare un esempio, basterebbe verificare «se e in che misura i dirigenti hanno – tra i loro obiettivi – una responsabilità chiara per la mancata carriera delle donne»⁴⁶ costruendo un SMVP⁴⁷ che affini anno dopo anno indicatori di *performance* funzionali a rilevare (per consentire di premiarli) i migliori comportamenti in questo specifico ambito. Proprio sul piano degli indicatori di *performance* le amministrazioni possono, davvero, dare spazio alla propria creatività, secondo un virtuoso percorso di apprendimento sistemico che riesca infine a valorizzare i dirigenti più friendly, inclusivi e attenti alle istanze di benessere.

Insomma, le tessere per un efficace mosaico dispositivo ci sono tutte, se solo si pensi che qualche anno fa era possibile contare solo sull'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, ancora vicino solo alle scarse fattezze del meta valore. Resta da augurarsi che, grazie al nuovo volto del *management* pubblico, tratteggiato da tutte le norme sin qui descritte, possa essere rilanciato, il concetto di casa di cristallo, e quindi di conoscibilità totale, che fa tanto bene ai comportamenti paritari, liberato, però, da quel soffitto di vetro da sempre presente in quasi tutti i luoghi di lavoro privati o pubblici che siano.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. 2022, sez. Il Tema, Diritto del lavoro e felicità, *Var.dir.lav.* 1.
- Allegretti, U. 1996. *Amministrazione pubblica e Costituzione*. Verona: Cedam.
- Avallone, F., Bonaretti, M. 2003. *Benessere organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*. Soveria Mannelli: Rubettino Editore.
- Boscati, A. 2023. “La professionalità del pubblico dipendente tra vincoli costituzionali e contrattazione collettiva: uno sguardo d’insieme alla luce delle più recenti riforme.” In *La professionalità tra legge e contratti*, a cura di A. Boscati e A. Zilli, 7 sgg. Milano: Wolters Kluwer - Cedam.
- Boscati, A., Zilli A. (a cura di), 2023, *La professionalità tra legge e contratti*, Milano: Wolters Kluwer.
- Carabelli, U. 2023. *Torniamo a ragionare seriamente su come rendere la Pubblica Amministrazione consona ai bisogni della società del futuro*. Disponibile su: <https://spaziopubblico.fpcgil.it/torniamo-a-ragionare-seriamente-su-come-rendere-la-pubblica-amministrazione-consona-ai-bisogni-della-societa-del-futuro/>, 13.06.2023.
- Casadei, T. (a cura di). 2012. *Diritti umani e soggetti vulnerabili, Violazioni, trasformazioni, aporie*. Torino: Giappichelli.
- D'Alessio, G. 2023. Presentazione del Convegno *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, 29-30 novembre 2023. Università Federico II di Napoli. Disponibile su: <<https://www.youtube.com/watch?v=hIYZsAJQP10>>.

⁴⁶ Si tratta di uno dei suggerimenti ricavabili dalle Linee guida sulla «Parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni» cit., in particolare si veda 11.

⁴⁷ Si fa riferimento al Sistema di misurazione e valutazione delle performance, di cui al d.lgs. n. 150/2009, cioè la fonte sub primaria che, a livello di amministrazione, racchiude il modello valutativo che ciascuna PA intenda adottare e che deve essere ripensato ogni anno, in una sorta di esercizio creativo e adattamento sistemico.

- D'Antona, M., Matteini, P., Talamo, V. 2001. *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè.
- Deidda Gagliardo, E., Saporito, R. 2021. "Il PIAO come strumento di programmazione integrata per la creazione di valore pubblico." *Riv. It. public. management* 2.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 4: 383-405.
- Del Punta, R. 2019. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." *WP CSDLE «Massimo D'Antona»* – 395/2019.
- Ege, H. 2019. *La valutazione peritale del danno da mobbing e da straining*. Milano: Giuffrè.
- Fiorillo, L. 2021. *Il diritto del lavoro come strumento per la sostenibilità dei servizi per la collettività*. Relazione presentata al XX Congresso Nazionale AIDLASS.
- Garofalo, D. 2023. "L'evoluzione della normativa italiana in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, anche alla luce delle più recenti trasformazioni digitali." *Var. dir. lav.* 4: 844 sgg.
- Livraghi, R., Pisani, I. 2016. "Capabilities e business: sulla possibilità dell'impresa come comunità di persone." *Quaderni di Economia del lavoro*, 11 sgg.
- Mainardi, S. 2018. "La valorizzazione delle risorse umane nelle pa. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa." *Riv. giur. lav.* 3: 453 sgg.
- Mainardi, S. 2023. "Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai Ccnl tra organizzazione e tutela della professionalità." *Lav. pubbl. amm.* 3: 449 sgg.
- Marinelli, F., Vallauri, M.L. 2023. "Legge 15 gennaio 2021, n. 4 (in Gazz. Uff., 26 gennaio 2021, n. 20). Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 190 sull'eliminazione della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro, adottata a Ginevra il 21 giugno 2019 nel corso della 108ª sessione della Conferenza generale della medesima Organizzazione." *LDE* 1.
- Nicosia, G. 2022. "La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico." *Var. dir. lav.* 1: 87 ss.
- Nicosia, G., Saracini, P., Spinelli, C. 2021. "Un nuovo alfabeto per il lavoro pubblico: quando la persona diventa un «capitale»." *Osservatorio, Riv. giur. lav.* 2. Disponibile su: <<https://www.futura-editrice.it/osservatori-rgl/?cpage=2>>.
- Pallini, M. 2020. "L'inquadramento professionale dei dipendenti pubblici a metà del guado." *Var. dir. lav.*, 283 sgg.
- Pelligra, V. 2020. "Un nuovo umanesimo del lavoro per trovare un senso con gli altri e per gli altri." *Il Sole 24 ore*, 4.10.2020.
- Perulli, A., Speciale, V. 2022. *Dieci tesi sul diritto del lavoro*. Bologna: Il Mulino.
- Pioggia, A. 2023. "Cosa può dirci il femminismo sulla pubblica amministrazione italiana." III ciclo seminari Pluralismi, webinar, 11.04.2023.
- Roma, G. 2009. "Merito e valutazione: dalla legge delega 15/2009 al decreto di attuazione." *Ris. um.*, 23 sgg.
- Ruffini, R. 2006. "Governance delle risorse umane. I modelli di direzione delle risorse umane negli enti locali: primi risultati di una ricerca Formez." *Ris. um.*, 29 sgg.
- Spinelli, C. 2023. "La professionalità del dirigente pubblico nel ruolo di datore di lavoro." In *La professionalità tra legge e contratti*, a cura di A. Boscati e A. Zilli. Milano: Wolters Kluwer.
- Talamo, V. 2023. "I sistemi resilienti di inquadramento professionale del personale pubblico dopo il decreto reclutamento ed i Ccnl 2019-21." *Lav. pubbl. amm.* 3: 473 sgg.
- Vimercati, A. 2021. "L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dell'azione dei CUG." In *Liber Amicorum per Umberto Carabelli*, a cura di AA.VV. Bari: Cacucci.

Sulle distorsioni giuslavoristiche della prospettiva rimediale¹

Luca Nogler

1. Il 'rimedio' nella prospettiva statica (o descrittiva)

Non è azzardato – come tenterò di argomentarlo in questo scritto – supporre che sia stata proprio una parte della dottrina giuslavoristica ad atteggiarsi a sostenitrice di quell'«ideologia rimedialista» che è stata recentemente stigmatizzata dal civilista che, più di tutti gli altri si è sforzato di coltivare la prospettiva rimediale del diritto². Ovviamente non ignoro che i pionieri furono, e non serve neppure citarne le opere, *Adolfo Di Majo* e, tra i nostri migliori conoscitori del modello di *common law* americano, *Ugo Mattei*. Qui interessa indagare il contributo che i giuslavoristi offrono all'usuramento del significato giuridico della parola 'rimedio', che sembra ultimamente perdere di consistenza categoriale perché suona sempre di più come un mero concetto ombrello sotto cui riparano significati che sono troppo differenti tra loro per dotarlo dell'attitudine minima che è necessaria per denotare qualcosa in modo sufficientemente chiaro. Se la risposta all'indagine evidenziasse un robusto contributo giuslavoristico in tale de-strutturante direzione sarebbe, infine, un'ulteriore conferma della legge formulata da *Federico Mancini* secondo il quale quello del lavoro è il settore del

¹ Dedico lo scritto alla memoria di Riccardo Del Punta.

² Mazzamuto 2023, 52; ma di «ideologia rimedialista» ha parlato per primo Nicolussi 2014, 1211 seguito poi da Scalisi 2018, 1051.

diritto in cui si può aspirare «al titolo di giurista senza fare i conti con le severe pretese del metodo giuridico» (Mancini 1984, 626).

A scanso di equivoci, preciso che in questo contesto il termine ‘ideologia’³ denota, in modo più ampio rispetto alle tradizionali impostazioni politiche, la postura di chi si serve di parole d’ordine per innescare una mobilitazione della giurisprudenza al fine di farle *ponere legem* senza rispettare i vincoli dell’argomentazione giuridica che dovrebbero caratterizzare lo svolgimento del suo compito istituzionale che consiste notoriamente nello *ius dicere*. Sono cioè parole d’ordine che attraverso un «vestito d’idee» (*Ideenkleid*) mascherano esiti che sarebbero preclusi se si procedesse in coerenza con i vincoli dell’attività giuridica.

Procedendo comunque con ordine, inizierò, anzitutto, chiarendo in connotati concettuali della prospettiva rimediale (par. 1), passerò poi ad illustrare la ragione principale per la quale parte della dottrina denuncia una presunta crisi della fissazione dei presupposti (fattispecie) del rimedio (par. 2), per riaffermarne, al contrario, l’assoluta necessità argomentativa (par. 3). Svolta questa parte generale, sposterò l’analisi su alcune prospettazioni ed esemplificazioni giuslaboristiche (parr. 3 e 4) che, volendo fin da subito anticipare parte delle conclusioni, riportano a galla questioni ancora irrisolte sul come la nostra disciplina si colloca all’interno della scienza giuridica.

Per una serie di ragioni che dovrebbero, spero, emergere con chiarezza nel proseguo del saggio, occorre iniziare chiarendo in quale relazione reciproca si pongano tra loro le due categorie della ‘fattispecie’ e del ‘rimedio’. A tal proposito, può dirsi, anzitutto, che la categoria della «fattispecie» è storicamente figlia del positivismo statalista al quale risale la prospettazione secondo la quale viene considerata come idonea a produrre effetti giuridici la fattispecie (astratta) «pensata nel suo storico divenire» (Rubino 1939, 3 sgg.) e cioè la fattispecie concreta. Dati certi presupposti, il soggetto giuridico può maturare la posizione soggettiva tutelata dall’ordinamento ovvero si producono gli effetti previsti dalla prescrizione normativa. Se sopraggiungono poi impedimenti alla realizzazione dell’effetto-primario o una lesione dell’interesse stesso a realizzarli, possono subentrare i rimedi (effetto-secondario). Con questi ultimi siamo, quindi, già in una fase temporale ulteriore della dinamica giuridica: quella della tutela. I rimedi, secondo *Salvatore Mazzamuto*, «costituirebbero un piano mobile di strumenti preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti che rimane di competenza del diritto soggettivo e dei poteri e facoltà che lo compongono, ma al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all’inattuazione di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la sua violazione da parte di un terzo» (Mazzamuto 2023,

³ Non è, infatti, una parola che denota in sé una negatività (cfr. Ricoeur 1994) ma che – come cercherò di spiegare nel par. 2 – se, usata nel contesto del discorso giuridico post-positivista, equivale operazionalmente alla rimozione del vincolo procedurale, come osserva anche Marinelli 1996, VII. Tale significato non coincide con quello che assegnò alla parola Tarello 1967 che, accostando le teorie alle ideologie, intendeva esprimere un’endiadi (M. Barberis, in *Riv. int. fil. dir.*, 2007, 645) per togliere ogni spazio possibile ai giudizi di valore.

41). Sarebbe, tuttavia, errato – chiarisce la dottrina civilistica – inferire che «i rimedi non presuppongano una fattispecie. Non è possibile immaginare una previsione generale e astratta, com'è quella che conferisce il rimedio, sganciata dalla struttura condizionale propria del precetto o del programma d'azione che si è soliti indicare col termine fattispecie». Semplicemente, «il rimedio, dotato di una propria fattispecie, non è parte della fattispecie attributiva della situazione soggettiva, perché si dispone sul versante della tutela»⁴. Anche l'indimenticabile *Vincenzo Scalisi* si espresse negli stessi termini: «al pari dell'effetto primario, anche l'effetto-rimedio non nasce dal nulla: è anch'esso, come ogni effetto, un valore condizionato dell'agire umano, dove l'evento condizionante, se non è la fattispecie, è pur sempre qualcosa che alla fattispecie somiglia, ossia la inattuazione di un interesse giuridico rimasto insoddisfatto» (Scalisi 2018, 1053-54).

Ora, oltre alla nota giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sulla necessaria predisposizione di «rimedi adeguati», fu, più precisamente, a partire dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che la terminologia giuridica euro-unitario si arricchì del termine *legal remedies* che nella versione italiana fu tradotto con la parola «ricorsi» al quale fu assegnato il significato di «mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori» (art. 7, commi 1 e 3). Di *remedies* si tornò poi a parlare nell'art. 4 della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. Questa volta nella versione italiana si optò per «diritto di agire» che discende poi dal diritto al ricorso effettivo garantito dal più generale art. 47, 1° c., della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵. Finalmente il successivo art. 18, c. 4, s'introdusse anche nella versione italiana l'espressione 'rimedi' (di cui può avvalersi il consumatore e che si aggiungono alla risoluzione del contratto). Partendo da que-

⁴ Mazzamuto 2021, 61-62, il quale soggiunge che «il rimedio non è neppure del tutto estraneo alla fattispecie che delinea la situazione giuridica soggettiva, concorrendo piuttosto alla sua definizione grazie alla stretta correlazione tra posizione sostanziale e piano per l'appunto rimediale». Ancor meglio si esprime comunque D'Amico 2016, par. 10. Poco utile è la tendenza di una parte dei processualisti – si veda Pagni 2005, 489, laddove afferma che il nostro ordinamento s'ispira al principio dell'atipicità dei rimedi – ad utilizzare le parole 'rimedio' e 'tutela' come sinonimi quando, in realtà, 'rimedi' può svolgere la funzione più utile di denotare gli strumenti reattivi «al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all'inattuazione di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la violazione da parte di un terzo» (Mazzamuto 2023, 41).

⁵ Sulla creazione all'interno dell'«ordine costituzionale europeo» del diritto ad una reazione effettiva quale configurazione del principio del giusto processo cfr. il classico studio di Trocker 2007, 35 sgg. e 439 sgg., al quale va riconosciuto il merito di aver colto per primo, all'interno della nostra dottrina gius-processualistica, che nel contesto europeo *common e civil law* entrano in un processo di dialogo che crea convergenze. Su quest'ultimo profilo, in una logica di più lungo periodo cfr. anche Markesinis 1994. Non è un caso comunque che si sia iniziato a parlare di convergenza con il passaggio alla concezione dinamica del diritto che ho descritto nel par. 2.

sti precedenti, che si sono poi con il tempo incrementati, la dottrina civilistica ha razionalizzato la nuova categoria evocata dal termine «rimedi» affermando che «il legislatore comunitario non osa scrivere o riscrivere fattispecie in modo compiuto», ma è «particolarmente orientato ai rimedi, più che alla attribuzione astrattizzante dei diritti»⁶.

Che la concezione rimediale sia congeniale al sistema euro-unitario è, infine, coerente con quella che un autore tedesco ha denominato la sua *instrumentalizzazione del diritto privato* al raggiungimento dell'obiettivo del mercato unico⁷. Il diritto euro-unitario non si estende alla previsione di una regolamentazione basica dell'autonomia privata, ma sostiene l'intarsiamento nei sistemi privatistici nazionali di rimedi che vadano nella direzione dell'obiettivo funzionale di fondo al quale sono finalizzate le libertà fondamentali. Un obiettivo che viene notoriamente prima, e non più dopo, la stessa distinzione tra diritto pubblico e privato⁸ che aveva rappresentato l'alfa e l'omega del paradigma giuridico pandettistico. Il diritto euro-unitario è funzionalizzato all'obiettivo di un ordine concorrenziale secondo un'impostazione che è ben diversa da quella neo-liberale di sostegno al mercato spontaneo⁹. Per questo torna in auge l'impostazione di *Tullio Ascarelli*¹⁰, ma già di *Angelo Sraffa*, per la quale la regolazione dei tipi contrattuali subisce l'influenza interpretativa del principio della libertà d'iniziativa economica e delle condizioni di progresso tecnico ed economico. Per questo può, ad esempio, essere giustificato far gravare «il costo della sopravvenienza e la conseguenza dello sconvolgimento dell'equilibrio contrattuale sulla classe dei viaggiatori (e non sugli organizzatori)»¹¹. Questo atteggiamento, fatto proprio dalla Corte di Giustizia, lungi da giustificare l'atteggiamento pessimistico dei giuslavoristi più emotivi¹², apre la strada ad un superamento della logica generale/speciale che ha retto la relazione storica tra diritti del lavoro nazionali e legislazione euro-unitaria. Si fa largo quella comparazione integrativa che fu sempre sostenuta da *Mauro Cappelletti* che parlandone dinnanzi ai suoi compaesani la chiamò «transnazionalismo»¹³.

⁶ Castronovo, Mazzamuto 2007, 12. Invero ai giuslavoristi era, invece, parso di dover cogliere la dinamica inversa: si veda Roccella 1994, 70.

⁷ Schmid 2010. Fa propria questa premessa declinandola sul piano rimediale, Astone 2014.

⁸ Di qui l'impressione suggerita dal titolo di Benacchio, Graziadei 2016.

⁹ Non a caso, negli Stati Uniti si guarda con simpatia ad autori ordo-liberali come Franz Böhm, si veda Wu 2021, 64 sgg.

¹⁰ Ascarelli 1955, 35, si tratta della prolusione del 1953; sulla necessità di vigilare affinché l'ordine di mercato non degeneri in disordine cfr. anche Oppo 2001, 421 sgg. che ispira l'autrice citata alla nota successiva.

¹¹ Santarpia 2023, 75 a proposito della legislazione sui rimborsi tramite *voucher* dei viaggi annullati a causa della pandemia.

¹² Penso a Giubboni 2017 in quello che è comunque il miglior manuale della materia.

¹³ *Il villaggio e il mondo: riflessioni di un Trentino emigrato nel diritto comparato*, in Folgaria notizie, Comunità di Folgaria, 1985.

2. Il 'rimedio' nella prospettiva dinamica della costruzione della regola di giudizio

Nell'impostazione più risalente si affermava che la norma prescrive un rapporto di condizionalità tra un fatto ed un effetto e gli individui (autonomia privata) determinano lo «storico divenire» della fattispecie legislativa (Falzea 1965, 483 nt. 92). In questa visione il diritto soggettivo indica la piena maturazione dei presupposti per la produzione dell'effetto. A questa impostazione si contrappone quella più normativista che attribuisce sempre e comunque all'ordinamento il potere di determinare gli effetti (Scognamiglio 1954, 331; Cataudella 1967). In questa seconda concezione, il diritto soggettivo assume una funzione descrittiva di «presentation of the law in force» (Ross 1958).

Comune a queste due impostazioni – l'una più concentrata sull'autonomia privata e l'altra sulla norma – è di muoversi sul piano statico dei concetti già formulati e, in quanto tali, precostituiti: la scienza giuridica è «coscienza di ciò che è diritto» (Irti 1997, 251). Per entrambe le visioni il giudice, nel giudizio di merito, dispone di discrezionalità nella sola fase di accertamento storico dei fatti. Se, invece, ci spostiamo nella posizione dinamica della formulazione delle regole di giudizio¹⁴, esce alla luce un interrogativo che veniva oscurato dall'impostazione meramente descrittiva che riduce il diritto a comando dello Stato: come è possibile ricondurre una serie di fatti del presente al passato (fattispecie)? Emerge, così, che la categoria indagata della 'fattispecie' è figlia di una concezione troppo meccanicistica della produzione degli effetti giuridici. Essa è figlia di una prospettiva che guardava all'*institutum*, 'cavandosela' con il richiamo al concetto dell'autonomia privata, come se la volontà dei privati fosse produttiva *in rerum natura* degli effetti giuridici. Ma questo sguardo non tiene conto che il giurista deve sempre di nuovo fare i conti con l'*instituere*. È il suo giudizio che segna il passaggio dai fatti interindividuali alle varie specie di fatti che sono produttivi di posizioni soggettive e che consentono la produzione degli effetti o il ricorso ai rimedi, richiede un'azione valutativa e che quest'ultimo è il problema-*cruce* dell'attività giuridica¹⁵.

Al più tardi quando entriamo in azione scopriamo che passato, presente e futuro sono scansioni temporali che vengono costituite sempre di nuovo dai nostri atti di vita del presente (Arendt 2009, 298). In altre parole, è sempre l'*azione* umana – per il giurista appunto un giudizio – che è alla base della capacità del disposto normativo di parlare nel e al presente regolandolo, sicché l'interprete, quando diventa operativo, più che subire una prescrizione ne costruisce l'attualizzazione regolativa ovvero opera quel che il *common lawyers* chiama lo *rule making*¹⁶. Egli deve sempre di nuovo reinterpretare l'enunciato prescrittivo passato («ogni volta il comprendere giuridico può dirsi nuovo perché sempre

¹⁴ In questa diversa prospettiva il prototipo del giurista diventa il giudice e ciò avvicina tra loro i sistemi di common e civil law: Alpa 1995, 558.

¹⁵ Per la quale, rientrando essa nella sfera dell'agire pratico, vale la massima per la quale «s'impura a ragionare ragionando» (Aristotele 2000, II, 1).

¹⁶ Per maggiori dettagli rimando a Nogler 2018.

diversa è la situazione dell'interprete»; Zaccaria 1995, 366) in modo da giudicare nell'unico tempo in cui vive: il presente¹⁷. I teorici che sono rimasti «più aderenti all'esperienza concreta» (Picardi 2003, 483) partono dal presupposto che, a seconda dei casi, il *potere* del giudice¹⁸ può essere più o meno esteso in termini di discrezionalità. Si propone, quindi, la tipizzazione tra casi facili, intermedi e difficili (Barak 1995).

Questo scenario è però realizzabile solo se prendiamo sul serio le prassi applicative – anche, possibilmente, quelle comparate – che possono esserci d'ausilio nel costruire le ipotesi regolative che, a volte, possono essere anche epi-interpretative laddove il suffisso greco che sta per oltre intende denotare un significato non espresso ma neppure contrario alla formulazione linguistica che è stata utilizzata per esprimere l'enunciato prescrittivo. Tali regole o norme di giudizio si possono, infine, solidificare diventando diritto vivente, e cioè interpretazioni di enunciati normativi che debbono essere fatte proprie dalla stessa Corte costituzionale alla quale spetta 'solo' decidere se esse siano o no in armonia con la Costituzione. Tutto questo cammino deve essere quanto più pubblico possibile. Il giudice – e, più in generale, il giurista – deve, per così dire, guadagnarsi l'autorità che sorregge, infine, la sua decisione sull'individuazione della fattispecie (concreta) che – come già detto – non costituisce né un dato confezionato da attingere con la semplice percezione né un dato inesistente da ideare *ex novo* di volta in volta.

Una volta guadagnato il punto prospettico del giudizio, ed abbandonato il mito del positivismo logico-legalista, usciamo dalla limitatezza – la necessità di pensare ai fatti ed agli effetti in senso solo virtuale – imposta dalla precedente (si veda *supra* § 1) statica prospettiva prescrittiva. Il discorso giuridico si apre così anche alle innovazioni culturali e tecnologiche che l'individualità umana è capace di imporre nel mondo interpersonale. Tale apertura si chiude poi ogni volta comunicando con il linguaggio le ragioni delle nostre valutazioni. Il linguaggio è dotato della forza di dare «una forma simbolica». La comunicazione richiede quella che Habermas, con una felice allitterazione, descrive come la transizione «vom sinnlichen Eindruck zum symbolischen Ausdruck» (dall'impressione sensibile all'espressione simbolica)¹⁹. Essa chiude in modo statico la realtà in un ordine simbolico che le parole di cui il linguaggio, anche quello giuridico, si compone esprimono nel contesto sociale di riferimento. Ma proprio perché l'espressione linguistica nasce da un'impressione l'operazione di formulazione della regola di giudizio coinvolge sempre anche le nostre reazioni emotive che, secondo la psicologia cognitiva, possono imporci anche intuizioni etiche, del cui condizionamento dobbiamo assumere consapevolezza (pre-comprensione).

¹⁷ Il vincolo della legge è ciò che distingue l'attività giuridica da quella politica, cfr. Mengoni 1985.

¹⁸ Che di *potere* sia necessario parlare lo sottolinea con forza Troper 1999.

¹⁹ Questo è il titolo di una sua silloge di saggi nel 1997 con l'editore Suhrkamp (Frankfurt am Main).

Fattispecie ed effetti primari, così come fattispecie e rimedi, non sono, insomma, tenuti insieme da una causalità naturale. In entrambe le ipotesi va costruita – ecco il perché della centralità del giudizio valutativo – la regola di giudizio e con essa le fattispecie (concrete): a) quella che apre la porta alla realizzazione o conservazione dell'effetto primario attraverso la regolazione (selezione) degli interessi costitutivi, modificativi o estintivi in gioco; b) quella ulteriore che, prendendo le mosse dalla prima ovvero dall'inattuazione dell'effetto primario riassume le condizioni per accedere al rimedio²⁰. Entra allora in gioco in questa ipotesi b) – data la frustrazione dello sbocco primario – una tutela rafforzativa «del percorso attuativo dell'interesse da soddisfare» che era già stato focalizzato dalla regola di giudizio che presiede all'individuazione della 'prima' fattispecie (Scalisi 2018, 1056). Infine, va precisato – perché troppo spesso i giuslavoristi non considerano tale profilo – che il contenitore più ampio di tali regole di giudizio è, quando parliamo di una vicenda contrattuale, il *regolamento contrattuale*²¹.

Sin qui ho sostenuto che il vincolo della legge non significa che il giurista debba agire come una sorta di moviola che riporta la percezione dell'interazione umana al modo in cui la stessa veniva assunta al momento dell'approvazione della prescrizione normativa, bensì che il modo nuovo d'interagire sociale sia giudicato sulla base di una regola che sia convincentemente²² ricondotta alla prescrizione stessa²³ così come viene intesa dal diritto vivente. Da sempre l'individuazione delle fattispecie (concrete) deve adeguarsi allo sviluppo culturale e tecnologico della società e proprio per questo si è passati dalla logica dell'identità (verità) a quella dell'equi-valenza²⁴. Il giurista non giudica l'essenza ultima dell'agire umano, bensì le sue conseguenze pratiche nel contesto dell'interazione sociale. Ma se opera in un ordinamento ispirato alla *rule of law* non può agire con la stessa discrezionalità del potere politico.

²⁰ Scalisi 2018, 1051 che parla di evento condizionante che «alla fattispecie somiglia».

²¹ I fautori dell'ideologia rimedialista non considerano che la dottrina giuslavoristica aveva valorizzato il contratto come regolamento fin dagli anni Sessanta dello scorso secolo (vedi ora riproposto da Astone 2014, 3). Purtroppo nel tempo presente non si coltiva la storia delle categorie sicché – senza neppure accorgersene – la dottrina giuslavoristica finisce con lo sperperare avanzamenti di pensiero che, specie nel corso degli anni Sessanta, il pensiero giuslavoristico era riuscito a guadagnare rispetto allo stesso campo concettuale civilistico che torna ora ad essere vissuto come dato e non costruito dal pensiero giuslavoristico; questo atteggiamento remittente è bene semplificati dallo scritto di Carinci 2007.

²² Non la convinzione che è frutto della persuasione che fa leva sulla tecnica delle emozioni ma quella che esprime un assenso razionale alla tesi proposta, cfr. Cavalla 1984, 2. Il tutto deve per avvenire all'interno dell'etica del dubbio si veda Zagrebelsky 2008 e senza partire dal presupposto heideggeriano (e schmittiano) che il linguaggio sia la casa dell'essere.

²³ Giustamente Nicolussi 2014, 1212 ricorda che l'adozione di una concezione rimediale del diritto deve accompagnarsi all'adozione di garanzie e che ciò è dimostrato proprio dalla patria dei *remedies*.

²⁴ Cfr. sul punto Beduschi 2018; nell'introduzione mi sono soffermato sulle premesse giusfilosofiche dell'impostazione che caratterizza questo importante autore. Altri preferiscono parlare, al posto di equivalenza, d'identità funzionale: Barcellona 2023, 67.

Non è vero, insomma, che il giudice possa limitarsi passivamente a registrare la realtà e le sue mutazioni culturali. Il suo è un compito molto più impegnativo perché la realtà che è oggetto del suo giudizio si trova in uno stato più evoluto rispetto a quello che era stato oggetto delle prescrizioni che lo vincolano. Non è, quindi, sufficiente che egli motivi secondo la logica dell'identità, ma occorre che sappia argomentare giudizi d'equivalenza che gli consentano di aprire la norma alle inevitabili diversità sociali di contesto impresse dal continuo divenire della realtà inter-umana. Quando si afferma – correttamente – che non si può attribuire al giudice il compito di operare il giudizio di rilevanza (Zoppoli 2022, 85), occorre subito aggiungere che questa negazione opera, al di là della forma sillogistica che deve assumere la decisione, e più precisamente a livello di onere argomentativo da assolvere con puntiglio, rigore ed essenzialità²⁵.

Nel corso del giudizio ovvero di quello che Philipp Heck chiamava il *Gedankengang* (la via dei pensieri), la scelta valoriale può e ha necessariamente corso. Il punto è però che la stessa può essere fatta valere nell'argomentazione della decisione solo entro precisi limiti argomentativi (di giustificazione²⁶) e ciò perché le ragioni del decidere devono essere controllabili. Al posto di 'scappare' dal problema dell'inquadramento valutativo dei fatti, limitandosi in negativo ad invocare la crisi (della fattispecie²⁷), dobbiamo garantire le parti dalla natura necessariamente valoriale del giudizio costringendo chi esercita il potere giurisdizionale ad indicare le sue scelte e ad argomentarle senza consentirgli di cavarsela nascondendo il suo convincimento dietro all'*auctoritas* insita nei vincoli formali con la quale adotta la sua decisione.

La vita inter-umana vive di lotte interne alla specie umana che producono costantemente istanze collettive (o paradigmi) condizionanti che danno valore o disvalore a determinati fatti o relazioni che sono tutt'altro che *wertfrei*. Questo è ciò che s'intende quando si afferma che l'uomo si distingue dagli animali perché è in grado di produrre culturalmente regole sociali (Ricoeur 1994, 155).

Via via che, inizialmente, grazie, soprattutto, a chi sposò l'impostazione del realismo giuridico e a chi riconobbe nelle prescrizioni costituzionali sui principi la grande novità della «connessione concettuale tra diritto e morale»²⁸, il

²⁵ Cfr. sul punto Atienza 2016 ed in particolare 164 sgg. dove l'a. distingue tra ragionamento classificatorio, finalistico e teso alla ponderazione.

²⁶ A conclusione della sua destrutturazione anche Gentili 1998 si aggrappa alla giustificazione.

²⁷ Così, da una prospettiva critica, Irti 2014, 37 e, da una prospettiva pseudo-realista, Punzi 2022, 263, il quale omette però di prendere in considerazione il ruolo interpretativo dei principi costituzionali. Che la posizione di Irti sia critica è opinione comune; si veda tra i molti Zaccaria 1995, 9: «il rischio, conclude [...] Irti, è allora quello di sostituire il sobrio e impersonale pensare e decidere per fattispecie con un intuizionismo di tipo soggettivistico, che finisce con il presentare il diritto come terreno di lotta tra umane passioni e di farlo scivolare in una «tirannia dei valori» dagli effetti incontrollati e devastanti». Si veda anche l'osservazione di Berteà 2001, 163 che il punto critico dei giuspositivisti consiste proprio di essersi fermati alla constatazione del carattere creativo dell'atto applicativo e questo per la loro totale svalutazione del valore della certezza del diritto.

²⁸ Ne riferisce bene Berteà 2001, 162.

giudizio è diventato il punto prospettico a partire dal quale è stato ripensata la dinamica giuridica. I mutamenti più evidenti sono consistiti nello sminuimento della riconduzione sillogistica della fattispecie concreta in quella astratta che viene ora considerato come un profilo ‘meramente’ formale della decisione giurisdizionale, mentre l’individuazione della fattispecie concreta – che obbliga a guardare ai fatti interpersonali ed agli effetti come se si fossero già prodotti – è assurda a vero e proprio nodo critico dell’attività giuridica²⁹. Ciò ha segnato un vero *turning point* della riflessione giuridica contemporanea. Un conto è descrivere il sistema normativo ed un altro paio di maniche è operare, qualificare e giudicare al fine di decidere chi ha torto o ragione. La decisione opera come la spada, ma la giustizia deve servirsi anche della bilancia.

3. (Segue) La persistente necessità di distinguere tra loro le fattispecie

Il ragionamento sistematico – con il quale si distinguono tra loro i profili essenziali all’una o all’altra fattispecie – che ruolo gioca in una concezione che pone l’accento sul profilo dinamico dell’attività giuridica? Per rispondere all’impegnativa domanda, può essere utile seguire la quadripartizione di riferimenti al sistema isolata da *Vito Velluzzi*: esso può essere riferito al documento normativo, ai concetti giuridici che pongono la cd. dogmatica, all’ambito disciplinare (su cui mi soffermerò nel § 5) e, infine, alla coerenza dell’insieme delle regole giuridiche³⁰.

Ora, il riferimento al documento normativo chiama in causa la formulazione linguistica dello stesso che attraverso un esercizio di sintassi può essere distinta nei suoi sintagmi che bisogna poi però evitare di espungere dal contesto munendoli per tale via di una forza normativa in sé. La perniciosità di tale ‘parcellizzazione’ degli enunciati normativi emerse con chiarezza nell’operato di quella parte della dottrina giuslavoristica la quale tentò di tipizzare il contratto di lavoro a progetto facendo leva essenzialmente sulla sola parola «progetto». Un atteggiamento mentale che è stato poi rispolverato da chi pretende di ricavare il significato regolativo dell’art. 2, d. lvo. 15 giugno 2015, n. 81 in virtù del ricorso legislativo alla parola «etero-organizzazione». Ma lo stesso può dirsi di coloro i quali identificano la subordinazione in virtù della sola parola «direzione» oppure anche del solo art. 2094 c.c.

Vero è, invece, che gli elementi essenziali all’una o all’altra fattispecie non possono che venir individuati confrontando tra loro, non le sole norme definitorie, ma l’interno complesso delle discipline dell’uno e dell’altro tipo (Mengoni 1965, 682). Il passaggio dalla formulazione linguistica a quella regolativa richiede sempre di operare distinzioni categoriali. Per riuscire ad associare ad un certo enunciato linguistico un significato regolativo occorre sovrapporgli

²⁹ Trovo significativo che Baratta 1990, 192, affermi che l’applicazione del diritto consista nell’interpretazione della fattispecie.

³⁰ Cfr. cap. III di Velluzzi 2002; chi non si accontentasse di questa sintesi può consultare i tre volumi di Losano 2002.

una mappa concettuale (Matteucci 2006) che, in quanto tale, copra l'intero territorio normativo mettendolo, per così dire, in ordine. Siamo così arrivati alla seconda connotazione del termine «sistema» del quale, ben inteso, fanno parte anche i principi costituzionali nei limiti entro i quali è possibile utilizzarli in via interpretativa nella delicata opera di messa a fuoco della regola di giudizio, perché altrimenti entra di nuovo in gioco la Corte Costituzionale.

Occorre, giunti a questo punto, considerare almeno anche un altro profilo che emerge se ci collochiamo nella prospettiva del giudizio. Da quest'ultimo punto d'osservazione possiamo, in particolare, cogliere che non tutti gli enunciati normativi sono formulati in senso relazionale. Le norme formulate in senso regolativo coesistono nell'ordinamento con enunciazioni normative unilateralmente riferito ad un soggetto le quali, in quanto tali, esprimono «meri» principi che, lungi dall'attribuire – come si diceva in passato – diritti soggettivi pubblici, debbono essere, direbbe *Ann Glendon*, resi interdipendenti tra loro ovvero contemporati³¹ perché una società è sempre composta da una rete orizzontale di relazioni e pertanto risultano contemporaneamente in gioco più di un principio. In effetti, con le innovative Costituzioni del secondo dopoguerra, si è tentato di prefigurare anche la griglia dei principi che possono venire in gioco nelle valutazioni giuridiche inter-personali. Ciò può essere iscritto nella finalità storica del costituzionalismo che consiste nel governo limitato³². Si discute se i principi irradiano o no la totalità della vita interpersonale³³, ma qui importa, soprattutto, chiarire che si tratta di enunciati normativi, ripeto, formulati in modo unilaterale i quali esprimono perciò direttive di giudizio che nell'argomentazione delle regole decisionali debbono essere temperate tra loro e, solo in tal modo, possono essere d'ausilio interpretativo (Canaris 1984) delle norme legislative inter-personali (*rules*)³⁴. Infine, è compito della Corte costituzionale tutelare la discrezionalità legislativa garantendole uno spazio d'azione malgrado la codificazione dei principi. Un compito che dovrebbe suggerirle un uso molto – più del recente passato – parsimonioso delle sentenze monito.

³¹ Zagrebelsky 2024, 127 sgg. Il ricorso interpretativo ai principi costituzionali apre, proprio grazie alla necessità di operarne il temperamento, a quella argomentazione orientata alle conseguenze che costituisce il tramite per mettere in moto la prospettiva rimediabile: cfr. Smorto 2014, 159 sgg.

³² Un profilo che era stato oscurato dal positivismo. Il merito di aver riscoperto la reale valenza storica del costituzionalismo va riconosciuto a Nicola Matteucci del quale si veda qui in particolare lo scritto della nota polemica con Norberto Bobbio: Matteucci 1963.

³³ Nel senso della prospettiva totalizzante, anche per ulteriori riferimenti, si veda Jestaedt 2012, 6. Dato tale presupposto si rarefa l'eventualità della lacuna normativa (discussa da Zoppoli 2022, 74-75, 88 e da D'Amico 2019) che rappresentava la valvola di sfogo dell'approccio positivista. Ma quel che conta di più è che si chiude al giudice una scorciatoia argomentativa costringendolo ad essere meno assertivo e, quindi, più controllabile.

³⁴ Questo punto nevralgico viene sviscerato nella parte iniziale di Nogler 2007; si veda anche Zoppoli 2022, 86. Come nota Gambaro 2016, 1231, quando il diritto fondamentale deve essere applicato orizzontalmente «assume necessariamente – direi; per necessità logica – una connotazione relazionale che ne relativizza il contenuto».

Indubbiamente, come tutte le altre forme comunicative, anche la nuova formulazione linguistica della regola chiude, infine, di nuovo in modo statico (*omnis definitio periculosa est*) le nostre dinamiche valutative, tanto da trasformarle spesso agli occhi di chi legge il risultato linguistico finale (la decisione) in regole prescrittive di condotta ovvero di diritto vivente. Il momento dinamico del giudizio si chiude con una stasi che sarà poi rianimata da un nuovo momento valutativo, in un continuo *stop and go* giurisprudenziale.

È, comunque sia, prima della formulazione linguistica della regola di giudizio, durante l'individuazione della fattispecie (concreta), che dobbiamo essere vigili e dinamici, nel senso d'immergere il dato normativo nella realtà aprendo una fase valutativa la cui dinamica possiamo accostare a quella del gioco del *ping pong* perché, durante il suo svolgimento, le sollecitazioni innovative della vita interrogano la prescrizione che deve essere piegata con la logica, lo ripeto anche a scampo di apparire ripetitivo, dell'equivalenza tornando poi a confrontarsi con la realtà con un andirivieni continuo³⁵. Durante questo processo circolare il giurista «deve controllare le emozioni con l'intelletto e [...] muovere l'intelletto con le emozioni» (Zagrebelsky 2022, 80). Il grande merito di *Luigi Mengoni* sta nell'aver chiarito che nel suo percorso di avanti e indietro il ragionamento giuridico circolare deve far ricorso, contemporaneamente, ad argomenti sia giuridici che pratici (Mengoni 1985, 55-56; 1998, X). Il ragionamento sistematico non segue quello creativo ma lo accompagna: l'interprete costruisce un sistema di schemi di pensiero (le fattispecie) ma la valutazione dei fatti può indurlo a rivedere gli schemi che ha ipotizzato ovvero a compiere riduzioni teleologiche oppure a rinunciare alla presenza di un singolo elemento perché altri giocano comunque complessivamente ruoli tali da individuare la medesima funzione che era stata fissata nella mappa (o sistema) concettuale inizialmente focalizzato.

In questa prospettiva va intesa la suggestione che il problema sopravvenuto può diventare incrementativo dell'organizzazione sistematica del diritto (Barcellona 1996, 174 in nota). In effetti, si suole ora spesso dire che il punto di partenza del giudizio non è più il testo della disposizione che prescrive la fattispecie astratta, «bensì un fatto della vita o una situazione problematici, sui quali il testo, che ha da dire qualcosa in proposito, viene interrogato» (Mengoni 1996, 10). Ma è opportuno precisare che il giudizio deve, in realtà, avere una direzione bidirezionale che va più volte dal basso verso l'alto e viceversa e che alterna le ragioni pratiche alla coerenza deduttiva.

Arrivo così all'ultima accezione selezionata da *Velluzzi* e cioè la coerenza, sia formale (si pensi, ad esempio, alla gerarchia delle fonti o alla classificazione degli enunciati normativi costituzionali come principi o regole, ecc.) che concettuale (ad esempio: la «colpa» è un concetto servente rispetto alla «responsabilità»), dell'intero sistema regolativo. Soccorre al riguardo, in particolare, il

³⁵ «Il diritto non è, in alcun caso, completamente dato, ma neppure totalmente, ossia dal nulla, creato bensì trova continue articolazioni e ri-determinazioni in seguito a processi successivi di concretizzazioni dettati dalla ragion pratica di applicare ed insieme di utilizzare il diritto nei diversi casi di vita che si presentano» (Zaccaria 1995, 369).

concetto d'unità che deve intendersi come un insieme di tutte le regole di giudizio che sia rispettoso del criterio supremo della pari dignità delle persone così come gli altri principi costituzionali che si rivolgono all'insieme e non solo a singole regole inter-personali. Ad esempio, il contemperamento tra i principi enunciati dagli artt. 4 e 41 Cost. influisce su una serie di regole: l'insindacabilità del merito della scelta imprenditoriale che sta a monte della scelta organizzativa a cui consegue il licenziamento ma anche l'ulteriore regola del ripescaggio entro i limiti delle mansioni contrattuali³⁶. Lo stesso discorso vale a proposito degli artt. 2086 e 2103 c.c. Quest'ultima pone un limite al potere d'adibizione delle mansioni, che invero è insensato continuare a chiamare *jus variandi*, ma per converso l'art. 2086 c.c. non attribuisce al singolo lavoratore una pretesa a far sindacare gli interi assetti adeguati dell'intera organizzazione datoriale (così invece Tullini 2020), che la dottrina tende piuttosto a ricondurre ai limiti esterni del singolo contratto di lavoro (si veda per tutti Vallauri 2021). Né convince l'analogia con il dovere di sicurezza giacché la relativa normativa prevenzionistica attribuisce al singolo lavoratore posizioni giuridicamente tutelate solo nei limiti (anche organizzativi) di ciò che riguarda la sua prestazione di lavoro.

Il giurista deve essere capace d'«intendere l'elemento singolo in funzione del tutto di cui è parte integrante»³⁷ perché il diritto contemporaneo ha la pretesa sovrana d'istituire un ordine (costituzionale) in cui, ripeto, tutti hanno pari dignità sociale e siano ragionevolmente trattati allo stesso modo.

Per tutte queste ragioni si può affermare che quello giuridico è anche un ragionamento sistematico, benché occorra riconoscere che il vocabolo «sistema» è stato forse troppo a lungo utilizzato in funzione essenzialmente descrittiva (a volte, addirittura, piegato alla realizzazione di esigenze di tipo estetico-linguistiche). Sono esigenze che dovrebbero rimanere estranee al discorso giuridico regolativo che non mette in gioco una presunta assoluta e sintetica unità preordinata ed esteriore dell'insieme di tutte le regole di giudizio, bensì piuttosto la necessità della loro composizione attuale in un insieme coerente³⁸. Proprio per questo, anche chi partiva da premesse positivistiche, sentì la necessità di specificare che il sistema è pieghevole³⁹.

³⁶ Sia consentito rimandare a Nogler 2014 per illustrazione di come la regola del ripescaggio risponda alla logica dell'interpretazione del disposto legislativo alla luce dei principi costituzionali, logica invece rimossa da *Mattia Persiani, Pietro Ichino e Riccardo Del Punta*.

³⁷ Betti 1948, 48 in critica alla posizione crociana secondo cui una proposizione avrebbe senso solo se corretta dal punto di vista «logico-grammaticale e semantico». Il testo di Betti è ora agevolmente consultabile nella pagina <https://www.rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it/sites/default/files/2.%20%28prolusione%29%20E.%20Betti%20%2E2%80%93%20Le%20categorie%20civiltiche%20dell%27interpretazione.pdf>.

³⁸ Di qui anche l'onere rafforzato che grava in capo a chi intende innovare rispetto ai precedenti: cfr. Marinelli 1996, 271 sgg. Anche nel mondo di *common law* sembra che si vada in tale direzione, si veda Duxbury 2008, che attenua la regola dello *stare decisis* a presunzione.

³⁹ Willburg 1950 (in trad. in inglese come *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*, Wien, 2000); in senso analogo Canaris 1983. Cassese 2023, 1064, preferisce parlare di sistema aperto o poroso.

4. La dottrina giuslavoristica che professa l'ideologia rimedialista: fuga dalla fattispecie

Come invero era già accaduto in passato, una parte dei giuslavoristi ha intravisto nel tramonto del positivismo, solo sommariamente evocato nel precedente paragrafo, la possibilità di imbucare una scorciatoia, anzitutto, argomentativa. Infatti, proprio nella nostra materia s'invoca l'abbandono della «logica civilistica tradizionale fattispecie-effetti» che nel campo del diritto del lavoro avrebbe «storicamente [...] prodotto esclusioni irrazionali dal campo delle tutele e che oggi sembra aver esaurito definitivamente la sua funzione». In positivo si propone, invece, di «rovesciare la logica normativa partendo dai valori e dai principi costituzionali di tutela del lavoro [...] per poi sulla base dei concreti bisogni sociali (le fattispecie concrete), concepire *policies* di tutela e giungere, infine, ai diritti (gli effetti)»⁴⁰. La proposta è ispirata da un evidente e rivendicato atteggiamento di tirannia del principio di tutela del lavoro (art. 35 Cost.). Evito qui di appesantire il discorso approfondendo la questione delle reali motivazioni che si nascondono dietro a questa scelta. Sospetto comunque che un qualche ruolo, sebbene inespresso (e inconsapevole?), lo giochi la teoria del valore-lavoro⁴¹ la quale assolutizza il 'tempo di lavoro'. Ma forse le motivazioni sono più semplici e si limita al fatto che gli autori sono fermi all'epoca precedente al riconoscimento teorico della distinzione, interna all'involucro formale, tra *principles* e *rules*. Ancora una volta troverebbe conferma allora la tesi che la costituzionalizzazione di *principi* unilaterali orientati al singolo individuo, e non alle relazioni inter-personali, riattualizza quello che Riccardo Orestano chiamò il «pregiudizio ontologico» (Orestano 1987, 387). Si perde cioè di vista il carattere strumentale dell'astrazione degli interessi (o valori) in gioco che debbono comunque temperarsi con altri principi per raggiungere, per così dire, il livello più basso della formulazione della *regola* di giudizio la quale indica la presa di posizione giuridica rispetto alla realtà inter-personale controversa. Al giurista non spetta il compito (filosofico) di riconoscere l'essenza del reale, la presunta *substantia rei*. Né corrisponde al vero che ogni fenomeno naturale o sociale «possiede un nome intrinseco che gli è proprio» (cd. realismo nominale)⁴². Si tratta di fissare con una sorta di avanti e indietro, tra regola preconstituita di condotta e caso concreti, una fattispecie e cioè di isolare il substrato fattuale che consente poi di applicare determinate conseguenze giuridiche.

Comunque sia e quali che siano le fonti d'ispirazione del *revival* decisionista⁴³, almeno alla luce della grammatica del discorso giuridico contemporaneo (positivo), tale modo di teorizzare è fallace perché omette di confutare la tesi

⁴⁰ Perulli, Treu 2022, 64. *Contra* cfr. fin d'ora Libertini 1991 e Pace 2001.

⁴¹ Che, come ho tentato di dimostrare in "Statuto dei lavoratori e ideologia del «nuovo sindacato»", in *Costituzionalismi.it*, 2020-1, 143 sgg. si incistò nel nostro discorso giuslavoristico nel corso degli anni Settanta dello scorso secolo.

⁴² Cfr. in senso critico Orestano 1987, 386 nt. 3.

⁴³ Accosta la teorica della crisi della fattispecie al pensiero di Carl Schmitt, Zaccaria 2019, 7.

che la subordinazione, anche nella sua funzione di giustificazione dei trattamenti (discipline), risponde, in realtà, alla logica del bilanciamento tra principi costituzionali: da un lato, la libertà d’iniziativa economica (art. 41 Cost.) e, dall’altra, l’art. 3, 2° comma e la tutela del lavoro (art. 35 Cost.)⁴⁴. Un quadro che si può complicare in molte ulteriori direzioni delle quali mi limito qui a ricordare solo quella in cui viene in gioco l’art. 38 Cost. al quale la giurisprudenza costituzionale attribuisce la prevalenza nelle ipotesi in cui l’attività professionale viene «svolta con modalità che la rendano assoggettata all’imposta diretta sui redditi»⁴⁵.

Il modo di procedere qui criticato torna, sostanzialmente, ad adottare la logica della *Drittwirkung*, definitivamente archiviata nella sua stessa patria d’origine. Questo modo (disinvolto) di procedere richiama alla mente anche il criticatissimo metodo tipologico classico, da sempre sostenuto nel noto Manuale Utet⁴⁶. Questa dottrina fa bensì ricorso al termine «logica rimediale»⁴⁷, ma, in un’accezione innovativa rispetto al panorama giuridico contemporaneo: essa si riferisce, infatti, anche fuori dall’ambito dei discorsi *de iure condendo*, alla «funzione sostanzialmente rimediale della legge»⁴⁸. Intendiamoci: mi riferisco qui all’uso rimediale della legge, non solo – e fin qui siamo nell’ambito della normale dinamica politica – da parte di chi propugna una determinata riforma legislativa ma anche della giurisprudenza. Da quest’ultimo punto di vista non vedo grandi differenze tra l’uso rimediale e quello alternativo del diritto (borghese)⁴⁹.

Il significato della parola *rimedio* è con tutta evidenza molto distante da quello in uso presso i civilisti richiamati in *apicibus* a queste brevi considerazioni. Per *Mazzamuto* il rimedio si pone in linea di continuità con l’esigenza della realizzazione della posizione soggettiva maturata allorché sopraggiungono evenienze ulteriori che frustano il bisogno di tutela. *Tiziano Treu* ammette esplicitamente che il richiamo alla concezione rimediale serve per saltare il sistema esistente delle fattispecie ed effetti-rimedi, ed aprire direttamente la strada alla soddisfazione di un qualsiasi bisogno unilaterale al di là («a prescindere»; Perulli, *Treu* 2022, 18) della logica relazionale della pari dignità contrattuale.

Sta di fatto che malgrado formalmente lo neghino e affermino che la loro capacità di *non liquet* verso la fattispecie, *Adalberto Perulli* e *Treu* sono comunque obbligati nella loro progressione argomentativa a dare un «persistente rilievo»

⁴⁴ Sulla subordinazione quale regola di contemperamento si veda già *Nogler* 1990, 189; lo spunto fu colto da *Fergola* 1992.

⁴⁵ Corte cost. 28 novembre 2022, n. 238, rel. Amoroso.

⁴⁶ *Carinci et al.* 2022, cap. I. Non conta ciò che afferma *Treu* 2015, 173 ma come poi concretamente argomenta.

⁴⁷ *Treu* 2023, 344; all’ideologia rimedialista sono riconducibili anche *Caruso, Zappalà* 2022, 61, in cui si invoca di «garantire forme di tutela effettiva al contraente debole, per la via giudiziale, prima ancora che per la via legislativa».

⁴⁸ *Perulli, Treu* 2022, 9. Il corsivo è mio.

⁴⁹ Non è dunque vero – almeno tra i giuslavoristi – che l’uso alternativo del diritto, su cui cfr. *Barcellona* 1973, sia un orientamento appartenente ad un «passato ormai lontano» (*Mengoni* 1996, 65).

alla fattispecie⁵⁰ a partire dal modo in cui risolvono il banalissimo problema su quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 35 Cost. Ma, più in generale, si deve osservare che quel che conta non è la loro declamazione di dribblare la fattispecie, ma quel che gli autori concretamente fanno. Assistiamo, in sostanza, in molti punti ad una fuga (meramente) verbale dalla parola «fattispecie» che sotto altre vesti è comunque presente nel discorso degli autori in cui finisce con l'assomigliare molto – richiamo un'immagine familiare ai curatori di questa rivista – al Monaciello di Napoli.

La semplificazione argomentativa fin qui criticata viene, in realtà, da lontano. S'intravede *ictu oculi* la nota e risalente impostazione di uno dei due autori secondo la quale il lavoratore agisce in giudizio «non come singolo ma come partecipe del movimento di classe» (Treu 1974, 149). Al posto della «classe» subentra al giorno d'oggi un altro soggetto sociologico che Treu chiama «nuovi lavori» o «lavori ibridi»⁵¹, ma la *forma mentis* seguita dallo studioso appare essere, in fondo, sempre la stessa: l'azione in giudizio del lavoratore è sempre un'azione di classe; ecco da dove origina la simpatia dell'autore per la *strategic litigation* americana. Siccome il singolo – dice il noto autore – agisce in nome del gruppo al quale sociologicamente appartiene⁵², il giudice sarebbe legittimato a *rimediare* – di qui l'espressione rilevatrice: «uso rimediale della legge» – a presunte storture normative esistenti.

A scanso di ripetermi va sottolineato ancora una volta il gioco che si fa in tal modo con la categoria della fattispecie. Quando Treu afferma che la giurisprudenza italiana avrebbe «sperimentato la inadeguatezza regolativa (inclusiva) della categoria della subordinazione» (Treu 2023, 347), non enuncia la conclusione di una ricerca giurisprudenziale. L'autore segue ancora una volta un percorso narrativo che gira intorno ad una nozione restrittiva di subordinazione che egli assume come postulato riduzionista (dei 'presupposti applicativi': ma perché rinunciare alla parola 'fattispecie?') di base. Questa scelta conservatrice apre poi la strada all'autore per proporsi in modo declamatorio come progressista ovvero costruttivista sociale che rimedia a ciò che prima ha buttato a mare. Nell'economia del suo discorso l'equiparazione riduttiva – una decapitazione aprioristica – della subordinazione alla sottoposizione continua alle direttive tecniche del datore di lavoro – ecco che torna il Monaciello! – rappresenta un

⁵⁰ Zoppoli 2022, 97 nt. 15 che a 85 evidenzia bene ciò che logicamente compete alla fattispecie stessa.

⁵¹ L'esistenza di «una terra di mezzo dai confini labili» viene evocata anche da Cass. 24 giugno 2020, n. 1663.

⁵² Scrisse Gino Giugni nel 1969 nel suo manuale di *Diritto sindacale* (Bari, Cacucci) (che già conteneva in appendice la proposta di legge sullo Statuto): i «soggetti dell'autonomia collettiva sono gli individui (*Rosario Flammia*). La titolarità dell'autonomia collettiva, sebbene a una prima analisi possa ritenersi imputabile al gruppo che tutela un tipico interesse collettivo, appartiene in realtà ai singoli lavoratori o datori di lavoro: l'aspetto collettivo di questa forma di autonomia si specifica nel momento dell'esercizio. Può perciò parlarsi di titolarità individuale, in quanto potere attribuito all'individuo, con esercizio in forma collettiva».

assioma indimostrato. Così come è un mero espediente retorico il restringere le vie possibili all'alternativa tra rimuovere la subordinazione o ritornare alla lotta di classe (Perulli, Treu 2022, 24): si dimentica in tal modo proprio la prospettiva post-positivistica per cui le categorie devono essere adeguate allo sviluppo sociale (si veda *supra* § 2). Ma davvero si pensa che in tema di subordinazione siamo ancora fermi a *Barassi* o che la categoria della subordinazione sia atemporale come un tempo si diceva dei concetti filosofici? Non v'è certo ragione di contestare che l'una o l'altra forma di tutela, specie se previdenziale, debba essere estesa anche oltre la subordinazione. Quello che suscita invece le mie riserve è la pretesa di sottrarne – con l'adozione di una nozione restrittiva di subordinazione, molte altre a chi subisce un rapporto di lavoro autonomo mascherato. Né è vero che la subordinazione faccia scattare in blocco tutti gli effetti essendo in molte ipotesi l'aggiunta di ulteriori presupposti fattuali.

Si è detto che anche Cass. n. 1663 del 2020 avrebbe adottato la logica cd. rimediale (Franza 2022, 9). In effetti, la sentenza parla del «rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato» tuttavia ciò avviene all'interno della impostazione civilistica testé rammentata: non a caso la sentenza si dilunga nella qualificazione del rapporto che viene operata ricostruendo la fattispecie di riferimento (art. 2, d. lvo. n. 18 de 2015) e sposa poi la teoria del carattere sanzionatorio dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ad un rapporto che, sempre secondo la sentenza commentata, non avrebbe tutte le caratteristiche proprie della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. Questa impostazione ricorda quella che *Matteo Dell'Olio* sosteneva in relazione alla disposizione abrogata sul lavoro a progetto.

A chi suggerisce di spostare l'accento dalla preminenza gius-positivistica della fattispecie (§ 1) a quella della disciplina, coloro che guardano al diritto (anche come) come giudizio non possono che contro-suggerire l'adozione di dosi più consistenti di nominalismo. *Treu* provi ad avvicinare la categoria della «subordinazione» come fece *Focault* con quella del «potere» che, diceva il filosofo francese, «come tale non esiste». Forse in tal modo egli può liberarsi dell'ossessione essenzialistica che traspare dai suoi scritti e dopo di ciò ritrovare più spesso la subordinazione collocata storicamente anche nel presente, magari mascherata da «autonomia»⁵³.

In linea con queste considerazioni critiche, il recente studio di *Antonello Zoppi* sulla prospettiva rimediale, confrontando la visuale civilistica con quella lavoristica, giunge, con la sua consueta pacatezza e forza di penetrazione, alla conclusione che la seconda lascia «sullo sfondo» la questione che è centrale per la prima e cioè «la logica su cui si fonda la fattispecie»: dall'analisi emerge «la sovrapposizione tra la fattispecie della subordinazione, quale referente unitario e attrattivo di tutele, e la fattispecie quale imprescindibile snodo normativo per la produzione di effetti giuridici. Se la prima è dichiaratamente superata, della seconda, quale schema tipico della norma, si fa fatica a rintracciare la presenza;

⁵³ Sempre utile è in tal senso rileggere Roccella 2008.

per dirla tutta, la prima sembra trascinarsi con sé anche la seconda» (Zoppoli 2022, 50-51). In conclusione, rivolgo ancora una volta alla dottrina giuslavoristica testé considerata il rilievo critico formulato proprio da uno dei massimi sostenitori della prospettiva rimediale: «se tutto diviene pensabile in termini di rimedio, quasi come la panacea per ogni male che affligge il processo di realizzazione degli interessi giuridici, allora il rischio è che niente e nulla sia più rimedio» (Scalisi 2018, 1051).

5. La dottrina giuslavorista che professa l'ideologia legalista: fuga dal giudizio

Trovo esemplificativo del ventennio 1970-1990, il fatto che in una delle monografie più impegnate ed impegnative di quell'appassionante periodo dottrinale, l'autore precisasse *in apicibus* di essere interessati più alla dottrina che alla giurisprudenza (Pedrazzoli 1985, VIII). Non saprei dire quanto abbia pesato su questa impostazione il fatto che dinnanzi al giudice del lavoro si andasse spesso in vista di un giudizio sommario, possibilmente ex art. 28 dello *Statuto dei lavoratori*. L'azione tendeva a provocare, non l'accertamento di un diritto soggettivo bensì, un nuovo e più avanzato bilanciamento degli interessi collettivi in gioco; sostanzialmente una mediazione. Le radici più lontane di questo atteggiamento vanno ricercate nella teoria dell'ordinamento intersindacale e nella tutela garantita dall'esistenza del contro-potere collettivo sancito dallo statuto dei lavoratori che però ha dato la stura ad un ulteriore ed inintenzionale – nella visione di *Gino Giugni* – contro-potere giudiziale⁵⁴.

Orbene, proprio in risposta all'estremo opposto, che trova esemplificazione nella impostazione sulla quale mi sono soffermato nel paragrafo precedente un'altra parte della dottrina giuslavoristica teme da sempre le valutazioni giudiziali e proprio per questo la sua concezione del diritto resta aggrappata al positivismo legalista.

D'altra parte, fu proprio nel decennio 1970-1980 che divenne maggioritaria l'impostazione che coltivò più intensamente l'illusione che il diritto del lavoro costituisse un sistema disciplinare autosufficiente. Storicamente possiamo ormai dare per acquisito che tale propensione non è riuscita ad imporre uno statuto alla materia. Tuttavia, quell'impostazione ha, indubbiamente, generato nei decenni successivi – con una coda che perdurerà ancora per qualche anno – quello che gli economisti chiamano una situazione di *path dependence*; espressione con la quale si indicano le dinamiche in cui eventi ed atteggiamenti passati, anche se non più rilevanti, generano conseguenze significative in tempi successivi, creando così equilibri solo subottimali. Consideriamo, infatti, che con il nuovo secolo sono assurti a protagonisti della materia una generazione di giuslavoristi

⁵⁴ Giugni, che ancora credeva nella possibilità che si sviluppasse un ordinamento intersindacale, non aveva messo in calcolo la prassi di utilizzare l'art. 28 St. lav. «come un vero e proprio strumento di lotta sindacale» (Ricciardi 2007, 82). Di doppio contropotere, sindacale e giudiziario, parla De Luca Tamajo 2020, 5.

che ha subito una ‘dipendenza dal percorso’ formativo ovvero di essere cresciuti come giuslavoristi nei decenni dell’apogeo dell’assolutismo giuslavoristico. Si sosteneva allora una presunta singolarità metodologica per la quale per lo più, siccome «la Repubblica è fondata sul lavoro», il diritto del lavoro sarebbe al centro del sapere giuridico ed avrebbe, per così dire, la precedenza rispetto agli altri ambiti disciplinari. nel momento in cui questi ultimi debbono comporsi in unità (sistema: si veda *supra* § 3) giacché «il diritto, in quanto fattore primario dell’ordine sociale, deve avere una così alta dotazione ordinativa che soltanto la sistematicità può assicurargli» (Falzea 2005, 222).

Perché è necessario soffermarsi sull’equilibrio sub-ottimale? La ragione risiede nel fatto che, al più tardi a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, il diritto del lavoro si trovò a fare i conti anche con le esigenze del datore di lavoro che in un mondo avviato alla globalizzazione opera per definizione in concorrenza con gli altri produttori dei suoi stessi beni o servizi⁵⁵. A questo appuntamento il diritto del lavoro italiano arrivò notoriamente in forte ritardo. Sta di fatto che l’accennata *path-dependence* orientò la risposta regolativa nella direzione di una sempre più estesa e disordinata iper-legificazione della materia.

S’imporrebbe, invero, una riflessione, anzitutto, sociologica sul modo spesso ‘avvocatesco’ in cui la dottrina giuslavoristica ha contribuito alle lenzuolate di disposizioni che compongono le riforme legislative giuslavoristiche a partire dal d. lvo. n. 276 del 2003. Prima o poi occorrerà sviscerare il perché di questa brama di resettare di continuo il sistema normativo giuslavoristico. Ma non è questo l’oggetto del dibattito organizzato dalla rivista. Non ci è stato chiesto di mettere a nudo le retrovie di vent’anni di legislazione giuslavoristica, bensì piuttosto di riflettere sulle sue conseguenze teoriche.

Per addentrarmi in quest’ultima prospettiva una via proficua d’ingresso è rappresentata dalla disciplina sui licenziamenti ingiustificati. Lungi dall’accogliere esplicitamente la prospettiva rimediale⁵⁶, quest’ultima continua a muoversi interamente all’interno della logica positivista delle fattispecie astratte. Assistiamo, piuttosto, alla moltiplicazione – oltre ogni ragionevole misura – delle fattispecie astratte in ragione di un anacronistico (si veda *supra* § 2) pregiudizio negativo sulla giurisprudenza⁵⁷, che era già stato manifestato fin dai tempi della l. n. 30 del 2003 (certificazione). Mentre la concezione rimediale nasce dalla presa d’atto dello spazio valutativo del giudice, in materia di licenziamenti, fin dalla l. n. 92 del 2012, il legislatore ha perseguito l’obiettivo opposto di prede-

⁵⁵ Sulla scoperta del datore di lavoro quale portatore di valori mi sono, tra l’altro, soffermato in Nogler 2016, a cui rinvio, al fine di non appesantire la nota, per ulteriori riferimenti dottrinali.

⁵⁶ Come diffusamente si crede: si veda, anche per ulteriori riferimenti, Pisani 2023. Invero il linguaggio dei rimedi viene spesso utilizzato per corroborare l’obiettivo ridurre ad un ruolo meramente residuale il risarcimento in natura che nei sistemi di civil law ha, invece, tradizionalmente la primizia su quello per equivalente (Smorto 2014, 190 sgg.).

⁵⁷ Si veda Del Punta 2012, 461 in cui l’autore abbandonò il suo tradizionale *aplomb*. Più equilibrate sono le condivisibili conclusioni di D’Amico 2019, 49.

terminare il più possibile le regole applicative, rispolverando posture positivistiche che vengono incontro all'istinto, insito in una certa parte del pensiero giuslavoristico, di guardare – come fanno gli analitici – al profilo prescrittivo e coattivo (sanzionatorio) dell'enunciato normativo piuttosto che alla costruzione della regola di giudizio. Non a caso nella generazione dei giuslavoristi che convivevano con un diritto privato ancora concepito a misura dei soli interessi patrimoniali⁵⁸, si guardava con simpatia proprio all'*habitus* mentale del penalista⁵⁹ e alla teoria di Bobbio del diritto uguale sanzione.

Come sempre i caratteri del sistema, che Sacco amava aggettivare come «municipale» (*parochial*), emergono in modo più nitido quando esso è fatto oggetto di comparazione. Nel nostro caso è sufficiente prendere come base di confronto il sistema tedesco che, in aderenza alla normativa OIL, ha tripartito le fattispecie giustificative del licenziamento lasciando poi espressamente al giudice lo spazio valutativo della forma di rimedio – invalidante o risarcitorio – a seconda dell'esigibilità o della continuazione del rapporto di lavoro (fattispecie)⁶⁰. Benché fossimo nel 2012, il nostro legislatore ha, invece, coltivato l'illusione di poter normare in via legislativa la totalità delle questioni della materia e, addirittura, di poter far conseguire *ex lege* una differente tutela a seconda dell'insussistenza dell'una o dell'altra tipologia di giustificazione. La realtà ha dimostrato quanto sia stata illusoria tale pretesa di completezza. Ad esempio, è apparso decisamente come libresco l'aver pensato che possano esserci casi di semplice assenza del giustificato motivo oggettivo. Il più delle volte dietro all'assenza si nasconde un'operazione⁶¹ di aggiramento dell'obbligo di contestare la mancanza soggettiva che comporta la richiesta del rimedio della reintegrazione. Non sarebbe stato più semplice adottare una soluzione effettivamente rimediale in cui accerta l'esigibilità o meno della tutela in forma specifica?

Da parte sua anche la Corte costituzionale rischia a volte di contribuire, e non poco, ad accrescere ulteriormente l'entropia. Si prenda, ad esempio la recente sentenza n. 22 del 22 gennaio 2024 (rel. Amoroso) la quale – ma posso sbagliare, trasmette l'impressione di buttare a mare il vincolo del diritto vivente. Se prima la giurisprudenza costituzionale sulla disciplina dei licenziamenti abbondava nei riferimenti alla giurisprudenza di Cassazione, ora il giudice delle leggi dà, per così dire, per assodato che il legislatore del 2012 sia riuscito a «riservare la tutela della reintegrazione ai licenziamenti la cui illegittimità è conseguenza di una violazione, in senso lato, «più grave», prevedendo per gli altri una compensazione indennitaria» e che quello del 2015 abbia del tutto elimina-

⁵⁸ Che è quello che ha in mente Treu (2023, 340) quando parla di «automatizzazione» del diritto del lavoro dal diritto civile.

⁵⁹ Per una biografia scientifica esemplarmente connotata da tale *habitus* cfr. Nogler 2012, 17 sgg.

⁶⁰ In generale sull'adottabilità legislativa della prospettiva rimediale si veda Smorto 2014, 186 sgg.

⁶¹ Sul concetto denotato dal termine operazione, che consente di superare il soggettivismo insito nel termine intenzione, cfr. Gabrielli 2013 e D'Angelo 1992.

to la tutela reintegratoria «in ipotesi di licenziamento «economico», ossia per giustificato motivo oggettivo o collettivo (ancora sentenza n. 7 del 2024)». Si torna così alla verità cognitiva dell'enunciato normativo, un postulato del giu-
 positivismo (si veda *supra* § 1).

Vero è che, sostenere che tra l'assenza delle ragioni soggettive e, invece, di quelle oggettive sussista una differenza «ontologica»⁶² costituisce, come è reso palese dall'aggettivo che pure dovrebbe essere bandito in qualsiasi discorso giuridico, una mera petizione di principio. Il punto è che non esistono argomenti a priori che dimostrano l'esistenza di un licenziamento per ragioni oggettive a partire dallo stesso concetto di licenziamento per ragioni oggettive. È necessaria, invece, la sussistenza di ben precisi presupposti fattuali. Il medesimo ragionamento vale poi per il licenziamento per inadempimento. Dietro alla pretesa di attribuire al datore di lavoro un potere qualificatorio del licenziamento pulsa un malcelato afflato neo-liberista di ritorno alla visione einaudiana che bollava le categorie giuridiche di qualificazione del licenziamento come «mere enunciazioni verbali» (Einaudi 1956, 259). Come ho tentato di argomentare *funditus* altrove, quel che cambia nelle due ipotesi è che, quando è in gioco il giustificato motivo soggettivo o la giusta causa, oltre al comune vizio dell'assenza delle ragioni giustificatrici che tocca il principio costituzionale della stabilità dell'occupazione disciplinato dal 1° c. dell'art. 4 Cost.⁶³, sussiste *anche* una questione di protezione della personalità del lavoratore. La pretesa di far valere l'inadempimento (almeno notevole) tocca la personalità del lavoratore e impone, pertanto, che il licenziamento sia motivato e l'inadempimento sia previamente contestato al lavoratore⁶⁴.

Per quanto sia incorso in un eccesso legalista, il legislatore del 2012 non è riuscito ovviamente a prescrivere tutto e tanto meno a sottrarsi a quella dinamica del giudizio che ho cercato di riassumere nel secondo paragrafo. Mi limito a fare un esempio fra i tanti possibili. Si è recentemente costruita la regola di giudizio per la quale «la violazione del termine per l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare, stabilito dalla contrattazione collettiva, è idonea a integrare una violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav., tale da rendere operativa – ove la sanzione sia costituita da un licenziamento disciplinare – la tutela prevista dall'art. 18, c. 6, dello stesso *Statuto*, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, a meno che il ritardo nella comunicazione del predetto licenziamento non risulti, con accertamento in fatto riservato al giudice di merito, notevole e ingiustificato, tale da ledere, in senso non solo formale ma anche sostanziale, il principio di tempestività, per l'affidamento in tal modo

⁶² Pisani 2023, 259; nello stesso errore incorre Ghera 2022.

⁶³ E non il 2° c. dell'art. 41 Cost.: si veda Corte cost. n. 194 del 2018 la quale conferma l'assunto per il quale «i principi di tutela del lavoro che non vengono richiamati dal 2° c. dell'art. 41 cost. si bilanciano direttamente con la libertà d'impresa contemplata dal 1° c. dell'art. 41 stesso senza che la Costituzione indichi criteri prestabiliti di bilanciamento» Nogler 2007, 600.

⁶⁴ Così ancora in Nogler 2007, 604.

creato nel lavoratore sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto e per la contrarietà del ritardo datoriale agli obblighi di correttezza e buona fede, con conseguente accertamento circa la radicale insussistenza dei fatti posti a base del licenziamento in luogo del mero vizio procedurale che attiva la sanzione di cui al comma 6 dell'art. 18⁶⁵. La Cassazione opera una condivisibile riduzione teleologica dell'ambito di applicazione – ecco la fattispecie! – dell'art. 18 c. 6. Non siamo sul piano della fattispecie che legittima il ricorso al rimedio bensì sul piano della maturazione della posizione soggettiva del datore di lavoro e, più precisamente, del suo potere di far cessare il rapporto.

Intendiamoci: che nell'era del declino del sindacalismo sarebbe sopraggiunta una fase di spostamento dell'asse regolativo verso la legificazione lo aveva anticipato il rimpianto *Spiros Simitis* sulle pagine del *Giornale*. La specificità del nostro paese consiste nel fatto che tale fase storica abbia incrociato una dottrina che già di suo era carica di un'aspettativa d'autosufficienza regolativa che istintivamente spostò – siamo più o meno agli inizi del secolo – in capo al formante legislativo ora sovraccaricato di costrutti legislativi di sempre più difficile comprensione, ai quali un'altra parte della dottrina ha facile gioco ribattere che lo scrivente non padroneggiava le categorie che richiama nei suoi costrutti linguistici. Si coglie, addirittura, un sovrappiù di partigianeria nel modo in cui taluni esprimono giudizi epocali del tipo che viviamo nel tempo della «rozzezza tecnica» (Persiani 2019). Il «prescrittore» di turno dovrebbe sempre chiedersi prima se realmente possiede il necessario *physique du rôle* per permettersi toni così ultimativi (Giubboni 2020). Quasi sempre si tratta, d'altronde, di giudizi sommari (politici) che nascono da analisi che scontano l'adozione dell'ideale illuministico del primato della legge⁶⁶ e che, invero, proprio da un punto di vista tecnico, sono vistosamente lacunose perché anch'esse obliterano che accanto al diritto prescritto va considerato anche quello vivente grazie al quale la giurisprudenza, *noles volens*, fa quadrare la funzione regolativa della disposizione e, quindi, scioglie i dubbi che emergono a livello interpretativo-applicativo⁶⁷. Con ciò torniamo al punto cruciale del modo di concepire il ruolo della dottrina giuslavoristica: assistere e lottare per *ponere legem* o essere anche d'ausilio al *dicere ius*?

Un sicuro passo nella direzione di rendere possibile l'inveramento della logica rimediale fu, conclusivamente, compiuto dalla sentenza della Corte cost. n. 194 del 2018 con il quale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 1, del d. lvo 4 marzo 2015, n. 23 – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, c. 1» della l. 9 agosto 2018, n. 96 «limitatamente alle parole 'di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio'». Nessuno ha, peraltro, notato che anche l'autore alla cui memoria dedico queste mie bre-

⁶⁵ Cass. sez. lav. 29 dicembre 2023, n. 36427.

⁶⁶ Con dosi invidiabili di auto-ironia Scarpelli 1995, 27, parlò di «cavalieri del Settecento».

⁶⁷ Chiude, ad esempio, il cerchio di una delle diatribe più aspre in ordine alla disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti, Cass. 24 febbraio 2020 n. 4879.

vi riflessioni accolse con favore tale sentenza (Del Punta 2021, 512). Riccardo ha, infine, dimostrato di possedere anche la dote molto rara dell'autocritica.

Riferimenti bibliografici

- Alpa, G. 1995. "La discrezionalità del giudice: a proposito di un libro di Aharon Barak." *Riv. crit. dir. priv.*
- Arendt, H. 2009. *La vita della mente*. Bologna: Il Mulino.
- Aristotele. 2000. *Etica Nicomachea*. Milano: Bompiani.
- Ascarelli, T. 1955. "Teoria della concorrenza e interesse del consumatore." In *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffré.
- Astone, M. 2014. "Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto private europeo." *Eur. Dir. Priv.* 1.
- Atienza, M. 2016. *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Barak, A. 1989. *Judicial Discretion*. Trad. it. *La discrezionalità del giudice*. Milano: Giuffré.
- Baratta, A. 1990. "Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale." *Mat. st. pens. giur. moderno*.
- Barcellona, M. 1996. *Diritto, sistema e senso*. Torino: Giappichelli.
- Barcellona, M. 2023. "Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto." In *Il diritto fra prospettiva rimediata e interpretazione funzionale*, a cura di U. Izzo. Napoli: Editoriale scientifica.
- Barcellona, P. (a cura di). 1973. *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*. Bari: Laterza.
- Beduschi, C. 2018. *Scritti scelti*, a cura di L. Nogler e G. Santucci. Napoli: Editoriale scientifica.
- Benacchio, G.A., Graziadei, M. (a cura di). 2016. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*. Napoli: ESI.
- Bertea, S. 2001. "La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo." *Mat. storia pens. giur.*
- Betti, E. 1948. "Le categorie civilistiche dell'interpretazione." *Riv. it. scienze giur.*
- Canaris, C.W. 1984. "Grundrechte und Privatrecht." *Archiv für die civilistische Praxis* 184: 201 sgg.
- Canaris, W. 1983. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: D. & H.
- Carinci, F. 2007. *Diritto privato e diritto del lavoro*. Torino.
- Carinci, F., et al. 2022. *Diritto del lavoro – Rapporto di lavoro subordinato*. Torino: Utet.
- Caruso, B., Zappalà, L. 2022. "Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta. Firenze: Firenze University Press.
- Cassese, S. 2023. "Varcare le frontiere." *Riv. trim. dir. pubbl.* 3.
- Castronovo, C., Mazzamuto, S. 2007. *Manuale di diritto privato europeo, I*. Milano: Giuffré.
- Cataudella, A. 1967. "Voce Fattispecie." In *Enc. dir.*, XIV, 926 sgg. Milano: Giuffré.
- Cavalla, F. 1984. "A proposito della ricerca della verità nel processo." *Verifiche* XIII.
- D'Amico, G. 2016. "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)." *Giust. civ.* 3.
- D'Amico, G. 2019. "L'insostituibile leggerezza della fattispecie." *Giust. civ.* 1: 31 sgg.
- D'Angelo, A. 1992. *Contratto e operazione economica*. Torino: Giappichelli.

- De Luca Tamajo, R. 2020. "Spunti per un bilancio senza retorica o enfasi da «reduci»." *LavoroDirittiEuropa* 2.
- Del Punta, R. 2012. "Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema." *RIDL* I.
- Del Punta, R. 2021. "A proposito di E. Mongione (a cura di), Lavoro: la grande trasformazione." *Giorn. dir. lav. rel. ind.*
- Duxbury, N. 2008. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge Univ. Press.
- Einaudi, L. 1956. "Postilla al discorso dei georgofoli." In L. Einaudi, *Prediche inutili*, vol. IV. Torino: Einaudi.
- Falzea, A. 1965. "Voce Efficacia giuridica." In *Enc. dir.*, vol. XIV. Milano: Giuffrè.
- Falzea, A. 2005. "Unità del diritto?" *Riv. dir. civ.* 3.
- Fergola, P. 1992. *Il lavoro nell'artigianato*. Milano: FrancoAngeli.
- Franza, G. 2022. "Tutela del credito e insolvenza." *Inf. Prev.*
- Gabrielli, E. 2013. «Operazione economica» e teoria del contratto. Milano: Giuffrè.
- Gambaro, A. 2016. "Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei diritti fondamentali." *Riv. dir. civ.*
- Gentili, A. 1998. "L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili." *Riv. dir. civ.*, 657 sgg.
- Ghera, E. 2022. "Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive." *RIDL* 5 sgg.
- Giubboni, S. 2017. *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*. Cedam-Wolters Kluwer.
- Giubboni, S. 2020. *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*. Torino: Giappichelli.
- Irti, N. 1997. "Itinerari di Francesco Santoro Passarelli." *Riv. dir. proc.*
- Irti, N. 2014. "La crisi della fattispecie." *Riv. dir. proc.*
- Jestaedt, M. 2012. "Deutsche Rechtswissenschaft im Kontext von Europäisierung und Internationalisierung." *Juristen Zeitung*.
- Libertini, M. 1991. "Il vincolo del diritto positivo per il giurista." In AA.VV. *Scritti in onore di Angelo Falzea, vol. I, Teoria generale e filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Losano, M.G. 2002. *Sistema e struttura del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Mancini, F. 1984. "Il liberale Tito Carnacini." *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Marinelli, V. 1996. *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè.
- Markesinis, B.S. (a cura di). 1994. *The Gradual Convergence. Foreign Ideals, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*. Oxford: Clarendon Press.
- Matteucci, N. 1963. "Positivismo giuridico e costituzionalismo." *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 985 sgg.
- Matteucci, N. 2006. *Usare concetti e non parole. Eguaglianza e politica*. Macerata: Liberilibri.
- Mazzamuto, S. 2021. *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*. Torino: Giappichelli.
- Mazzamuto, S. 2023. "La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi." In *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale*, a cura di U. Izzo. Napoli: Editoriale scientifica.
- Mengoni, L. 1965. "Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana." *Riv. Società*.
- Mengoni, L. 1985. "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico." In L. Mengoni, *Diritto e valori*. Bologna: Il Mulino.
- Mengoni, L. 1985. *Diritto e valori*. Bologna: Il Mulino.
- Mengoni, L. 1996. *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*. Milano: Giuffrè.

- Mengoni, L. 1998. "Presentazione." In R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Nicolussi, A. 2014. "Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico." *Eur. dir. priv.*
- Nogler, L. 1990. "Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro." *RIDL*.
- Nogler, L. 2007. "La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali." *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 593 sgg.
- Nogler, L. 2012. "Un liber amicorum per Marcello Pedrazzoli." In *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. Corazza, L. Nogler. Milano: FrancoAngeli.
- Nogler, L. 2014. "L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro." *RIDL* I: 115 sgg.
- Nogler, L. 2016. "La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico." *Arg. dir. lav.*
- Nogler, L. 2018. "Regole giuridiche (fonti)." In *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. III, 1461 sgg. Napoli: Jovene.
- Oppo, G. 2001. "Impresa e mercato." *Riv. dir. civ.* IV.
- Orestano, R. 1987. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino.
- Pace, A. 2001. "Metodi interpretativi e costituzionalismo." *Quad. cost.*, 60 sgg.
- Pagni, I. 2005. "Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive." *RIDL* I.
- Pedrazzoli, M. 1985. *Democrazia industriale e subordinazione*. Milano: Giuffrè.
- Persiani, M. 2019. "Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico." *RIDL*, 276 sgg.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. «*In tutte le sue forme e applicazioni*». *Per un nuovo Statuto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Picardi, N. 2003. "La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione." In *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, a cura di M.G. Di Renzo Villata. Napoli: Jovene.
- Pisani, C. 2023. "La controriforma della Corte costituzionale della disciplina rimediabile per il licenziamento ingiustificato: tra sconfinamenti e nuove disarmonie." *Il diritto del mercato del lavoro* 255 sgg.
- Punzi, A. 2022. "Decidere in dialogo con le macchine. La sfida della giurisprudenza contemporanea." In *SMART la persona e l'infosfera*, a cura di U. Salandro. Pisa: Pacini.
- Ricciardi, A. (a cura di) 2007. *La memoria di un riformista*. Bologna: Il Mulino.
- Ricoeur, P. 1994. *Conferenza su ideologia e utopia*. Milano: Jaka Book.
- Ricoeur, P. 1994. *Persone, Comunità e istituzioni. Dialettica tra giustizia e amore*. San Damiano di Fiesole: ECP.
- Roccella, M. 1994. "Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario." *RIDL* I.
- Roccella, M. 2008. "Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi." *Quaderni di sociologia*, 71 sgg.
- Ross, A. 1958. *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.
- Rubino, D. 1939. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè.
- Santarpia, D. 2023. "Quale futuro per il diritto del turismo?" In *La fattispecie «liquida»: quattro casi sintomatici*, a cura di C. Angiolini e D. Santarpia. Napoli: ESI.
- Scalisi, V. 2018. "Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici." *Riv. dir. civ.*
- Scarpelli, U. 1995. "Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico." In *Nomografia, linguaggio e redazione delle leggi*, a cura di P. De Luca. Milano: Giuffrè.
- Schmid, C.U. 2010. *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*. Baden Baden: Nomos.

- Schmitt, C., Zaccaria, G. 2019. "Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità." *Ars interpretandi* 1: 7-14.
- Scognamiglio, C. 1954. "Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)." *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 331 sgg.
- Smorto, G. 2014. "Sul significato di 'rimedi'." *Eur. dir. priv.* 1: 159 sgg.
- Tarello, G. 1967. *Teorie e ideologie del diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*. Milano: Comunità.
- Treu, T. 1974. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Milano: Franco Angeli.
- Treu, T. 2015. "Il riordino dei tipi contrattuali nel Jobs Act." *Giorn. dir. lav. rel. ind.*
- Treu, T. 2023. "Trasformazione o fine delle categorie?" *Giorn. dir. lav. rel. ind.*
- Trocker, N. 2000. "Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo." *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Troper, M. 1999. "Una teoria realista dell'interpretazione." *Mat. Storia pens. giur.*, 484 sgg.
- Tullini, P. 2020. "Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: una prima lettura." *RIDL*, 135 sgg.
- Vallauri, M. L. 2021. "Brevi note su poteri imprenditoriali e poteri datoriali alla luce del nuovo art. 2086 c.c." *Lav. dir.*, 471 sgg.
- Velluzzi, V. 2002. *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli.
- Wilburg, W. 1950. *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*. Graz.
- Wu, T. 2021. *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*. Bologna: Il Mulino.
- Zaccaria, G. 1995. "Dimensione dell'ermeneutica e interpretazione giuridica." *Riv. int. fil. dir.*
- Zagrebelsky, G. 2008. *Contro l'etica della verità*. Bari: Laterza.
- Zagrebelsky, G. 2022. *La lezione. Discorso*. Torino: Einaudi.
- Zagrebelsky, G. 2024. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.
- Zoppoli, A. 2022. *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*. Napoli: Editoriale scientifica.

Diritto del lavoro e ambiente: ieri e oggi

Paolo Pascucci

1. Una prefazione

Ho conosciuto Riccardo Del Punta molti anni fa.

A presentarci fu Beppe Pera, nella sua bella villa di San Lorenzo a Vaccoli, dove gli avevo portato *brevi manu* uno scritto per la *RIDL*. Incontravo spessissimo Riccardo nei tanti convegni ai quali puntualmente partecipavamo, anche se, al di là di quelle occasioni, non ci capitava di sentirci spesso.

In un pomeriggio estivo del 2018 Riccardo mi telefonò. Mi disse che gli era appena stato chiesto di scrivere la prefazione ad un libro particolarmente originale su diritto del lavoro e ambiente (Tomassetti 2018), che anche io avevo letto in anteprima, chiedendomi cosa pensassi di quel tema, all'epoca ancora un po' eccentrico, e di quella ricerca che, «inoltrandosi in terre in buona parte incognite», offriva un contributo «alla delineazione di una nuova cartografia del diritto del lavoro» (Del Punta 2018, XX).

Ci scambiammo così alcune opinioni sui passaggi più significativi del libro. Dalla vicenda dell'ex Ilva di Taranto, di cui anche io mi ero occupato dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 85/2013 (Pascucci 2013), fino a quelle disposizioni un po' misconosciute del d.lgs. n. 81/2008 che evocano la dimensione esterna all'impresa: da un lato, l'art. 2, lett. *n*, che definisce la prevenzione come «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'am-

Paolo Pascucci, University of Urbino Carlo Bo, Italy, paolo.pascucci@uniurb.it, 0000-0003-1289-8324

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Paolo Pascucci, *Diritto del lavoro e ambiente: ieri e oggi*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.55, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 893-900, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

biente esterno»; da un altro lato, l'art. 18, comma 1, lett. *g*, che obbliga il datore di lavoro e il dirigente a «prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio».

Discuteremo soprattutto del punto più stimolante del libro, là dove Tomassetti propone coraggiosamente «una rilettura dell'obbligo di sicurezza in chiave di sostenibilità ambientale, sì da includere in esso tutti i profili relativi alla prevenzione di disastri e incidenti maggiori che possono avere un impatto sulle comunità e sull'ambiente esterno» (Del Punta 2018, XIX; Tomassetti 2018, 169 sgg.). Ed entrambi convenimmo sui possibili rischi di dilatazione del debito datoriale, peraltro ben presenti allo stesso autore (Tomassetti 2018, 172 sgg.), sui quali avemmo poi occasione di ritornare successivamente: Riccardo soprattutto nel «Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile» scritto nel 2020 con Bruno Caruso e Tiziano Treu (Caruso, Del Punta, Treu 2020, 37); io in alcuni saggi sul rapporto tra ambiente interno ed esterno all'impresa (Pascucci 2021, 121; Pascucci 2022, 340).

2. Lungimiranza

Tratto probabilmente in inganno da una certa timidezza con cui Riccardo mi aveva interpellato, da quel colloquio avevo avuto l'impressione che egli nutrisse più di una perplessità sull'importanza del tema e che fosse un po' riluttante ad accettare l'invito ad occuparsene.

Senonché, leggendo mesi dopo la sua prefazione, dovetti ampiamente ricredermi e soprattutto constatare come da molto tempo – anzi «da tempi non sospetti» – egli avesse ben presente la centralità della questione e delle sue principali implicazioni, come d'altronde lui stesso ammetteva ricordando, quasi *en passant*, come già gli fosse «capitato di osservare in uno scritto di vent'anni» prima (Del Punta 1999) che «la tutela dell'ambiente di lavoro» costituisce «una parte del macro-tema della tutela ambientale» (Del Punta 2018, XV).

In effetti, conoscendo la sua curiosità intellettuale e la sua propensione a non accontentarsi mai di certezze rassicuranti, avrei dovuto cogliere subito come Riccardo non potesse non essere attratto da un tema come quello, che, proprio perché particolarmente trascurato dal diritto del lavoro, a maggior ragione poteva dischiudere orizzonti di notevole interesse anche sul modo di intendere il senso della nostra materia.

3. Deboli segnali

Chiunque sfogli oggi le pagine della dottrina giuslavoristica o consulti i programmi dei tanti convegni organizzati nell'ambito della nostra disciplina non avrà difficoltà a verificare come il rapporto tra diritto del lavoro e ambiente abbia ormai acquisito una netta centralità. Da qualche anno non si fa che parlare di diritto del lavoro sostenibile, così come della relazione tra ambiente interno

ed esterno all'impresa. E se su queste prospettive hanno pesantemente inciso i ripetuti allarmi sui rischi dell'emergenza climatica causati dai modelli di sviluppo economico-produttivo, non va trascurato tuttavia l'impatto prodotto dall'emergenza pandemica almeno per quanto riguarda la consapevolezza della crescente porosità dei tradizionali ambienti di lavoro e della labilità dei confini delle imprese.

Oggi che la questione del rapporto tra lavoro e ambiente è divenuta assolutamente centrale nel dibattito giuslavoristico, rileggere quel saggio di Riccardo di quasi venticinque anni orsono, dedicato ad un primo bilancio dell'applicazione del d.lgs. n. 626/1994, costituisce l'ennesima conferma – se mai ve ne fosse ancora bisogno – della sua lungimiranza.

Dopo aver rilevato come, grazie a quel primo decreto attuativo della direttiva madre 89/391/CEE, l'impresa si fosse dovuta confrontare, «volente o nolente, con l'introduzione di limiti nuovi alla propria libertà di iniziativa, avendo l'ordinamento espresso «una scelta abbastanza netta a favore dei valori proclamati dagli artt. 32 e 41, co. 2°, Cost.», nell'ultimo paragrafo, intitolato «Ambiente di lavoro e ambiente esterno», Riccardo tuttavia osservava che l'eventuale ricerca di «connessioni più dirette, di diritto positivo, fra la tutela dell'ambiente interno ed esterno» sarebbe risultata deludente, essendo «rimosso quasi totalmente dal disegno di tutela» del d.lgs. n. 626/1994 il «dato dell'ambiente esterno, o più ampiamente della «natura»».

A riprova di ciò sottolineava alcuni aspetti: l'assenza fra le misure generali di tutela¹ di un qualche riferimento, anche programmatico, «al rispetto di principi di tutela ambientale [...] interamente lasciati ad altri rami della legislazione e dell'azione amministrativa»; la mancanza di considerazione nella valutazione dei rischi dell'«impatto ambientale» al di là del «debole e disarmato riferimento [...] all'obbligo del datore di lavoro di prendere «appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno»²; l'assenza di qualunque sollecitazione ai lavoratori e/o ai loro rappresentanti a farsi carico «dell'esistenza di consistenti rischi per l'equilibrio ambientale»; il fatto che anche l'attività dell'Ispepl (come la tenuta di un registro dei casi di malattia e di decesso dovuti all'esposizione ad agenti patogeni) fosse «mirata fundamentalmente sui lavoratori». Una pallida traccia di una diversa ottica poteva al più percepirsi là dove si obbligava «il datore di lavoro ad adottare misure igieniche «per prevenire e ridurre al minimo la propagazione accidentale di un agente biologico fuori dal luogo di lavoro»³.

La protezione dell'ambiente esterno poteva quindi essere solo «un benefico effetto «preterintenzionale» della messa a regime dell'ambiente interno», essendo evidente che, a fronte dell'assenza in alcune norme prevenzionistiche

¹ Art. 3 del d.lgs. n. 626/1994.

² Art. 4, comma 5, lett. n, del d.lgs. n. 626/1994.

³ Art. 79, comma 2, lett. e, del d.lgs. n. 626/1994.

di un apprezzabile impatto esterno⁴, una diversa ricaduta esterna avrebbe potuto avere l'uso di agenti cancerogeni nelle lavorazioni, determinandosi in simili ipotesi «naturalmente un circolo virtuoso fra protezione interna ed esterna».

Dinnanzi al limitato orizzonte dischiuso dal d.lgs. n. 626/1994, Riccardo si sforzava di ricercare altrove segnali di diversa natura. Un «altrove» che, a ben guardare, non era altro che lo stesso ambito europeo dal quale era promanata la disciplina prevenzionistica, venendo in luce quei programmi comunitari che sottolineavano «per la prima volta, in maniera esplicita, l'importanza del coordinamento degli interventi di protezione dell'ambiente di lavoro con interventi più generali» (Caruso 1997, 474), lasciando così intravedere «la consapevolezza della connessione delle politiche di salute e sicurezza non solo con le più generali politiche di tutela dell'ambiente, ma anche con gli interventi comunitari sulla ricerca, sull'agricoltura, sulle strategie industriali, sui trasporti, sulla protezione dei consumatori e sulle relazioni esterne alla Comunità». Segnali, quindi, «di quell'approccio integrato e trasversale alle tematiche ambientali», che – notava amaramente Riccardo – «molti ritengono auspicabile, ma che non si eleva, per il momento, dal piano delle indicazioni programmatiche».

4. Eccessiva severità?

Sebbene quell'analisi di Riccardo cogliesse lucidamente e *ante tempus* l'importanza di questioni poi destinate a divenire di grande attualità, per certi versi si potrebbe forse essere indotti a ritenere che il suo giudizio sulla scarsa attenzione del d.lgs. n. 626/1994 per la tutela dell'ambiente esterno fosse stato eccessivamente severo.

Infatti, da un lato, l'obbligo del datore di lavoro e del dirigente di cui all'art. 4, comma 5, lett. *n* – relativo all'adozione di appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate potessero causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno – non era proprio del tutto «disarmato», dato che l'art. 89, comma 1, lett. *a*, ne puniva la violazione con l'arresto (da tre a sei mesi) o con l'ammenda (da lire tre milioni a lire otto milioni).

Da un altro lato, non si poteva comunque ignorare che il d.lgs. n. 626/1994 conteneva anche un'altra previsione in relazione alla tutela dell'ambiente esterno, tutt'altro che marginale. Si trattava della definizione di «prevenzione»⁵, intesa come «il complesso delle disposizioni o misure adottate o previste in tutte le fasi dell'attività lavorativa per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno». Una definizione nella quale era infatti difficile non riconoscere l'intenzione del legislatore di contrastare «l'esternalizzazione dei rischi dell'impresa» (Focareta 1995, 9) mediante l'istituzione di un'evidente «correlazione tra dentro e fuori, ambien-

⁴ Come quelle sull'uso dei dispositivi di protezione, sulla movimentazione manuale dei carichi o sul lavoro ai videoterminali.

⁵ Contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. n. 626/1994.

te di lavoro ed ambiente esterno, diritti dei lavoratori e dei cittadini» (Tullini 2012, 168-169), dove la tutela della salute pubblica e dell'integrità dell'ambiente esterno risultava quasi come una sorta di limite/condizione imprescindibile per la stessa «legittimità» delle misure di prevenzione dei rischi lavorativi.

Come già rilevato in precedenza, sia quell'obbligo datoriale sia quella definizione di prevenzione compaiono ancora oggi nel d.lgs. n. 81/2008, erede del d.lgs. n. 626/1994. E, con particolare riferimento alla definizione di prevenzione – che nel d.lgs. n. 81/2008 è stata peraltro integrata dall'esplicito richiamo ai tre criteri della particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica presenti anche nell'art. 2087 c.c. (Albi 2008; Delogu 2021) –, ci si potrebbe chiedere se, al di là del suo indubbio rilievo sullo specifico versante delle tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, essa configuri il rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno come criteri/limiti nella predisposizione e gestione del sistema di prevenzione aziendale riverberando anche effetti sulla stessa valutazione dei rischi, vale a dire sullo strumento finalizzato ad «individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza»⁶.

Nel più recente dibattito dottrinale si è tuttavia dubitato che le disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 che evocano più o meno direttamente la questione della salute pubblica possano essere considerate come previsioni precettive piuttosto che di orientamento e di indirizzo (Buoso 2022, 271 sgg.; Lazzari, Pascucci 2023, 40), non dovendosi fra l'altro trascurare che l'apparato di controllo e sanzionatorio del d.lgs. n. 81/2008 è pur sempre finalizzato a garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori o comunque di chi si trova a vario titolo nell'ambiente di lavoro⁷, laddove la tutela dei diritti degli altri cittadini e dell'ambiente esterno si avvale di altri strumenti. Né va dimenticata a monte la permanente sfasatura nella Costituzione tra le competenze legislative in materia di tutela dell'ambiente in generale, riservate in via esclusiva allo Stato⁸, e quelle in materia di tutela dell'ambiente di lavoro, in perenne oscillazione tra la competenza esclusiva statale e quella concorrente regionale⁹ (Campanella, 2010; Natullo 2011, 1077 sgg.). Né, più sullo sfondo, si dovrebbe trascurare che la tutela dell'ambiente di lavoro e quella dell'ambiente esterno rispondono a due principi – rispettivamente, quello di prevenzione e quello di precauzione – tra loro comunque differenti per la diversa rilevanza delle conoscenze scientifiche in relazione ad ognuno di essi.

Per la verità, considerando che è pur sempre presidiato da una sanzione penale¹⁰, parrebbe difficile negare che l'art. 18, comma 1, lett. *q*, del d.lgs. n. 81/2008

⁶ Artt. 2, lett. *q*, del d.lgs. n. 81/2008.

⁷ Cass. pen., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in <https://olympus.uniurb.it>.

⁸ Art. 117, comma 2, lett. *s*, Cost.

⁹ Art. 117, comma 3, Cost.

¹⁰ Art. 55, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008.

sia una norma precettiva, potendocisi finanche chiedere se esso non conferisca una certa qual effettività alla stessa definizione di prevenzione là dove questa si riferisce all'ambiente esterno, ove si ritenga che le «misure tecniche adottate» che esso evoca corrispondano davvero a quelle che ai sensi dell'art. 2, lett. *n*, costituiscono l'oggetto della «prevenzione»¹¹ in quanto necessarie per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno.

Senonché, al di là di una tendenziale indicazione circa il ruolo che il sistema di prevenzione aziendale dei rischi lavorativi potrebbe svolgere per l'implementazione di una più complessiva politica ambientale dell'impresa (Pascucci 2019, 56), sta di fatto che la precettività di quelle norme – in particolare quella dell'art. 18, comma 1, lett. *q* – appare troppo effimera per ricavarne una vera e propria posizione di garanzia anche sul piano ambientale. D'altronde, la violazione dell'obbligo ivi previsto dovrebbe essere accertata da un personale ispettivo¹² che è però sprovvisto delle competenze tecniche e giuridiche necessarie per valutare gli eventuali illeciti ambientali, i quali, a ben guardare, dovrebbero costituire il «presupposto» per poter contestare l'inidoneità delle misure tecniche adottate. Contestazione che, oltretutto, dovrebbe essere effettuata secondo la procedura di prescrizione di cui al d.lgs. n. 758/1994, finalizzata a ripristinare le condizioni di legalità e ad estinguere il reato ma pur sempre con esclusivo riferimento alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori¹³.

D'altro canto, al di là della sua stretta connessione con il principio di prevenzione, anche l'obbligo di valutazione dei rischi non sembra però potersi estendere oltre lo specifico ambito per il quale è stato posto, riguardando «tutti i rischi» che incombono sui lavoratori nell'ambito dell'organizzazione nella quale si inserisce la loro prestazione, per quanto si voglia intendere in senso ampio la stessa organizzazione (Angelini 2019).

A ben guardare, la delusione espressa all'epoca da Riccardo in merito alla prospettiva «ambientalistica» del d.lgs. n. 626/1994 era dunque più che fondata e corrisponde a quella manifestata più di recente rispetto ai segnali, per ora rimasti tali, lanciati dal d.lgs. n. 81/2008 in direzione della necessità di una prevenzione integrata tra ambiente interno ed esterno, che hanno evocato l'immagine di un ponte incompiuto (Pascucci 2022, 343).

5. L'ambiente e lo statuto culturale del diritto del lavoro

Nonostante i deboli segnali normativi tuttora esistenti, la crescente attenzione del diritto del lavoro dell'oggi per la questione ambientale, oltre a dischiude-

¹¹ Diversamente si veda però Cass. pen., n. 32899/2021, cit.

¹² Quello dei dipartimenti di prevenzione delle Aziende sanitarie locali e dell'Ispettorato nazionale del lavoro: si veda l'art. 13 del d.lgs. n. 81/2008.

¹³ Anche se un analogo meccanismo si rintraccia in materia ambientale nell'art. 318-bis e sgg. del d.lgs. n. 152/2006.

re tra l'altro nuovi orizzonti per la contrattazione collettiva (Pascucci, Lazzari 2021), sta disvelando anche un ripensamento sullo stesso statuto epistemologico della materia, che Riccardo, da par suo, non aveva mancato di evocare concludendo quel saggio del 1999.

A suo dire, di fronte all'ambiente emergeva un «disagio culturale del diritto del lavoro», in quanto quest'ultimo, nato e sviluppato «come vincolo alla libertà di iniziativa economica», aveva tuttavia «introiettato profondamente, nel suo codice genetico, l'ideologia produttivistica del capitalismo moderno», fondata anche «sull'ipervalorizzazione sociale e culturale del lavoro»: un'ideologia che lo aveva «indotto quasi a vedere l'ambiente naturale come un pericoloso «concorrente» nella allocazione di risorse scarse, con una dolorosa cesura fra il lavoratore ed il cittadino». Mentre, in «altre occasioni, il dato della responsabilità ecologica era «stato semplicemente rimosso, preferendosi inseguire populisticamente il sogno di una quadratura istantanea, e neppure sofferta, del cerchio fra aumento della ricchezza, aumento dell'occupazione, e preservazione assoluta dell'ambiente» (Del Punta 1999, 159).

Riccardo intravedeva quindi nel diritto del lavoro «il germe di una certa autoreferenzialità assiologica e culturale», che più volte lo aveva portato «a rappresentare un elemento di contraddizione latente rispetto alla questione ambientale, pur con la scusante di non aver mai potuto abbassare la guardia nei confronti delle proprie emergenze» (come i tanti morti sul lavoro). E sottolineava soprattutto come il vero problema di fondo fosse «quello dell'identità e dello statuto culturale della disciplina [...] sullo sfondo di una rimeditazione complessiva del valore del lavoro e del suo rapporto con altri valori e diritti sociali», essendo auspicabile che la necessità di «accedere ad una concezione più moderna e integrata dell'ambiente di lavoro» potesse costituire, «per il diritto del lavoro ed i suoi protagonisti, un fattore di maturazione verso una visione meno arroccata e più aperta al confronto con le tematiche ambientali ed ecologiche» (Del Punta 1999, 160).

Questi spunti verranno ripresi da Riccardo nella citata prefazione al libro di Tomassetti, là dove sottolinea come un diritto del lavoro attento anche alle questioni ambientali e più in generale alla sostenibilità debba alimentarsi «di una filosofia e di modelli di gestione aziendale collaborativi e partecipativi», capaci di superare «sia gli scenari populistici di alleanza tra lavoro e ambiente contro il capitale che quelli industrialisti di alleanza tra lavoro e capitale contro l'ambiente» (Del Punta 2018, XX).

Di qui una delle sue più efficaci «provocazioni», quando scriverà che «la sostenibilità ambientale, ovverosia la consapevolezza di stare tutti sulla stessa barca, impone di mettere da parte il conflitto industriale e l'antagonismo fini a se stessi» (Del Punta 2018, XX). Detto altrimenti, è possibile «spingersi oltre [...] le colonne d'Ercole» «dei rapporti di lavoro» purché «la tutela dell'ambiente di lavoro venga inquadrata all'interno di concezioni più generali del diritto del lavoro, che non necessariamente coincidono con quella contrattualistico-conflittuale, la quale a lungo è stata la stella polare della materia» (Del Punta 2018, XVI-XVII).

Riferimenti bibliografici

- Albi, P. 2008. *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*. Milano: Giuffrè.
- Angelini, L. 2019. "La valutazione di tutti i rischi." In *Salute e sicurezza sul lavoro a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi*, a cura di Paolo Pascucci. Milano: Franco Angeli, 81-114.
- Buoso, S. 2022. "Sicurezza sul lavoro, ambiente e prevenzione: disciplina positiva e dilemmi regolativi". *Lavoro e diritto*: 271-92.
- Campanella, P. 2010. "Sicurezza sul lavoro e competenze legislative delle regioni". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 415-454.
- Caruso, B. 1997. "L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*: 435-78.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." In Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf.
- Delogu, A. 2022. *La funzione dell'obbligo generale di sicurezza sul lavoro. Prima, durante e dopo la pandemia: principi e limiti*. Fano: Aras Edizioni.
- Del Punta, R. 1999. "Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale." *Diritto delle relazioni industriali*, 2: 151-60.
- Del Punta, R. 2018. "Prefazione." In Tomassetti, Paolo. *Diritto del lavoro e ambiente*. Modena: Adapt University Press: XV-XX.
- Focareta, F. 1995. "La sicurezza sul lavoro dopo il decreto legislativo n. 626 del 1994." *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1: 5-12.
- Lazzari, C., Pascucci, P. 2023. "La gestione della circolarità dei rischi tra ambiente interno ed esterno all'azienda. Profili giuridici." *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1, I: 35-48.
- Natullo, G. 2010. "Dopo il testo unico: ruolo e competenze delle Regioni nella normativa nazionale e regionale." In *Il d.lgs. n. 81/2008: due anni dopo. I "sistemi" del diritto della sicurezza sul lavoro. Atti dell'incontro di studio di Urbino del 14 e 15 maggio 2010*, a cura di Paolo Pascucci. Quaderni di Olympus, 2: 108-16.
- Pascucci, P. 2013. "La salvaguardia dell'occupazione nel decreto 'salva Ilva'. Diritto alla salute vs diritto al lavoro?." *Diritti lavori mercati*: 671-88.
- Pascucci, P. 2019. "Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.." *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1, I: 37-57.
- Pascucci, P. 2021. "Salute pubblica e limiti all'attività di impresa dall'angolo visuale del diritto del lavoro e della sicurezza sul lavoro." In *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, a cura di Lorenzo Zoppoli, 113-28. Quaderno di DLM, 11. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Pascucci, P. 2022. "Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa." *Lavoro e diritto*: 335-55.
- Pascucci, P., Lazzari, C. 2021. "Salute e sicurezza: commento agli artt. 4, sez. I, e 1, sez. IV, Tit. V." In *Commentario al Ccnl Metalmeccanici, 5 febbraio 2021*, a cura di Gaetano Zilio Grandi. Torino: Giappichelli, 109-122.
- Tomassetti, P. 2018. *Diritto del lavoro e ambiente*. Modena: Adapt University Press.
- Tullini, P. 2012. *I dilemmi del caso Ilva e i tormenti del giuslavorista. Ius17*, 3: 163-69.

Profilo minimo dell'opera di Riccardo Del Punta (1957-2022)¹

Marcello Pedrazzoli

1. La profonda tristezza per una perdita incolmabile

Conosco Riccardo da quando si laureò (1982) a Pisa, discutendo con Giuseppe Pera una tesi sui licenziamenti collettivi. L'iniziale frequentazione fu nelle austere sale della Sapienza, in cui sono accolti i libri dell'istituto fondato da Giuseppe Bottai e poi proseguito da Luisa Riva Sanseverino; sale allora animate, oltre che da Pera, onnipresente, da giovani autoctoni, anzitutto Oronzo Mazzotta, che veniva però da Lecce, nonché Riccardo Diamanti, ma anche da una colonia bolognese: Gian Guido Balandi e Marco Biagi oltre al sottoscritto (nel 1974 ebbi l'incarico ad Economia, dove prima insegnava Luigi Montuschi).

RDP era un giovane di grande garbo, colto, curioso e interessato al mondo, che parlava – in un tono basso, quasi mezza voce – con padronanza e ironia. Cesato nel 1985 il mio periodo pisano, le occasioni di incontro-confronto con RDP si rarefecero, ma divennero per così dire più personalizzate. Era percepibile che, oltre la cura della giurisprudenza e, monograficamente, del tema della sospensione del rapporto di lavoro, dentro Riccardo covavano le qualità di intelligenza e cultura di chi intende impossessarsi della materia e dei suoi snodi più profondi.

¹ Il contributo è stato anticipato sulla rivista *Lavoro Diritti Europa* 1 (2023). Per il diffuso richiamo agli scritti di Riccardo Del Punta si rinvia all'elenco completo degli stessi pubblicati in Del Punta 2023.

Nei quarant'anni della sua attività scientifica RDP ha in effetti fornito una prestazione imponente, nel senso (non tanto e solo quantitativo, ma) di costituita in grande misura da scritti di pregio e qualità non usuali e sempre più ravvivati dalla varietà di approcci e visuali che Riccardo sperimentava nella continua ricerca di interpretazioni, fondamenti valoriali ed esplicazioni metodologiche². E nel contempo non si è risparmiato proprio in nulla, per la sua incontenibile esigenza di esprimersi ovunque la passione e il ruolo lo spingessero a fare dando sempre il meglio di sé. Come insegnante (associato a Siena nel 1992 e ordinario a Firenze nel 1999) ha fornito agli studenti una accuratissima didattica, assieme a valenti collaboratori, spesso sollecitando gli apporti competenti di colleghi esterni; ha contribuito attivamente ad eventi culturali; ha partecipato ad associazioni professionali e scientifiche, venendo eletto nei loro organi o anche presiedendole; ha concorso in modo fattivo ad iniziative di gruppo e/o, diciamo, di pressione scientifico-accademica; si è speso in conferenze, curatele e nel contributo ad opere collettive, rispondendo generosamente a tutto quanto ritenesse doveroso³; ha preso parte con continuità al dibattito giuslavoristico internazionale; ha operato per decenni quale avvocato di alto livello, dentro un'inedita struttura professionale; e, non ultimo, è stato un valido consigliere del principe in momenti difficili per la politica e le istituzioni italiane⁴.

Un dispendio di energie insostenibile, come alla fine venne da pensare, dato che neppur nel corso della malattia e in mezzo a gravose terapie si era risparmiato.

Nel cocente dolore per la sua perdita sono stato preso dall'impulso di ripercorrere *in toto* il variegato e anche sussultorio viaggio che aveva compiuto. Non

² L'apporto scientifico è testimoniato dall'elenco delle pubblicazioni, che supera i 370 titoli. Oltre al manuale (*Diritto del lavoro* venne abbozzato come *Lezioni* nel 2006 e ora è giunto alla XIV edizione) e alla poderosa monografia sugli istituti che compongono la «sospensione del rapporto di lavoro» (si veda nt 8), nell'elenco compaiono numerosissimi saggi, oltremodo selezionati, accurati e peculiari, come si vedrà nel seguito. Per non dire degli interventi immediati sulle innovazioni legislative e dei commenti puntuali su ogni aspetto o punto di frizione giuslavoristico, non facendo mai mancare la sua voce (in questo come il suo Maestro) ai convegni scientifici.

³ Per esempio: nel 2016 si pensò di trasformare in un evento nazionale «itinerante» l'iniziativa (nata nel 2003 e circoscritta a Bologna) di ricordare Marco Biagi e Massimo D'Antona. RDP fu il primo ad accedere alla proposta e si accollò la realizzazione di tale cambiamento organizzando in modo insuperato, con i suoi allievi, il XV Incontro in memoria dei colleghi assassinati (Firenze il 10 maggio 2017). Nel contempo, tanto per dire, pochi mesi prima (il 17 febbraio) Riccardo e i suoi avevano organizzato, sempre a Firenze, un seminario per la presentazione-discussione del libro di Guy Davidov (*A Purposive Approach to Labour Law*) (questo dibattito in inglese, da noi inconsueto, venne introdotto da Riccardo e vi parteciparono pure Bruno Caruso e Adalberto Perulli: vedilo in *DLRI* 2017, 743 sgg.).

⁴ Sulla attività e importanza di Riccardo in svariati di questi aspetti, in particolare come partecipe alle stagioni delle riforme 2012-15 (Governi Monti-Fornero e Renzi-Poletti), si soffermano i *Ricordi* di Pietro Ichino (che apparirà in *RIDL*, 2022, n. 4; vedilo ora in www.pietroichino.it) nonché di Roberto Romei e Franco Scarpelli (apparso come «editoriale» in *GC.com* il 4 gennaio 2023). Breve e commosso, poi, il ricordo di Maria Luisa Vallauri, in *LD*, 2022 (n. 4), 617 sgg.

era un pensiero realistico, bensì d'affetto; né mi pento di questo zelo imprudente perché mi ha dato modo di conoscere per la prima volta svariati suoi scritti, nonché di approfondire in misura maggiore, anche se non bastate, numerosi altri scritti che già conoscevo. E anzi ringrazio Riccardo per il piacere personale che ho tratto dall'aver potuto ancora interloquire con lui in qualche «dove» aveva tanto riflettuto e inventato, con condivisioni anche emotive che tuttora arricchiscono lo standard della nostra comunicazione.

Con ciò resto tuttavia ben lontano dal poter padroneggiare l'insieme della sua opera e attribuirgli l'onore che merita: per una tale impresa occorre molto e molto di più! In breve, e tornando a noi, più che misurarmi con l'intero, incontenibile itinerario di scelte, di studi e di approfondimenti di RDP, nella presente occasione proverò a riferire qualche dato, pensiero, filone o accorgimento in cui si rivela la sua apertura intellettuale e si esprimono le sue visioni piene di solerzia e acutezza, azzardando di dire qualcosa pure sugli intenti e le ambizioni che lo muovevano e cioè sulla eredità, gravosa quanto irrinunciabile, che ci ha lasciato.

2. Sullo «stile» nello scrivere di RDP e la sua attenzione alla giurisprudenza (non solo come apprendistato)

Viene anzitutto da fare qualche osservazione generale e trasversale. A partire dalla «scrittura» di RDP, dal suo modo di scrivere contrassegnato dalla chiarezza (carattere che il suo Maestro considerava indispensabile) e dall'eleganza per contenerne la problematicità; con *incipit* intrisi di fantasia e di intelligenza, per introdurre in modo imprevedibile un discorso spesso complicato e ipotattico, dovendo essere consoni al tasso di difficoltà di quanto sceglieva di analizzare. Del resto in ogni realtà che muta, e quella lavoristica è mutata in termini radicali dagli anni '80 del secolo scorso, si debbono delineare elementi, fattori e concetti, per i quali non c'è subito a disposizione il linguaggio occorrente.

Voglio dire che Riccardo era incline a valorizzare approcci o metodi inediti, a volte neppur appartenenti allo strumentario giuridico: per capire e far capire stava in agguato, non a caso, sempre alla ricerca di parole che significano il cambiamento e ancora mancano, e quindi per approfittare di una sorta di *dumping* cognitivo. Credo sia questa la ragione di fondo per cui, nelle sue esposizioni, RDP spesso introduce condizionalità, mediazioni, riserve, precisazioni *a latere*, digressioni personali ecc. le quali infittiscono di subordinate il periodo e in generale rendono più complesso il discorso: snodi con cui nella consecuzione principale vengono introdotte varianti, o accennati argomenti analoghi, o alluse circostanze concomitanti, con tacita esortazione a tenerne conto. Spesso ne ho l'impressione che Riccardo voglia richiamare il lettore (azzardo che qualche volta, col tempo, si potrebbe dire il «discente»: ma non gli attribuisco intenti invasivi), quasi per esortarlo ad impossessarsi di cognizioni più profonde e mature, o comunque per affinare le componenti della sua comprensione.

Di questo andamento diciamo problematizzante, o cauto (che può tracimare in una palla al piede. ma in RDP si realizza in modo leggero e noncurante, per così dire di sghimbescio, quasi stilema coltivato – forse attraverso le sue

intense frequentazioni letterarie: ma non mi arrischio a indicare predilezioni, né a fare supposizioni), preme mettere in risalto come, caricandolo di siffatti elementi collaterali il discorso risulti esplicitamente più ricco di possibilità: esso viene per così dire infarcito di «sottintesi» che Riccardo è più contento e tranquillo se non restano tali.

Grazie a tale atteggiamento, insomma, si introducono nel discorso aspetti opinabili, ma pure presumibili, o di ragionevole probabilità, che spesso concorrono a rendere più pertinente un assunto o più condivisibile una dimostrazione (e ciò sarebbe ancora più vero in un contesto – habermasianamente – di situazione comunicativa ideale: si veda *infra* n. 4). Non è quindi casuale che, all'esito, l'argomentazione ne risulti munita di maggior attitudine persuasiva e riveli preziose connessioni con le tecniche normative e/o i valori istituzionali che erano emersi. Del resto fra linguaggi che descrivono nuove realtà e/o indicano nuovi valori e nel contempo sperimentano nuove metodologie, si istituiscono corrispondenze sinergiche; e a ciò non fa eccezione l'indagine nel campo giuridico in specie giuslavoristico⁵.

Merita un'osservazione generale pure ciò che potrebbe definirsi l'apprendistato di RDP. È risaputo che una delle componenti più caratterizzanti della sua formazione scientifica sia la cura nella ricognizione della giurisprudenza e l'attenta verifica delle sue oscillazioni (atteggiamenti certo influenzati dalla vicinanza di un maestro come Pera)⁶. Se all'esuberanza intellettuale di Riccardo l'accentuazione in discorso andava agli inizi un po' stretta, nel lungo periodo non l'ha mai trovata ingombrante: valorizzatore dei formanti che concorrono a strutturare il diritto del lavoro, sapeva bene che al fine della sua comprensione era imprescindibile la conoscenza più massiccia del diritto giudiziario (o se si vuole «vivente»). Per questa ragione la personalità scientifica di RDP è stata sempre caratterizzata da una curvatura e sensibilità speciali, che gli consentono di estrarre linee di fondo, o di possibile cambiamento, pure da (complessi

⁵ Al di là delle larghe e opinabili notazioni che ho provato a desumere dallo stile di RDP nello scrivere, segnalo come egli esponga in modo comprensibile anche i passaggi più impervi, quelli che si intuisce siano polivalenti ed enigmatici, e ciò con disinvoltura e quasi baldanza: un atteggiamento di sicurezza forse agevolato dalla facilità con cui Riccardo parlava e scriveva in inglese (lingua che, secondo una mia supposizione che non so comprovare, avvantaggia nel comprendere i contesti e le connessioni più ermetiche). In proposito segnalo gli scritti in inglese di RDP, senza trascriverne i titoli, che compaiono nell'elenco delle pubblicazioni reperibile sul suo sito: essi corrispondono ai seguenti numeri (anno): 138 (2000), 153, 154 (2002), 192, 200 (2004), 216 (2006), 247 (2010), 278 (2013), 295 (2015), 306 (2016), 312, 317 (2017), 332, 333, 336 (2019), 392, 366 (2021). (Alcuni di essi, fra i più importanti, saranno in seguito usufruiti *nominatim*).

⁶ Non solo per la redazione, assieme a Pera, della rubrica annuale «Giurisprudenza del lavoro» di *DLRI* (precisamente negli anni dal 1983 al 1990; negli ultimi due, la rubrica è denominata «Osservatorio»). Può constatarsi, nell'elenco delle pubblicazioni, che fino al 1995 (ma anche dopo) è nettamente prevalente il genere «Nota a sentenza» (a volte «Osservazione»), dapprima solo su *GC*, poi anche su *RIDL*, *II* e poi in altre ancora: genere perverso mai abbandonato da RDP. Sui rapporti con Pera si veda quanto ne scrive, dieci anni dopo la scomparsa, in *Il metodo di Giuseppe Pera*, *RIDL*, 2018, I, 155 sgg.

di) decisioni per così dire in movimento, in una dimensione prospettica che è latamente apparentata con un intento nomofilattico⁷.

Va poi aggiunto che anche nel periodo iniziale, di grande presa e attenzione per la giurisprudenza, le questioni analizzate da RDP non sono di poco conto. Oltre agli istituti o rivoli che si collegano alla sospensione del rapporto di lavoro (malattia, comportamento, ferie, permessi, aspettative, cure idrotermali, fasce orarie di reperibilità ecc.)⁸ esse si riferiscono a: licenziamenti (individuali, specie economici, e collettivi), criteri di scelta, cassa integrazione guadagni, parità di trattamento, appalti di manodopera, divieto di interposizione, esternalizzazioni, lavoro temporaneo, *part-time*, contratto a termine ecc. ecc. E queste tematiche, e/o altre di pari importanza nell'ossatura problematica del diritto del lavoro, hanno continuato ad essere all'attenzione di RDP, in una permanente corroborazione di ciò che potrebbe chiamarsi il suo zoccolo duro.

3. Irrequietezza critico-creativa e ragioni dell'economia: il saggio del 2001 (sulla scia di Ronald Coase)

Nel mezzo dei cambiamenti economico-politici globali che investono l'intero pianeta, negli anni '90 si acuisce comunque in RDP pure la propensione ad affrontare tematiche di considerevole rilievo⁹ e a cogliere, nel diritto del lavoro nostro e/o almeno europeo, circostanze o fattori che meritano di essere collocati in contesti più complessivi pure di tipo extragiuridico. Invero, in una serie di scritti, che indico senza analizzarli partitamente¹⁰, compaiono tematiche, aspetti od interrogativi dalla cui analisi sortisce una accumulazione anche disordinata di intelligenti tasselli. Fino a quando, andando ben oltre tali scorribande, per completare il *puzzle* esaltandone il punto focale, nel 2001 compare un saggio, denso e colto, articolato in progressioni piene di acutezza ed equilibrio, che affronta in modo deliberato «il dialogo metodologico» fra diritto del lavoro ed economia.

⁷ Per un esempio cfr. fin dagli inizi "I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale." *LD* 1994: 117-46.

⁸ Su gran parte di tali istituti si veda *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111 cod. civ.* Comm. Schlesinger, Giuffrè, 1992 (tale opera fu parzialmente anticipata in *Studi giuridici sulla malattia del lavoratore*, Milano: Giuffrè 1988).

⁹ E magari da anni poco frequentate, come "Il contratto collettivo aziendale." *RIDL* 1989, I: 248 sgg. poi pure in D'Antona 1990; nonché "I licenziamenti collettivi" in Papaleoni, Del Punta, Mariani 1993, 241-385.

¹⁰ Vedi, in sequenza temporale ma alla rinfusa, "Parità di trattamento e rapporto di lavoro" (nota a Cass. 29 maggio 1993) in *GC* 1993: 2362 sgg., seguita da "Parità di trattamento nei rapporti di lavoro." voce in *Enc. Dir. Aggiorn.*, II, Milano: Giuffrè 1998, 707 sgg.; "Appalto di manodopera e subordinazione." *DLRI*: 1995, 625 sgg.; "Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla «crisi» del d. del l." *LD* 1998: 7 sgg.; "Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese." *DLRI* 1998: 699; "Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni." *DML* 2000: 49 sgg. (anche in inglese: si veda *DML on-line*, n. 1/2000).

*L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*¹¹ è un inno alla necessità dell'apertura cognitiva del diritto del lavoro al sapere economico e resterà una pietra miliare, tanto che lo stesso RDP dichiara, vent'anni dopo, di continuare ad ispirarsi ai principi o criteri enucleati in quel saggio (si veda *infra*, 6). Stante la molteplicità e diversificazione delle scuole economiche, in esso Riccardo identifica come interlocutore, per una oculata preferenza, non la teoria neoclassica, con speciale rifiuto per gli assunti considerati estremistici di Friedrich von Hayek, ma – e tralascio le progressioni analitiche di avvicinamento – la versione neo-istituzionalistica della teoria economica accreditata da Ronald Coase e Oliver Williamson. Con l'occhio così volto alla visuale dell'economia dei costi di transazione, RDP si esercita poi in una impegnativa ricerca di «compromessi equilibrati fra libertà ed eguaglianza, rischio e solidarietà, efficienza e socialità», che nella discussione dei decenni precedenti sono le coppie in tensione i cui termini debbono essere conciliati se non armonizzati. Specie nel suo concludersi, infine, traspaiono nel saggio notazioni che non disdegnano di assecondare la «tendenza alla riscoperta della dimensione individuale, che sembra la cifra dominante del secolo appena cominciato»¹².

Non che da noi fossero mancate, negli anni precedenti, prese di posizione, o anche opere strutturate, in cui cause e/o conseguenze economiche, o fallimenti del mercato venivano correlate al funzionamento delle norme giuslavoristiche, ovvero utilizzate per dotare di senso effettuale la loro interpretazione. Basti pensare alle pertinacia di Pietro Ichino nell'avvalersi a tali fini di teorie o concezioni economiche – come quelle dell'occupazione (*insiders-outsiders*) o sul carattere monopsonistico del mercato del lavoro – per ricavare argomenti, se non ricostruzioni giuridiche esplicate da, e pure esplicanti, effetti salariali o occupazionali¹³. E infatti, nel saggio in esame, RDP riconosce che ricostruzioni come quelle di Ichino (a volte insieme al fratello Andrea) consentono approfondimenti, con cui corroborare o smentire pure affermazioni o dimostrazioni di ordine giuridico. Ma con le quaranta, magistrali, pagine di Riccardo, si produce una ripercussione che, oltre a consolidare il valore di impostazioni siffatte, sanciscono un passaggio di fondo che incide in qualche misura sullo stesso *mainstream* lavoristico: a questo viene invero sbattuta in faccia l'esigenza indifferibile di stabilire un reale confronto con il pensiero economico, imponendo di sciogliere il dilemma pro o contro a favore del primo corno.

A me pare infatti che, *dopo*, nella discussione giuslavoristica risulti sempre più inadeguata l'assenza di consapevolezza che ne sia componente essenziale pure quanto attiene al funzionamento dell'economia, con riguardo sia dell'efficienza dell'impresa, sia delle ripercussioni che ne derivano per il mercato del lavoro. Nella trattazione di questioni di tal fatta, inoltre, mi pare che, *dopo*, di-

¹¹ Vedi *DLRI* 2001, 3-45.

¹² *DLRI* 2001, 40.

¹³ D'obbligo la menzione del pionieristico libro, di larga diffusione, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano: Mondadori 1996. Nella stessa direzione si vedano pure le *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano: Giuffrè 2004.

venti sempre meno ammissibile l'approssimazione, o la supponenza, ovvero un atteggiamento che porti a sottovalutarle; magari affermando la preferenza, se non preminenza, di metodologie giuridiche, diciamo, più ortodosse, consuete e inesorabilmente «spiazzate»; o anche, più specificamente, riaffermando la preferibilità di conservare al diritto del lavoro la curvatura hegel-marxiana che gli garantisce la primogenitura politica, ma che alla lunga lo rende insensibile a cogliere e decifrare il cambiamento di quegli anni. Sciogliendo quel dilemma nel senso auspicato da Riccardo, insomma, si avvia un passo molto significativo verso la configurazione di una rinnovata epistemologia del diritto del lavoro.

4. Gli anni prima e dopo il nuovo millennio: dal presente insanguinato ad Epistemologia breve del 2012 (passando per Jürgen Habermas)

Forse eccedo nel suggerire uno spartiacque, un prima/dopo: ma ormai da anni il lavoro stava veramente cambiando, e in modo diseguale e sparigliato, assieme alle facce di un mondo globalizzato che lo esprimeva nella sopraffazione neoliberista, eppur arrecando ricchezza e producendo qualche vantaggio nei paesi poveri che approfittano del *dumping*. Mentre nel nostro giuslavorismo, di fronte alla flessibilità, di cui si invocava smaccatamente l'aumento in nome della efficienza economiche, si era eretta, in nome invece dell'eguaglianza, un'idea conservativa della protezione che salvaguardasse, se non accentuasse, la tecnica della inderogabilità collaudata da storia e politica. In una tale contrapposizione, semplificando, emerse un neppur silente, e comunque palpabile, dissenso ideologico, che rese palese il contrasto che si approfondiva fra «due sinistre»: pure a questo riguardo si potrebbe parlare di un prima e un dopo, alludendo questa volta allo spartiacque della uccisione di eminenti colleghi.

Di tale movimentata e drammatica storia – che va dal protocollo Giugni del 1993 al periodo del berlusconismo dentro il nuovo millennio e comprende gli omicidi di Massimo D'Antona e di Marco Biagi (con in mezzo il Libro Bianco e, poi, il varo della legge a Marco intitolata) – Riccardo è stato partecipe profondo ed equilibrato, nel senso che ha bensì sollevato critiche. ma senza settarismi, esplicando e valorizzando quel che essa (storia-cronaca) esprimeva di plausibile ed accettabile¹⁴. Egli partecipò, tra l'altro, al *Commentario* al cd. decreto Biagi che coordinai presso l'editore Zanichelli¹⁵: iniziativa che, oltre ad un qualche valore

¹⁴ Si veda Ichino 2008, e con il contributo pure di Raffaele De Luca Tamajo, di Giuseppe Ferraro e di RDP. Dei quattro contributi il più arduo è l'ultimo, che Ichino assegnò a Riccardo (Capitolo IV, intitolato "Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi" 253-405). Nell'occasione, RDP si ingaggiò nella scrittura, appunto, di una «storia del presente» (un saggio accurato in più di 150 pagine, che sono il doppio delle pagine impiegate da ognuno degli altri contributori).

¹⁵ Si veda Montuschi et al. 2004. L'opera di questa squadra di undici autori (indicati in ordine di anzianità accademica) fu dedicata «con grande rimpianto» a entrambi gli assassinati (come esplicito alla fine della *Presentazione*, XXV). Nell'occasione RDP redasse il commento all'art. 46 del decreto (*Lavoro a tempo parziale*), 469-527.

accademico-scientifico, ebbe una valenza *lato sensu* politica, in quanto intendeva pure mostrare come, nella nuova legislazione intitolata a Biagi (e, prima, nel «Libro bianco») ci fosse del buono (che Riccardo, avendo in mente il quadro europeo, chiama intento di «modernizzazione»), in mezzo al migliorabile e pure, come sempre, al «malfatto»¹⁶.

Nel contempo, anche in quegli anni RDP proseguì a collezionare tessere esplicative, o integrative dei nodi di fondo (o collaterali ad essi), che il saggio del 2001 aveva fatto emergere¹⁷, arricchendo l'habitat in cui matura, fra l'altro (non posso dar conto di tutto) con un ulteriore ragguardevole saggio che ne costituisce sia la continuazione che il completamento. Ribadendo la necessità che il diritto del lavoro debba «ammettere l'economia al tavolo dei suoi formanti», in *Epistemologia breve del diritto del lavoro*¹⁸ RDP affronta le teorie proceduraliste di Jürgen Habermas, in un difficile tentativo di integrarne il pensiero nel rinnovamento epistemologico del diritto del lavoro. Il discorso è di ingegnosa eleganza: assumendo che l'asserita «crisi» (da *kri-nein*) del diritto del lavoro abbia una portata «anche teorica, avendo messo a nudo la [sua] incapacità di adeguare le proprie strutture cognitive e valutative», RDP ipotizza che abbia bisogno di una «torsione kantiana», dopo che il motore culturale hegel-marxiano ha «istillato nella coscienza giuslavoristica la convinzione e la tranquillità morale di stare dalla parte giusta del processo storico».

Da questo contesto politico-filosofico, che tratteggia con maestria definendolo «intrigante», Riccardo sviluppa una raffinata, quanto ardua progressione argomentativa, sfociante nella definizione habermasiana della «situazione comunicativa ideale»: quella che dovrebbe patrocinare, o almeno favorire, l'av-

¹⁶ L'affresco della contemporaneità fatto da Riccardo in *Il diritto del lavoro fra due secoli* è nell'insieme indispensabile per capire i «movimenti» che, nel nevralgico quindicennio analizzato, percorsero il diritto del lavoro (anche «insanguinato», come lo chiamò Gigi Mariucci). Oltre a fornire un'analisi, di strepitosa acutezza e completezza, della produzione scientifica dell'intera branca, RDL tratteggia quella che potrebbe chiamarsi la «condizione spirituale» del diritto del lavoro italiano, contestualizzandola nella dimensione comunitaria e leggendola come proposta di «modernizzazione», nella quale, forse, si presenta l'inizio, quasi impercettibile, di un prevalere della libertà sull'eguaglianza nella strutturazione dei valori giuslavoristici. Si vedano, in particolare, sul significato di Massimo D'Antona i primi §§; sull'innovatività dei lavori di Pietro Ichino, sul «Libro bianco» e sull'opera di Marco Biagi, rispettivamente i §§ 7, 8, 9.

¹⁷ Cfr. «Il diritto del lavoro tra valori e storicità.» LD 2002: 349; «Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto.» RIDL 2002, I: 401 sgg.; «What has equality got to do with Labour Law. An Italian perspective.» IJCLLIR, 2002: 197 sgg.; «Licenziamenti e performance occupazionali delle imprese.» DRI 2003: 63 sgg. Includo nel ragionamento pure l'ampia recensione al *Contratto di lavoro 2000-2003* di P. Ichino (si veda «La sfida della complessità.» RIDL 2004, III: 129 sgg.) nonché, volendo, la Prefazione a Faleri 2007.

¹⁸ Di tale saggio mi fece affettuoso omaggio nel *liber amicorum* dedicatomi nel 2012 (cfr. Nogler, Corazza 2012, 329 sgg.; ma vedilo pure in LD 2013: 37 sgg., da dove traggio le citazioni nel testo che, nell'ordine sono alle pagine 44, 38, 56, 40, 50).

vicinamento alla verità che è consustanziale ad una democrazia procedurale¹⁹. Auspicando come molti che un giorno il processo comunicativo si strutturi sulla base di un siffatto paradigma discorsivo, voglio rendere però il disincanto con cui Riccardo relativizza la sua impegnativa ricostruzione. Egli scrive: «Di questa teoria proceduralista, che rappresenta il massimo di fondazione trascendentale che Habermas reputa attingibile nell'epoca del politeismo dei valori e del pluralismo degli interessi, non si dimenticano qui le aporie né i limiti, che una vasta letteratura critica non ha esitato a denunciare, tanto da lasciare l'impressione finale di uno splendido fallimento teorico»²⁰.

5. Il dovere dell'ascolto e le perlustrazioni più intricate (in particolare: Amartya Sen e *capability approach*)

Di fronte alla varietà dei suoi e stimolanti scritti vien da pensare – l'ho già congetturato – che RDP si considerasse tenuto a (avesse l'ambizione di) offrire il suo apporto ovunque e quando sentisse che era opportuno o utile, impegnandosi al massimo nella prestazione fornita. Grandi o piccole che fossero le cose, doveva sempre dare il meglio di sé: così era nella sua indole e il farlo, comunque, lo gratificava. A ben vedere tale inclinazione è il risvolto di una dote intimamente assimilata – quella dell'apertura all'ascolto di tutti senza che implicasse acquiescenza a ciò che non condivideva (e a cui, anzi, a volte reagiva)²¹. In quanto intellettuale, studioso, accademico, e insomma privilegiato nella possibilità e capacità di conoscere, mi pare che qui Riccardo interpreti con una sorta di umiltà ambiziosa il dovere di ogni cittadino scolpito nel 2° comma dell'art. 4, Cost.

Un siffatto coinvolgimento mi pare emergere anche, ad esempio, quando approfondisce autori, giuristi o non, per commentarli, o per assimilare quanto esprimono, o ancor più per afferrare la valenza della loro opera per il diritto del

¹⁹ Cfr. op. cit., 50 sg. Le condizioni generali di tale «situazione comunicativa ideale» sono più brevemente definite in un altro luogo, e cioè alla nt 66, de “Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica.” *RIDL* 2014, I: 373 sgg. qui 393. Trascrivo «per mero esercizio ipotetico» tali condizioni: *a*) l'apertura del dibattito a tutti i soggetti che intendono parteciparvi; *b*) la piena libertà di ciascuno di far valere le proprie ragioni e di soppesare quelle altrui; *c*) la competenza tecnica dei partecipanti e l'uso di un linguaggio comune; *d*) la disponibilità comunicativa dei partecipanti; *e*) l'apertura dei partecipanti ad un genuino confronto fra prospettive disciplinari diverse; *f*) il fatto che le ragioni addotte siano adeguatamente esplicitate e supportate da argomenti razionali e, popperianamente, falsificabili; *g*) l'esatta focalizzazione dei confronti intersoggettivi. In questo elenco manca la condizione de «la trasparenza dei partecipanti» e cioè l'assenza di vincoli diversi da quello della verità scientifica (che compare, nell'elenco completo, alla lett *f*).

²⁰ Si veda *Epistemologia breve*, cit., 48. Sulle impostazioni, diciamo più scettiche, del «pluralismo comprensivo» e altre, rinvio comunque a De Angelis 2012, specie 12° capitolo.

²¹ E (molto di rado) persino stizzito: si veda con quale energia si dissocia da Vallebona nella nt 5, 199 di *Leggendo* «The Idea of Justice» di Amartya Sen (cit. *infra*, nt 23).

lavoro. Non mi riferisco a prefazioni di libri, genere da lui non molto praticato²², ma a recensioni²³ che di frequente assumono una completezza così accurata e penetrante da trasformarsi in studi impegnativi (chiamiamole recensioni-saggio). Non posso soffermarmi sugli scritti che presentano questo carattere²⁴, ma occorre almeno dedicare qualche osservazione alla «proposta di lettura del pensiero di Amartya Sen in una prospettiva giuslavoristica» perché consente un piccolo, e insufficiente, riferimento alla problematica dalle *capabilities*²⁵.

Con il cd. *capability approach* – promosso, semplificando, fin dagli anni ottanta del secolo scorso dal duo Martha Nussbaum e Amartya Sen (che, pervero, patrocinano due impostazioni per molti aspetti diverse: ma non mi attardo) – si intende un cambiamento radicale nei modi o criteri di valutazione del benessere umano e degli stati o fattori che lo costituiscono; una configurazione innovativa che è di particolare rilevanza giuslavoristica in quanto appare superare la dimensione reddituale, o per così dire monetaria, nonché i fattori di efficienza cui è correlata, che nel *welfarismo* hanno avuto una portata, se non esclusiva, predominante.

²² Fra le sue pubblicazioni risultano quattro prefazioni e ho già ricordato quella a Faleri 2007. Le altre sono: Nicolai 2003; Tomassetti 2018; Zappalà 2020. Su quest'ultima annoto che, in sei pagine, RDP attraverso le configurazioni della colpa, richiamando le teorizzazioni di Osti, Natoli, Barassi (delle origini), Mengoni, Mancini, Persiani; e poi le fa rifluire e intersecare con l'elaborazione della recensita (problematicamente tratteggiata mettendo in evidenza l'esito per il quale la colpa appare aver acquisito rilevanza in una concezione soggettiva dell'inadempimento).

²³ Indico in ordine cronologico le «recensioni» di RDP: «Le riduzioni di personale fra libertà imprenditoriale e partecipazione «cogestionale»» (a proposito di Topo 1996), *RIDL* 1997, III 67; «I diritti del lavoro» (a proposito di una raccolta di saggi di Lord Wedderburn), in *Diritto privato* 1998, CEDAM 1999, 503 sgg.; «La scomposizione del rapporto di lavoro» (a proposito del libro di Carinci 2000) *RIDL* 2001, III: 75-82; «La luce chiara del diritto» (a proposito di Pizzoferrato 2000) in *RIDL* 2001, III: 177 sgg.; «La sfida della complessità» (a proposito di *Il contratto di lavoro, 2000-2003*, di P. Ichino) *RIDL* 2004, III: 129 sgg.; «Leggendo «The Idea of Justice», di Amartya Sen.» *DLRI* 2013: 197-220; «A Purposive Approach to Labour Law di Guy Davidov. Introduction.» *DLRI* 2017: 743-49; «A proposito di «Lavoro: la grande trasformazione».» a cura di E. Mingione, Feltrinelli, 2020) *DLRI*: 509-14; «Una lettura giuslavoristica di «The Future of Law Economics».» di Guido Calabresi, *DLRI* 2020: 129-42; «Lavoro e libertà (rileggendo «La libertà viene prima» di Bruno Trentin).» *DLE* 2022.

²⁴ Tranne che su quelli dedicati ad Amartya Sen e a Guido Calabresi. Per i restanti devo omettere con dispiacere le recensioni ai tre volumi di Pietro Ichino su *Il contratto di lavoro* nel Trattato Cicu, Messineo (Mengoni), a *La fornitura di lavoro altrui* di Maria Teresa Carinci e allo scritto di Bruno Trentin (su questo torno brevemente *infra*, n. 7 e nt 35).

²⁵ Tema di intuitivo impatto giuslavoristico, che RDP affronta (dopo gli accenni in «L'economia e le ragioni», cit. nt. 10 e § 9, qui con richiamo di Deakin, Wilkinson 2000), non solo in «Leggendo «The Idea of Justice»,» specie 213 sgg., ma in altri saggi, fra cui «Labour Law and the Capability Approach.» *IJCLLIR*, 2016, 32: 383-405; nonché «Is the Capability Theorie an Adequate Normative Theorie for Labour Law?». In B. Langille (ed.), *The Capability Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press 2019, 82-102. Spunti sull'approccio in esame (in una larga strutturazione di argomenti) pure in Caruso, 2007, 1-134.

La considerazione delle capacità, invece, impone di spostare l'attenzione sui «funzionamenti», che sono gli stati, per lo più interconnessi, o le attività di una persona: ciò che un individuo aspira ad essere, o a fare, ovvero è *capace di essere o di fare*. Si tratta di dimensioni elementari, come godere di una buona salute, o addirittura essere felici, avere autostima, o un lavoro soddisfacente, o una buona istruzione, o ancora contare su un buon nutrimento ecc. ecc., Orbene, se essere in grado di fruire di queste opportunità è individuato come una componente delle proiezioni personali, la capacità è una dimensione apparentata, o vicina, all'essere l'oggetto di un diritto, aprendosi quindi per ogni individuo la sconfinata possibilità di esserne titolari.

In conclusione, senza farla lunga, l'approccio in esame sarebbe un arricchimento, e anzi un rovesciamento, dei modi consueti di redistribuire vantaggi e di allocare risorse. Ma nonostante la sua attrattività la ripercussione dell'approccio sul piano giuridico mi pare allo stato piuttosto impalpabile. Resta invero da risolvere (*hic Rhodus, hic saltus*) il problema forse più formidabile: individuare, o escogitare, il meccanismo normativo, o la tecnica applicativa, che consente e/o rafforza l'imputazione al singolo dei benefici e delle posizioni che conseguono alla affermazione di un siffatto, ben condivisibile, valore.

Quando scrive di questo argomento pure RDP incontra un altissimo tasso di difficoltà nel farsi capire; ma non può non cercare di sviscerarlo perché, nella sua ricerca a largo raggio, era inevitabile il confronto con Amartya Kumar Sen²⁶. Riccardo non si tira indietro quando deve chiarire i pensieri più ardui e innovativi – e insomma, bisogna dire il vero: là dove altri (ricomprendo fra essi Il sottoscritto) stentano a mettersi in gioco per fare veramente i conti con chi sembra in grado di incidere sulla realtà delle cose.

L'approccio delle capacità, la cui realizzazione è parte indisponibile dell'eredità di Riccardo, esige un intenso approfondimento; e molti, spero, vi impiegheranno tempo e acume nel prossimo futuro.

6. Carattere complesso (come da lui enunciato) della investigazione di RDP

L'idea di cosa Riccardo volesse fare, di quali fossero gli obiettivi del pensiero che veniva dipanando e chiarificando, è stata in lui sempre (o fin dal 2001, la data spartiacque) molto chiara ed esplicita. Nella falsariga, consueta e prediletta, del dialogo fra diritto del lavoro e scienza economica, e in vena di autocitazioni (dalle quali è sempre rifuggito), per escludere (ancora una volta) che «una regola giuridica possa trovare un valido fondamento solamente in considerazioni di efficienza», RDP ebbe a puntualizzare: «*l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, segnatamente giuslavoristica è di essere una razionalità di*

²⁶ Impagabile, per stile e allusioni, l'inciso che RDP premette al saggio su Sen (nella n. 1 di p. 197): «I riferimenti che seguono sono all'edizione inglese e non alla traduzione italiana (Sen, 2010) sol perché, ai fini di un maggior approfondimento del pensiero dell'autore, è sembrato necessario confrontarsi col testo originale».

sintesi che assorbe la razionalità economica in un quadro di riferimento più ampio» [corsivo del 2019]²⁷.

Questo concetto di una «razionalità di sintesi», posseduta nella sua «essenza» dal diritto del lavoro, viene ulteriormente replicato nel *Manifesto* redatto nel 2020 con Caruso e Treu, nel quale si legge: «La razionalità giuslavoristica non deve essere contrapposta ad altre razionalità, economiche o altre, ma deve concepirsi come una *razionalità di sintesi* che benefici del fatto di essere il terminale di un ampio novero di informazioni provenienti dalle varie forme del sapere sociale»²⁸.

Vi è, in questa insistenza una razionalità di sintesi, la massima espressione dell'orgoglio giuslavoristico: dentro e intorno al «lavoro» e all'«opera»²⁹ si coagula come in un crogiolo l'intero «sapere sociale», che quindi trova in essi (lavoro e opera) il «terminale» per discuterne³⁰. Pure cosa si debba intendere per «sapere sociale» Riccardo ha provato a dirlo, nonostante la latitudine quasi ingestibile dell'espressione: basta leggere il luminoso Capitolo III (della Sezione Prima del suo Manuale), intitolato «Diritto del lavoro e scienze sociali», dove è condensata una completa e ammirevole silloge di quel sapere esorbitante.

In effetti, l'obiettivo di fondo della elaborazione scientifica di RDP è una ininterrotta ricerca intorno alla complessità giuslavoristica per munirla di una epistemologia, ovvero, più semplicemente, è l'erezione di una «filosofia del diritto del lavoro»³¹.

²⁷ Si veda *Una lettura giuslavoristica di The Future of Law & Economics*, di Guido Calabresi, *DLRI* 165, 2020: 129 sgg, qui 130. Nella recensione Riccardo riproduce letteralmente un pezzo di *L'economia e le ragioni*, 38- 39, *corsivizzandolo* nel 2019 come lui stesso dichiara; ma nel ciò fare, ha scritto nella penultima riga «razionalità giuridica» invece di «razionalità economica»: refuso che ho appunto corretto nella mia trascrizione. Preciso altresì, questa volta per pignoleria, che nei «Riferim. bibliogr.» del citato scritto su Calabresi, in corrispondenza di Del Punta (2010) viene in effetti indicato quanto si riferisce a Del Punta (2017) (per cui manca l'indicazione del primo riferimento).

²⁸ Concludendo che – e posso ben ritenere che il seguito sia sempre di Riccardo – «il sincretismo metodologico deve riconoscersi, quindi, come la cifra più aggiornata delle metodologie delle scienze sociali, inclusa quella giuridica». V. B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, 17 sg.

²⁹ Per il richiamo, in evocazione di Hanna Arendt, cfr. *Diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè 2022, 163.

³⁰ Questo capitolo del *Manuale* (*op. cit.*, 113-138), la cui lettura e comprensione comporta un notevole impegno, è pure la riprova di quanto Riccardo pretendesse idealmente dagli studenti; perché *anche loro* – mi vien da aggiungere – fossero nelle condizioni di adempiere il dovere (cfr. n. 5) di cui all'art. 4, 2° comma, Cost.

³¹ Nel suo *Ricordo*, Ichino indica questa calzante espressione («dopo una vita intera dedicata alla ricerca dei vecchi e nuovi fondamenti assiologici del d. del l.») collegandola ad una «voce» che era l'oggetto degli sforzi di Riccardo negli ultimi tempi (si veda www.pietroichino.it/?p=62129, 7) (Tale voce sarebbe dovuta apparire nel volume tematico della *Enc. Dir. sul Contratto di lavoro*, curato da RDP assieme a Romei e Scarpelli).

7. Un imponente lascito, da accrescere sulle «ali del dubbio»

Che il lavoro, e l'opera, siano realmente le cose più importanti per l'esistenza umana? Ma può ancora dirsi questo? È ancora plausibile una simile affermazione? Riccardo pervero si interroga pure su una questione siffatta, che apre a campi oltremodo impegnativi, e con avvicinamenti attraversando itinerari impensabili.

«Di che cosa va in cerca l'uomo? Che cosa lo affligge? Qual è la sua malattia, alla quale neppure sa dare un nome»³². Con queste domande inizia il saggio su Giorgio Gabersceik, psicoanalizzato con emozione, disincanto e sensibilità anche (duramente) politica, per interrogare così pure se stesso. Perlustrando quarant'anni di produzione poetico-musicale geniale, messa tutta al setaccio per non tralasciare nulla, come si fa parlando con un venerabile amico quando ci si confronta su situazioni di vita, delusioni, valori e ideologie³³.

Nel dialogo, demistificando miti, il lavoro diventa «esso stesso una maschera, al riparo della quale continuano a scatenarsi le pulsioni elementari del culto dell'immagine e del dominio sul prossimo»; finché «nel buio del più cupo pessimismo ... si accendono all'improvviso bagliori di speranza» e si presenta «il sogno di un rinnovamento profondo dell'uomo e della sua capacità di abitare, in modo vitale ed autentico, questo mondo» (ormai confondo chi parla, se Riccardo o Giorgio). Di certo è Gaber a cantare, alla fine: «perché l'individuo non muore, resiste fra tanto frastuono e si muove nel *dubbio*, che in fondo è da sempre il destino dell'uomo... e riprova l'antica emozione di avere le ali»³⁴.

Chi di noi sarebbe riuscito a scrivere un saggio letterario, di commento poetico, ma in sostanza giuslavoristico, avvalendosi di Giorgio Gaber? Solo un fuoriclasse poteva farlo. A proposito: Giorgio era di destra o di sinistra? Chiederselo è quasi una balordaggine, anche trent'anni fa. Neppure rispetto a Riccardo vien da chiedersi se è di destra o di sinistra, o se lo fosse trent'anni fa, quando in Versilia sentiva il canto. Subito avvertiamo che, come per Gaber, la domanda non ci azzecca: anche se in proposito qualche idea può venire in mente. È interessante che Riccardo abbia sentito il dovere e/o il piacere, in tre occasioni (l'ultima molto recente), di interessarsi del come la pensasse Bruno Trentin, ovvero di penetrare cosa stesse dietro alla sua inquieta insoddisfazione³⁵.

³² V. *Le ali del dubbio (pensieri su Giorgio Gaber, il lavoro e il mercato)*, LD 2009, 301 sgg.

³³ «L'ideologia, si sa, è uno dei dispositivi proiettivi più perfetti inventati dall'uomo per oggettivare la parte buona di se stesso, e ricavarne così, attraverso un banale gioco di specchi, un'indistruttibile auto-legittimazione» (così RDP, *op. ult. cit.*, 302). Leggendo questa lapidaria asserzione di Riccardo, di sapore freudiano, mi sovviene quanto raccontato dal suo coetaneo Riccardo Diamanti (durante la cerimonia nella chiesa di Calci), e cioè che la loro amicizia si consolidò, da studenti, per la comune passione che avevano per la psicanalisi.

³⁴ *Op. ult. cit.*, 304 sgg. Potrebbe forse anche dirsi che l'uomo riscopre di «avere le ali» perché – sempre Gaber – «si allena a vivere senza certezze, con la certezza che qualcosa possa nascere da questa nostra contraddizione» (305).

³⁵ Cfr. «Crisi del fordismo e liberazione del lavoro in Bruno Trentin.» In A. Gramolati, G. Mari (a cura di) *Bruno Trentin. Lavoro. Libertà, conoscenza*, 117-25. Firenze: Firenze University Press 2010; «I confronti impossibili: note su Bruno Trentin, il Jobs Act e la sinistra.» In A. Gramolati,

È però tempo di concludere il profilo minimo che mi ripromettevo, anche se non la finirei mai di esporre, al di là di volanti supposizioni, le ragioni dell'importanza di quanto RDP ha provato a trasmetterci in questi anni, dando ripetuti e insistiti scossoni alla materia. Anche se non sono riuscito a riflettere a sufficienza sulla produzione più recente di Riccardo³⁶, che è inevitabilmente più sofferata per l'incedere del male, ma non meno lucida e acuta e anzi, mi pare, ancora più equilibrata e matura. In essa vi è sempre una compatta e sicura articolazione del suo multiforme sapere, ma a volte affiora non dico un certo pessimismo, né tanto meno rassegnazione, bensì piuttosto l'esigenza di un ultimo ribadimento assertivo, in cui insinuare pure una relativizzazione dell'orgoglio giuslavoristico (perché il lavoro e l'opera forse non sono tutto per l'esistenza e non è detto che, nel dubbio, non scopriremo di avere le ali).

Il lascito di RDP è enorme e ancora dilatabile: sta a noi trarne suggerimenti e indicazioni per incrementarlo con la dotazione di ulteriori concetti, interpretazioni e metodologie che forniscano al diritto del lavoro la forza necessaria per resistere e sopravvivere in un mondo in cui le disuguaglianze, le inefficienze e le povertà sono diventate tanto intense da risultare insostenibili, e alla lunga distruttive.

Riferimenti bibliografici

Come già avvertito nella premessa del contributo, l'elenco integrale delle pubblicazioni di Riccardo si trova in calce a entrambi i suoi volumi di scritti (sul e di Diritto del lavoro) curati da William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri con il titolo *Trasformazioni, valori e regole del lavoro*. Si richiamano altresì:

Carinci, M.T. 2000. *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, Comando, Lavoro temporaneo, Lavoro negli appalti (art. 2127 cod. civ.)*. In *Comm. Schlesinger*. Milano: Giuffrè.

Caruso, B. 2007. "Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro." *DLRI* 113.

D'Antona, M. (a cura di). 1990. *Lecture di diritto sindacale*. Napoli: Jovene.

De Angelis, G. 2012. *Verso una società razionale. Il pensiero di Jürgen Habermas*. Roma: Luiss Univ. Press.

G. Mari (a cura di), *Il lavoro dopo il Novecento*, 357-79. Firenze: Firenze University Press 2016: e infine, già citato fra le recensioni, *Lavoro e libertà (rileggendo «La libertà viene prima», di Bruno Trentin, in DLE, 2022)*. Forse RDP voleva scoprire i pensieri più reconditi di un marxista, che infine dice «la libertà viene prima»?; o perché la frequentazione amicale con Giovanni Mari può averlo indotto a certe riflessioni? O chissà che altro ...

³⁶ Oltre alla rivelatrice recensione di Trentin, citata nella nt precedente, menziono fra gli ultimi scritti (non sufficientemente riflettuti), "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori. Attori e regolazione*, a cura di B. Caruso. R. Del Punta, T. Treu, il Mulino 2020, 27-62 (anche in WP CSDLE «Massimo D'Antona» – 395/2019; "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a sua cura, 21-28. Firenze: Firenze University Press 2022 (oltre l'Introduzione, 7-16). Non vidi, ma è in preparazione, *Il diritto del lavoro e il lavoro post-fordista*, destinato ad un libro curato da Giovanni Mari.

- Del Punta, R. 2023. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro*, 2 voll. Firenze: Firenze University Press.
- Deakin, S., Wilkinson, A. 2000. «Capabilities», ordine spontaneo del mercato e diritti sociali.” *DML* 2: 49 sgg.
- Faleri, C. 2007. *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Ichino, P. 2003. “Il contratto di lavoro”. In *Trattato Diritto civile e commerciale*, diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, vol. 3. Milano: Giuffrè.
- Ichino, P. (a cura di). 2008. *Il diritto del lavoro nell'età repubblicana. Teoria e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*. Milano: Giuffrè.
- Montuschi, L. et al. 2004. *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*. Milano: Zanichelli.
- Nogler, L., Corazza, L. (a cura di). 2021. *Risistemare il diritto del lavoro*. Milano: Franco Angeli.
- Papaleoni, M., Del Punta, R., Mariani, G. 1993. *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*. Padova: Cedam.
- Zappalà, L. 2020. *La colpa del lavoratore*. Torino: Giappichelli.

La filosofia dei valori di Riccardo Del Punta

Adalberto Perulli

1. Il rapporto tra discipline e tra saperi come cifra del pensiero sul diritto del lavoro di Riccardo Del Punta

Tra i giuristi del lavoro non è raro trovare figure che hanno saputo muoversi su orizzonti ampi e interdisciplinari, ma sono davvero pochi coloro che hanno interpretato il loro percorso di ricerca con la ricchezza e l'apertura culturale di Riccardo Del Punta. Il diritto del lavoro è per sua natura un diritto che chiama a raccolta saperi diversi ed extra-giuridici, dalla sociologia all'economia, dalle scienze organizzative alla filosofia politica, per indicare le discipline più implicate nella costruzione del discorso giuslavoristico. Ciò dipende, ovviamente, dal peculiare oggetto di studio, il lavoro umano, con tutte le ricadute che questo comporta in termini di valutazione, di attribuzione di significati e di senso, di raccordo con le dinamiche più generali della società.

Queste diverse attitudini analitiche, di ampia rilevanza non solo giuridica ma anche essenzialmente politica, si articolano, poi, seguendo le diverse prospettive non solo metodologiche ma anche «ideologiche» che i giuristi del lavoro sono spesso portati ad abbracciare, proprio per la naturale tendenza dell'oggetto di studio. I giuslavoristi, generalmente parlando, non riflettono quindi, nelle loro costruzioni dottrinali e nelle scelte interpretative che costantemente svolgono nelle loro ricerche, quella visione del giurista come «scienziato» che pratica la propria disciplina secondo i canoni della neutralità e dell'avalutatività. Se mai questa attitudine «positivistica» ha davvero connotato il ceto dei giuristi – e v'è

Adalberto Perulli, Ca' Foscari University of Venice, Italy, adaper@unive.it, 0000-0001-9202-498X

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Adalberto Perulli, *La filosofia dei valori di Riccardo Del Punta*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.57, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 917-933, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

da dubitarne -, certamente non ha riguardato i giuristi del lavoro, i quali, consapevoli che la loro materia non è autoreferenziale – alla stregua di un’idea di ordinamento giuridico quale sistema formale e chiuso di fonti che fa capo alla legge – ma è immersa nella cultura e nella società dalla quale il diritto del lavoro trae continui impulsi, hanno sempre adottato una postura metodologica aperta, e hanno lavorato una materia intrisa di valori, con diverse finalità e funzionale al soddisfacimento di diversi scopi ed interessi.

Riccardo Del Punta è una figura esemplare di questa apertura, non solo per i connotati problematici che hanno sempre contraddistinto la sua riflessione, ma anche per l’espressa volontà di «prendere posizione», e di incidere, su temi culturali e su questioni meta-normative di capitale rilievo, come, ad esempio, sul ruolo del giudice, di cui Egli criticava una certa tendenza alla «diversità», oppure al costante dialogo con la scienza economica, intesa, come Del Punta la intendeva, non come un «nemico» da combattere, ma quale interlocutore necessario cui prestare costantemente ascolto e con il quale, alla fin fine, trovare un accordo.

Pur nella mitezza che ne connotava l’approccio metodologico (ma anche «ideologico»), Del Punta ha sempre svolto questo ruolo, raro e davvero prezioso per la nostra comunità scientifica, di «facilitatore» del dialogo con altri saperi, sforzandosi di aprire nuove vie, e consegnando alla dottrina riflessioni sempre improntate alla chiarezza, anche quando gli argomenti affrontati potevano essere scomodi, consapevole com’era che non esiste l’avalutatività nella scienza giuridica del lavoro e che ogni scelta dell’interprete è, per forza di cose, una scelta in senso lato *politica*.

Nella fase più recente del suo percorso scientifico, Riccardo Del Punta aveva probabilmente compreso che il diritto del lavoro, dopo alcuni anni di crisi, era alla ricerca di una propria «epistemologia» (famoso il suo saggio sulla «epistemologia breve» del diritto del lavoro) ma si trovava in realtà bloccato nella sua possibile evoluzione, inchiodato dal conflitto, che si era inasprito e per molti versi cronicizzato, tra gli orientamenti più conservatori e *pro-labour* da un lato, e le scelte di politica del diritto pronte a rispondere positivamente alle sempre più pressanti e prescrittive voci dell’economia e del mercato, dall’altro.

Il diritto del lavoro, credo pensasse così Del Punta, aveva quindi bisogno di guardare ad una nuova prospettiva al contempo politica e teorica, di trovare una sorta di «terza via» che consentisse alla materia di guardare con fiducia al proprio futuro, senza facili irenismi ma senza neppure inseguire catastrofismi o critiche ideologiche verso i valori espressi dal mondo dell’economia. In questa ricerca di un «più fresco» approccio al diritto del lavoro, Del Punta guardava con interesse alle ricerche della dottrina di scuola anglosassone, ed in particolare ad autori come Guy Davidov, che aveva ricostruito una possibile linea di evoluzione sulla base dell’approccio *purposive*, e Brian Langille, che, su posizioni più spiccatamente filosofiche, aveva abbracciato la prospettiva seniana delle *capabilities*, sia per fornire un nuovo quadro teorico alla materia, sia per cercare di orientarla verso nuovi obiettivi qualitativi. Nei saggi che guardano all’approccio delle *capabilities* si innesta, poi, una ricerca volta ad integrare nel discorso anche la dottrina filosofico-politica neo-repubblicana, più attenta al tema del potere,

per completare un ampio progetto di ricostruzione del sistema giuslavoristico, dei suoi obiettivi e dei valori che lo informano.

Ma il tema dei valori, nella sua essenziale funzione di «trama sottesa» al discorso giuslavoristico, «anche di quello più tecnico», come Egli riconosce, ha fatto oggetto di una autonoma riflessione, che è raccolta in un saggio che apre il volume, curato dallo stesso Del Punta, su «*Valori e tecniche nel diritto del lavoro*» (Del Punta 2022). Ed è su questo tema, quello dei valori, che intendo incentrare la mia analisi, consapevole che propongo al lettore un tema di non facile né immediata comprensione, ma che, nondimeno, rappresenta – a mio avviso – la porta di accesso principale al complesso e per molti versi irrisolto nodo teorico relativo al diritto del lavoro come parte di un più ampio sistema normativo continuamente inter-agente con il proprio «ambiente».

2. Il rapporto tra diritto e valori: tra giustificazione e fondazione

La prima considerazione che Del Punta svolge sul tema dei valori riguarda la messa in prospettiva metodologica del rapporto tra diritto e valori. Il rapporto del diritto del lavoro con i valori non può essere più, ormai, rappresentabile nei termini di una semplice «anomalia post-positivista», secondo l'intuizione (rimasta peraltro non sviluppata né dall'Autore, né dalla dottrina successiva) di Massimo D'Antona, ma uno «*stato fisiologico del diritto*, in particolare nelle contemporanee *società riflessive*, nella misura in cui il diritto rappresenta un sotto-sistema organicamente in comunicazione con gli altri sotto-sistemi economici, sociali e culturali».

In questa prospettiva, che sembrerebbe tendere verso una visione sistemica, ma che Del Punta in realtà piega verso una dimensione assiologica di fatto estranea alla teoria sistemica, il diritto positivo non è sufficiente ad auto-fondare il proprio statuto scientifico: infatti, Egli scrive, «tende sempre di più a non bastare, ai vari fini in cui il diritto venga in gioco, che esso sia posto, occorrendo invece che esso sia permanentemente *giustificato*». Questa affermazione, nella sua essenzialità, è una presa di posizione filosofico-giuridica di grande peso e significato, che non attiene al solo diritto del lavoro ma al sistema giuridico nel suo complesso. I valori rappresentano infatti una base per la «*giustificazione*» del diritto. Ma cosa significa giustificazione?

Il tema della giustificazione è uno dei più acuti, e spinosi, della filosofia del diritto contemporanea. Nella sintetica enunciazione proposta da Del Punta si può cogliere una chiara eco del dibattito, tutt'ora in corso, tra i fautori di un positivismo giuridico autoreferenziale, tale per cui non avrebbe senso, di fronte al diritto *positum*, domandarsi se questo sia o meno «giusto», e quindi giustificato, e quanti invece, in una prospettiva che si può definire neo-costituzionalista, guardano al diritto come ad un sistema necessariamente e costantemente bisognoso di essere valutato alla luce dei principi e dei valori fondamentali riconosciuti all'interno del sistema. In effetti, nello Stato costituzionale l'interpretazione dei valori è diventato un requisito di validità delle stesse disposizioni normative, onde il ragionamento morale – che il giuspositivismo esclude radicalmente

dall'ambito dell'analisi scientifica – è diventato parte integrante del diritto positivo e del suo statuto epistemologico.

Del Punta, sotto questo profilo, sembra adottare una postura dichiaratamente neo-costituzionalista quando afferma che il processo di costituzionalizzazione, da intendersi anche alla luce delle Carte sovranazionali, costituisce «uno dei grandi vettori di questa evoluzione del diritto» in senso non solo assiologicamente orientato ma assiologicamente «fondato»: i valori sono infatti «uno dei protagonisti di questi processi di giustificazione, o di *fondazione*» (il corsivo è mio). L'affermazione è ancor più impegnativa ove si consideri che, secondo le più accreditate ricostruzioni dogmatiche sul rapporto tra norme costituzionali e valori, le Costituzioni riconoscono «determinati valori metagiuridici», i quali costituiscono «istanze superiori di controllo di legittimità del diritto positivo»¹. Ma se, come afferma Del Punta, i valori sono protagonisti dei processi di fondazione del diritto, e se le norme di principio costituzionali rappresentano un ponte perennemente aperto con i valori, anche perché sono fatte in buona parte della stessa sostanza», la prospettiva dei valori non è semplicemente quella del controllo di legittimità costituzionale ma quella della *consustanzialità* di diritto e valori: un *diritto dei valori*, in cui questi cessano di rappresentare un dato pregiuridico, un ideale esterno alla sfera normativa che viene positivizzato dalla legge, perché sono essi stessi norma, sono essi stessi «dover essere».

Questo radicamento del diritto nei valori costituzionali è tanto più evidente nel campo del diritto del lavoro, ove le radici assiologiche della materia sono talmente evidenti da segnare in modo indelebile il rapporto tra principi e regole, tra valori e disposti regolativi. Una Costituzione sociale come quella italiana offre, infatti, molteplici esempi di una connessione davvero *fondativa* del diritto basato sull'istanza «fondamentalmente unitaria di *protezione umanistica del lavoratore subordinato in quanto soggetto strutturalmente debole e vulnerabile*».

Eppure, la posizione di Del Punta su questo essenziale aspetto non è così lineare come potrebbe apparire a prima vista. Infatti, dopo aver affermato che i valori sono protagonisti dei processi di giustificazione e di fondazione del diritto, Egli si interroga sulla concezione dei valori dal punto di vista del diritto e da quello della filosofia, affermando che «andare alla ricerca di una fondazione normativa – per usare la parola normativa nel senso della filosofia politica, non in quello giuridico – di qualcosa che *già esiste*, come il diritto, ed oltretutto di un diritto tanto intessuto di prassi e di storia, quale è il diritto del lavoro, è un'impresa assai differente» (il corsivo è mio) rispetto alle teorie puramente filosofiche, ad esempio quelle sulla giustizia, che, partendo da una *tabula rasa* costituita da poche assunzioni di base circa gli esseri umani e il mondo, comportano una serie di implicazioni a cascata.

In questo passaggio, cui segue un richiamo ad una discussione giuslavoristica sui valori saldamente connessa ai processi di fatto nei quali il sistema giuridico insiste, sembra riemergere una dualità fatto/valore che riporta diritto e

¹ Mengoni 1996, 57; su questi aspetti cfr. Speciale 2022.

valori, norme giuridiche e prescrizioni morali, su piani differenti, seppure non divergenti. Se il diritto è «qualcosa che già esiste», e quindi esiste *a prescindere dai valori*, ovvero pre-esiste ad essi, non è più così chiaro, nella impostazione epistemologica di Del Punta, l'assunto relativo al rilievo *fondativo* dei valori per il diritto (l'essere i valori «uno dei protagonisti dei processi di fondazione»).

Qui sembra, piuttosto, che i valori, riassunti nell'ambito dei processi di fondazione normativa nel senso filosofico-politico del termine «normativo», riguardino non già la natura del diritto ed il suo fondamento, quanto la sua «giustificazione», intesa questa, evidentemente, non semplicemente nei termini (tecnico-giuridici) della legittimità costituzionale, bensì quale caratteristica sovrastrutturale e meta-giuridica, cioè filosofico-politica, o filosofico-morale, capace di fornire una legittimazione (in termini sociali e politici) ad un dato assetto giuridico. La differenza tra giustificazione e fondazione deve essere rimarcata, pur essendo entrambe collegate ad un criterio di ordine morale-esterno rispetto al diritto positivo. Mentre la giustificazione può essere cercata al di fuori del criterio formale di legalità e, ciò che più conta, attraverso una razionalità non solo formale ma materiale e quindi trovata nei valori che la legge soddisfa (Bobbio 1981), la fondazione rinvia piuttosto all'idea di statuizione del diritto, che nella visione giuspositivistica (legata alla razionalizzazione weberiana del diritto riconducibile alla razionalità strumentale economico-burocratica) esclude ogni razionalità pratico-morale del diritto. Di conseguenza, affermare una funzione fondativa dei valori equivale a negare l'assunto kelseniano secondo cui «il fondamento della validità è del tutto indipendente dal contenuto della validità», né può dirsi che sia irrilevante per la validità del diritto il fatto che esso sia giusto o ingiusto (Kelsen 1997, 124): la Costituzione è infatti una *norma di giustizia* perché pone i valori che guidano la produzione/statuizione del diritto e dai quali dipende la stessa validità del diritto. Con l'ulteriore avvertenza metodologica che i principi costituzionali «antivedono la configurazione della regola come norma posta» e ne conformano i contenuti in base a valori che partecipano direttamente alla creazione «formale» del diritto, o che autorizzano i giudici ad intervenire in funzione rimediale per realizzare in una situazione determinata la «giustizia del caso concreto»².

Un altro aspetto da approfondire, da indagare più a fondo anche in connessione con la teoria generale e la filosofia del diritto, riguarda il richiamo al fatto che «la discussione giuslavoristica sui valori deve svolgersi in stretta connessione con i suoi processi di fatto nei quali il sistema giuridico insiste, e che condizionano la sua evoluzione». In questa affermazione, nuovamente problematica, il rapporto tra diritto e valori sembra scomporsi in una triade, in cui valori, processi di fatto e sistema giuridico si pongono su piani distinti, benchè interrelati. È evidente che questa decostruzione serve a Del Punta per rivalutare, con il realismo che Egli dichiara di voler professare, i valori del diritto del lavoro alla luce

² Su questi temi, in chiave di rivisitazione del problema della razionalizzazione weberiana del diritto, cfr. Marra 2022.

di ciò che esiste nella realtà fenomenica, per tenerli «ancorati all'esistente», e, loro tramite, «per provare a razionalizzarlo e se possibile a rafforzarne i fondamenti, senza fuggire nell'iperuraneo». La preoccupazione, qui, sembra essere quella di evitare posture teoriche orientate ad una declinazione metafisica del valore (e del diritto), affrontando la questione dei valori con una prudenza metodologica che non sconfinava nella filosofia pura, nell'interrogazione ontologica dei valori, onde quello «stato fisiologico del diritto» di cui si è detto – vale a dire l'infiltrazione del valore nel discorso giuridico – non viene realmente tematizzato, ma rimane, per così dire, solo accennato, e lasciato, in qualche modo, in sospeso. In sostanza, dice Del Punta, «è il caso di accontentarsi di connessioni (e correlative prove di resistenza) più limitate, per testare la rilevanza di certi valori nel diritto del lavoro». Ma, allora, forse, il compito indicato non sembra più essere quello di mobilitare i valori per costruire attorno ad essi la «sostanza» del diritto, la sua ossatura assiologica, bensì quello, assai più modesto, di vagliare la rilevanza dei valori nell'ambito della disciplina data, nell'ambito, cioè, del diritto positivo; come se, in fondo, i valori fossero, di nuovo, collocati sullo sfondo del discorso giuridico, come su una *traccia esterna* al sistema giuridico: una traccia che può sì indicare direzioni di marcia, o cogliere i momenti di razionalizzazione del sistema nei suoi processi evolutivi, ma, appunto, senza penetrare sino al cuore della materia normativa, sino al «dover essere» (in senso giuridico) del diritto del lavoro.

Se dovessimo, a questo punto dell'analisi, proporre una valutazione del pensiero di Del Punta sul rapporto tra diritto e valori saremmo costretti, quindi, a riconoscere un doppio significato, una duplice portata metodologica dell'analisi condotta dal Nostro, di cui è difficile, posta in questi termini la questione, trovare una reale sintesi.

Da una parte, come si è detto, ci resta l'impegnativa affermazione secondo la quale i valori rappresentano un *momento fondativo* del diritto del lavoro, affermazione avvalorata sia dal riferimento al processo di costituzionalizzazione del diritto del lavoro, sia dalla notazione – sia pure accennata *en passant* – secondo la quale la comunicazione tra diritto e valori non si attua semplicemente secondo il modello sistemico «apertura cognitiva-chiusura normativa» (o operativa, come la chiama del Punta), poiché «nei fatti, tenda ad esservi anche una pur limitata e intermittente apertura operativa». In questa prospettiva il sistema giuridico è operazionalmente in contatto con i valori, onde la materia assiologica sembra davvero essere posta alla base del diritto del lavoro in termini non solo di giustificazione, ma di fondazione/statuizione della norma.

Da un'altra parte, invece, la scomposizione di cui si è detto (valori/fatti/sistema giuridico) sembra ri-collocare i valori in una dimensione esterna al sistema giuridico, benché correlata al diritto del lavoro, con la funzione non di fondare, ma di spiegare qualificati istituti del diritto del lavoro, ovvero di «gettare luce sulle principali direzioni di sviluppo di una disciplina». Tuttavia, nella teoria generale del diritto la triade norma/fatto/valore non equivale necessariamente ad escludere i valori dalla fondazione della norma: tutto dipende da come si correlano i valori rispetto alla fase normogenetica in senso stretto, in cui i va-

lori agiscono nella loro proiezione praxeologica, diretta ad un campo di azione storicamente determinato, come «intenzionalità storicamente oggettivate nei processi culturali implicanti una tensione verso una azione possibile»³.

Questa ambivalenza del pensiero di Del Punta sul rapporto tra diritto e valori forse non può essere sciolta, anche se – ma si tratta solo di un'ipotesi – credo si possa sostenere, conclusivamente, che la visione della giustificazione possa convivere con quella della fondazione, come può anche ricavarsi dall'annotazione, relativa alla letteratura internazionale sul rapporto tra diritto del lavoro e valori, che ne ha discusso in modo «un po' astratto» e «in debole connessione con i rispettivi sistemi positivi», quasi a lamentare una mancanza analisi maggiormente legata all'integrazione tra valori e diritto positivo.

Ma proviamo ad interrogare ancora il testo.

3. Il conflitto tra valori e la *reductio ad unum* dei valori giuslavoristici

Nel «marasma delle trasformazioni», Riccardo Del Punta sembra confermare che la principale funzione dei valori sia quella di rispecchiare e convalidare l'orientamento di tutela del diritto del lavoro, consistente nella «*protezione umanistica del lavoratore subordinato in quanto soggetto strutturalmente debole e vulnerabile*». Egli sembra registrare, sotto questo profilo, una «*reductio ad unum*» dei valori rispetto alla sfera umanistica: pur nella loro articolazione (dignità del lavoro, eguaglianza, non mercificazione ecc.) la trama di valori personalistici del diritto del lavoro si condensa in un unico percorso, quello della tutela del lavoratore dipendente. E gli altri valori?

La critica economica (che qui viene definita neo-liberale o liberista) al diritto del lavoro esprime, come sappiamo, altri orientamenti assiologici, altre funzioni di ottimizzazione. Secondo Del Punta, il conflitto tra valori che si è acceso negli ultimi anni, assumendo i connotati di una vera e propria contrapposizione, «soltanto di rado ha dato l'impressione di potersi sciogliere in qualche forma di sintesi», né v'è consenso «sul fatto che tale sintesi sia possibile, augurabile, o persino interessante». Qui il Nostro sembra consapevole che, weberianamente, nel diritto del lavoro si attui una «lotta tra dei», una vera e propria guerra tra visioni del mondo che non lascia spazio a vie di compromesso. Non solo: le polarizzazioni che accompagnano i processi di trasformazione in corso siano esse tecnologiche, organizzative, comunicative o culturali – non avranno altro esito che accentuare tale conflitto assiologico.

Anche sotto questo profilo, il ragionamento di Del Punta meriterebbe di essere approfondito. La sfida del diritto del lavoro, infatti, è da sempre quella di contemperare valori in conflitto, di trovare difficili sintesi assiologiche, di non assecondare *questa* o *quella* «visione del mondo», ma di trovare equilibri, più o meno avanzati e stabili, nella prospettiva del bilanciamento tra valori in conflitto. Del Punta lo sa benissimo, è un «cultore» del pluralismo valoriale. Perché,

³ Reale 1987, 372; Ost, van de Kerchove 2002, 364 sgg.

allora, descrive una situazione di guerra totale fra i valori, dubitando non solo che una sintesi sia possibile, ma addirittura che una tale sintesi sia augurabile o persino *interessante*?

Non sappiamo, in effetti, cosa Egli intendesse con questa posizione piuttosto radicale, che sicuramente non si confà alla sua natura intellettualmente mite, alla sua costante ricerca di soluzioni ragionevoli. A me pare che si tratti, più che altro, di una «narrazione»: cioè di una sorta di enfaticizzazione retorica del conflitto assiologico, una specie di costruzione dialettica di tesi/antitesi per poi proporre quella sintesi assiologica che viene condotta attraverso una rivisitazione dei valori «in connessione con i processi di trasformazione reale intercorsi e tuttora in atto».

Vediamo come.

4. La «rivisitazione» dei valori

La domanda che Del Punta si pone e ci pone è se «i classici valori del diritto del lavoro mantengano tuttora una piena attualità, o se essi debbano essere, quantomeno, attualizzati, o eventualmente rivisitati». L'opzione di Del Punta va senza alcun dubbio per la «rivisitazione» (come peraltro Egli aveva già argomentato in scritti precedenti; cfr. Del Punta 2019, 395). È un tema delicatissimo, specie se questa «rivisitazione» interessa i valori costituzionali di tutela del lavoro in un momento in cui, come giustamente ricorda Giorgio Fontana, il diritto del lavoro, «che non riesce a mettere a fuoco dei suoi valori i punti di riferimento ideali ineludibili, rischia di farsi mera scienza pratica, ancorata ai fatti» (Fontana 2022, 97).

Del Punta ne è pienamente consapevole, sa bene qual è la posta in gioco, ma questa volta ci offre una diversa opzione metodologica, non limitata alla contrapposizione frontale tra valori del lavoro e valori dell'impresa (e del mercato), che, come si è visto, conduce ad un conflitto apparentemente senza sintesi. La novità metodologica consiste nell'individuare un bivio tra due filosofie del diritto del lavoro, due modalità di concepire la fonte di produzione dei valori: una che chiude il discorso sui valori alla tradizionale visione autoreferenziale del diritto del lavoro, in cui i valori prodotti sono in conflitto perché antitetici, antagonisti, con quelli dell'economia; un'altra che porta il diritto del lavoro ad aprirsi a giustificazioni più generali, «tendenzialmente valide per tutti i cittadini, anche se nell'ambito di concezioni che a loro volta siano ricettive del patrimonio di valori e di civiltà che il diritto del lavoro ha saputo edificare nel corso della sua storia».

Il bivio indicato non sembra, in realtà, corrispondere realmente alla storia e all'attualità del diritto del lavoro. La nostra materia non è mai stata chiusa autoreferenzialmente, come ipotizza Del Punta indicando un corno del dilemma che sembra chiudere ogni discorso sulla capacità del diritto del lavoro di farsi garante delle esigenze del sistema economico, di essere, cioè un diritto (anche) del capitale. Questa raffigurazione pecca di semplificazione, posto che il diritto del lavoro non ha mai davvero accolto quella visione che altrove Del Punta ha qualificato come «fase metafisica» del diritto del lavoro; al contrario, anche

nei momenti di più avanzata ricerca di attuazione dei valori personalistici, come è avvenuto con lo Statuto dei lavoratori, il sistema giuslavoristico ha sempre garantito l'operatività del sistema produttivo, la garanzia delle prerogative imprenditoriali, e spesso anche la franca prevalenza dell'interesse dell'impresa sull'interesse del lavoratore (come nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, o del trasferimento del lavoratore).

Va da sé, comunque, che dopo aver indicato quel bivio, Del Punta opti per il secondo viatico da percorrere, giustificando la scelta sia in ragione dell'universalismo etico del diritto del lavoro, centrato sul valore del lavoratore come persona e non come merce, sia perché il concetto di cittadinanza sociale si è nel tempo allargato e comprende, ormai, altre classi di soggetti deboli, sia, infine, perché il superamento della civiltà industriale basata sul conflitto tra capitale e lavoro «costringe a individuare un nuovo e più ampio orizzonte di progresso».

In questa prospettiva universalistica, in cui il diritto del lavoro cede quote di «specialità» a favore di una più comprensiva considerazione di valori personalistici non rinchiusi nel recinto del conflitto industriale, Del Punta colloca i punti della sua «rivisitazione» assiologica dei principi costituzionali, che, in questa fase del suo ragionamento, dovrebbe servire a rendere «più fresco» il riferimento valoriale tipico della materia. Ma cosa significa «più fresco»?

Devo ricordare che questa espressione, pressoché sconosciuta dottrina italiana, viene spesso usata nella dottrina anglosassone, che – come ho detto – ha rappresentato per il Nostro un costante punto di riferimento culturale. In sostanza, si tratta di rendere più sano e robusto, ma anche più vivace e piacevole, l'orizzonte dei valori entro cui il diritto del lavoro, con le ambiguità di cui si è detto, si muove e si orienta. Ebbene, l'impiego di questo termine («più fresco») equivale ad affermare *a contrario* che i valori definiti come «classici» non sono, appunto così «freschi», sono quindi – in qualche misura – appassiti, e per questo non più idonei ad accompagnare il processo di cambiamento in atto. Il punto non è secondario, perché quel processo, quella mutazione in corso nei sistemi della produzione e più in generale nella società, dovrebbe portare – nella prospettiva delle *capabilities* adottata da Del Punta – ad una crescita della soggettività dei lavoratori, consentendo finanche di trovare la famosa sintesi che prima sembrava perduta: vale a dire fare coincidere «le nuove condizioni della produzione, dei mercati e della società in generale» con l'obiettivo «sociale valido in sé» nella logica del «capitale umano».

Bisogna riconoscere che questi passaggi del ragionamento di Del Punta non sono affatto lineari, e, probabilmente, Lui stesso ne era pienamente consapevole. Non solo perché afferma espressamente che la logica del capitale umano «può non piacere a tutti» – ed in effetti si tratta, per molti versi, di una prospettiva più «economico-manageriale» che una visione fondata sui valori personalistici, più una teoria funzionale alla crescita economica, alla «capacità produttiva» in senso capitalistico di una persona (migliorabile attraverso l'istruzione) che una filosofia centrata sul valore assoluto dell'uomo, sul suo essere, kantianamente, un «fine in sé». Ma anche perché la proposta rivisitazione dei valori classici alla luce dell'approccio delle *capabilities* non risolve i problemi «della realtà pove-

ra e precaria di molto del lavoro che c'è, che dunque continua ad aver bisogno delle protezioni classiche», come Del Punta riconosce con onestà intellettuale. Come dire che la «rivisitazione» prospettata dal Nostro, e che, data l'estrema delicatezza del tema, andrebbe – anche in questo caso – meglio precisata e definita nei suoi contorni e nei suoi effetti concreti sul sistema delle tutele, può certo rappresentare, almeno potenzialmente, un progresso nella direzione del consolidamento della neo-soggettività del lavoro, ma convive con la necessità di una conferma dei valori e delle tecniche di tutela che il diritto del lavoro ha elaborato nella sua fase industriale, a conferma che quei valori, per molte situazioni reali in cui il lavoratore si trova a vivere, non sono poi così «inidonei», non «si muovono ancora in una prospettiva troppo difensiva», ma, al contrario, mantengono pienamente la loro valenza trasformatrice ed emancipatrice, la loro tensione verso una società informata ai principi del «riconoscimento»⁴.

La difesa dei valori della persona, o rovesciando concettualmente la proposizione, il valore della tutela della persona che lavora attraverso il sistema di protezioni offerto dal diritto del lavoro, non conosce, in realtà, processi di obsolescenza concettuale o assiologica, ma solo adattamenti pratici, avanzamenti o regressioni in ragione degli orientamenti del legislatore. Questo, del resto, è il «gioco» del rapporto tra principi e regole, attraverso il quale il diritto esprime la propria pretesa di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*), vale a dire un criterio di giustizia che prescrive alle autorità giuridiche, e ai giudici costituzionali in particolare, di massimizzare i fini ultimi dell'ordinamento, tendendo sempre conto delle possibilità giuridiche e fattuali (cfr. Alexy 2022). Ma i valori di riferimento del diritto del lavoro, pur nella loro storicità, pur nella loro possibile diversa «ottimizzazione» in ragione degli orientamenti del legislatore (e della fonte collettiva) sono sempre attualissimi, e presentano una densità assiologica che non conosce regressioni, e non necessita di «rivisitazioni».

Il rischio che si corre parlando di «rivisitazione» dei valori (per me senz'altro *fondativi*) del diritto del lavoro può essere quello di accedere, o anche solo assecondare inconsapevolmente, visioni destrutturanti, filosofie deregolative in nome di una presunta obsolescenza dei valori della modernità, laddove, al contrario, è proprio la neo-modernità – cui consegue il rilancio della soggettività che sta a cuore anche a Del Punta – a reclamare una nuova morale comprensiva, un nuovo cognitivismo etico basato non sui valori assoluti e astorici del giusnaturalismo, ma sull'etica del discorso, sulla comunanza di buone ragioni per fondare la nostra vita sul rispetto dei diritti umani, sociali e ambientali fondamentali⁵.

Né possiamo affidarci ad alcun determinismo tecnologico nella speranza che l'evoluzione del sistema economico e della società in generale converga verso quell'obiettivo sociale «valido in sé» di cui parla Del Punta. Non credo, del re-

⁴ Sia consentito, sul punto, il rinvio a A. Perulli, *Il diritto del lavoro tra libertà, riconoscimento e non-dominio*, nel volume citato, a cura di Del Punta 2022, 101 sgg.

⁵ Cfr. Mordacci 2017, che rappresenta una lucida critica al postmodernismo, assai utile anche nella prospettiva giuridica.

sto, che il Nostro, accennando a questa possibile coincidenza di valori, pensasse davvero ad un determinismo tecnologico, né ad una irenica convergenza tra mercato e crescita della libertà soggettiva del lavoro. Soprattutto nello scritto oggetto di questa analisi, Del Punta sembra particolarmente attento a non cadere in ciò che Egli stesso definisce un errore «colpevolmente intellettualistico», vale a dire immaginare scenari di composizione collaborativa degli interessi contrapposti, che rimangono, in larga parte, divergenti⁶. Peraltro, i segnali che vengono dal mondo del lavoro non sono certo incoraggianti e ciò pone il ragionamento sui valori, e sulla loro eventuale «rivisitazione», su un piano inclinato che è preferibile evitare o, almeno, attraversare con estrema prudenza. Per essere chiari: solidarietà, libertà, uguaglianza, giustizia, pace, sono valori che il filosofo-economista di riferimento di Riccardo Del Punta, certamente non vorrebbe «rivisitare» alla luce di compatibilità di mercato, quanto, piuttosto, inverare nella realtà sociale, con la convinzione che la questione centrale dell'uomo che vive il nostro tempo è la disuguaglianza nei moderni assetti economici e sociali.

Di conseguenza, la famosa domanda posta da Amartya Sen: «eguaglianza di che cosa?», non va saltata, non va elusa. Questa domanda non ci porta affatto fuori dai valori di riferimento del diritto del lavoro e, più in generale, dalla cornice assiologica della Costituzione. Soprattutto, la questione dell'eguaglianza non ci incoraggia a «rivisitare» quei valori fondanti, ma ci impone, piuttosto, di indagarli con maggior precisione, di «affinarli» in base ai processi reali che interessano la sfera della produzione e la società neo-moderna, e di tradurli dal dover-essere all'essere, per farli diventare l'essere-di-valore che il valore stesso reclama di essere. Per far ciò non è certo utile «rivisitare» i valori, ma è invece necessario porli «sulle spalle dell'azione», secondo l'espressione di Max Scheler ripresa da Nicolai Hartmann (2011, 141). Nulla di «iperuraneo», quindi, ma esattamente quel realistico ancoraggio all'esistente di cui parla Del Punta.

Ora, nella valutazione della giustizia basata sulle «capacità», le situazioni individuali (ecco il soggetto!) non vengono giudicate semplicemente sulla base delle risorse o dei beni primari posseduti, come proposto dalle teorie della giustizia come equità di Rawls o di Dworkin (1981, *passim*), ma in base alla libertà effettivamente goduta di scegliere la vita che si ha motivo di apprezzare. L'approccio delle capacità, che Del Punta ha coltivato specie nei suoi scritti più orientati al dibattito internazionale (Del Punta 2016), presenta una concezione della giustizia addirittura più esigente di quella rawlsiana, perché non si accontenta dell'eguaglianza nella distribuzione dei beni primari, intesi come le «cose che ogni uomo razionale presumibilmente vuole» tra cui «reddito e ricchezza», «le libertà di base», «libertà di movimento e scelta dell'occupazione», «attribuzione e prerogative di cariche e posizioni di responsabilità» e le «basi sociali del rispetto di sé» (Rawls 1971). Secondo Sen i beni primari (o le risorse) sono mezzi, strumenti utili in generale per il perseguimento delle differenti conce-

⁶ Per una ricca analisi dei cambiamenti e dei possibili scenari regolativi si veda Caruso, Zappalà 2022.

zioni del bene che gli individui possono avere, a prescindere, quindi, da concezioni etiche omnicomprensive, ma la loro valutazione in termini di valore «in sé» non è sufficiente, essendo invece necessario valutare il loro valore in termini di ciò che esse *offrono* alle persone. Non è quindi sufficiente focalizzarsi sugli strumenti per la libertà, ma sul grado di libertà che un individuo effettivamente possiede, cioè le capacità effettivamente godute da una persona.

In altre parole, «la capacità rappresenta la libertà, laddove i beni primari ci danno informazioni solo a riguardo degli strumenti per la libertà, con una relazione che varia da persona a persona fra tali strumenti e la libertà da acquisire» (Sen 1994, 121). In questa prospettiva la libertà può essere distinta sia dagli *strumenti* che essa presuppone sia dalle *acquisizioni* che la presuppongono, consentendo di avanzare nella teoria della giustizia un'esigenza di individuare le variazioni soggettive nella abilità delle persone di convertire le risorse in libertà effettive. Tali variazioni possono essere collegate al genere, all'età, al corredo genetico e alle condizioni sociali e a molti altri elementi, che possono costituire altrettante barriere, incluse quelle dettate dalla disciplina sociale, ma tutte convergono nel limitare la libertà di acquisire e soprattutto le *acquisizioni effettive* in termini di libertà.

Ebbene, a me pare che sia difficile trovare, nello scenario normativo contemporaneo *vigente* (ove il termine normativo è usato in senso giuridico e non filosofico-politico) norme più adatte ad interpretare questa idea di giustizia delle capacità degli artt. 2 e 3, co. 2, della nostra Costituzione. Affermando che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, richiedendo l'adempimento dei *doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*, una prima pietra viene posta nell'edificazione di una giustizia delle capacità, quella che fonda l'eguaglianza sull'agire solidaristico, l'unico, in certe condizioni, idoneo a ridurre le diseguaglianze di ottenimento, ovvero di massimizzare la sottosviluppata capacità di funzionamento di una persona (Sen 1994, 131). Si pensi, per fare un esempio che a me pare particolarmente calzante, alla disabilità di un lavoratore e al correlativo obbligo di solidarietà in capo al datore di lavoro consistente nell'adattare ragionevolmente (attraverso «accomodamenti ragionevoli») l'organizzazione del lavoro al fine di consentire l'attività lavorativa del lavoratore disabile. E si noti che tale approccio solidaristico ai diritti economici e sociali fondamentali soddisfa non solo la teoria seniana delle capacità ma anche quella rawlsiana del «*maximin*», secondo cui la direzione cui deve muovere una società giusta è «migliorare il più possibile la situazione di coloro che stanno peggio».

Se, poi, consideriamo il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, ci accorgiamo che il «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», esprime chiaramente un fondamentale principio capacitante in senso seniano. Il principio è quello della «eguaglianza di ottenimento», con le ovvie implicazioni per l'analisi normative e le politiche pubbliche. In parti-

colare, il «rimuovere gli ostacoli ... che ... impediscono il pieno sviluppo della persona umana», vale a dire la libertà della persona, e «l'effettiva partecipazione» all'organizzazione della società, non sono altro che la traduzione *ante litteram* di un principio di capacitazione delle persone, intese, queste, non solamente come «lavoratori», cioè come produttori, ignorando tutto il resto, ma – come avviene nella prospettiva costituzionale – quali attori protagonisti di un intero spazio sociale, economico e politico.

Infatti, secondo Sen, una filosofia della giustizia come capacità deve prendere in considerazione non solo i profili di equità intesi (in senso aristotelico) come giusta distribuzione delle risorse, ma le difficoltà – sul piano naturale o sociale, e quindi della concreta organizzazione sociale – che una persona può incontrare nel convertire i beni primari in effettive libertà di acquisire, e per questa via, realizzare (cioè agire concretamente) le alternative di funzionamenti. Per questo motivo l'approccio delle *capabilities* si sposa perfettamente con la direttiva dell'artt. 3, co. 2, Cost., nella misura in cui la rappresentazione delle capacità deve render conto «delle reali libertà di cui le persone godono nei fatti (e non solo «in linea di principio»)), onde il compito delle istituzioni pubbliche è intervenire sui condizionamenti sociali che sottraggono all'individuo la possibilità di «desiderare» quel che gli viene negato: occorre, come dice Sen, «focalizzare l'attenzione sulle libertà reali concretamente godute, tenendo conto di tutte le barriere – incluse quelle dettate dalla «disciplina sociale» (Sen 1994, 207).

In definitiva, alla luce di queste pur brevi considerazioni – che, naturalmente, necessiterebbero di un approfondimento non possibile in questa sede – a me pare che, forse, Del Punta sia incorso in una sorta di sottovalutazione del portato assiologico della Costituzione così come essa è, e quindi della sua attualità valoriale, e della sua capacità di coniugarsi con le aspirazioni di una teoria dell'eguaglianza (e, e più in generale, della giustizia come capacità) che Egli stesso sposava sul piano metodologico e scientifico. Come dire che la «rivisitazione» e l'aggiornamento dei valori costituzionali, su cui il Nostro ha più volte richiamato l'attenzione nei suoi scritti recenti, non sono necessari (almeno sul piano dei valori, che è quello che qui interessa) non solo perché di quei valori c'è bisogno per far fronte alla «realtà povera e precaria di molto del lavoro che c'è», ma anche per aspirare ad una società complessivamente più giusta, in grado di sviluppare capacità soggettive effettive delle persone e quindi capace, essa stessa, di modificare assetti economico-sociali tradizionali o comunque di rendere quegli assetti e le loro «discipline sociali», come scrive Sen, all'altezza delle esigenze poste dall'eguaglianza.

Devo, al contempo, riconoscere che questa ripetuta tensione alla «rivisitazione» dei valori costituzionali espressa da Riccardo Del Punta appare, a ben vedere, più il frutto di una volontà (non solo metodologica, ma credo anche politica) di *incidere* su un certo assetto delle tutele che Egli reputava tradizionale e, quindi, non adatto ai cambiamenti in atto, che una reale critica ai valori classici (che pur si pretende siano inidonei ad accompagnare i processi di crescita della soggettività dei lavoratori). Non a caso, se si leggono con attenzione altri scritti metodologici, in cui Del Punta sviluppa argomenti di ricostruzione sistematica

di taluni istituti del diritto del lavoro (come, ad esempio, i poteri dell'imprenditore) le affinità e finanche sovrapposizioni tra la disciplina costituzionalizzata del diritto del lavoro e le linee di filosofia morale seguiti dal Nostro (*capabilities* e neorepublicanesimo) reclamano assai meno quegli adattamenti o «rivisitazioni» valoriali cui Egli faceva riferimento nell'analisi teorica generale che stiamo analizzando.

5. *In cauda venenum*: il posto dell'economia

Che fare dell'economia? Così si intitola l'ultimo paragrafo del breve scritto di Del Punta dedicato ai valori del diritto del lavoro. L'economia è sempre stata per Del Punta un punto di riferimento direi assolutamente imprescindibile, sia dal punto di vista teorico sia da quello pratico applicativo. Egli non mi pare abbia mai veramente sposato l'analisi economica del diritto, che pur conosceva assai bene; non è mai stato, neppure in questo rapportarsi con la dimensione dell'economia, un vero «estremista». Tuttavia, a me pare che un certo tormento valoriale sia presente nelle sue riflessioni sulle «compatibilità economiche» del diritto del lavoro, e che tale tormento lo abbia portato a condividere, nella preoccupazione di non negare l'importanza delle ragioni dell'economia, molte delle critiche economiche al diritto del lavoro.

La verità è che queste compatibilità economiche sono, per Lui, non solo ineliminabili, ma, in qualche misura, «giuste». Di conseguenza il piano dei valori del diritto del lavoro, quello della giustizia sociale, non può non confrontarsi con i valori economici, con le ineludibili «istanze economiche ampiamente intese», che pure rappresentano un assetto valoriale, un substrato economico della nostra società. Ma non è solo questo: non si tratta solo di comprendere le ragioni dell'economia per poi, eventualmente – ove occorra – criticarle, perché – a dire il vero – nelle analisi di Del Punta sembra sempre primeggiare, piuttosto, una *critica della critica alla critica economica al diritto del lavoro*, che porta il Nostro ad affermare espressamente di dissentire da ogni linea di pensiero realmente conflittuale nei confronti del capitalismo e dei suoi «spiriti». Di quest'ultimo, delle sue indubbe contraddizioni e degenerazioni, Del Punta si limita a comprendere e condividere la «sacrosanta denuncia degli eccessi e degli squilibri dei mercati finanziari», ma certo non v'è alcuna simpatia per posizioni critiche degli assetti del mercato globale *à la* Supiot o, più in generale, non v'è alcuna condivisione del «modello antropologico fundamentalmente non patrimonialistico» del lavoratore, secondo una visione «che – sono le sue parole – alligna nel sottofondo della materia e del discorso culturale cui essa ha dato vita» e che Egli, in sostanza, attribuisce all'idea, ereditata dal diritto del lavoro, di «uomo nuovo» di marxista memoria.

Del Punta non condivide la critica all'economia e forse neppure la critica al neoliberalismo perché, con la franchezza di cui era capace, ciò avrebbe significato mettere in discussione «l'essenzialità dell'impresa come principale fattore di creazione della ricchezza comune». Mi pare che questo punto, che rappresenta in qualche modo il «non detto», e al contempo l'arcano, dell'intera questio-

ne del rapporto tra diritto e valori nella prospettiva di Del Punta, sia davvero dirimente. Non conosco, forse, tutti i Suoi scritti, ma non ho contezza di una Sua riflessione critica sull'impresa. Piuttosto, sono ben note le Sue posizioni su questioni-chiave del diritto del lavoro, richiamate anche nello scritto in esame, come la «valutazione della tutela economica nel licenziamento illegittimo, che è tutt'ora oggetto di imbarazzate rimozioni» o l'«importanza della tutela risarcitoria nel capitolo dei danni alla persona del lavoratore».

È come se, su questo nervo scoperto del diritto del lavoro – cioè il rapporto tra diritto ed economia – Del Punta non volesse davvero prendere una posizione radicale, sforzandosi di trovare una linea di compromesso di difficile praticabilità: Egli, infatti, da un lato vuole «ricordare agli economisti *mainstream*... che l'*homo oeconomicus* rappresenta un'estrazione del tutto parziale e fuorviante», dall'altro non intende cadere nell'eccesso opposto «di prefigurare un lavoratore alieno da impulsi economici nonché competitivi». Non è chiaro, però, dove questa immaginaria linea mediana possa davvero condurre, né gli spazi di concreta praticabilità di una simile prospettiva metodologica.

Probabilmente il tema di *come* realizzare una vera «conciliazione» tra diritto ed economia non era affatto chiaro neppure a Riccardo Del Punta, il quale, infatti, pur attratto dal paradigma dello «sviluppo sostenibile», si interrogava problematicamente su «fino a che punto una regolazione socialmente orientata possa o debba interferire» con i meccanismi di mercato «ed eventualmente che tipo di bilanciamento o compromesso possa essere trovato tra queste istanze».

Vorrei, a questo punto, per non lasciare in sospeso la questione, provare a svolgere una considerazione di carattere generale sul rapporto tra diritto del lavoro ed economia, non per avanzare risolutive affermazioni, quanto per far comprendere la portata, davvero esiziale, della questione di cui stiamo parlando. Il rapporto tra diritto del lavoro ed economia, che fa parte del DNA della materia, è oggi sempre più squilibrato a favore degli interessi (e dei valori) del mercato e dell'impresa. Lo è non solo nelle posizioni della dottrina, ma, a monte, nella linea di politica del diritto che ha finito per prevalere negli ultimi lustri. Gli esiti «giuspositivistici» di queste posizioni, che, senza espungere del tutto i valori extra-patrimoniali dalla scena del diritto del lavoro, ne riducono sensibilmente la portata (basti pensare alla disciplina del licenziamento illegittimo), non sono metodologicamente diversi da quelli che la dottrina economica neoclassica ha consegnato alla teoria economica contemporanea espellendo dal proprio paradigma ogni riferimento all'etica, con esiti di «impoverimento» (Sen 1987) del dibattito teorico. L'origine del «pensiero unico economico» – quel pensiero che ha prodotto tanti guasti e finanche vere e proprie catastrofi sociali nel corso degli ultimi lustri – è del tutto sovrapponibile alla costruzione del pensiero (per fortuna un po' meno unico) del positivismo giuridico. La base della formulazione del pensiero economico *standard*, superbamente giustificato nei termini scientifici che l'economia ha sempre rivendicato, è sempre la distinzione tra «fatto» e «valore» posta dai positivisti logici a fondamento di ogni linguaggio cognitivamente significante, con i suoi corollari di relativismo morale e con l'effetto di esclusione di ogni affermazione etica dal dominio del discorso razionale.

Così come nel campo del diritto si afferma la dicotomia metafisica «essere»/«dover essere» sulla scorta della dicotomia filosofica (di matrice kantiana) «giudizi analitici»/«giudizi sintetici» (i primi verificabili e falsificabili empiricamente, i secondi verificabili e falsificabili in base a regole logiche), anche la dottrina economica, influenzata dal positivismo logico, afferma l'impossibilità di una argomentazione razionale nel campo dell'etica, sancendo la messa al bando dall'economia di ogni discorso sui valori. Se l'economia riguarda fatti che possono essere verificati, mentre l'etica si interessa a valutazioni ed obblighi intesi come espressioni di «sentimenti» o di imperativi mascherati, il diritto – che aspira ad essere a sua volta «scienza», al pari di quella economico-matematica ormai affermatasi sulla base di precise metriche «oggettive», come quella dell'*utilità*⁷ – si allontana dalle scienze dello spirito.

L'attività del giurista, nella sua missione epistemologica, si sgancia dal *lavoro dello spirito* per farsi *scientiam facere*, per partecipare, possibilmente a testa alta, e non come una cenerentola, al gran ballo delle verità logiche e matematiche. Il discorso giuridico, basato su un diritto intriso di oggettivismo logico e di descrittivismo avalutativo, edifica in «purezza» un mondo ideale, quello del dover-essere normativo, evitando di riconoscere che «la scelta di una teoria presuppone sempre dei valori»⁸, non solo epistemici ma anche etico-morali. Del pari, sul fronte della scienza economica, la dottrina sviluppa il criterio «neutrale» di valore per il funzionamento del sistema economico sul presupposto (positivista) che le questioni etiche dovessero essere tenute fuori dal discorso economico⁹. In tal modo – come ha osservato Hilary Putnam – in un sol colpo viene «rifiutata l'idea che l'economista avesse la possibilità e il dovere di interessarsi al benessere della società in senso valutativo e al suo posto venne inserita la tesi positivista secondo cui un interesse del genere è «privo di significato», almeno dal punto di vista scientifico»¹⁰.

Come dire che il diritto, al pari della scienza economica, ha vissuto la propria fase razionalistica adottando fino in fondo l'angusta postura verificazionista e l'impoverita concezione dei fatti di matrice empirista-positivista proprio nel momento in cui, nell'ambito delle scienze fisico-matematiche, quei presupposti iniziavano a cadere, trascinandosi con sé l'asserita dicotomia fatto/valore e disvelando l'*intreccio* di fatti e valori. In questa prospettiva generale, proprio l'approccio delle *capabilities* coltivato anche da Del Punta può rappresentare uno dei principali argomenti di natura morale da opporre all'impoverimento indicato da Sen, vale a dire ad una delle principali carenze della teoria economica contemporanea.

⁷ Per la critica all'idea neoclassica che vi fosse una entità chiamato «utilità» misurabile secondo un'unità di misura definita nei *Mathematical Psychics* di Edgeworth come «Util», cfr. Putnam 2004, 60 sgg.

⁸ H. Putnam, *Fatto/Valore*, cit. 36

⁹ L. Robbins, *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 1932, trad. It. *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*, Utet, Torino, 1947

¹⁰ H. Putnam, *Fatto/Valore*, cit., 61.

Su questo punto specifico, che riveste una vitale importanza per il diritto del lavoro quale disciplina che è stata capace di superare la dicotomia fatto/valore, il «che fare dell'economia»? dovrà essere ancora lungamente interrogato, sia nell'indagine teorica, sia in quella pratica, perché – come concludeva Del Punta – «il materiale di cui potenzialmente discutere è vario e importante».

Va da sé che il pensiero di Del Punta, con la sua ricchezza culturale e le sue inquietudini ed interrogazioni, continuerà a rappresentare un punto di riferimento importante per chiunque vorrà continuare ad indagare questo rapporto.

Riferimenti bibliografici

- Alexy, R. 2022. *Concetto e validità del diritto*, a cura di M. La Torre. Roma: Carocci.
- Bobbio, N. 1981. "La teoria dello stato e del potere." In *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, a cura di P. Rossi, 215 sgg. Torino: Einaudi.
- Caruso, B., Zappalà, L. 2022. "Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 29 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. (a cura di). 2022. *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and Capability Approach." *IJCLL* 32, 4: 383 sgg.
- Del Punta, R. 2019. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." *CSDLE* «Massimo D'Antona» 395.
- Del Punta, R. 2022. "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 21 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Dworkin, R. 1981. "What is Equality?, Part 1: Equality of Welfare, e What is Equality, Part 2: Equality of Resources." *Philosophy and Public Affairs* 10.
- Fontana, G. 2022. "Il diritto del lavoro e i valori nella crisi." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 97 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Hartmann, N. 2011. *Ontologia dei valori*. Brescia: Morcelliana.
- Kelsen, H. 1997. *Il problema della giustizia*. Torino: Einaudi.
- Marra, R. 2022. *L'eredità di Max Weber. Cultura, diritto e realtà*. Bologna: il Mulino.
- Mengoni, L. 1996. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Mordacci, R. 2017. *La condizione neo-moderna*. Torino: Einaudi.
- Ost, F., Van de Kerchove, M. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Putnam, H. 2004. *Fatto/Valore. Fine di una dicotomia*. Roma: Fazi.
- Rawls, J. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Reale, M. 1987. "La situation actuelle de la théorie tridimensionnelle du droit." *Archives de philosophie du droit*, 369 sgg.
- Sen, A. 1987. *On Ethics and Economics*. Oxford: Blackwell.
- Sen, A. 1994. *La diseguaglianza*. Bologna: il Mulino.
- Speziale, V. 2022. "Il 'diritto dei valori'. La tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 125 sgg. Firenze: Firenze University Press.

Valori e diritto del lavoro: tra mercato globale e principi di dottrina sociale

Roberto Pessi

1. Premessa

Con il presente contributo ho inteso confrontarmi con l'Onorato su un tema allo stesso particolarmente caro, quello dei valori del diritto del lavoro, al quale ha dedicato numerosi ed importanti contributi, che rappresentano, forse, una delle sintesi più preziose del Suo pensiero di giuslavorista¹.

La tematica mi sembra offrire, peraltro, una prospettiva focale nell'interpretazione del diritto del lavoro, nella consapevolezza, espressa da Riccardo del Punta che quest'ultimo sia «in grado di convivere costruttivamente con il sistema economico, ed anzi di rappresentarne una risorsa regolativa, deve essere ora saldata – sia pure per tratti essenziali – con la riflessione sui valori, intesi come concetti che, lungi dall'originare da generalizzanti riflessioni filosofiche, emergono dall'esperienza viva della materia in un nesso co-evolutivo con essa» (Del Punta 2019).

Nel realizzare tale ricostruzione, cercherò di mettere in luce la rilevanza ed il carattere di costante effettività degli (ancora attuali) valori emergenti dalla dottrina sociale della Chiesa, tanto con riferimenti ai temi più spiccatamente lavoristici, quanto, ancora, con riferimento a quelli afferenti alla sicurezza sociale.

¹ Del Punta 2019 e Id., “Diritto del lavoro e valori.” RIDL, 151-60.

2. Territorialità della legge e spazialità dell'economia nel quadro dell'economia globalizzata e digitalizzata

La globalizzazione e la rivoluzione tecnologica che, ormai da anni, caratterizzano il quadro mondiale impongono di considerare con particolare attenzione questioni sociali di grande complessità, concernenti anzitutto il rapporto tra economia e lavoro, nonché la tutela dell'ambiente.

In specie la digitalizzazione, con l'automazione dei processi che porta con sé, sembra, infatti, incidere in maniera significativa sul ruolo della persona nella società contemporanea in generale e nel mercato del lavoro in particolare: l'ingresso dell'intelligenza artificiale nella vita delle persone e nelle fabbriche determina, infatti, mutamenti epocali con riferimento ai sistemi economici e al fenomeno lavoro.

Sul punto, di straordinaria lungimiranza e attualità risulta, ancora oggi, l'enciclica «Caritas in veritate» di Benedetto XVI, che, quasi quindici anni fa, affermava: «I costi umani sono sempre anche costi economici e le disfunzioni economiche comportano sempre anche costi umani» (Benedetto XVI 2009, 32), così che «il primo capitale da salvaguardare e valorizzare è l'uomo, la persona, nella sua integrità: "l'uomo infatti è l'autore, il centro e il fine di tutta la vita economico-sociale"» (Benedetto XVI 2009, 25).

E, del resto, quello della relazione tra costi umani e costi economici connessi al fenomeno lavoro è un tema che rispecchia intrinsecamente la stessa relazione tra persona e impresa (Pessi 2008), oggi più che mai, nel quadro di un contesto economico-produttivo e lavorativo sempre più internazionale, connesso e globalizzato.

Ecco, dunque, come ancora una volta ad assumere un'importanza centrale è la questione della definizione di una regolamentazione giuridica transnazionale del mercato e del lavoro².

Nell'ambito di una simile prospettiva, tuttavia, non pare potersi tacere quello che emerge come elemento di criticità apparentemente insuperabile, derivante dalla non corrispondenza tra la limitata territorialità della legge e l'estesa spazialità di un'economia dominata dall'impresa multinazionale, come nuovo paradigma organizzativo prevalente.

E, così, entro tale schema che si manifestano forme di sostanziale *dumping* sociale e di concorrenza al ribasso tra ordinamenti nazionali, che determinano riduzioni, anche significative, dei livelli di tutela dei diritti dei lavoratori³, nell'ottica di garantire maggiormente gli interessi economici degli investitori⁴.

² Cfr. B. Hepple, "Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale." *Dir. Lav. Rel. Ind.* 27 e sgg.

³ Sul punto, si veda Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, V, 301 e sgg., proprio sulla dignità dei lavoratori e sul rispetto dei loro diritti.

⁴ Perulli 2011; Lyon Caen 2011. Si veda anche Rigaux 2009, 15, che presenta un'interessante riflessione attorno al confine tra Diritto del lavoro e Diritto della concorrenza sociale.

Al riguardo, risuonano ancora le parole dell'enciclica da ultima citata: «quando l'incertezza circa le condizioni di lavoro, in conseguenza dei processi di mobilità e di deregolamentazione, diviene endemica, si creano forme di instabilità psicologica, di difficoltà a costruire propri percorsi coerenti nell'esistenza» (Beneditto XVI 2009, 25).

Così, ragionando in termini più propriamente lavoristici, è evidente come lo scenario globale di *dumping* sociale sopra accennato vada ad incidere – tra le altre cose – sul bilanciamento tra valori contrastanti, che altro non rappresenta che l'essenza stessa del Diritto del lavoro, chiamato a contemperare gli interessi dell'efficienza economica dell'impresa, da un lato, e della tutela dei diritti della persona che lavora, dall'altro (Persiani 1995).

In altri termini, il Diritto del lavoro è chiamato oggi a misurarsi con sfide nuove, poste dalla globalizzazione e dalla virtualizzazione dei mercati e dei sistemi produttivi, che pare incidere in maniera sempre più significativa sulla sfera dei diritti e dei valori sociali di riferimento⁵: «il mercato diventato globale [...] ha stimolato forme nuove di competizione tra Stati [...] mediante vari strumenti, tra cui un fisco favorevole e la deregolamentazione del mondo del lavoro» (Beneditto XVI 2009, 25).

La questione non è aliena al legislatore nazionale, tanto tenendo in considerazione gli interventi manutentori che hanno avuto ad oggetto la norma sulle c.d. collaborazioni organizzate di cui all'art. 2, del d.lgs. n. 81/2015, quanto, soprattutto, considerando la l. n. 81/2017, che prevede una regolamentazione specificamente dedicata allo «smart working» (art. 18-24); quest'ultimo in verità già utilizzato da molte imprese anteriormente all'adozione del provvedimento legislativo appena citato, tanto da essere stato già oggetto della contrattazione collettiva, di indicazioni delle parti sociali e di interventi promozionali quanto al suo utilizzo nell'ambito degli accordi aziendali o territoriali sul salario produttività.

La legge, del resto, si è fatta carico anche di introdurre «misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale», prendendo atto della sempre più diffusa condizione di debolezza economica dei lavoratori autonomi e dei professionisti, il cui profilo spessissimo non corrisponde più nemmeno lontanamente al social-tipo del lavoratore «forte», che si contrappone al lavoratore dipendente «debole» e bisognoso di protezione (come d'altro canto evidenziato in modo dirimpente dagli effetti prodotti dalla pandemia).

Questo quadro, che sostanzialmente vede la nostra materia sempre più lontana dalle sue coordinate tradizionali, si aggrava se il tema del lavoro e della precarietà viene ad essere analizzato da un ulteriore angolo prospettico, quello dell'«ampio pulviscolo di attività emergenti nell'ecosistema digitale», dove il lavoro appare intrinsecamente «instabile, discontinuo e frammentario», sia quando «imposto come tale» dalle infrastrutture tecnologiche, sia quando «consapevolmente offerto dal *web worker*» con tali modalità, così da richiedere un nuovo modo di pensare l'individuale e il collettivo.

⁵ Cfr. Perulli 1998, *passim*, nonché Perulli, Marrella 2009.

D'altro canto, nell'operare qualsiasi operazione classificatoria è opportuno approfondire i profili organizzativi e, quindi, distinguere due aree: quella in cui le nuove tecnologie sono entrate nell'organizzazione del lavoro della fabbrica fordista, scomponendola all'insegna della flessibilità e dell'individualizzazione, dove in realtà il fenomeno, quanto alle categorie giuridiche, si è limitato all'insinuarsi della digitalizzazione all'interno di tipi contrattuali già esistenti e regolati, sviluppandovi ulteriori e diverse «modalità di lavoro per mutuaione o combinazione o ibridazione», ponendo così soltanto un problema «di rimodulazione e adattamento delle regole al fine di ovviare ai rischi specifici dell'ambiente virtuale»; e quella in cui, viceversa, le nuove tecnologie hanno portato «modalità d'impiego totalmente innovative e ancora poco strutturate che si allontanano, quasi in crescendo, dal tipo *standard*», che non riescono ad inserirsi, se non con evidenti forzature, nella classica dicotomia subordinazione e autonomia (su cui si sono costruite le categorie giuridiche storiche di riferimento ed i rispettivi statuti protettivi), quali i *tap workers* o i *crowdworkers*.

Parimenti, sotto altro profilo, se è vero che «il mio capo è un algoritmo» è anche vero che lo scopo funzionale dell'algoritmo, nel mondo del Big Data, è quello di alterare la concorrenza, perché dichiaratamente «non neutrale», in quanto destinato a «produrre risultati utili ed immediatamente utilizzabili in base alle preferenze di una determinata persona», così che per aver mercato deve fornire «elaborazioni discriminatorie delle masse di dati disponibili in funzione dei criteri impostati»

Tutto ciò ci riporta al problema del futuro del lavoro, o meglio del «lavoro dignitoso». Mentre, infatti, la prospettiva di un lavoro unico per tutta la vita è già divenuta «obsoleta», il futuro sembra proiettarsi verso una società in cui si affermeranno sempre più forme di lavoro «ancora più flessibile, di breve e transitoria durata».

Di fatto, lo scenario appena descritto mette ancora più in difficoltà «il contratto sociale» che l'Organizzazione Internazionale del Lavoro ha sempre promosso come fondamento di uno stato democratico finalizzato alla giustizia sociale. Orbene, se in termini economici, questo contratto ideale è composto da forte produttività, pieno impiego, crescita economica, libera iniziativa e protezione sociale, di fatto la concretizzazione di questa formula, che in passato aveva segnato rilevanti progressi, ora sconta vistosi arretramenti, sussistendo, infatti quattro «forze che spingono in suo sfavore: l'ineguaglianza, la globalizzazione, la tecnologia, l'informalità».

Anche questo appare essere uno dei frutti della rivoluzione del modello economico, «che utilizza le piattaforme digitali per funzionare», nella quale, peraltro, in forza dello sviluppo tecnologico e della digitalizzazione, non vi è più al centro del sistema la «fabbrica», neppure nella «versione industria 4.0», ma «un software, un'applicazione o *app* fondata su algoritmi che, tramite la rete e l'*internet of things*, mette in contatto produttori e consumatori, consumatori tra loro, produttori tra loro».

Il quadro è ulteriormente reso complesso dal conflitto di interessi che si determina tra il consumatore, quando lo stesso trae rilevanti benefici da un nuovo servizio reso tramite piattaforma, ed il lavoratore *standard*, autonomo o subordinato, che contestualmente si trova a fronteggiare una nuova tipologia di concorrenza,

connotata dal connubio tra materialità ed immaterialità. Il caso più emblematico è quello di Uber, una piattaforma tecnologica che «non serve solo a mettere in contatto soggetti diversi, che offrono e cercano un servizio», ma che «costituisce una vera e propria organizzazione imprenditoriale che fornisce, essa stessa, servizi».

Tutti questi fenomeni producono un andamento della società ondivago e schizofrenico, laddove la rete amplifica l'effetto disgregativo in atto nella collettività, creando mondi interconnessi solo per via digitale, nonché mettendo in crisi gli stessi modelli tradizionali di rappresentanza sindacale e politica. E, d'altro canto, il mondo virtuale consente, ed anzi agevola pratiche simulatorie, funzionali all'elusione delle regole, anche in materia di *status* protettivi dei consumatori e dei lavoratori. Si può dire così che la tecnologia, se abbatta i costi di intermediazione e di organizzazione, generando produttività e benessere, crea anche schemi che appannano la trasparenza, favorendo opportunismi e diseguaglianze.

Volendo dettare una sintesi si è detto, correttamente, «c'è molto lavoro tradizionale che si avvale utilmente della tecnologia e c'è molto lavoro tradizionale che, viceversa, ne è disgregato»⁶.

Sul punto mi sembra si sia fatta molta confusione sul concetto di *sharing economy*, seguendo la prospettazione di Jeremy Rifkin e sul suo «*collaborative commons*», che pone l'accento sulla condivisione senza un profitto di conoscenze e di opportunità da parte dei *presumers*, definiti «imprenditori sociali» (35).

E, peraltro, si è anche trascurato di affrontare il problema, ancor più critico, dei «*tap workers*», cioè i lavoratori «alla spina» della *gig economy*, per i quali emerge in modo prepotente il problema dello «sgretolamento» dei confini tra tempi di vita e di lavoro; e ciò mentre si affacciano sui nuovi «*digital galley slaves*», cioè «gli schiavi delle «galere digitali» ed i «*data janitors*», cioè i «bidelli dei dati».

La realtà è che le troppe ambivalenze e le diverse ambiguità non consentono più di rimuovere o accantonare un intervento ricostruttivo del confine tra produttore e consumatore, spesso artatamente sovrapposto in chiave mimetica, nonché della distinzione tra il lavoratore dipendente ed il collaboratore volontario, c.d. *sharer*. In altre parole si tratta di superare tutta la retorica sull'economia collaborativa, andando a verificare le articolate connotazioni delle varie ipotesi di interazione e condivisione attraverso la rete; forse accentuando come unica ipotesi genuina, e quindi priva di finalità simulatorie, il paradigma organizzativo della funzione congiunta, gratuita e comunitaria di conoscenze acquisite.

Parimenti si conferma l'esigenza di ragionare ancora attorno a forme di regolamentazione sovranazionale, che intervengano a disciplinare l'esercizio delle libertà economiche, in armonia con la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona che lavora⁷.

Del pari, nell'ottica di armonizzare i settoriali interventi normativi rinvenibili nei singoli ordinamenti nazionali, ambendo così a «superare l'antinomia tra la territorialità della legge e la spazialità dell'economia», non pare potersi

⁶ P. Tullini, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione*, op. cit., pp. 749-50.

⁷ Così Nogler 2008. Si veda anche Bronzini 2008; D'Antona 1994.

prescindere da una piena e matura valorizzazione del dialogo strategico tra *ius positum* e giurisprudenza, teso a realizzare forme di sinergia capaci di recuperare e rivalutare i principi generali del diritto – primi tra tutti la buona fede e la correttezza – nell’ambito, anzitutto, dell’esercizio delle attività economiche e dei poteri privati in generale⁸.

3. Il ruolo dell’autonomia privata collettiva

Al contempo, un ruolo più che centrale e assolutamente strategico, sempre nell’ottica di ricercare e individuare un bilanciamento degli interessi in contrasto, nel sopra delineato quadro di una spazialità economica altamente globalizzata, dev’essere rivestito e giocato dall’autonomia privata collettiva, anche nel suo esprimersi a livello trans- e supra-nazionale⁹.

Sul punto, particolarmente illuminante risulta il contributo offerto proprio dall’enciclica di Benedetto XVI «*Caritas in veritate*», che richiama come «l’invito della Dottrina Sociale della Chiesa, cominciando dalla *Rerum Novarum*, a dar vita ad associazioni di lavoratori per la difesa dei propri diritti va[da] pertanto onorato oggi ancor più di ieri, dando innanzitutto una risposta pronta e lungimirante all’urgenza di instaurare nuove sinergie a livello internazionale, oltre che locale»¹⁰.

La centralità delle organizzazioni sindacali sconta, però, la fisiologica difficoltà derivante dalle incertezze proprie di un quadro cangiante di cambiamenti socioeconomici che, ormai da tempo, stanno prendendo forma nel panorama internazionale. A ciò si aggiunge la criticità della posizione del gig worker, che proprio in correlazione al modello di instaurazione e gestione del rapporto di impiego (basato sullo scaricamento di un’app o dal reclutamento per il tramite di una piattaforma virtuale e sull’interazione per mezzo di tali strumenti digitali) viene ad essere isolato e parcellizzato nell’ambito di una moltitudine non identificata, né identificabile di colleghi di lavoro a lui sostanzialmente ignoti, con i quali risulta arduo maturare un vincolo associativo che maturi in forme di autotutela collettiva dei relativi interessi.

⁸ Pessi 2010b, 195. Sul punto si veda anche Marrella 2005. Sia altresì consentito il rinvio a Pessi 2009a, 277, nonché Pessi 2009b.

⁹ Su «l’importanza dei sindacati», cfr. San Giovanni Paolo II, *Lett. enc. Laborem Exercens*, 14 settembre 1981, 20; nonché, negli stessi termini, Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, 305.

¹⁰ Proprio riguardo ai Paesi poveri: «qui le politiche di bilancio, con i tagli alla spesa sociale, spesso anche promossi dalle Istituzioni finanziarie internazionali, possono lasciare i cittadini impotenti di fronte a rischi vecchi e nuovi; tale impotenza è accresciuta dalla mancanza di protezione efficace da parte delle associazioni dei lavoratori. L’insieme dei cambiamenti sociali ed economici fa sì che le organizzazioni sindacali sperimentino maggiori difficoltà a svolgere il loro compito di rappresentanza degli interessi dei lavoratori, anche per il fatto che i Governi, per ragioni di utilità economica, limitano spesso le libertà sindacali o la capacità negoziale dei sindacati stessi. Le reti di solidarietà tradizionali trovano così crescenti ostacoli da superare» (Benedetto XVI 2009, 25).

In questo quadro, proprio con il «nuovo» che avanza, le organizzazioni sindacali sono chiamate a misurarsi e confrontarsi, aprendosi alle innovative sfide che il mondo del lavoro globale e digitale pone loro¹¹.

Il sindacato contemporaneo, peraltro, non può che volgere lo sguardo anche ai non iscritti e, in modo tutto particolare, ai lavoratori dei Paesi in via di sviluppo, nei quali frequente è la mancata osservanza dei diritti sociali. E ciò, nello scenario contemporaneo, può riguardare anche i lavoratori interessati dalla digitalizzazione, con la presenza, soprattutto nei paesi in via di sviluppo, di veri e propri *sweatshops* in cui, in una ben più aggiornata catena di montaggio simile a quella descritta da Charlie Chaplin in *Tempi Moderni*, i lavoratori, a fronte di remunerazioni marginali, sono impiegati in attività digitali *labour intensive* (quali, per esempio, la codifica ed il controllo delle linee di scrittura dei software) con orari e condizioni ambientali lesive della relativa dignità: «la difesa di questi lavoratori, promossa anche attraverso opportune iniziative verso i Paesi d'origine, permetterà alle organizzazioni sindacali di porre in evidenza le autentiche ragioni etiche e culturali che hanno loro consentito, in contesti sociali e lavorativi diversi, di essere un fattore decisivo per lo sviluppo» (Benedetto XVI 2009, 64).

Al riguardo, a venire in rilievo, nel panorama più propriamente giuslavoristico, sono, così, la contrattazione collettiva transnazionale e gli accordi collettivi-quadro, con l'attivo coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, degli Stati nazionali e dei centri di interesse espressivi del mercato globale e delle collettività nazionali: si pensi alle grandi multinazionali, alle confederazioni sindacali, alle rappresentanze delle categorie e degli interessi diffusi¹².

4. Welfare e sistemi di protezione sociale: sussidiarietà e solidarietà diffusa

Altro tema strettamente connesso con quelli sin qui considerati è rappresentato dalla valorizzazione dei sistemi di protezione sociale¹³, alla luce delle nuove sfide poste dalla globalizzazione e dalla rivoluzione digitale che, come si è detto, hanno preso il sopravvento sullo scenario globale.

Anche al riguardo occorre prendere le mosse dalla constatazione di ciò che «i sistemi di protezione e previdenza [...] faticano e potrebbero faticare ancor più in futuro a perseguire i loro obiettivi di vera giustizia sociale entro un quadro di forze profondamente mutato» (Benedetto XVI 2009, 25).

Ciò risulta ancora più critico con riferimento ai fenomeni di gig-working e di crowd-working, in relazione ai quali il carattere virtuale e totalmente de-localizzato dell'interazione organizzativa tra lavoratore e committente/datore di lavoro, anche con riguardo ai profili inerenti la remunerazione, rende complesso organizzare, nei

¹¹ Benedetto XV 2009, 25 evidenzia l'«urgente esigenza che le organizzazioni sindacali dei lavoratori [...] si aprano alle nuove prospettive che emergono nell'ambito lavorativo».

¹² Pessi 2009a, 285. Su tali temi si veda Ales et al. 2006.

¹³ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, 309.

singoli ordinamenti in cui sono collocati i lavoratori (sovente estranei a quello in cui operano le piattaforme on-line), efficaci meccanismi di imposizione contributiva, con il conseguente rischio del consolidarsi di forme di lavoro nero digitale.

E invero, la sfida posta dalla globalizzazione e, da ultimo, dalla digitalizzazione è quella di fare in modo che i sistemi di welfare, sviluppatasi nell'ambito degli Stati nazionali ed esposti, nell'economia globale per l'appunto, a permanenti giudizi comparativi in termini di efficienza, di costi e di produttività, non diventino il terreno nel quale registrare forme di arretramento della tutela della persona e di depauperamento delle sue opportunità di sviluppo nella società (Pessi 2010a, 100).

In concreto, pare così ineludibile il perseguimento, quanto meno in ambito unionale, di una proficua armonizzazione e razionalizzazione dei sistemi di welfare nazionali, nell'ottica di conseguire un fondamentale obiettivo di contenimento delle esigenze di effettività delle tutele previdenziali e di sostenibilità dei costi connessi al finanziamento delle prestazioni stesse. Non v'è dubbio, infatti, che proprio il tema dei costi rappresenta indubbiamente uno dei principali elementi di criticità, nell'ambito di un contesto storico che vede il debito pubblico degli Stati nazionali crescere esponenzialmente, soprattutto in conseguenza della pandemia da Covid-19.

Al riguardo, un ruolo di significativo rilievo potrebbe essere giocato dalla piena valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che in un certo qual modo «informa» l'intero impianto generale della Dottrina Sociale della Chiesa, a partire dall'enciclica «*Rerum Novarum*» di Papa Leone XIII¹⁴ e poi dalla «*Quadragesimo Anno*» di Papa Pio XI¹⁵.

In tale principio si rinviene, infatti, una matura promozione del ruolo dei corpi intermedi e delle formazioni sociali più prossime ai bisogni della persona, sempre considerata in quanto componente di una collettività e giammai come individuo isolato e avulso dalla comunità. In questo senso, l'approccio al welfare che si rinviene nella Dottrina Sociale della Chiesa è intrinsecamente caratterizzato dall'apertura a forme di «solidarietà diffusa», che superano l'esclusività del monopolio statale, per valorizzare le forme aggregative di matrice economica, sociale, culturale, ricreativa, professionale (solamente per citarne alcune), che consentono e incoraggiano l'effettiva e piena «crescita» sociale della persona¹⁶.

¹⁴ Leone XIII, *Lettera enciclica Rerum Novarum*, 1891, 28: «non è giusto, come abbiamo detto, che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto, invece, che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti. [...] Se dunque alla società o a qualche sua parte è stato recato o sovrasta un danno che non si possa in altro modo riparare o impedire, si rende necessario l'intervento dello Stato».

¹⁵ Pio XI, *Lettera enciclica Quadragesimo Anno*, 1931, 80: «Siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le loro forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società, perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle».

¹⁶ *Catechismo della Chiesa Cattolica*, 1882.

Come affermato da Papa Francesco nel suo discorso tenuto in occasione dell'incontro con il mondo del lavoro, il 21 giugno 2015: «Il lavoro non è necessario solo per l'economia, ma per la persona umana, per la sua dignità, per la sua cittadinanza e anche per l'inclusione sociale [...], ma oggi [...] il lavoro manca, sono aumentate le diseguaglianze economiche e sociali, tante persone si sono impoverite e hanno problemi con la casa. La salute, l'istruzione e altri beni primari. [...] Questo richiede un modello economico che non sia organizzato in funzione del capitale e della produzione, ma piuttosto in funzione del bene comune» (Carbajal de Inzaurraga, Pallanch 2017, 55).

Ebbene, nelle parole del Santo Padre si ritrova tutto lo spirito inclusivo del lavoro – intrinsecamente connaturato alla condizione originaria dell'uomo¹⁷ – ben espresso anche nel Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa: «Liberare dal male, praticare fraternità e condivisione è conferire al lavoro il suo significato più nobile»¹⁸ e teso alla piena valorizzazione del creato, giacché «L'attività umana di arricchimento e trasformazione dell'universo può e deve far emergere le perfezioni in esso nascoste»¹⁹.

5. La dignità del lavoro e dei lavoratori: il messaggio di Papa Francesco e l'ecologia integrale

Nel quadro di riferimento sin qui descritto torna di straordinaria attualità della riflessione sul punto proposta nell'enciclica «Rerum Novarum» di Leone XIII, che pare caricarsi di un significato particolarmente pregnante, alla luce della rivoluzione digitale che stiamo vivendo al giorno d'oggi: «Il corso della storia è contrassegnato dalle profonde trasformazioni e dalle esaltanti conquiste del lavoro, ma anche dallo sfruttamento di tanti lavoratori e dalle offese alla loro dignità. La rivoluzione industriale lanciò alla Chiesa una grande sfida, alla quale il Magistero sociale rispose con la forza della profezia, affermando principi di validità universale e di perenne attualità, a sostegno dell'uomo che lavora e dei suoi diritti»²⁰.

La centralità dell'enciclica in parola risiede, poi, in ciò che, proprio con essa, la Chiesa ha avviato un percorso – mai interrotto – nell'ambito del quale la considerazione delle questioni afferenti al lavoro sono sempre state (come sono ancora oggi) concepite nell'ambito di una vera e propria «questione sociale» di dimensioni mondiali.

Venendo a tempi a noi più vicini, la rilevanza strategica del tema della dignità del lavoro nella corrente economia globalizzata e digitalizzata ben si coglie anche nel Magistero di Papa Francesco, nei cui messaggi, ricorrono sovente riferimenti

¹⁷ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, 256.

¹⁸ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, 261.

¹⁹ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, 262.

²⁰ Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, 267.

alle tematiche del lavoro, con un richiamo costante proprio alla dignità dei lavoratori specie in un contesto storico segnato, su scala globale, da disoccupazione (soprattutto giovanile), sfruttamento dell'essere umano, lavoro minorile, riduzione in schiavitù, impoverimento dell'ambiente naturale²¹.

Al riguardo, già Giovanni Paolo II si espresse efficacemente, ponendo in luce come «lavorare è un lavorare con gli altri e un lavorare per gli altri»; e come suo frutto, il lavoro offre «occasione di scambi, di relazioni e d'incontro»²².

Ebbene, Papa Francesco richiama con forza la «vocazione al lavoro [che, n.d.r.] è anche inestricabilmente collegata al modo in cui interagiamo con il nostro ambiente e con la natura. [...] il lavoro non può essere considerato come una merce o un mero strumento nella catena di produzione di beni e servizi [*Laborem exercens*, 7]. Piuttosto, poiché è la base per lo sviluppo umano, il lavoro ha la priorità su ogni altro fattore della produzione, compreso il capitale [*CDSC*, 276]. Da qui l'imperativo etico di «difendere i posti di lavoro» [*Evangelii gaudium*, 203] e di crearne di nuovi in proporzione alla crescita della fattibilità economica [*Evangelii gaudium*, 204], nonché di assicurare la dignità del lavoro stesso [*Evangelii gaudium*, 205]»²³.

È, quindi, la dimensione valoriale del lavoro in generale e della persona che lavora in particolare a trovare piena consacrazione nelle parole del Santo Padre, che pone ben in luce come la vocazione al lavoro dell'uomo non possa prescindere dalla sua contestualizzazione nell'ambito di un'armonica coesistenza con l'ambiente e con il creato.

Ancora una volta, il Papa richiama l'attenzione attorno alla nozione di sviluppo sostenibile, nell'ambito della quale lo sviluppo umano si intreccia indissolubilmente con lo sviluppo sociale, nel quadro di un ecosistema informato a responsabilità e sostenibilità, appunto: «Il lavoro è un cammino di crescita, ma solo se è una crescita integrale che contribuisce all'intero ecosistema della vita: agli individui, alla società, al pianeta»²⁴.

Proprio avendo riguardo alle «nuove» realtà sociali, economiche e politiche, caratterizzanti il mondo contemporaneo, globalizzato e sempre più connesso, non può non raccogliersi l'invito del Santo Padre di tracciare una nuova rotta per uno sviluppo economico effettivamente sostenibile, capace di riposizionare al centro del ragionamento la persona e il lavoro, al fine di conseguire una virtuosa integrazione sistematica, anche con le questioni ambientali, e quindi capace di delineare una vera e propria «ecologia integrale».

²¹ Papa Francesco, *Messaggio all'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, 18 giugno 2019. Si segnala, in specie: «la mancanza di lavoro recide nei giovani la capacità di sognare e di sperare e li priva della possibilità di dare un contributo allo sviluppo della società (*Christus Vivit*, 270)».

²² San Giovanni Paolo II, *Lett. enc. Centesimus annus*, 1° maggio 1991, 31; cfr. Papa Francesco, *Lett. enc. Laudato si*, 24 maggio 2015, 131.

²³ Papa Francesco, *Messaggio all'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, 18 giugno 2019.

²⁴ Papa Francesco, *Messaggio all'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, 18 giugno 2019.

Proprio in tale ottica, il Papa provvede a tracciare la «via» attraverso la quale conseguire tale strategia integrale: è la formula delle due coppie di cc.dd. «tre t»: *tierra, techo, trabajo* (terra, tetto e lavoro), da un lato, e tradizione, tempo e tecnologia, dall'altro.

In altri termini, per poter elaborare risposte adeguate alle sfide poste dal mondo del lavoro contemporaneo, dovrà essere percorsa la strada dell'interconnessione tra ambiente e lavoro, nel fermo rifiuto di modelli di sviluppo che conducano le persone ad essere disoccupate, «senza tetto», esiliate.

Le due coppie di «t», tra loro complementari, ben esprimono la necessità di guardare lontano, come ben si coglie dal richiamo alla tradizione, intesa nella sua accezione latina di *tradere*, trasmettere ad altri e, in modo particolare, «alle generazioni successive. Nel campo del lavoro, dobbiamo trasmettere non soltanto il «know-how» tecnologico, ma anche le esperienze, le visioni e le speranze [...]»²⁵.

Da non sottovalutare è, poi, la dimensione del tempo, messa a dura prova dalla digitalizzazione dei rapporti di lavoro, di cui si è dato ampiamente atto, da apprezzare e valorizzare nel suo essere dono di Dio, anche attraverso una corretta ed equilibrata definizione dei tempi di lavoro e dei tempi di riposo: «abbiamo bisogno di tempo per lavorare, e abbiamo bisogno di tempo per riposare; abbiamo bisogno di tempo per faticare e abbiamo bisogno di tempo per contemplare la bellezza dell'opera umana e della natura [*Laudato si'*, 22]. Abbiamo bisogno di tempo per rallentare e comprendere l'importanza di essere presenti nel momento invece di continuare a correre verso il momento successivo»²⁶.

Ultimo elemento della coppia delle «tre t» che descrivono la contemporaneità è poi la tecnologia, con gli epocali cambiamenti che essa sta producendo sulle società globali e sul mondo del lavoro in modo particolare. Essa viene considerata dal Santo Padre, oltreché come fattore portatore di benefici e opportunità, anche come possibile ostacolo allo sviluppo sostenibile proprio dell'ecologia integrale sopra richiamata, ove «associata a un paradigma di potere, dominazione e manipolazione [LS, 102-114]»²⁷.

In definitiva, come più volte ribadito dal Papa in varie occasioni, sempre con grande profondità contenutistica, occorre porre l'accento su un lavoro dignitoso, buono, inclusivo e, al contempo, sul benessere dell'uomo e della terra²⁸.

²⁵ Papa Francesco, *Messaggio all'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, 18 giugno 2019.

²⁶ Papa Francesco, *Lett. enc. Laudato si'*, 24 maggio 2015, 18: «la continua accelerazione dei cambiamenti dell'umanità e del pianeta si unisce oggi all'intensificazione dei ritmi di vita e del lavoro, in quella che in spagnolo alcuni chiamano «*rapidación*» (rapidizzazione). Benché il cambiamento faccia parte della dinamica dei sistemi complessi, la velocità che le azioni umane gli impongono oggi contrasta con la naturale lentezza dell'evoluzione biologica. A ciò si aggiunge il problema che gli obiettivi di questo cambiamento veloce e costante non necessariamente sono orientati al bene comune e a uno sviluppo umano, sostenibile e integrale. Il cambiamento è qualcosa di auspicabile, ma diventa preoccupante quando si muta in deterioramento del mondo e della qualità della vita di gran parte dell'umanità».

²⁷ Papa Francesco, *Messaggio all'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, 18 giugno 2019.

²⁸ Papa Francesco, *Messaggio all'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, 18 giugno 2019. In specie: «abbiamo bisogno di persone e istituzioni che difendano la dignità dei lavoratori, la dignità del lavoro di ognuno, e il benessere della terra, nostra casa comune!».

Ed in questo si coglie la sfida lanciata dall'Onorato, cui è chiamata tutta la dottrina lavoristica, e cioè «cogliere il senso profondo di un processo di trasformazione già in atto nella materia, per distillarne le componenti di positività e volgerle verso un orizzonte valoriale progressivamente nuovo, nel quale possano identificarsi tanto le istanze di socialità quanto quelle di efficienza, sì da dare un fondamento più solido al diritto del lavoro del XXI secolo»²⁹.

Riferimenti bibliografici

- Del Punta, R. 2019. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* 395.
- Pessi, R. 2008. "Persona e impresa nel diritto del lavoro." In *Aa.Vv. Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, 1238-57. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2011. "Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?" *Lav. Dir.* 1: 13 sgg.
- Lyon Caen, A. 2011. "A proposito di dumping sociale." *Lav. Dir.* 1: 7 sgg.
- Rigaux, M. 2009. *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mises en cause*. Bruxelles: Bruylant.
- Persiani, M. 1995. "Diritto del lavoro e razionalità." *Arg. Dir. Lav.* 1: 1 sgg.
- Perulli, A. 1998. *Diritto del lavoro e globalizzazione*. Padova: Cedam.
- Perulli, A., Marrella, F. 2009. "Manifesto di Venezia per la regolazione della globalizzazione economica. La globalizzazione virtuosa." *RIDL* 3: 341 sgg.
- Nogler, L. 2008. "Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile." *Dir. Lav. Rel. Ind.* 2: 171 sgg.
- Bronzini, G. 2008. "Lavoro e tutela dei diritti fondamentali nelle politiche europee del «dopo Lisbona»." *Lav. Dir.*, 141 sgg.
- D'Antona, M. 1994. "Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea." *Riv. Trim Dir. Proc. Civ.*, 695 sgg.
- Pessi, R. 2010b. "La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforma ipotesi, effettività." *RIDL* 2.
- Marrella, F. 2005. "La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note di analisi economica del diritto dei contratti internazionali." *Soc. Dir.*, 249 sgg.
- Pessi, R. 2009a. "Lavoro, mercato, «ordine spontaneo», regolazione transnazionale." *RIDL* 3.
- Pessi, R. 2009b. "Ordine giuridico ed economia di mercato." *Arg. Dir. Lav.* 6.
- Ales, E., et al. 2006. *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*. Londra: Final Report.
- Pessi, R. 2010a. "Il Welfare mix tra mercato globale e cittadinanza sociale." In R. Pessi, *Ordine giuridico ed economia di mercato*. Padova: Cedam.
- Carbajal de Inzaurraga, C., Pallanch, P. (a cura di) 2017. *Le parole di Francesco – Lavoro*. Roma: Editrice Ave.
- Benedetto XVI. 2009. *Lett. enc. Caritas in veritate*, 29 giugno 2009.

²⁹ R. Del Punta, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 395/2019

Salario minimo legale: una soluzione semplicistica ad un problema complesso

Carlo Pisani

1. La platea eterogena dei bassi salari

Quello del salario minimo legale è uno di quei temi che dovrebbe essere trattato con modalità interdisciplinare, in quanto ogni prospettiva settoriale si rileva insufficiente per individuare le soluzioni più efficaci a un problema reale. In particolare, non si può comprendere appieno l'evoluzione del diritto del lavoro a partire dagli anni Settanta, se non si osservano i tratti salienti dell'economia e dei suoi cicli. Basti considerare che, con l'avvento epocale della globalizzazione, si è assistito alla soccombenza dell'occidente al *dumping* sociale causato dai paesi da lui definiti inferni lavoristici e ambientali.

Indubbiamente in questo fenomeno va ricercata una delle concause del problema dei bassi salari netti in Italia e del lavoro povero, in quanto la competizione nell'economia globalizzata ha determinato una sorta di «importazione» di retribuzioni al ribasso in alcuni settori, anche per mezzo di una contrattazione collettiva definita «pirata».

Questo *dumping* interno, tra l'altro, è presente anche in alcuni paesi dell'Unione Europea, proprio per mezzo del salario minimo legale, come, ad esempio, in Bulgaria, che è pari a euro 1,62 l'ora, o poco più in Lettonia, in Romania, in Ungheria, tutte con salari minimi inferiori a 500 euro al mese (dati Eurofound). In realtà pochissimi paesi hanno un salario minimo legale di 9 euro.

Se si considera che la diffusione tra i paesi dell'unione europea del salario minimo per legge è uno degli argomenti più utilizzati dai fautori di tale misura,

Carlo Pisani, University of Rome Tor Vergata, Italy, c.pisani@studiodilegalecarlopisani.it, 0000-0002-2772-9358

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Carlo Pisani, *Salario minimo legale: una soluzione semplicistica ad un problema complesso*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.59, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 947-957, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

si comprende bene come il dibattito che si è sviluppato in Italia su questo tema soffra di una buona dose di pressapochismo e di astrattezza, come spesso accade per le prese di posizione fortemente politicizzate. Il giurista deve allora farsi carico della «fatica del concetto» di hegeliana memoria, per svolgere la sua funzione di cercatore di ordine, sforzandosi di individuare e segnalare la ragnatela dell'ordine che soggiace, invisibile ma reale, al di sotto della incomposta rissa delle idee.

In queste situazioni è sempre buon metodo avere chiare le cause dei problemi che si vogliono risolvere mediante una riforma legislativa.

In relazione al tema in esame, in prima battuta è facile rispondere che, con l'introduzione per legge, di un salario minimo, fissato in nove euro lordi, come da ultimo nella proposta di legge unificata di (quasi) tutti i partiti di opposizione (A.C. n. 1275), si ritiene che al di sotto di tale soglia vi sia il fenomeno del *working poor*, e comunque non venga rispettato il principio costituzionale della retribuzione sufficiente in quanto, anche se di poco al di sotto di 9 euro, una tale misura del salario non sarebbe in grado di garantire al lavoratore o alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa. Di qui l'obiettivo di innalzare la retribuzione per tutti indistintamente coloro che rientrano in tale platea.

Tuttavia, appunto analizzando le cause principali del fenomeno che si intende affrontare con tale tecnica, la situazione si complica in quanto non si tratta solo di contrastare i contratti c.d. «pirata», ma anche di intervenire a sostegno dei sindacati maggiori in quei settori in cui essi non riescono ad ottenere, per i livelli più bassi di inquadramento, una retribuzione al di sopra di tale soglia, anche a causa dei ritardi dei rinnovi dei contratti, che incidono negativamente in modo particolare nel periodo di alta inflazione.

Infatti, i rapporti di lavoro con retribuzione inferiore ai 9 euro sono circa il 22% del totale (2.840.893 lavoratori) e si concentrano tra gli apprendisti (59,5%) e gli operai (26,2%), nelle attività dei servizi di alloggio e ristorazione (27,1%), del noleggio, nelle agenzie di viaggio, nei servizi di supporto alle imprese (34,3%), nelle attività artistiche di intrattenimento e di divertimento (29,2%), nelle altre attività di servizi (61,6%) ed in alcuni settori dell'agricoltura. I lavoratori che usufruirebbero di tale aumento si stima siano circa due milioni e mezzo, non è chiaro se apprendisti esclusi o no.

In questa platea sono compresi indubbiamente «anche», ma non solo, i contratti collettivi c.d. «pirata», sottoscritti dai soggetti dotati di scarsa o inesistente forza di rappresentatività, pur consentiti in base al principio di libertà sindacale ed in assenza dell'attuazione dell'art. 39 Cost.

Si tratta però di due problemi diversi tra loro, che spesso vengono accomunati nell'unica soluzione più comoda e più sbrigativa del salario minimo legale.

2. Il contrasto ai contratti collettivi pirata: la strada maestra dell'erga omnes costituzionale

Per quanto riguarda i contratti collettivi stipulati da sindacati con scarsa o inesistente forza rappresentativa, è difficile dubitare che la soluzione del suddetto

problema più coerente con il nostro ordinamento consista nella via maestra di dare finalmente attuazione all'art. 39 Cost., giacché, con l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi, le clausole retributive al ribasso dei contratti «pirata» non potrebbero essere più applicati dal datore di lavoro, in quanto colpite da nullità per contrasto appunto con tali contratti dotati di forza di legge.

Sul punto, la relazione illustrativa al disegno di legge unitario delle opposizioni significativamente tace poiché la scelta è stata quella di preferire la strada della rigidità e uniformità della legge, che prevede un importo minimo che si impone anche ai contratti collettivi stipulati dalle maggiori organizzazioni sindacali, esautorandole così dalla funzione di stabilire la retribuzione sufficiente, lasciando loro solo la determinazione di quella proporzionale. Questa strada è forse più comoda ma presenta delle criticità ordinamentali essendo il salario minimo legale generalizzato una sorta di «corpo estraneo» al nostro sistema, sia dal punto di vista costituzionale, sia sotto il profilo delle relazioni industriali storicamente affermatesi in Italia.

Per la verità, i propugnatori del salario minimo legale tentano anche di non mortificare del tutto l'autonomia collettiva «seria», ma anche qui imboccano una scorciatoia incostituzionale, nel momento in cui prevedono, all'art. 2, l'obbligatoria applicazione per tutti i datori di lavoro di una retribuzione «non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo nazionale di lavoro in vigore per il settore in cui il datore di lavoro opera e svolge effettivamente la sua attività, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

È evidente che questa soluzione si pone in netto contrasto con il dettato costituzionale che impedisce una legislazione generalizzata che recepisca le previsioni del contratto collettivo, così rendendolo genericamente vincolante. Il contrasto risiede nella sostituzione del sistema costituzionale di stipulazione di contratti con originaria efficacia generale -caratterizzato da agenti contrattuali in cui sono proporzionalmente rappresentati tutti i sindacati su base democratica-, con un sistema diverso, in cui il legislatore estende a tutti discipline collettive i cui soggetti non rispondono alle regole indicate.

Nella sostanza la vicenda ricorda quella della reiterazione della Legge Vigorelli, bocciata dalla Corte costituzionale (C. cost. 19 dicembre 1962, n. 106), poiché il Governo di allora era stato delegato a emanare decreti «al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria».

I proponenti del disegno di legge sul salario minimo, come si evince dalla relazione illustrativa, ritengono invece che tale problema, che ha condizionato tutta l'evoluzione del nostro sistema, sarebbe stato improvvisamente risolto dalla sentenza della Corte costituzionale 26 marzo 2015, n. 51. Questa pronuncia, come è noto, ha rigettato le censure di costituzionalità avanzate nei confronti della disposizione prevista specificamente per i soci lavoratori che prevede, in presenza di una pluralità di contratti collettivi nella medesima categoria, l'obbligo delle società cooperative di applicare «i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazio-

ni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale di categoria».

Tuttavia, appare eccessivo l'affidamento riposto dai promotori della proposta di legge su tale sentenza.

In primo luogo, la Consulta si è pronunciata su di una legge settoriale specifica che non estende a tappeto per tutti l'efficacia di qualsiasi contratto collettivo di diritto comune, a differenza della proposta di legge qui in esame. Pertanto, sotto tale aspetto, anche questa sentenza della Corte non si discosta dall'orientamento che ritiene ammissibili singoli interventi del legislatore per determinate materie anche quando il contenuto della legge riprenda quello dei contratti collettivi (C. cost. 19 dicembre 1962, n. 106; C. cost. 6 luglio 1968, n. 101; C. cost. 7 febbraio 1985, n. 34).

Ma, soprattutto, sussiste più di qualche dubbio che quella sentenza possa costituire un precedente tale sul quale poggiare un passaggio storico consistente nel drastico e generalizzato mutamento degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale consolidatasi in oltre mezzo secolo, giacché essa presenta più di un margine di ambiguità sul punto.

Invero, nella prima parte essa afferma correttamente che la norma esaminata non contrasta con l'art. 39, ribadendo l'ovvio principio secondo cui i contratti collettivi costituiscono solo un «parametro esterno di commisurazione» da parte del giudice. Ma poi, contraddicendo la suddetta esatta affermazione, la pronuncia prosegue che tale parametro «deve essere osservato». Quindi l'erga omnes escluso nella prima parte della sentenza viene affermato nell'ultima parte della motivazione. Sicché la consulta qui sembra confondere il potere discrezionale del giudice fondato sull'equità (art. 2099 cod. civ.) con l'obbligo imposto dalla legge di assai dubbia costituzionalità.

La non decisività di tale pronuncia al fine di risolvere un problema storico del diritto del lavoro italiano, fa pensare che ai promotori dell'iniziativa legislativa importi ben poco che la norma in questione venga dichiarata incostituzionale, poiché la sua caducazione non farebbe venire meno quello che probabilmente è il vero loro unico obiettivo e cioè introdurre per legge il salario minimo.

3. L'impatto del salario minimo legale sui contratti collettivi stipulati dalle maggiori organizzazioni sindacali

L'altra criticità che il salario minimo legale dovrebbe risolvere, riguarda, come si è visto, i rapporti di lavoro con retribuzione «under 9 euro» inquadrati negli ultimi livelli di alcuni contratti collettivi pur stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (ad esempio, nella categoria dei trasporti, attività professionali, agricoltura, salute, costruzioni, ristorazione), variando il loro numero a seconda di come si calcoli il «lordo» dei 9 euro, in quanto, meno elementi retributivi vengono in essi inclusi, più si alza la soglia della retribuzione netta e più si amplia il numero dei contratti collettivi i cui livelli salariali di inquadramento più bassi possono risultare inferiori ai suddetti nove euro di legge.

Questo aspetto solleva un problema molto delicato in quanto sostanzialmente mette «sotto accusa» proprio le maggiori organizzazioni sindacali che in alcune categorie non sarebbero riuscite a «strappare» alla controparte una retribuzione che, secondo le forze politiche che propugnano il salario minimo legale (alle quali si è sorprendentemente ora aggiunta anche la Cgil), non è da ritenere dignitoso, tanto da essere considerato salario «povero».

Sicché, in caso di introduzione di una tale misura di salario minimo legale, anche le clausole dei suddetti contratti collettivi, che prevedono tali retribuzioni, verrebbero travolte dalla nullità ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., con l'effetto di eliminare tutti gli ultimi (o più bassi) livelli di inquadramento per interi settori e categorie merceologiche.

Si assisterebbe così alla rottura del tradizionale *self restraint* dei giudici nei confronti dei risultati dell'autonomia collettiva «seria» in relazione alla misura dei valori salariali più bassi. Fino ad ora, come è noto, raramente si sono avute sentenze di legittimità in tal senso, tanto da far teorizzare una sorta di sistema erga omnes giurisprudenziale o di una insindacabilità delle specifiche valutazioni dell'autonomia collettiva, pur in assenza di una riserva normativa in tal senso, essendo appunto prevalsa l'idea che la retribuzione collettiva si presume comunque adeguata (per tutte, Cass. S.U. 29 gennaio 2001, n. 38). Viceversa, con il salario minimo legale, verrebbe messa in discussione proprio questa presunzione, e cioè la capacità di quei contratti collettivi che prevedono le retribuzioni inferiori ai nove euro, pur stipulati dalle maggiori organizzazioni sindacali, di assolvere a quella funzione di «sovranità salariale», come si è visto da sempre assegnata loro dalla giurisprudenza.

Tutto ciò avrebbe anche l'effetto di determinare una sorta di delegittimazione, un *vulnus* di credibilità, dei maggiori sindacati e di fiducia dei lavoratori nei loro confronti. Qui, infatti, il «sostegno» della legge, che verrebbe in soccorso sul salario minimo, sarebbe di natura ben diversa da quella che venne attuato con lo Statuto dei lavoratori, trattandosi allora del riconoscimento di diritti strumentali ad una efficace azione del sindacato nei luoghi di lavoro, ma non dell'esautorazione dei risultati di tale attività, oltretutto a livello di categoria, dove il sindacato dovrebbe essere più forte. Peraltro, alla luce di queste considerazioni, non può non destare meraviglia il mutamento di posizione della Cgil, che, a partire dal suo recente congresso, si è schierata a favore dell'iniziativa legislativa delle opposizioni, ammettendo così la propria debolezza in quelle categorie.

Occorre altresì tener conto che questa esautorazione della contrattazione collettiva dalla funzione di determinare la retribuzione sufficiente, anche se inferiore ai nove euro all'ora, potrebbe collidere con l'orientamento della Consulta secondo cui l'immediata percettività della tutela costituzionale dell'autonomia collettiva impedisce al legislatore di cancellarne gli esiti o contraddire la libertà delle scelte sindacali (C. cost., 24 giugno 2015, n. 178; C. cost. 7 febbraio 1985, n. 34). È proprio questo invece l'effetto che si determinerebbe con il salario minimo legale, in quanto verrebbero falciati tutti i livelli di inquadramento più bassi che si trovano sottosoglia del salario minimo legale, pur, si ripete, previsti dai contratti collettivi non definibili certo come «pirata».

4. Il problema dell'assenza di margine economico per i nove euro l'ora e le differenziazioni territoriali del costo della vita

L'altro aspetto che merita attenta riflessione è di ordine economico, e si basa sull'ipotesi inversa della precedente; non si può infatti escludere che in alcuni di quei settori in cui vi è una retribuzione inferiore ai nove euro all'ora, pur prevista dai contratti collettivi «seri», i sindacati maggiori abbiano invece svolto appieno il loro ruolo e siano riusciti ad ottenere il salario massimo possibile in quelle situazioni date e per quelle determinate qualifiche che vengono collocate al livello più basso della scala classificatoria. Sicché viene da chiedersi quale impatto possa avere su questa situazione l'introduzione rigida per legge di una misura di retribuzione superiore, uniforme per tutti, di salario minimo.

Non è un caso che nel disegno di legge in questione viene inserito, alla fine, un articolo in cui si prevedono «benefici» a favore dei datori di lavoro per l'adeguamento del trattamento economico minimo orario, da inserire con la legge di bilancio, cioè a carico della spesa pubblica. E così, «in cauda venenum», emerge da tale proposta che l'adeguamento salariale risponde alla logica dei sussidi e va ad alterare quella che è la realtà di quel determinato mercato, potendo causare effetti distortivi tipo il noto bonus edilizio del «110 per cento».

Nelle suddette situazioni non si può neppure escludere che, in alcune aree geografiche dal basso costo della vita, le retribuzioni sottosoglia consentano ugualmente una vita libera e dignitosa al lavoratore ed alla sua famiglia. Questo aspetto è scivoloso, ma ciò non toglie che esso sia un dato di realtà, sicché la legge cancellerebbe del tutto la possibilità per le parti sociali di assegnargli rilevanza. Al riguardo, valga per tutti un esempio: il contratto collettivo provinciale di lavoro per gli operai agricoli e florovivaisti della provincia di Latina del 5 giugno 2021, sottoscritto da Cgil, Cisl e Uil, Confagricoltura e Coldiretti (quindi sicuramente non un contratto «pirata»), prevede una retribuzione oraria per la qualifica di raccogliatore di funghi di € 7,35 lordi. In quella zona è molto probabile che un affitto costi la metà rispetto a Milano, e così via, fino all'inferiore costo del caffè al bar. Anche in giurisprudenza, in situazioni simili, è affiorata alle volte questa ragionevole differenziazione nei casi di non applicabilità diretta del contratto collettivo, allorché i giudici hanno tenuto conto, nel determinare equitativamente la retribuzione sufficiente, di particolari situazioni ambientali relative al minor costo della vita. È noto che una simile differenziazione è sempre stata osteggiata dalle organizzazioni sindacali; ma, alla base di questa contrarietà, oltre al timore che essa incida negativamente sulla unitarietà del contratto collettivo nazionale, vi è anche un misto di preconcetti e opzioni ideologiche, quasi che un minor costo della vita in una determinata zona costituisca una sorta di fattore di discriminazione per i lavoratori che vi operano rispetto a zone più «ricche» ma più costose.

Alla luce delle suddette riflessioni, quella del salario minimo legale rischia di essere una scorciatoia semplicistica, anche se apparentemente appare una comoda soluzione. Ricorda, come tecnica di approccio a problemi complessi, la vicenda del reddito di cittadinanza.

Occorre dunque ribadire che nel nostro ordinamento esiste una «via italiana» al salario minimo adeguato maggiormente rispettosa della Costituzione, ed essa si ricava appunto dall'architettura costituzionale in base al combinato disposto dell'art. 39, commi 2, 3 e 4, e dell'art. 36 Cost. Tant'è vero che un emendamento a favore della legislazione sui minimi salariali venne respinto nel dibattito tra i costituenti, i quali, nel non stabilire una riserva di legge a favore dell'autonomia collettiva, non potevano certo prevedere che non venisse attuato uno dei due pilastri su cui si reggeva il sistema della determinazione della retribuzione, e cioè il procedimento di estensione erga omnes della contrattazione collettiva con la connessa misurazione della reale rappresentatività degli agenti sindacali, da cui è derivato un ordinamento sindacale di fatto profondamente diverso da quello sancito dalla Costituzione.

Gli effetti di una attuazione dell'art. 39, o di una eventuale e parziale sua modifica con legge costituzionale, consisterebbero, non solo nell'eliminazione del problema dei contratti pirata, come si è visto, ma anche nel rafforzamento della autorevolezza dei sindacati, i quali si porrebbero come agenti negoziali al tavolo delle trattative forti della loro rappresentanza effettiva e «certificata».

5. La valorizzazione dell'efficacia erga omnes della contrattazione collettiva da parte della Direttiva dell'Unione Europea sui salari adeguati

Anche la direttiva europea n. 2022/2041 del 19.10.2022, sui salari minimi adeguati nell'Unione europea, non sembra sponsorizzare la soluzione di legge, come invece alle volte si è erroneamente sostenuto. Infatti, essa riconosce l'importante principio secondo cui la tutela garantita dal salario minimo può essere fornita anche mediante contratti collettivi, come si evince dall'art. 1, comma 2, della Direttiva, il quale afferma chiaramente che «la presente 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». Il comma 4, precisa ulteriormente che nessuna disposizione della direttiva può essere interpretata in modo tale da imporre a qualsiasi Stato membro l'obbligo di introdurre un salario minimo legale, laddove la formazione dei salari sia garantita esclusivamente mediante contratti collettivi.

Anche secondo la Direttiva l'adeguatezza dei salari può, dunque, essere garantita anche dalla sola contrattazione collettiva, non occorrendo necessariamente l'introduzione di salari minimi stabiliti dalla legge. Anzi, dai «considerando» emerge che nel 2018, in nove Stati membri in cui vige il salario minimo legale, questo non costituiva un reddito sufficiente a raggiungere la soglia di rischio povertà; mentre gli Stati membri caratterizzati da una elevata copertura della contrattazione collettiva tendono ad avere una bassa percentuale di lavoratori a basso salario e salari minimi elevati.

Per questa ragione la Direttiva si muove anche su di una linea promozionale della contrattazione collettiva con efficacia generalizzata. Al riguardo, vi è una previsione che potrebbe rappresentare un impulso a realizzare finalmente la attuazione dell'art. 39 Cost giacché dispone che gli Stati membri che non hanno

una contrattazione collettiva *erga omnes* definiscano «un piano di azione per promuoverla (4, comma 2).

La Direttiva si occupa di un altro aspetto critico della determinazione per legge dei salari, costituito dalle modalità dell'adeguamento nel tempo del salario minimo stabilito per legge, stabilendo e/o suggerendo meccanismi per l'aggiornamento, in quanto, nei paesi in cui esso ha avuto attuazione, ha evidenziato forti rigidità anche sotto questo profilo.

In Italia, la Proposta di legge dell'opposizione, all'art. 5, istituisce una Commissione, appunto «per l'adeguamento del valore soglia del trattamento minimo orario», la quale, con cadenza annuale, «valuta e determina» l'aggiornamento, che poi viene recepito da un decreto ministeriale. Sono intuitivi i dubbi di legittimità e di opportunità che può sollevare la scelta di affidare ad una commissione la determinazione del salario minimo per i milioni di lavoratori subordinati italiani, a cominciare dalla eccessiva mortificazione dell'autonomia collettiva che ciò comporta, esautorata non dalla legge ma addirittura da un atto amministrativo, a nulla valendo che in quella commissione sono presenti anche le parti sociali, in quanto si tratta di una tecnica o di un modello completamente diverso da quello voluto dalla costituzione con l'art. 39. Inoltre, basti pensare a tutti i problemi che potrebbero sorgere in ordine alla impugnabilità di un tale decreto ministeriale, con la possibile conseguenza che il Tar Lazio potrebbe essere chiamato a decidere sulla legittimità della misura del salario minimo italiano. Tutto ciò fa capire come tale strumento si porti dietro le criticità e le rigidità legate al voler utilizzare la legge in una materia, almeno da noi, tipicamente e da sempre affidata alla autonomia collettiva.

6. Le altre misure efficaci per contrastare i bassi salari

In conclusione, il problema dei bassi salari può trovare soluzioni prioritarie in provvedimenti di altro tipo.

Al riguardo si è condivisibilmente sottolineato che tale fenomeno, è strettamente correlato con due storiche criticità rappresentate dalla bassa produttività, da un lato, e dai bassi salari netti, dall'altro lato, in ragione dell'elevato cuneo fiscale.

In Italia la produttività è aumentata solo dello 0,33% in media l'anno, contro l'1% in Germania e lo 0,94% in Francia, Paesi spesso citati come esempi virtuosi dai fautori del salario minimo legale. Quello della bassa produttività è un problema ad eziologia multifattoriale che coinvolge aspetti strutturali, che vanno dal sistema della formazione, al mercato del lavoro, alla lentezza della giustizia civile, alle incertezze e rigidità che permeano la disciplina del rapporto di lavoro, alle carenze di investimenti soprattutto nelle nuove tecnologie, ad una politica industriale di incentivi, ecc.

Quanto alla riduzione del cuneo fiscale, si è ipotizzato, ad esempio, che una detassazione semplificata di tutte le indennità, con particolare riferimento a quelle comportanti un maggiore sacrificio da parte del lavoratore, come il lavoro notturno, festivo o prefestivo, nonché di tutti i premi, potrebbe incidere forse

di più dei 9 euro lordi del salario minimo legale. Naturalmente si tratta di trovare le dovute coperture, e qui si entra nelle scelte politiche di dove indirizzare le scarse risorse disponibili.

7. Il neo-interventismo della giurisprudenza e la posizione del Cnel

Man mano che si è fatta strada la proposta di un salario minimo legale, la giurisprudenza ha progressivamente allentato il suo *self restrain* nei confronti della contrattazione collettiva in questa materia. Che ciò rappresenti solo una coincidenza o un rapporto causa-effetto non è dato sapere, ma si protende più per la seconda ipotesi, quantomeno a livello di precomprensione dell'interprete giudicante, anche se la giurisprudenza deve fare i conti con un suo orientamento più che quarantennale rispettoso delle determinazioni dell'autonomia collettiva.

Da questo punto di vista è emblematica la recente sentenza della Cassazione n.27711/2023 (relatore Rivero), poiché la sua motivazione si potrebbe definire del «ma anche», continuamente oscillante tra queste due posizioni: da un lato, la tensione interventistica in questa materia; dall'altro lato gli orientamenti tradizionali tendenti ad affidare alla contrattazione collettiva tale compito anche in relazione al salario minimo. Per cui la sentenza da conto dell'orientamento che ritiene il contratto collettivo la «massima autorità salariale» e, se il giudice vuole discostarsene, «deve osservare la massima prudenza e adeguata motivazione giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese dall'assetto degli interessi concordati dalle parti sociali».

Dall'altro lato, però, la pronuncia poi sfodera continue aperture all'intervento del giudice, suggerendo anche un apparato di tecniche valutative, o criteri (tra i quali quelli previsti dalla direttiva), per arrivare a stabilire, lui, la retribuzione sufficiente. E così, si legge che il giudice di merito gode, ai sensi dell'art. 2099 cod. civ., di una «ampia discrezionalità nella determinazione della giusta retribuzione, potendo discostarsi dai minimi retributivi della contrattazione collettiva potendosi servirsi di altri criteri di giudizio e parametri differenti da quelli collettivi» (Al riguardo, per inciso, la memoria va alla norma che utilizzava l'analoga tecnica del rinvio all'equità integrativa del giudice, e cioè l'art. 18 comma 7, Stat. lav., laddove gli assegnava il potere di stabilire o no la reintegra, che il medesimo relatore della sentenza in Cassazione qui in esame, dott. Rivero, allora giudice del tribunale di Ravenna, rimise davanti alla Corte costituzionale, ritenendo che in quel caso la disposizione assegnasse un eccessivo potere discrezionale al giudice; questione poi accolta, come è noto, dalla Consulta, che cancellò la parola «può», e che poi soppresse anche parola «manifesta», a seguito di altra questione di incostituzionalità, sollevata sempre dal medesimo dottor Rivero e sempre nell'ambito del medesimo processo); oppure si afferma che «nessuna tipologia contrattuale può ritenersi sottratta alla verifica giudiziale di conformità ai requisiti sostanziali stabiliti dalla costituzione», e ciò anche nei casi in cui vi sia la determinazione per via legale del salario attraverso la contrattazione.

Questo atteggiamento, che ha fatto esultare i fautori del salario minimo legale, però potrebbe poi ritorcersi anche contro di loro perché, se il giudice in que-

sta materia ritiene suo compito attuare direttamente l'art. 36 Cost., imponendo la sua personale valutazione in ordine alla misura della retribuzione, la stessa discrezionalità potrebbe utilizzarla poi nei confronti del salario minimo legale e quindi rimettere una eventuale norma in tal senso alla Corte Costituzionale, appunto per sospetta violazione del principio costituzionale della sufficienza. Tanto è vero che più di un accenno in tal senso vi è anche nella suddetta sentenza della Cassazione, laddove si sostiene che i criteri di sufficienza e proporzionalità sono gerarchicamente sovraordinati anche ad eventuali leggi in questo senso, per cui la determinazione per via legale del salario non sarebbe comunque mai sottratta al controllo da parte del giudice di merito sul rispetto di tali principi. Del resto, non vi è da meravigliarsi di questo neo interventismo giudiziale anche in materia di salario minimo; anzi destava stupore il contrario, considerato l'atteggiamento complessivo dell'azione giudiziaria di travalicare limiti di una forzata supplenza del legislatore inerte, o di far valere valutazione assiologiche tratte direttamente dalla costituzione in riferimento a discipline legislative ritenute non coerenti con i suddetti principi, come è avvenuto largamente in relazione alla riforma del sistema rimediabile dei licenziamenti.

Sicché potrebbe verificarsi la situazione in cui sarebbe la Corte costituzionale a decidere circa la misura del salario minimo ove il giudice di merito non dovesse ritenere conforme all'art. 36 Cost. un determinato importo di retribuzione oraria fissata dalla legge. Si arriverebbe quindi al totale stravolgimento dell'architettura e dell'assetto costituzionale, a cui era sotteso il collegamento, invisibile ma reale, tra l'art. 39, commi 2, 3, 4 e l'art. 36, comma 1 Cost. Questa trama era proprio finalizzata a dare maggiore certezza nell'applicazione dell'art. 36, evitando che il giudice potesse invadere la sfera tutelata dall'art. 39 Cost. mediante il controllo sul livello retributivo fissato dai contratti collettivi, laddove direttamente applicabili, purché effettivamente tali, cioè di «qualità», e quindi effettivamente rappresentativi, come previsto dalla parte inattuata dell'art. 39, con esclusione dunque di quelli stipulati da sindacati scarsamente rappresentativi. Tutto ciò nella consapevolezza del costituente che l'autonomia collettiva fosse la fonte più accreditata per l'individuazione del variabile punto di equilibrio tra interessi contrapposti in ciascuna fase dello sviluppo economico. Sicché avrebbe poco senso, e fonte di inevitabile soggettivismo, una verifica giudiziale di conformità della retribuzione collettiva «di qualità» rispetto ai principi di sufficienza e proporzionalità che in essa si inverano. Ovviamente ove ci fossero situazioni in cui una pluralità di contratti collettivi insistono nella medesima categoria, diventerebbe inevitabile per il giudice effettuare una selezione, ma sempre nell'ambito e nel rispetto della determinazioni dell'autonomia collettiva, dovendo qui scegliere il giudice quella più idonea, che probabilmente consiste nel contratto collettivo stipulato dai sindacati comparativamente più rappresentativi, così come previsto dal legislatore ai fini della retribuzione imponibile previdenziale.

Il recente documento del Cnel sul salario minimo sembra consapevole di questo rischio laddove raccomanda di congegnare gli interventi in materia in modo tale da evitare «la deriva giudiziale della retribuzione adeguata», aven-

do percepito che «la stessa giurisprudenza si candida ora a fissare le tariffe minime adeguate».

La Commissione del Cnel, infatti, per affrontare il problema del salario adeguato in Italia, opta per la condivisibile «via tradizionale» della contrattazione collettiva denominata opportunamente «di qualità» in quanto frutto dell'accordo tra agenti contrattuali significativamente rappresentativi, i quali si assumono gli onori ma anche gli oneri e le responsabilità di individuare il migliore punto di equilibrio della domanda e dell'offerta di lavoro in relazione alla determinazione della retribuzione.

Secondo il Cnel l'intervento legislativo dovrebbe essere limitato solo ad interventi *ad hoc* per particolari situazioni introducendo un'adeguata normativa di sostegno. Sempre l'intervento normativo dovrebbe dirigersi a stabilire per legge il principio per cui la retribuzione *ex art. 36* è data non solo dal minimo tabellare ma dal trattamento economico complessivo spettante al lavoratore in applicazione dei contratti collettivi di maggiore diffusione, prevedendo espressamente che è rispettosa della norma costituzionale quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali più rappresentative, anche in riferimento alla retribuzione minima adeguata.

In questa condivisibile valorizzazione dell'autonomia collettiva anche attraverso la legge, resta però inespresso o nell'ombra il problema dell'attuazione dell'art. 39, con le conseguenti criticità in termini di costituzionalità di una suddetta normativa che non faccia i conti appunto con la ben nota sentenza della Corte costituzionale n. 106 del 1962, che la successiva sentenza della Consulta del 2015, non è in grado di superare, come si è visto.

Quanto all'emendamento dell'ultima ora presentato al Cnel, ma non accolto, secondo cui il salario minimo legale dovrebbe essere utilizzato «a favore dei lavoratori poco tutelati dal Ccnl», esso ripropone sempre il solito problema di fondo: chi sono «i lavoratori poco tutelati dal Ccnl?». Quelli a cui vengono applicati i contratti collettivi pirata? Ed allora la risposta giusta è quella di dare efficacia erga omnes ai contratti collettivi qualificati; oppure sono quelli a cui si applicano contratti collettivi qualificati ma che prevedono una retribuzione di poco inferiore ai 9 euro l'ora? In tal caso, il salario minimo legale andrebbe a mortificare e a sostituirsi agli sforzi di una rivendicazione sindacale rappresentativa, e quindi anche responsabile, che in quel determinato settore e per quelle specifiche qualifiche collocate al livello più basso della scala classificatoria, è riuscita a strappare la migliore retribuzione possibile in quel contesto. Infine, ci sono i casi estremi di contrattazione collettiva, pur qualificata, che prevedono retribuzioni di gran lunga inferiori ai 9 euro. Si tratta di un fenomeno ridotto, per risolvere il quale non si può emanare una normativa generalizzata valida per tutti, ma occorrono interventi specifici *ad hoc*.

Lavoro e terzo settore

Maura Ranieri

1. Premessa

Secondo l'ultimo censimento Istat¹ le istituzioni *non profit* in Italia sono cresciute nell'ultimo decennio; del pari, si annota un incremento graduale del personale ivi impiegato. Una crescita di certo scalfita, ma non arrestata, dalla vicenda pandemica a valle della quale, piuttosto, si è accertata una resilienza maggiore delle organizzazioni del Terzo settore (d'ora in avanti Ts) rispetto a quanto mostrato da altri comparti economici e da altre attività produttive².

A ben vedere, quindi, le ricerche recenti fotografano un Ts attraversato da una discreta vivacità e segnato da un apprezzabile dinamismo, condizioni entrambe astrattamente funzionali ad esaltare le potenzialità insite in quell'insieme di esperienze, complesse e poliedriche, che compongono la galassia del *non profit* nel nostro Paese.

Del resto, è noto che il Ts incarna un vero e proprio crocevia, punto di intersezione di modelli economici, sociali, organizzativi e destinato ad inter-

¹ Il riferimento è all'ultimo Censimento permanente delle istituzioni *non profit* realizzato dall'Istat da cui emerge la presenza, a dicembre 2021, di 360.625 istituzioni *non profit* per un totale di 893.741 dipendenti; il rapporto è reperibile sul sito www.istat.it/it/censimenti.

² Si veda quanto segnalato nel rapporto di ricerca redatto da Banca etica «Il Terzo Settore dopo la pandemia. Dinamiche economiche, finanziarie, organizzative 2020-2022», reperibile sul sito www.bancaetica.it.

rogare direttamente il sistema democratico e la sua tenuta (Revelli 2020). Così come è altrettanto risaputo che questo ruolo strategico che il Ts può (o potrebbe) svolgere è stato gravato, e finanche appesantito nell'ultimo periodo, da una molteplicità di circostanze che spaziano, giusto per citarne alcune, dalla contrazione economica e finanziaria allo scoppio della pandemia da Covid-19, dall'aumento delle diseguaglianze e delle povertà alle trasformazioni del *welfare*.

Fenomeni, tutti, che spesso hanno indotto a caricare il Ts di difficoltà, incertezze e aspettative mettendo in discussione la sua relazione con lo Stato e con il mercato se non invocando, da più parti e con toni diversi, un riassetto della sua posizione rispetto, appunto, al primo settore e al secondo (Riccobono 2020, 11-7).

A tale dinamica, peraltro, non è rimasto estraneo il lavoro, anzi. Come messo in rilievo da Riccardo Del Punta, a partire da una precisa fase storica, si è iniziato a guardare al Ts come possibile chiave risolutiva della «crisi» che attanagliava il lavoro nella duplice accezione «della mancanza del lavoro» e «dell'indebolimento del senso del lavoro» (Del Punta 2019, 29).

L'accreditamento di tale prospettiva non ha però, al contempo, impedito di rintracciare nel lavoro prestato presso le organizzazioni *non profit* una certa strutturale dose di «opacità» se non, talora, vere e proprie sacche di sfruttamento (Del Punta 2019, 29).

Ebbene, al di là della pur interessante espansione delle istituzioni *non profit* e dell'incremento dei suoi occupati restiuti dagli ultimi report, affiora la curiosità di verificare se, come e quanto, la recente evoluzione regolativa che ha interessato il Ts abbia influito su quella oscillazione tra i due estremi che da sempre lo contraddistingue ossia, come evidenziato, per un verso, la costruzione e la diffusione di visioni teoriche e sistemiche che coinvolgerebbero anche il Ts e, per altro verso, le criticità che sempre in questo ambito si profilano in ordine al lavoro e alla sua protezione (Del Punta 2019, 29).

A tal fine in queste brevi riflessioni – svolte in un confronto costante e con l'intento di coltivare un dialogo con l'elaborazione di Riccardo Del Punta sul tema (Del Punta 2001 e Del Punta 2019) – si intende innanzitutto muovere dal rapporto tra il lavoro, il diritto del lavoro e il Ts nella consapevolezza delle difficoltà che ne contrassegnano l'incontro (Riccobono 2020, 27).

Solo dopo aver messo in luce le peculiarità della suddetta relazione si procederà ad analizzare la disciplina dettata dal più vicino progetto riformatore con riferimento a quelle due sfere, vale a dire quella della prestazione lavorativa *lato sensu* e quella dell'attività di volontariato, nettamente distinte su un piano teorico ma tradizionalmente, invece, molto promiscue sul piano empirico.

Tale disamina consentirà nella parte finale del contributo di svolgere qualche considerazione sugli effetti della riforma con riguardo, per l'appunto, agli spazi di tutela e di promozione accordati al lavoro e al volontariato nonché, più in generale, sul ridisegnato ruolo degli enti afferenti al Ts che, come rammentato dal giudice delle leggi, si radicano in una dimensione inerente ai principi

fondamentali della nostra Carta Costituzionale e che in questa dimensione devono, pur sempre, porsi e agire³.

2. Lavoro, diritto del lavoro e Terzo settore

Per quanto l'esperienza del *non profit* sia fortemente segnata dal lavoro, la relazione tra quest'ultimo, la sua regolamentazione giuridica e il Ts è stata, nel corso del tempo, farragginosa e l'interlocuzione tra i diversi soggetti che animano queste esperienze tutt'altro che agevole.

Le ragioni di ciò sono molteplici; di certo non indifferente è stata la spiccata complessità che ha contraddistinto – e come si vedrà a breve continua a contrassegnare – tanto le istituzioni del Ts, quanto le sembianze giuridiche che il lavoro ha assunto al loro interno.

Sul primo versante, è notoria la pluralità di assetti che le organizzazioni *non profit* possono proporre; una pluralità, per vero, condizionata da variegati elementi, endogeni ed esogeni, che spaziano, ad esempio, dal tipo di attività, di settore di pertinenza, di servizi offerti all'alternanza negli anni di modelli economici e sociali.

Sul secondo versante, non è dato riscontrare maggiore linearità. Difatti, da un lato, vi è da evidenziare la coesistenza, molto spesso nell'ambito di un medesimo ente e in maniera cospicua, di volontari e prestatori di lavoro (L. Zoppoli 2018, 16) già di per sé ascrivibili a figure giuridiche alternative e destinatarie di distinte regolazioni. Dall'altro lato, si è opportunamente rimarcato come il Ts abbia accolto tutte le «possibili forme giuridiche del lavoro», a cui peraltro corrispondono statuti giuridici specifici e differenti, tanto da escludere una qualsiasi «unità concettuale» del lavoro ivi prestato (Del Punta 2001, 336).

A tale composita articolazione fenomenologica ha fatto riscontro, sul piano legislativo, la disseminazione di disposizioni non rispondenti a logiche sistemiche quanto, piuttosto, frutto di interventi settoriali, episodici se non talora emergenziali che hanno concorso a comporre un quadro regolativo affetto da frammentarietà, settorialità e disorganicità e, soprattutto, privo di qualsiasi proiezione sistemica (per tutti Bozzi 2017, 1253-54).

Peraltro, la disciplina adottata preserva questi tratti problematici anche rispetto al lavoro prestato presso enti *non profit*, sia esso gratuito e/o oneroso; di modo che «il lavoro animato da sentimenti altruistici e afflato di spontaneità è rimasto fuori dalla cittadella protetta del diritto del lavoro», laddove invece la prestazione resa in condizione di subordinazione ha continuato a trovare tu-

³ Con maggior precisione la Corte costituzionale ripercorrendo i pregressi orientamenti ha ribadito la connessione del sistema degli enti del Ts con gli artt. 2 e 3 della Costituzione «in quanto espressione di un pluralismo sociale rivolto a perseguire la solidarietà [...] e a concorrere all'eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità» e altresì, con l'art. 118, quarto comma, Cost. ovvero con quel principio di sussidiarietà orizzontale che giustifica un modello di amministrazione condivisa tra Ts e pubbliche amministrazioni (Corte Cost. 15 marzo 2022, n. 72).

tela secondo gli strumenti e le tecniche tradizionali, cui si somma, ancora, la normativa specifica dettata per quel «modello anfibio del lavoro associato nelle cooperative» collocabile agevolmente tra le due aree (Riccobono 2020, 33).

A ciò si aggiunga, poi, che un impulso al riassetto e all'uniformità della disciplina in materia non è arrivato neanche dal legislatore europeo, benché l'Unione europea abbia assunto l'impegno a mantenere un «dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile» (art. 11, paragrafo 2, TUE) e negli ultimi anni non siano mancate sollecitazioni in favore di un intervento regolativo generale⁴.

Né, per vero, a districare la summenzionata complessità hanno contribuito gli studiosi del diritto, in generale, e del diritto del lavoro, in particolare, poiché sia gli uni che gli altri hanno mostrato, lungamente seppur in fasi alterne, una ritrosia se non un disinteresse nei riguardi del Terzo settore, spesso scrutato come tema di nicchia (per i primi Consorti, Gori, Rossi 2018, 11; per i secondi Del Punta 2001, 329).

È dunque in questa cornice regolativa – più assimilabile, per vero, ad un «groviglio» normativo (De Giorgi 1999, 287) effetto di una legislazione prodotta di fatto «per induzione» (Rossi 2018, 2068) – che si inserisce quel progetto riformatore inaugurato con la predisposizione delle Linee guida per una riforma del Terzo settore, alimentato con la legge delega 6 giugno 2016, n. 106 e culminato con l'adozione del d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 c.d. Codice del Terzo settore (d'ora in avanti CTs)⁵; una riforma peraltro, come acutamente rilevato, da indagare sempre congiuntamente alla coeva riforma sull'impresa sociale varata con il d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112 (Del Punta 2019, 29).

Il Codice, strutturato in XII titoli e 104 articoli, aspira a soddisfare una profonda esigenza di riordino, razionalizzazione e ammodernamento della materia; ciò nonostante, e malgrado le buone intenzioni che hanno accompagnato l'elaborato *iter* riformatore, il bilancio, sempre meno provvisorio, di questo lunghissimo, e per alcuni versi non concluso, cammino (De Mozzi 2021, 471-72) non è pienamente soddisfacente.

Innanzitutto, desta perplessità l'accostamento regolativo praticato dal legislatore tra imprese societarie e organizzazioni del Terzo settore, posto che in taluni ambiti – quali, ad esempio, la disciplina delle regole gestionali-contabili e di quelle organizzative – la riforma pare ricalcare la normativa societaria (Ceolin 2018, 38 sgg.) non mostrando così adeguata contezza delle peculiarità e delle singolarità proprie degli enti che operano nei Ts.

⁴ Vi è da segnalare l'adozione da parte del Parlamento europeo il 17 febbraio 2022 di una Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione su uno Statuto delle associazioni e organizzazioni senza scopo di lucro transfrontaliere europee (2020/2026(INL)).

⁵ Qualunque rinvio bibliografico sull'*iter* della riforma e sull'approvazione del Codice rischierebbe di apparire monco, in via meramente esemplificativa sia consentito richiamare: Ponzanelli 2017; Ceolin 2018; Fici (a cura di) 2018; Gorgoni (a cura di) 2018; Consorti, Gori, Rossi 2018; Donati, Sanchini (a cura di) 2019; Fici, Rossi, Sepio, Venturi 2020.

In secondo luogo, e mantenendosi su un piano generale, il CTs si incastona in quel processo di decodificazione e ricodificazione (Irti 1999) riproponendone taluni limiti come, per l'appunto, un anelito alla completezza e al riordino non pienamente appagato. Anche questo Codice, in verità, non esaurisce la normativa in materia sparpagliata, troppo spesso, in diversi testi legislativi, così come tralascia la regolazione di aspetti importanti della disciplina del settore, tanto da farsi etichettare come un «Codice *parziale* del terzo settore» (Gori 2018, 15).

Infine, qualche notazione merita altresì la scelta del legislatore della riforma di colmare il pregresso vuoto definitorio con l'inserimento di una fattispecie unitaria denominata Enti del Terzo settore (d'ora in poi ETs) definita dall'art. 4 e integrata dagli artt. 5 e 6 del d. lgs. n. 117/2017.

Non è ovviamente questa la sede per approfondire una fattispecie giuridica complicata la cui descrizione è affidata ad una definizione che «quasi stordisce» (Floris 2018, 10); tuttavia, è opportuno riprendere qualche rilievo non foss'altro perché è in questi contesti giuridici e organizzativi che si colloca la prestazione dei lavoratori e si svolge l'attività dei volontari.

In particolare, la fattispecie merita osservazioni in ordine ai suoi confini esterni e ai suoi confini interni ovvero a *cosa non è* (e non può essere) e, all'opposto, a *cosa è* (e può essere) ascrivibile alla categoria giuridica degli ETs (Ranieri 2019, 1051-58).

Sul primo versante, l'art. 4, comma 2, contiene un'elencazione tassativa di soggetti che non sono qualificabili come ETs e che spaziano, giusto per citarne alcuni, dalle pubbliche amministrazioni alle organizzazioni sindacali, dalle formazioni politiche alle associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Al di là di ogni valutazione approfondita su talune esclusioni dall'area qualificatoria, e quindi dal campo applicativo della disciplina di pertinenza, vi è da porre in risalto come i confini esterni si presentino decisamente affollati (Consorti, Gori, Rossi 2018, 191) e, al contempo, non propriamente tratteggiati (Ranieri 2019, 1052-54).

Sul secondo versante, e al netto di una serie di perplessità che pur sussistono circa le tecniche normative adoperate e qualche formula linguistica impiegata, il legislatore pare spingersi verso una esaltazione del profilo funzionale e sostanziale più che di quello strutturale e formale (Quadri 2018, 710); sicché nella definizione resa si pone l'accento sui profili oggettivo e teleologico (semplificabili rispettivamente con le formule: *cosa e come fa* e *perché lo fa*), più che su quelli soggettivi (*chi fa*) (Ranieri 2019, 1055-58).

In ogni caso, e fermi restando i dubbi che continuano ad insistere sulla descrizione della categoria giuridica, ciò che emerge nettamente dall'operato del legislatore è la messa a punto di una fattispecie a geometria variabile destinata a riflettere la complessità delle istituzioni di Ts e ad assecondarne una consistente articolazione fenomenologia.

Del resto, come precisato di recente dalla Corte costituzionale, per quanto il Codice abbia svolto «una funzione unificante» riconducendo ad ordine e coerenza la disciplina degli ETs ciò non ha però condotto ad «una indistinta omologazione di tutti gli ETs» che, viceversa, ripropongono plurime caratteriz-

zazioni di modelli organizzativi e finanche «differenziazioni nei regimi di sostegno pubblico»⁶, a conferma, ulteriore, dell'esigenza che la necessaria generalità delle regole non venga oltremodo inficiata dalla specificità delle esperienze che gremiscono l'universo composito del Terzo settore.

3. Le relazioni di lavoro

La regolamentazione dei rapporti di lavoro all'interno degli ETs è, come noto, affidata ad una solitaria disposizione ovvero quell'art. 16 del d. lgs. n. 117/2017 che ricalca, di fatto, quanto disposto dall'art. 13 del d. lgs. n. 112/2017 con riferimento ai dipendenti delle imprese sociali (su quest'ultimo, ampiamente, Gragnoli 2021).

La «soluzione ardita» (Del Punta 2019, 32) adottata dal legislatore nel Codice rimette la disciplina delle relazioni di lavoro a due principi di carattere sostanziale corredati da una regola di natura formale (Ranieri 2019, 1060).

In primo luogo, si introduce un principio di parità di trattamento economico e normativo parametrato sui contratti collettivi *ex* art. 51 d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

In secondo luogo, si dispone che in ogni ETs «la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda». Questo secondo principio è stato di recente corredato da una deroga⁷, posto che il suddetto rapporto è fissato in uno a dodici a fronte di comprovate esigenze relative «alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale» elencate dall'art. 5, comma 1.

Infine, sul piano formale, è precisato che gli enti devono dar conto del rispetto dei summenzionati parametri nel bilancio sociale o nella relazione di missione *ex* art. 13, comma 1, CTs.

La disposizione, da leggere unitamente all'art. 8, comma 3, lett. b)⁸, solleva diverse perplessità che offuscano l'intento del legislatore, meritevole di apprezzamento, di porre le condizioni per evitare forme di abuso e/o di sfruttamento del lavoro nell'ambito delle organizzazioni *non profit*.

Ebbene, al di là di tutti i dubbi che hanno accompagnato la «norma di chiusura» contenuta nel d. lgs. n. 81/2015 (Gargiulo 2017, 102) e che inevitabilmente si ripropongono ogni qual volta il legislatore vi ricorre, si è osservato come il

⁶ Così Corte Cost. 15 marzo 2022, n. 72, cit.

⁷ La variazione si deve all'art. 29, comma 1, del d.l. 4 maggio 2023, n. 48 per come convertito con modificazioni dalla legge 3 luglio 2023, n. 85.

⁸ Questa previsione ricomprende nella distribuzione indiretta degli utili considerata vietata «la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5, comma 1».

rinvio al modello *ex art. 51* operato dall'art. 16 del Codice prefiguri una lesione del principio di libertà sindacale posto dall'art. 39 Cost. poiché, in tal caso, «l'obbligo trattamentale afferisce non ad una facoltà, bensì alla struttura giuridica conseguente all'attività svolta» (Garofalo 2018, 113).

Inoltre, si è argomentato che introducendo l'obbligo di rispettare quelle minime tutele economiche e normative si ricorre ad «un meccanismo estensivo dell'efficacia soggettiva di quei contratti collettivi «qualificati»» realizzando un inevitabile contrasto con il modello contrattuale costituzionale (Bozzao 2018, 20).

Di contro, però, è stato ribattuto che il conflitto con l'art. 39 Cost. sarebbe evitato acquisendo la qualificazione dell'art. 16 nei termini di una c.d. norma incentivo che, in quanto tale, si limita a vincolare l'accesso agli incentivi connessi alla qualifica di ETs all'impegno che non siano praticati trattamenti inferiori a quelli individuati dai contratti collettivi richiamati e che il legislatore «non impone l'applicazione dell'«unico» contratto collettivo *leader*, anche a soggetti vincolati ad un diverso contratto collettivo», bensì solo «l'applicazione di un trattamento «non inferiore» a quello previsto dai contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali «comparativamente più rappresentative» [...] nel settore» (De Mozzi 2019, 1033, Riccobono 2020, 104).

Indubbiamente assistiamo oggi ad una proliferazione, e contestuale differenziazione, delle disposizioni in materia di regolazione dei rapporti di lavoro all'interno degli ETs. Del resto, il rischio circa il potenziale affastellarsi di una molteplicità di contratti, anche di differente livello, contenenti trattamenti diversificati riguardanti uno stesso ente o una medesima impresa sociale si è tramutato, in un arco temporale molto stretto, in una deprecabile prassi (De Mozzi 2019, 1036), alimentata altresì da un sistema di relazioni sindacali che, da anni, appare sofferente su numerosi versanti.

Più in generale, poi, vi è da annotare che il rinvio operato dal Codice all'art. 51 d. lgs. n. 81/2015 concorre, insieme ad altri interventi dello stesso tenore disseminati dal legislatore in diversi atti normativi, a diffondere il modello contrattuale ivi contenuto. Sicché, il famigerato art. 51 non è più solo «norma grimaldello» (Gargiulo 2017, 101) destinata a scardinare il sistema delle fonti del diritto del lavoro ma diviene, al contempo, «norma-baricentro» del sistema di relazioni sindacali (Del Punta 2019, 32) mettendone sempre più a repentaglio il precario equilibrio.

La restante parte dell'art. 16 del Codice contiene, come anticipato, una disposizione di carattere perequativo chiaramente volta ad impedire che negli ETs si possa registrare uno scarto retributivo eccessivo tra le differenti professionalità impiegate; una previsione accompagnata di recente da una deroga finalizzata a rafforzare l'autonomia delle parti nella determinazione del *quantum* retributivo (Deleonardis 2023, 85)⁹.

⁹ Pare opportuno precisare che in occasione della conversione del d.l. n. 48/2023 ad opera della l. n. 85/2023 si è modificata la previsione in commento ampliando il riferimento a tutte le attività di interesse generale di cui all'art. 5, comma 1, d. lgs. n. 117/2017. In precedenza, il

Al di là, poi, dei dubbi di legittimità costituzionale che non hanno risparmiato neanche questa parte della disposizione codicistica, per presunta violazione dei principi di uguaglianza e di libertà di iniziativa economica privata (Passalacqua 2018, 10), vi è da rammentare che questa prescrizione solleva ulteriori dubbi. Difatti, al netto delle criticità connesse ad un testo oltremodo stentato, e anzi in parte proprio per questo, non è dato comprendere la *ratio* sottesa alla scelta dei parametri fissati dal legislatore, così come non sono delineate le conseguenze sanzionatorie derivanti dall'eventuale superamento del tetto indicato (Fiorita, Ranieri 2018, 92).

In conclusione, dunque, trova conferma l'impressione, maturata a ridosso dell'approvazione del progetto riformatore, di una disciplina dei rapporti di lavoro stipulati dalle organizzazioni *non profit* scarna e approssimativa (Fiorita, Ranieri 2018, 92-3).

Il legislatore, in sostanza, ha perduto una grande occasione e quand'anche non vi fosse la volontà politica, e quindi legislativa, di assecondare la richiesta proveniente da più parti in ordine alla necessità di mettere a punto uno statuto speciale del lavoro nel Ts (per tutti Del Punta 2001, 333 e Del Punta 2019, 30) sorge il dubbio che le scelte effettuate non riescano a soddisfare pienamente l'obiettivo primario di tutela delle relazioni di lavoro in contesti in cui, purtroppo, e troppo spesso, quella tutela è stata oltremodo pregiudicata.

4. L'attività di volontariato

L'altro ambito su cui, come premesso, si vuole focalizzare l'attenzione concerne la disciplina dell'attività di volontariato essenzialmente contenuta nel Titolo III, artt. 17-19, del Codice e dettata in sostanziale continuità con la normativa pregressa, quanto meno con riguardo alla prospettiva giuslavoristica (Del Punta 2019, 30).

Con maggior precisione, nella regolazione introdotta è possibile distinguere disposizioni rispondenti a differenti finalità; si avvicendano, difatti, norme di carattere promozionale, precetti di natura definitoria e, infine, disposizioni di matrice regolamentare (Fiorita, Ranieri 2018, 93).

Rispondono, pertanto, ad una logica promozionale, oltre all'*incipit* dell'art. 17 con cui si riconosce agli ETs la possibilità di avvalersi di volontari nello svolgimento delle attività, le previsioni contenute nell'art. 19 con cui il legislatore sancisce l'impegno delle pubbliche amministrazioni a promuovere il volontariato e introduce strumenti precipi volti ad assicurare effettività a tale previsione, in particolare nelle istituzioni scolastiche e universitarie¹⁰.

riferimento era solo a tre tipologie (prestazioni sanitarie, formazione universitaria e ricerca scientifica ex art. 5 comma 1, lettere b), g) e h)), prefigurando così forti limiti sul piano del rispetto del criterio di ragionevolezza (Riccobono 2020, 130).

¹⁰ In particolare, il CTs dispone che le amministrazioni pubbliche promuovano la cultura del volontariato, soprattutto tra i giovani, anche per mezzo di iniziative specifiche «da svolgere nell'ambito delle strutture e delle attività scolastiche, universitarie ed extrauni-

Di rilievo è, poi, lo sforzo definitorio finalizzato a circoscrivere, sia in positivo che in negativo, il campo del volontariato con una importante novità rispetto al progresso, posto che tale sforzo è reso abbandonando il paradigma classificatorio innervato sulle «attività di volontariato» e prediligendo un modello tarato sulla figura del «volontario» (Riccobono 2020, 152).

Invero, è volontario colui che, per libera scelta e non necessariamente attraverso un ETs, «svolge attività in favore della comunità e del bene comune [...] mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione»; ciò che risalta in questo secondo comma dell'art. 17 sono, altresì, le modalità attraverso cui deve svolgersi tale attività, vale a dire in maniera personale, spontanea e gratuita «senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà».

Al contempo e in maniera speculare, non può espletare attività di volontariato il soggetto titolare di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo o comunque legato all'ente di riferimento da una qualsiasi relazione di lavoro retribuita (art. 17, comma 5)¹¹; né, tantomeno, la suddetta attività può essere eseguita «(dal) l'associato che occasionalmente coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni» (art. 17, comma 6).

Spostandosi invece sul piano delle disposizioni volte a regolare l'attività del volontario meritano menzione, innanzitutto, quelle funzionali a rafforzare il tratto della gratuità dell'attività resa. Infatti, è ribadito il divieto retributivo per l'attività di volontariato esteso anche al beneficiario (art. 17, comma 3) e sono ammessi rimborsi solo per spese effettivamente sostenute e documentate entro precisi limiti e mai di tipo forfettario (art. 17, commi 3 e 4).

Ulteriori obblighi a carico dell'ente concernono: l'iscrizione in un apposito registro dei volontari che prestano la loro attività in modo non occasionale (art. 17, comma 1); l'assicurazione degli stessi volontari contro infortuni e malattie connessi allo svolgimento delle relative attività, nonché, per la responsabilità civile verso terzi, rimettendo ad un apposito decreto ministeriale l'onere di identificare meccanismi assicurativi semplificati e di disciplinare i relativi controlli (art. 18).

versitarie» ed altresì attraverso un coinvolgimento delle organizzazioni di volontariato e degli ETs (comma 1). Inoltre, si affida ad un decreto ministeriale il compito di stabilire i criteri per il riconoscimento, sia in ambito scolastico che in ambito lavorativo, delle competenze acquisite nello svolgimento di esperienze di volontariato (comma 2); ancora, le Università, al fine del conseguimento del titolo di studio, possono riconoscere crediti formativi agli studenti che abbiano svolto attività di volontariato certificate rilevanti per i propri studi (comma 3).

¹¹ Sul regime di incompatibilità si richiama altresì la nota del Ministero del lavoro del 10 marzo 2022 n. 34/4011 che ribadisce il carattere ampio e generalizzato della previsione, fermo restando che non si prefigura incompatibilità laddove l'ente datore di lavoro e l'ente che si avvale del volontario, con riferimento alla medesima persona, risultino soggetti distinti e separati.

Da ultimo, oltre alle norme volte a fissare tetti quantitativi all'impiego di lavoratori¹², il legislatore dispone che i lavoratori subordinati che intendono assicurare attività di volontariato in un ETs «hanno diritto di usufruire delle forme di flessibilità di orario di lavoro o delle turnazioni previste dai contratti o dagli accordi collettivi» purché conciliabili con l'organizzazione aziendale (art. 17, comma 6-bis) e comunque senza alcun rischio di contrasto con il regime di incompatibilità sancito dall'art. 17, comma 5¹³.

La descrizione sommaria delle principali regole adottate in materia di volontariato suscita riflessioni variegata, poiché l'apprezzamento per taluni punti di forza del progetto riformatore è talora offuscato dalla compresenza di spesse ombre che originano da quel medesimo progetto.

Pregevole è l'introduzione di una definizione di «volontario» più articolata che consente di abbracciare le plurime forme di volontariato (Riccobono 2020, 153), accentua il richiamo alle finalità perseguite e recide ogni legame strutturale ed esclusivo tra volontariato ed ETs (Passalacqua 2018, 6).

Ciò nonostante, la maggiore estensione della nozione introdotta ne decreta una pericolosa genericità e indeterminatezza ma, soprattutto, non offre adeguato conforto rispetto alle problematiche qualificatorie che, da sempre, accompagnano l'attività del volontario, né scioglie i dubbi definitivi che, per lungo tempo, hanno attanagliato l'individuazione di presunti elementi costitutivi della fattispecie (per tutti Gagnoli 2021, 391).

Anche l'inserimento di una serie di obblighi a carico degli ETs (si pensi, ad esempio, all'obbligo di registrazione, piuttosto che a quello assicurativo) non può che essere accolto con favore; così come egualmente meritevole di considerazione è il divieto di corrispondere emolumenti (dalla retribuzione ai rimborsi spese) seppur qualche incertezza si annida in ordine al meccanismo dell'auto-certificazione (Riccobono 2020, 175) e all'assenza di chiare prescrizioni sanzionatorie (Ferrante 2021, 375).

Le perplessità non mancano, inoltre, con riferimento alla rigida e inequivocabile incompatibilità intercorrente tra volontariato e prestazione lavorativa. Per quanto l'esigenza di fronteggiare ogni possibile forma di impiego fraudolento dell'attività di volontariato sia ben comprensibile, una cesura netta tra quest'ultima e la prestazione lavorativa rischia di non essere funzionale ad una realtà sempre

¹² È disposto che le organizzazioni di volontariato possono avvalersi di lavoratori subordinati o autonomi, comunque non elimina superiori al 50% del numero dei volontari, solo «nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività» (art. 33, comma 1). In termini affini si prevede che le associazioni di promozione sociale possono servirsi di prestazioni lavorative, anche dei loro associati, solo se necessario ai «fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità»; inoltre, il numero dei lavoratori utilizzati non deve essere superiore al 50% del numero dei volontari e al 5% del numero degli associati (art. 36).

¹³ Il Ministero del lavoro ha difatti chiarito che «anche in questo caso il rapporto di lavoro subordinato non deve intercorrere con l'ente tramite il quale si svolge attività volontaria [...]», così nella nota del 9 luglio 2020, n. 6214.

più complessa e difficilmente ascrivibile ad un secco schema alternativo (Fiorita, Ranieri 2018, 96). Un rischio, peraltro, che si è concretizzato durante il periodo pandemico, tanto da far inserire nella normativa emergenziale una deroga esplicita al regime di incompatibilità prescritto dai CTs (Riccobono 2020, 179-80).

Più in generale, vi è da rilevare che le tante speranze che avevano accompagnato il disegno riformatore circa la predisposizione di appropriate misure di protezione per lo *status* di volontario – basti pensare alle prospettive contenute nella legge delega n. 106/2016 – sono state in parte disattese da un testo finale, quello del Codice, in cui le tutele approntate si riducono ad ambiti consueti e a circuiti di protezione tradizionali (Maio 2021, 452).

Del resto, come acutamente osservato all'indomani dell'entrata in vigore del CTs, la pretesa di autonomia delle organizzazioni del Terzo settore «si traduce [...] in un fattore di sbarramento alla penetrazione della normativa lavorista, in misura direttamente proporzionale al riconoscimento che l'ordinamento dà della meritevolezza del fine – non patrimoniale – che ha dato corpo a quella prestazione lavorativa»; sicché, in termini più stringati ma efficaci, «affinché possa continuare a parlarsi di volontariato, il diritto del lavoro deve accettare di rimanere, fondamentalmente, fuori dalla porta [...]» (Del Punta 2019, 31).

Anche su questo terreno, quindi, la riforma non sembra all'altezza delle aspirazioni iniziali e le norme introdotte non riescono a dar forma ad un «vero e proprio *status* del volontario» (Zoppoli 2018, 17). Malgrado gli sforzi di aprirsi alle molteplici forme che il volontariato può assumere, come dimostra altresì l'attenzione mostrata per la dimensione individuale di questa esperienza, piuttosto che per quella organizzata (Fiorita, Ranieri 2018, 96), di fatto i buoni propositi si disperdono nelle pieghe di disposizioni che non riescono a far fronte in misura adeguata ad un fenomeno complesso e proteiforme.

A ben vedere, dunque, il legislatore sembra aver sprecato un'importante occasione; ancor più poi se il volontariato viene scrutato nel prisma della cornice costituzionale quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale tutelato dall'art. 118, comma 3 (Topo 2021, 428) e per come valorizzato, nel corso del tempo, dal giudice delle leggi. Del resto, la Corte costituzionale ha ribadito che «all'origine dell'azione volontaria vi (è) l'emergere della natura relazionale della persona umana che, nella ricerca di senso alla propria esistenza, si compie nell'apertura al bisogno dell'altro» rammentando, altresì, che il volontariato è «una modalità fondamentale di partecipazione civica e di formazione del capitale sociale delle istituzioni democratiche»¹⁴.

5. Riflessioni conclusive

La disamina dei principali snodi della riforma del Terzo settore condotta in una prospettiva eminentemente giuslavoristica consente, in chiusura di questo breve contributo, di sviluppare qualche riflessione di carattere più generale che

¹⁴ Corte Cost. 15 marzo 2022, n. 72 cit.

muove dalla tutela prestata al lavoro all'interno delle organizzazioni *non profit* per approdare al ruolo che oggi il Ts è chiamato ad assumere in una relazione sempre più articolata e delicata con lo Stato e con il mercato.

Diversi anni fa, e poi di nuovo più di recente, Riccardo Del Punta ragionava sulla possibilità che il Ts vedesse prender corpo uno statuto speciale del lavoro capace di tener conto delle peculiarità che l'esperienza lavorativa assume in questi contesti, a partire ad esempio dalla sua componente motivazionale, e disposto a far fronte alla sua strutturale diversificazione a partire dalla dicotomia lavoro volontario/lavoro retribuito (rispettivamente Del Punta 2001, 333 e Del Punta 2019, 30). Un assetto, cioè, in cui ipotizzare una «sorta di *trade-off* fra l'assenza di scopo di lucro e lo *status* del lavoratore che presta la sua opera all'interno di un Ente del Terzo settore» (Del Punta 2019, 30).

Di tale statuto però, come emerso, non vi è traccia nel progetto riformatore che, quanto meno sul piano della tutela del lavoro nelle sue diverse manifestazioni, ha osato molto meno di quanto preannunciato, finendo piuttosto per ripercorrere, seppur con qualche innovativa variazione, campi già arati, senza ampliare in maniera consistente e appropriata gli spazi di tutela.

Ma, per l'appunto, ragionare sulla relazione tra il lavoro e il Ts rinvia inevitabilmente a riflettere sul rapporto che intercorre, per un verso, tra quest'ultimo e il mercato e, per altro verso, tra lo stesso e Stato.

Sul primo versante è necessario evidenziare almeno un paio di circostanze che concorrono oggi a condizionare l'equilibrio tra Terzo settore e mercato. In primo luogo, vi è senza dubbio alcuno una tendenza attrattiva esercitata dal mercato sul Terzo settore nel senso di un avvicinamento delle organizzazioni *non profit* ai modelli tipici e tradizionali della produzione economica (per tutti Riccobono 2020, 38); e del resto la disciplina riformatrice appare chiaramente ispirata alla normativa societaria non tanto nelle formule linguistiche impiegate quanto, soprattutto, nelle regole giuridiche approntate (Ibba 2019, 65-6).

In secondo luogo, e in un'ottica speculare, non si può non richiamare la metamorfosi che in particolare nell'ultimo ventennio ha investito il mercato, l'impresa e il lavoro mettendo in discussione i rispettivi prototipi novecenteschi e spingendo, talora, in direzione di un ripensamento valoriale di ciascuna componente della summenzionata triade.

Basti pensare al serrato dibattito che ha coinvolto gli studiosi del diritto del lavoro sulla «trasformazione epocale della [...] prospettiva giuslavoristica» (Mariucci 2016, 629), al punto da farli interrogare sullo statuto epistemologico della disciplina (per tutti Del Punta 2013) e da stimolare interessanti riflessioni intorno al paradigma della «sostenibilità» o, per meglio dire, alla necessità di un approccio integrato alle tre sostenibilità (ambientale, sociale ed economica) (Caruso, Del Punta, Treu 2020, 15; più di recente Caruso, Del Punta, Treu, 2023).

Non meno complessa, né meno condizionata da variegati fattori è la relazione tra Stato e Terzo settore cui, peraltro, la riforma ha impresso una direzione ben precisa accordando un ruolo centrale agli strumenti della co-programmazione e della co-progettazione.

Difatti, come ribadito qualche anno fa dalla Corte Costituzionale¹⁵, l'art. 55 CTs, cui è affidato il compito di definire i rapporti tra le pubbliche amministrazioni e gli ETs, costituisce una delle attuazioni più importanti del principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118 Cost.*, quarto comma, realizzando «per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria».

In altre parole, sempre nella lettura dei giudici costituzionali, attraverso questa disposizione codicistica si instaura tra ETs e soggetti pubblici «un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato»; invero, co-programmazione, co-progettazione e partenariato «si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico».

Emerge, dunque, ancora una volta il forte legame tra Terzo settore e Carta costituzionale. Difatti, da un lato, non vi sono dubbi sulla copertura costituzionale degli ETs (per tutti Consorti, Gori, Rossi 2018, 37) irrobustita, come più volte ribadito, dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà ad opera dell'art. 118 Cost. Dall'altro lato, il legislatore della riforma si apre ai principi costituzionali in maniera significativa poiché un richiamo esplicito è contenuto nell'art. 1 del d. lgs. n. 117/2017 rubricato «Finalità e oggetto» e gli stessi sono incorporati nell'art. 2 del d. lgs. n. 117/2017 rubricato, a sua volta, «Principi generali».

In considerazione di ciò, e anche per merito del lavoro incessante della Corte costituzionale, è dipanato ogni dubbio sulla copertura costituzionale degli ETs ovvero sull'esistenza di uno statuto costituzionale del Ts che, nella prospettiva della stessa Corte, «è dato dal sistema offerto dal principio personalista, da quello pluralista e da quello di solidarietà» (Rossi 2020, 1191).

Malgrado, dunque, le criticità che il progetto riformatore reca in sé, anche sul piano del lavoro e della sua tutela, è evidente l'importante fase di transizione che interessa il Terzo settore. Una transizione che, ancora di più dopo la vicenda pandemica, lancia una vera e propria sfida alle organizzazioni *non profit* così come ai soggetti pubblici chiamati ad interfacciarsi con esse, una sfida che al momento, però, non pare pienamente colta dai vari protagonisti e rispetto alla quale vi è ancora molto cammino da fare.

Riferimenti bibliografici

- Bozzao, P. 2018. "La soggettività giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici." *www.federalismi.it*. 22. 1-32.
- Bozzi, L. 2017. "Terzo settore: osservazioni a «prima lettura» su una riforma culturale prima che giuridica." *Contratto e impresa*. 4. 1253-80.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2020. "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile." *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. 1-92.

¹⁵ Corte Cost. 26 giugno 2020, n. 131.

- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. "Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo «oltre» il Manifesto." *WP CSDLE "Massimo D'Antona."* 1-125.
- Ceolin, M. 2018. "Il c.d. Codice del Terzo settore (D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?." *Le nuove leggi civili commentate.* 1. 1-39.
- Consorti, P., Gori, L., Rossi, E. 2018. *Diritto del Terzo settore.* Bologna: Il Mulino.
- De Giorgi, M.V. 1999. "Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali." *Rivista di diritto civile.* 3. 287-323.
- De Mozzi, B. 2019. "Terzo Settore e contrattazione collettiva." *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro.* 4. 1015-45.
- De Mozzi, B. 2021. "Conflitto industriale e autonomia collettiva nel Terzo settore." *Il diritto ecclesiastico.* 3-4. 471-91.
- Del Punta, R. 2001. "Diritto del lavoro e Terzo settore." *Rivista italiana di diritto del lavoro.* 4. 329-54.
- Del Punta, R. 2013. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *Lavoro e diritto.* 1. 43-63.
- Del Punta, R. 2019. "Il lavoro nel Terzo settore." Contessa, Claudio, Simeoli, Dario, Volpe, Italo. *Codice del terzo settore.* Piacenza: La Tribuna. 29-33.
- Deleonardis, N. 2023. "Le modifiche al Codice del Terzo Settore» (art. 29, d.l. n. 48/2023). Dagnino, Emanuele, Garofalo, Carmela, Picco, Gianluca e Pierluigi Rausei, a cura di. *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. "decreto lavoro."* Adapt Labour Studies e-Book series. 99. Bergamo: Adapt University Press. 84-8
- Donati, F., Sanchini, F., a cura di. 2019. *Il Nuovo Codice del terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi.* Milano: Giuffrè.
- Ferrante, Vincenzo. 2021. "Dal lavoro gratuito al volontariato nel Terzo settore», *Il Diritto ecclesiastico.* 3-4. 363-78.
- Fici, A., Rossi, E., Sepio, G., Venturi, P. 2020. *Dalla parte del Terzo settore. La Riforma letta dai suoi protagonisti.* Bari: Editori Laterza.
- Fici, A., a cura di. 2018. *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione.* Napoli: Editoriale scientifica.
- Fiorita, N., Ranieri, M. 2018. "I rapporti di lavoro negli enti religiosi civilmente riconosciuti alla luce della Riforma del Terzo settore." *Diritto e Religioni.* 2. I. 83-101.
- Floris, P. 2018. "Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi." *www.statoecliese.it.* 3. 1-22.
- Gargiulo, U. 2017. *Rappresentanza e contrattazione in azienda.* Milano: Wolters Kluwer – Cedam.
- Garofalo, D. 2018. "Il lavoro nel terzo settore." *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro.* 1. 91-131.
- Gorgoni, Marilena., a cura di. 2018. *Il Codice del Terzo settore.* Milano: Pacini giuridica.
- Gori, Luca. 2018. "Il sistema delle fonti nel diritto del Terzo settore." *www.osservatoriofonti.it.* 1. 1-48.
- Gragnoli, E. 2021. "L'impresa sociale e i rapporti di lavoro." *Il Diritto ecclesiastico.* 3-4. 379-96.
- Ibba, C. 2019. "Codice del Terzo settore e diritto societario." *Rivista delle società.* 1. 62-78.
- Irti, N. 1999. *L'età della decodificazione.* Milano: Giuffrè.
- Maio, V. 2021. "Il «lavoro» dei volontari nel Codice del Terzo Settore nell'impresa sociale." *Il Diritto ecclesiastico* 3-4: 445-69.
- Mariucci, L. 2016. "Culture e dottrine del giuslavorismo." *Lavoro e diritto.* 4. 585-644.
- Passalacqua, P. 2018. "Il volontariato alla luce del recente Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017). Profili di diritto del lavoro." <https://economato.chiesacattolica.it/2018/02/23/convegno-nazionale-economi-e-direttori-degli-uffici-amministrativi-delle-diocesi/>. 1-15.

- Ponzanelli, G. 2017. "Terzo settore: la legge delega di riforma." *La nuova giurisprudenza civile commentata*. 5. 726-8.
- Quadri, E. 2018. "Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale." *La nuova giurisprudenza civile commentata*. 5. 708-15.
- Ranieri, M. 2019. "La nozione del «Terzo settore» e la sua rilevanza per i rapporti di lavoro." *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro*. 4. 1047-63.
- Revelli, M. 2000. "Il Terzo settore e la costruzione della democrazia – Intervista a Marco Revelli." *Impresa sociale*. 1.
- Riccobono, A. 2020. *Diritto del lavoro e Terzo settore. Occupazione e welfare partenariale dopo il d.lgs. n. 117/2017*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Rossi, E. 2018. "La riforma del Terzo Settore per la prima volta davanti alla Corte." *Giurisprudenza costituzionale*. 5. 2067-78.
- Rossi, E. 2020. "Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale." *Le Regioni*. 5. 1184-96.
- Topo, A. 2021. "Dal margine al centro del mercato: il contratto di volontariato e il contratto di cooperazione internazionale nell'economia sociale." *Il Diritto ecclesiastico*. 3-4. 427-44.
- Zoppoli, L. 2018. "Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?." *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*.IT – 356/2018, 1-20.

La nozione di «licenziamento» e l'applicazione della l. n. 223/91. Un'ipotesi interpretativa in dialogo con Riccardo Del Punta

Samuele Renzi

1. Una premessa e un ricordo

Fra le varie e numerose traiettorie di ricerca percorse da Riccardo Del Punta nell'arco della sua carriera quarantennale, nella quale sono ben individuabili differenti periodi che segnano fasi di una progressiva ascesa teorica dalle produzioni *di* diritto del lavoro fino ai contributi di più alto valore speculativo *sul* diritto del lavoro¹, è possibile individuare un punto di inizio² – *ergo*, un tema di esordio – con il quale Del Punta si inserì nel dibattito scientifico e da subito prese posizione con quella dialettica raffinatissima che ben presto l'accademia tutta avrebbe imparato ad apprezzare. L'argomento *stipite* è rappresentato dai licenziamenti collettivi, all'epoca ancora governati dall'accordo interconfederale del 1965³, trattati da Del Punta per la prima volta con un saggio apparso su Giustizia civile (Del Punta 1983). Il tema venne poi rifrequentato spesso volte, con il duplice obiettivo di contribuire alla riconduzione a sistema della disciplina, intanto riformata dalla l. 23 luglio 1991, n. 223, al fine di estrarne la *filosofia*

¹ Come ben illustrato da Vallauri 2024, 241 sgg.

² Dopo la produzione di alcune note a sentenza per cui: *Ibidem*, dove l'A. rammenta l'imponente quantità di commenti giurisprudenziali redatti da Del Punta fin dall'inizio della propria carriera accademica, negli anni '82-'83.

³ Sul punto si v. almeno Natullo 2004, 18-22.

Samuele Renzi, University of Florence, Italy, samuele.renzi@unifi.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Samuele Renzi, *La nozione di «licenziamento» e l'applicazione della l. n. 223/91. Un'ipotesi interpretativa in dialogo con Riccardo Del Punta*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.61, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 975-989, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

di fondo, nonché di indagare con scrupolo le soluzioni tecniche approntate dal legislatore e le questioni problematiche lasciate aperte da un intervento normativo connotato a suo dire da una certa «audacia sperimentale»⁴.

La riflessione sui licenziamenti collettivi pervenne a una prima maturazione solo dopo alcuni anni dall'entrata in vigore della legge n. 223 e del resto Del Punta stesso precisava, nello scritto del '93, che la pur ricca e articolata disamina condotta a breve distanza dalla promulgazione della legge non potesse conseguire un soddisfacente scioglimento di molti degli interrogativi posti, a causa del mancato assestamento della normativa (Del Punta 1993, 245). Non è un caso che il saggio del 1997 (Del Punta 1997, 9 sgg.) mostrasse un più accentuato spirito critico fin dalla sua intitolazione, rivelando l'intendimento dell'Autore di cimentarsi in uno studio teso a valutare l'impatto della l. n. 223/91 nel suo complesso, per redigerne non un commento, sia pure fortemente analitico e problematizzante come era stato lo scritto dianzi citato del '93, ma un più approfondito e per certo pregevole «bilancio teorico».

In questo snodo si riesce a cogliere un salto qualitativo, non tanto nei contenuti ma piuttosto nell'approccio di Del Punta, che all'epoca stava iniziando a manifestare l'attitudine del maestro, ossia di chi esercita – nella piena consapevolezza dei propri mezzi speculativi ma pur sempre con l'umiltà dello studioso accorto e preciso – «la libertà di meglio ricercare il vero» (Muratori 1756, 144) e riesce così ad aprire prospettive di ricerca ancora inesplorate.

Un maestro con cui ho avuto il privilegio di discutere la tesi di laurea e di collaborare successivamente, sia pure per un tempo troppo breve e limitato, ma non insufficiente al fine di comprendere quali siano gli strumenti da adoperare nell'attività di ricerca e in special modo le chiavi ermeneutiche utili nell'indagine della materia giuslavoristica: il metodo rigoroso, lo studio approfondito dell'oggetto, l'esercizio del dubbio nell'analisi delle conclusioni raggiunte, la chiarezza nell'esposizione, il dialogo con i diversi saperi giuridici e più in generale con le altre scienze sociali.

Le discussioni con il Prof. – mi sia consentito indulgere in questa forma che mescola insieme affetto e deferenza – erano infinitamente stimolanti, mai scontate, e sempre contraddistinte dal suo piglio ironico e disincantato, che è forse il tratto di cui più si avverte la mancanza. Anche nel dialogo con un giovane, mostrava costantemente la sua inquietudine verso la ricerca di una ragione in più, di un punto di vista innovativo e di una riflessione diversa dalle molte già elaborate. Non risparmiava espressioni di interesse e di viva curiosità che dava-

⁴ Del Punta 1993, 241. È da ricordare che il giudizio di Del Punta sulla l. n. 223/91 non fosse negativo: anzi, evidenziò che l'intervento dovesse considerarsi meritevole di aver dato sistemazione unitaria alla disciplina delle riduzioni di personale e spiegò come alcune delle inefficienze funzionali della riforma fossero dovute al «maligno destino» che aveva fatto coincidere l'entrata in vigore della legge con una delle peggiori fasi recessive del periodo. Il riferimento dell'A. è evidentemente alla crisi valutaria del settembre 1992, che colpì in maniera particolarmente grave la lira italiana e la sterlina britannica, con scontate ripercussioni sull'economia generale.

no lustro a un'altra delle caratteristiche di un maestro (Vallauri 2024, 241 sgg.), cioè a dire la disposizione d'animo di chi – pur possedendo saldamente la materia – in effetti non dismette mai i panni del discente, ben conscio che, come afferma un cantautore tanto caro a Del Punta, «la materia di studio [è] infinita»⁵.

E chissà se in quell'ottobre di qualche anno fa, quando solo alcuni giorni dopo la discussione della tesi, il Prof. mi affidò la mia prima nota⁶, scegliendo proprio una sentenza in tema dei licenziamenti collettivi, era posto un seme che oggi mi sono sentito in dovere di far germogliare. O meglio di tentare, poiché dialogare con Del Punta attraverso lo scritto e non in persona è estremamente complesso, probabilmente perché senza quell'ironico disincanto che traspariva dalle sue parole e aveva lo straordinario potere di alleggerire il dialogo resta solo l'arduo confronto con il pensiero sofisticato di uno dei maggiori giuslavoristi italiani del tempo recente.

2. La fattispecie e la nozione di licenziamento collettivo

A fronte del quadro fortemente aporetico disegnato dal regime governato dagli accordi interconfederali⁷, con la l. n. 233/91 l'ordinamento guadagnò una provvida risistemazione della disciplina dei licenziamenti collettivi. Nondimeno, l'intervento riformatore lasciò aperte talune questioni e consegnò agli interpreti ulteriori motivi di discussione, fra cui quello in merito alla unicità della fattispecie che ha tenuto impegnata la dottrina per lungo tempo.

Diverso, ancorché limitrofo, è il tema della nozione di licenziamento, emerso ben più tardi nel dibattito, a seguito di alcune pronunce emesse dalla Corte di Giustizia a far data dall'anno 2015.

La scelta di accostare la trattazione dei due temi si giustifica dunque per ragioni di vicinanza teorica, posto che entrambi riguardano problemi di qualificazione giuridica. Mentre, il dibattito intorno alla unicità o duplicità delle fattispecie ha cercato di comprendere se il legislatore del 1991 avesse tratteggiato solo una o due diverse situazioni giuridiche al ricorrere delle quali applicare una o due diverse discipline, la discussione più recente ha interessato l'esegesi di uno degli elementi contemplati dalla fattispecie stessa, tentando di rispondere alla domanda su cosa debba intendersi per «licenziamento» ai sensi della direttiva e dunque della normativa interna la cui interpretazione deve conformarsi al diritto unionale.

Sulla strada tracciata da Riccardo Del Punta, dopo aver ricostruito il dibattito che ha interessato le due questioni appena rammentate, si tenterà di offrire

⁵ Il riferimento è alla canzone Addio di Francesco Guccini, pubblicata nell'album Stagioni del 2000.

⁶ Sia consentito il riferimento a Renzi 2017.

⁷ Si rimanda ad alcuni dei principali testi occupatisi di licenziamenti collettivi sotto il vigore degli accordi confederali del 1950 e del 1965: Carabelli 1990; Galantino 1984. Sul punto v. anche Gambacciani 2017, 19-20; Mazzotta 2022, 772 sgg.; Miscione 1991, 302; Scarpelli 1997, 30.

una proposta di rilettura in merito alla nozione di licenziamento, atteso che – conviene anticiparlo sin d’ora – le soluzioni raggiunte dalla giurisprudenza europea e interna non appaiono del tutto convincenti.

3. Qualche battuta preliminare sul (superato) dibattito in merito alla fattispecie

Nel disegnare l’architettura della l. n. 223/91, il legislatore italiano non si curò soltanto di recepire le prescrizioni della direttiva n. 75/129/CEE, né avrebbe potuto determinarsi in tal senso attese le peculiarità dell’ordinamento domestico (Natullo 2004, 47), che imponeva di coordinare la nuova procedura con le norme in materia di licenziamenti individuali e di cassa integrazione guadagni⁸. Da ciò scaturì quel complesso incrocio di disposizioni di cui agli artt. 4, 5 e 24 della legge n. 223, nel quale la dottrina maggioritaria dell’epoca lesse l’esistenza di due distinte fattispecie, configurando l’autonomia del recesso in mobilità *ex art. 4* rispetto al licenziamento collettivo regolato dall’art. 24⁹.

Il dibattito intorno alla divisata pluralità di figure di licenziamento contemplate dalla l. n. 223/91 venne animato da molte e autorevoli voci¹⁰, fra cui quella di Del Punta, che sostenne fin dal principio la tesi minoritaria dell’unicità della fattispecie (Del Punta 1993, 268).

Come noto, la disputa è ormai da tempo superata. La novella di cui alla l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. Riforma Fornero), abrogando la mobilità e operando una serie di modifiche chiarificatrici anche quanto alla terminologia, ha dissipato ogni dubbio circa l’unitarietà della fattispecie¹¹, tant’è che la dottrina odierna si riferisce, con sfumature e accenti diversi, o all’esistenza di due sotto-ipotesi (Natullo 2004, 46) o alla configurazione di un unico istituto che si articola in una figura generale e una speciale¹². Purtuttavia, conviene trattenere brevemente l’esame sulle posizioni espresse da Del Punta, e viepiù sugli argomenti adoperati, che potranno risultare validi nell’affrontare le questioni emerse più di recente e sulle quali si concentrerà l’attenzione nel paragrafo successivo.

Secondo l’A. la «portata effettuale della tesi della doppia nozione [era] assai modesta» (Del Punta 1997, 14), posto che essa avrebbe potuto ottenere quale unico elemento differenziale in punto di disciplina l’attivazione della normati-

⁸ Cfr. D’Antona 1992, 317-324. Sulla disciplina della cassa integrazione all’epoca vigente, v. Ballestrero 1985.

⁹ Ripercorre l’evoluzione del dibattito, dando altresì conto delle voci che hanno sostenuto i due diversi orientamenti e del fatto che la giurisprudenza fosse unanimemente persuasa dell’esistenza di due fattispecie distinte: Mazzotta 2012, 769-771.

¹⁰ Fra le quali: Alessi 1995; Carabelli 1994; D’Antona 1992; Montuschi 1991; Spagnuolo Vigorita 1992; Vallebona 1992.

¹¹ Per maggiori riferimenti si v. Natullo 2020, 1364. Sul punto cfr. anche Giubboni, Colavita 2015, 31-32.

¹² Carabelli, Giubboni 2013, secondo i quali l’ipotesi *ex art. 4*, l. n. 223/1991 è ormai «assorbita all’interno dell’unica fattispecie del licenziamento collettivo, presentandosi così come una speciale figura del medesimo».

va ex l. n. 223/91 anche per un solo licenziamento ove adottato a seguito della c.i.g.s. La tesi dell'unicità della fattispecie era dunque da preferire a parere di Del Punta per un quadruplici ordine di ragioni (di natura letterale, teleologica, sistematica e pratica), esposte con una retorica particolarmente efficace, tesa a mettere in luce la sostanziale sovrapponibilità tra il licenziamento preceduto dalla cassa integrazione e quello ex art. 24.

Fra le quattro linee argomentative, colpisce in special modo quella definita di ragion pratica, in ossequio alla quale l'A. giunge a concludere che fosse insensato non semplificare «quando si può ragionevolmente farlo» (Del Punta 1997, 14).

Un monito in effetti prezioso, anche per la riflessione attuale, che impone il confronto con un quadro a tratti inutilmente complicato.

4. La nozione di licenziamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione

Un approccio simile può dunque essere traslato nella disamina del diverso tema – questo invece attualissimo, e peraltro finitimo rispetto alle questioni in punto di fattispecie appena rammentate – che coinvolge la nozione di licenziamento valevole a integrare il precetto di cui all'art. 24, l. n. 223/91 («almeno cinque licenziamenti...»).

Come si anticipava, la giurisprudenza, sia interna sia unionale, si è esercitata in interpretazioni alquanto ondivaghe dell'art. 1 della direttiva 98/59/CE e conseguentemente delle nozioni di «licenziamento» e di «cessazioni assimilate» ivi contemplate, dando luogo a una disarticolazione degli equilibri raggiunti nella disciplina sulle riduzioni di personale, che concorrono a inficiare la razionalità di fondo del sistema.

Il sommovimento concettuale è iniziato con la sentenza *Pujante Rivera* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹³, che ha ampliato la nozione di licenziamento fino a ricomprendervi anche «modifiche sostanziali degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore» che siano disposte unilateralmente dal datore di lavoro¹⁴ quando a esse segua una cessazione del rapporto.

La lettura proposta, a ormai quasi dieci anni di distanza, continua a destare alcune perplessità, non superate dal solo fluire del tempo. Il disorientamento è dovuto al fatto che nel caso esaminato dalla Corte di Giustizia la cessazione del rapporto era stata richiesta e ottenuta dalla lavoratrice interessata, sia pure in esito a una significativa modifica delle condizioni di lavoro sostanziatesi in una riduzione della retribuzione del 25 per cento.

¹³ C. giust., 11 novembre 2015, causa C-422/14, *Pujante Rivera*, in *Rivista Italia di Diritto del lavoro*, 2016, II, 699, con nota di A. Riefoli, *I presupposti di applicabilità della disciplina dei licenziamenti collettivi al vaglio della Corte di giustizia*.

¹⁴ Riassume e commenta i termini della questione in maniera più diffusa di quanto sia possibile nella presente sede: Gaudio 2022.

Come a breve si potrà osservare con maggiore dettaglio, il *discrimen* tra la nozione di «licenziamento» e quella di «cessazione assimilata» dovrebbe essere rappresentato dalla prestazione del consenso all'operazione risolutoria da parte del lavoratore¹⁵, ma la sentenza sembra voler predicare un diverso principio. A tal proposito, la Corte, ai punti 50-54 afferma – con una certa fretta e altrettanta avarizia di argomenti – che la prestazione del consenso sarebbe stata solo apparente, dacché la decisione avrebbe dovuto ritenersi imputabile «alla modifica unilaterale apportata dal datore a un elemento sostanziale del contratto di lavoro» e non a una libera espressione della volontà della lavoratrice, quasi che vi fosse stata costretta. Un ragionamento dal tenore apodittico, fondato su motivazioni non molto convincenti, e che appare teso a giustificare in via preventiva una conclusione poco solida («*dum excusare credis...*»), forse presumendo che essa avrebbe attirato dissensi e censure.

Nel caso *Pujante Rivera*, come si è anticipato, la lavoratrice non solo aveva prestato liberamente il consenso ma ella stessa aveva attivato il meccanismo di cui agli artt. 41 e 50 dello «*Estatuto de los trabajadores*»¹⁶, che prevedono l'istituto della rescissione «difensiva» del contratto di lavoro¹⁷ da parte di quel dipendente che subisca, per volontà datoriale, modifiche sostanziali di alcuni elementi essenziali del contratto di lavoro. La modifica unilaterale della retribuzione – tra l'altro attuata con il fine di conservare il rapporto – aveva pertanto configurato soltanto un antecedente storico rispetto alla determinazione assunta dalla dipendente, non interpretabile quale elemento rilevatore di un vizio o di una alterazione nella prestazione della volontà. Si noti, inoltre, che a norma dell'art. 41, co. 3, dianzi citato, la rescissione non configurava una via obbligatoria, dal momento che la lavoratrice avrebbe anche potuto opporsi alla prospettata modifica delle condizioni, impugnando l'atto datoriale, con conservazione del rapporto.

La critica quindi s'impone, non prima di avere tuttavia richiamato due ulteriori arresti della giurisprudenza unionale e i più recenti orientamenti di Cassazione.

Con le sentenze *Ciupa*¹⁸ e *Socha*¹⁹, la Corte di Giustizia, nell'occuparsi di casi affini a quello del 2015, ha corretto il tiro rispetto a tale pronuncia, pur confermando nella sostanza la lettura già proposta. Non è infatti rimesso in discussione l'orientamento inaugurato con la sentenza *Pujante Rivera*, ma vengono fornite alcune precisazioni rilevanti, ossia che spetta al giudice del rinvio valutare se una modifica unilaterale delle condizioni di lavoro – attuata da parte del

¹⁵ Questo, infatti, rappresenta ad avviso di chi scrive l'unico elemento discrezionale cui poter affidare con un sufficiente grado di certezza la distinzione tra licenziamenti e cessazioni assimilate. Si v. *infra* per lo sviluppo del ragionamento.

¹⁶ Real Decreto Legislativo 23 ottobre 2015, n. 2.

¹⁷ Più specificamente, l'art. 41 dello «*Estatuto de los trabajadores*» dispone che ove siano state disposte modifiche sostanziali delle condizioni di lavoro, «si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización».

¹⁸ C. giust., 21 settembre 2017, C-429/16, *Ciupa e a.*, in *DeJure*.

¹⁹ C. giust., 21 settembre 2017, C-149/16, *Socha e a.*, in *DeJure*.

datore a sfavore del lavoratore e che, in caso di rifiuto, comporta la cessazione del contratto – possa essere qualificata come «sostanziale» e dunque integrare gli estremi del «licenziamento» ai sensi dell'art. 1 della direttiva 98/59/CE per come ormai interpretato dalla medesima Corte.

Così assestata la giurisprudenza europea, è possibile spostare il fuoco dell'analisi sul piano interno.

Conviene da subito anticipare che l'orientamento dei giudici nazionali non è univoco, e ciò costituisce ulteriore conferma dell'ambiguità delle posizioni assunte dalla Corte di Giustizia, da cui i pronunciamenti interni hanno preso le mosse.

Il *revirement* – assai noto nel dibattito – con cui la Cassazione nel 2020²⁰ ha superato il precedente assetto interpretativo è stato fortemente influenzato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 2015²¹, come del resto professato in motivazione²².

Per la verità, la pronuncia ha poggiato il proprio ragionamento su un'adesione piuttosto acritica al principio espresso con la sentenza *Pujante Rivera*, senza peraltro considerare i precedenti del 2017. Se è, infatti, vero che le sentenze *Ciupa* e *Socha* hanno avallato la lettura estensiva della nozione di licenziamento – confermando che si pone più di un problema nell'esegesi di altre nozioni, in specie quelle di «modifica sostanziale» e di «prestazione del consenso», come a breve meglio si vedrà –, in esse è altresì specificato che i giudici investiti di controversie siffatte debbono compiere una attenta valutazione²³ dei fatti, al fine di stabilire se una determinata iniziativa datoriale sia riconducibile alla nozione di licenziamento o a quella di cessazione assimilata. E, nel caso in parola, la S.C. non dà conto di aver verificato se nei giudizi di merito fosse stato condotto un adeguato esame circa l'entità della modifica delle condizioni lavorative, posta a monte della risoluzione consensuale del rapporto, onde valutare se essa potesse effettivamente considerarsi «sostanziale». Dalla motivazione si apprende soltanto che la società aveva disposto un trasferimento di sede, dando luogo a una modifica che investe per certo un elemento essenziale del contratto (Corti 2020), ma non v'è modo di conoscere le caratteristiche dell'atto datoriale, il che inficia l'esito cui è pervenuta la Cassazione e non favorisce l'esegesi del requisito della sostanzialità della modifica, che anzi pare del tutto ignorato. In adesione agli orientamenti unionali, la S.C. avrebbe dovuto verificare se nella sentenza impugnata la questione fosse stata effettivamente presa in esame – non potendosi evidentemente spingere fino a svolgere accertamenti di fatto – e, in caso negativo, rinviare in appello.

²⁰ Cass., 20 luglio 2020, n. 15401, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2020, 6, 1469 ss., con nota di G. Centamore, *La nozione di «licenziamento» nella disciplina europea e nazionale dei licenziamenti collettivi: un deciso cambiamento di indirizzo nella giurisprudenza della Cassazione*.

²¹ C. giust., 11 novembre 2015, causa C-422/14, *Pujante Rivera*, cit.

²² Soprattutto ai punti da 5.1 a 5.3.

²³ In specie v. punto 30 di C. giust., 21 settembre 2017, C-429/16, *Ciupa e a.*, cit.

Mentre con l'arresto del 2020 la S.C. aveva inteso porre una cesura netta con la precedente lettura – propensa invece a interpretare in maniera «tecnica»²⁴ la nozione di licenziamento valida ai fini dell'applicazione della l. n. 223/91²⁵ – in un intervento di poco successivo²⁶ la medesima Corte ha rimeditato sul tema, proponendo una sostanziale fuga all'indietro verso un'interpretazione assai restrittiva della nozione, ancorché il giudizio abbia riguardato un diverso aspetto della disciplina.

Secondo tale ultima pronuncia del 2021, la dichiarazione dell'intenzione di procedere a un licenziamento per giustificato motivo oggettivo *ex art. 7, co. 2, l. n. 604/66*, non vale a integrare la nozione di «licenziamento» contemplata all'art. 24, l. n. 223/91, sebbene anche quest'ultima valorizzi il momento intenzionale come elemento discrezionale, per cui ove emerga la manifestazione di un tale proposito la nozione di licenziamento utile ai fini risulterebbe integrata (Gaudio 2022, 73).

Mal si comprende, quindi, la posizione della S.C., secondo la quale «l'espressione «intenda licenziare» di cui alla l. n. 223 del 1991, art. 24, è una chiara manifestazione della volontà di recesso, [...], mentre cosa ben diversa è l'espressione «deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo ai sensi della novellata l. n. 604 del 1966, art. 7», che è invece imposta al fine di intraprendere la nuova procedura di compensazione (o conciliazione) dinanzi alla DTL, e non può quindi ritenersi di per sé un licenziamento». Ancora una volta viene proposto un ragionamento poco lineare, che ha introdotto distinzioni surrettizie, molto condizionate da un'eccessiva valorizzazione degli aspetti più formali delle discipline, producendo così un'incrinatura nella definizione del concetto di «intenzione di licenziare».

Non sembra, infatti, che emergano apprezzabili differenze di sostanza tra le espressioni utilizzate dalle due normative dianzi rammentate, visto che in en-

²⁴ È la stessa giurisprudenza – citata nella nota immediatamente successiva – a utilizzare il termine «tecnico» per qualificare il licenziamento in senso stretto e distinguerlo da qualunque altro tipo di cessazione del rapporto determinata (anche o unicamente) da una scelta del lavoratore, come accade nelle ipotesi di dimissioni, risoluzioni concordate, o prepensionamenti. Secondo tali letture, che ormai appaiono superate, non sarebbe stato consentito parificare al licenziamento tali diverse forme risolutorie del rapporto, anche ove esse fossero da ricondursi alla medesima operazione di riduzione delle eccedenze della forza lavoro giustificante il ricorso ai licenziamenti.

²⁵ Cass., 16 ottobre 2000, n. 13751, in *DeJure*; Cass., 25 ottobre 2000, n. 14079, in *DeJure*; Cass., 6 novembre 2001, n. 13714, in *DeJure*; Cass., 17 ottobre 2002, n. 14736, in *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2003, II, p. 133 ss., con nota di P. Ichino, *Due questioni in materia di estensione del campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi*; Cass., 9 agosto 2003, n. 12037, in *DeJure*; Cass., 23 giugno 2006, n. 14638, in *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2007, II, p. 425 ss., con nota di M. Carusone, *Non computabilità delle dimissioni incentivate ai fini della soglia numerica del licenziamento collettivo*; Cass., 22 gennaio 2007, n. 1334, in *Giurisprudenza Italiana* 2007, XII, p. 2720, con nota di C. Faleri, *Licenziamenti collettivi e determinazione della soglia numerica: un'ipotesi di erosione delle garanzie procedurali*; Cass., 29 marzo 2010, n. 7519, in *DeJure*.

²⁶ Cass., 31 maggio 2021, n. 15118, in *DeJure*.

trambi i casi è richiesto alla parte datoriale di manifestare la volontà di procedere a un recesso, che, sia nel caso dei licenziamenti collettivi (per le note ragioni di riduzione del numero degli esuberanti effettivi rispetto a quanto dichiarato al principio della procedura) sia nel caso del licenziamento individuale (per una conciliazione eventualmente raggiunta *medio tempore*), potrebbe anche non pervenire a compimento. In ogni caso, ciò che dovrebbe rilevare è l'esteriorizzazione della volontà di disporre un licenziamento, ossia di cessare il rapporto (anche) senza il consenso del lavoratore.

5. Spunti per una rilettura della nozione di licenziamento

Chiariti i termini del contrasto ermeneutico, e rammentando che anche nella giurisprudenza di merito si registrano interpretazioni disarmoniche²⁷, sembra che i motivi della appena illustrata ambiguità di letture debbano essere ricercati nelle pronunce della Corte di Giustizia e nell'apparato concettuale da essa adoperato, il quale, anziché facilitare la messa a fuoco sulle nozioni di «licenziamento» e di «cessazione assimilata», ne ha resa ancora più complicata l'interpretazione.

Una prima criticità riguarda le definizioni proposte dalla sentenza della Corte di Giustizia del 12 ottobre 2004²⁸, recuperate e fatte proprie dalla pronuncia *Pujante Rivera*. La distinzione fornita è invero criptica poiché le nozioni di licenziamento e di cessazioni a questo assimilate ai fini dell'applicazione della direttiva fanno entrambe leva, almeno *testualmente*, sulla mancanza di consenso del lavoratore alla vicenda risolutoria, dando luogo a un cortocircuito logico in cui perde di nitidezza la linea di demarcazione fissata dall'art. 1 della direttiva, che, seppur sottile, è esistente. E, soprattutto, rilevante in punto di disciplina applicabile.

Si legge, difatti, nella giurisprudenza della Corte che «la nozione di «licenziamento», di cui all'art. 1, n. 1, lett. a), della direttiva, non può essere definita mediante un rinvio alle legislazioni degli Stati membri, bensì possiede una dimensione comunitaria» e poi in seguito che «tale nozione dev'essere interpretata nel senso che comprende qualsiasi cessazione del contratto di lavoro non voluta dal lavoratore e, quindi, *senza il suo consenso* [...]». Da cui parrebbe di comprendere che, quand'anche la cessazione del rapporto non abbia i caratteri propri del licenziamento in senso tecnico, ma tuttavia manchi la manifestazione del consenso da parte del lavoratore, ai fini della direttiva 98/59/CE l'operazione dovrebbe considerarsi un licenziamento e, per ragion pratica, concorrere a

²⁷ In particolare, in senso adesivo rispetto a Cass., 20 luglio 2020, n. 15401, cit., e dunque a C. giust., 11 novembre 2015, causa C-422/14, cit., si v. T. Napoli, 4 gennaio 2022, in *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2022, II, p. 204 ss., con nota di R. Diamanti, *I trasferimenti collettivi tra abuso del diritto e licenziamenti collettivi*. Di segno contrario: T. Firenze, 23 luglio 2021, n. 563, in *DeJure*; T. Pesaro, 31 gennaio 2024, in *Leggi d'Italia*.

²⁸ C. giust., 12 ottobre 2004, C-55/02, *Commissione c. Repubblica portoghese*, in *Il foro italiano* 2004, IV, p. 606, con nota di R. Cosio.

integrare la soglia di «almeno cinque licenziamenti» in virtù della quale s'impone l'osservanza delle procedure adottate dalle legislazioni nazionali in recepimento della direttiva medesima. Sennonché, proseguendo, si apprende che «i licenziamenti si distinguono dalle cessazioni del contratto di lavoro che, in presenza dei presupposti di cui all'art. 1, n. 1, ultimo comma, della direttiva, sono assimilate ai licenziamenti *in considerazione della mancanza di consenso da parte del lavoratore*»: concetto che sembra collimare in tutto con il precedente.

A riprova del poco ordine concettuale, anche nella sentenza *Pujante Rivera* la nozione di «consenso» è stata utilizzata in maniera ambigua. Dapprima, infatti, la Corte ha richiamato le enunciazioni appena trascritte, in cui non si coglie in maniera perspicua alcun criterio discriminante, per poi affermare nel punto cruciale della motivazione che, attese le peculiarità dell'istituto della «rescissione» previsto dall'ordinamento spagnolo, si potrebbe opinare che la lavoratrice avesse prestato il consenso all'operazione, ma che – a ben giudicare – la stessa vi sarebbe stata indotta a causa di una decisione imputabile al datore di lavoro. Sicché, anche secondo la Corte, la mancanza di consenso configura il principale elemento discretivo, poiché, seguendo il ragionamento proposto, ove la lavoratrice avesse realmente (*rectius* genuinamente) acconsentito alla cessazione non si sarebbero integrati gli estremi del licenziamento ma al più di un'ipotesi assimilata.

Superato tale passaggio, risulta indispensabile comprendere cosa debba intendersi per consenso, pena il riflusso verso la commistione teorica in cui è incorsa la giurisprudenza unionale.

Il disordine concettuale pare essere dovuto a una errata lettura delle conclusioni dell'Avvocato Generale nell'ambito della già citata causa del 2004, che invece avevano illustrato con limpidezza la distinzione tra «licenziamenti» e «cessazioni assimilate» e peraltro conferito il giusto rilievo all'elemento del consenso. In quella sede, le due nozioni venivano ben perimetrare, precisando che l'iniziativa del datore di lavoro non può configurare il criterio discretivo tra l'ipotesi del licenziamento in senso stretto e quella delle cessazioni assimilate, in quanto – a parere dell'Avvocato Generale – l'iniziativa del datore sarebbe presente in entrambe le ipotesi. Dunque, al fine di dotare di senso la coesistenza delle due disposizioni, «bisogna ritenere che il secondo comma [dell'art. 1 della direttiva] voglia alludere ad altro»²⁹ e, in specie, «che esso voglia riferirsi ai casi in cui il rapporto di lavoro cessa, sì, a seguito di un'iniziativa del datore di lavoro, ma con il consenso del lavoratore, nelle ipotesi in cui quest'ultimo viene incoraggiato a prestare tale consenso (per es., in cambio di vantaggi fi-

²⁹ Proseguono le conclusioni dell'Avvocato Generale nei termini che seguono: «Ciò risulta, seppur solo indirettamente, dall'ottavo considerando della direttiva, secondo il quale «per calcolare il numero di licenziamenti previsti nella definizione di licenziamenti collettivi ai sensi della presente direttiva occorre assimilare ai licenziamenti altre forme di cessazione del contratto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro». Dall'aggettivo «altre» interposto tra «licenziamenti» e «forme di cessazione del contratto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro» si desume che anche i licenziamenti in senso proprio possono essere caratterizzati dall'iniziativa del datore di lavoro».

nanziari)». Secondo tali conclusioni, che appaiono condivisibili, le cessazioni assimilate dovrebbero differenziarsi «dal licenziamento in senso proprio [...] perché c'è il consenso del lavoratore, consenso che manca invece nel licenziamento vero e proprio».

La sentenza *Pujante Rivera* – mediante una riesumazione delle poco limpide definizioni contenute nella pronuncia del 2004 (conviene ripeterlo, diverse dalle considerazioni rese dall'Avvocato Generale nella medesima causa) – ha inteso il «consenso» in maniera diversa da quanto appena proposto, ritenendo che, ove il lavoratore venga in vario modo spinto ad assecondare l'iniziativa datoriale ovvero egli stesso provochi la cessazione del rapporto di lavoro a fronte di modifiche sostanziali già attuate per via unilaterale, il consenso di questi sarebbe solo apparente. Ma ciò non significa che la volontà del lavoratore sia stata coartata o viziata, per cui non può condividersi che in tali casi il lavoratore – solo perché mosso a concludere il rapporto dall'esistenza di contropartite economiche (erogate direttamente dal datore di lavoro o dal sistema di sicurezza sociale) – non presti un consenso libero all'operazione negoziale.

Peraltro, come si anticipava, la giurisprudenza che ha equiparato siffatte modifiche del rapporto a un licenziamento obbliga a fare i conti con un altro concetto di non immediata comprensione.

Le sentenze della Corte di Giustizia, e anche l'arresto di legittimità del 2020, precisano infatti che non ogni modifica vale a integrare la nozione di licenziamento in esame, dovendosi valutare se questa possa dirsi «sostanziale» e se investa uno degli elementi essenziali del contratto. E, anche a voler considerare agevole la valutazione in ordine alla ricorrenza del secondo requisito, resta imprecisato il concetto di sostanzialità della modifica.

E, in effetti, è forse questo il punto maggiormente critico della giurisprudenza unionale e degli arresti da essa germinati in ambito domestico, i quali consegnano agli interpreti un ulteriore elemento di incertezza.

Anzi, più di uno.

Se, infatti, la nozione di licenziamento viene ampliata nei termini sopradetti, non si tratta comunque di un'estensione senza confini, posto che essa deve continuare a convivere con la nozione di «cessazione assimilata», esistendo fra le due una limitazione reciproca.

La seconda incertezza riguarda allora l'interpretazione di tutte quelle ipotesi risolutorie, finora considerate quali mere cessazioni assimilate, come le dimissioni incentivate e le risoluzioni consensuali accompagnate da erogazioni monetarie.

Quanto al primo elemento di incertezza, la Corte di Giustizia con le sentenze del 2017 ha fornito qualche spunto per tentare di meglio perimetrare il concetto di modifica sostanziale³⁰. Ma, si tratta pur sempre di particolarità fattuali riguardanti gli specifici casi giudicati e dunque poco utili per tentare di enucleare, anche procedendo per via induttiva, un principio guida di carattere generale. Parimenti, la pronuncia di Cassazione del 2020 non soccorre, posto che nella

³⁰ V. spec. i punti 26, 27, 28 e 32 della sentenza *Socha* e i punti 29, 30 e 31 della sentenza *Ciupa*.

motivazione, come si è già sottolineato, nulla emerge in merito ai caratteri della modifica del luogo di esecuzione della prestazione ivi denunciata.

In merito al secondo elemento di incertezza, invece, nessuno degli argomenti emersi dalla sentenze finora passate in rassegna consente di fugare il dubbio che forme di risoluzione del rapporto di lavoro accompagnate da incentivi finanziari vengano interpretate quali veri e propri licenziamenti e non come cessazioni assimilate (Venditti 2016, 13), quand'anche l'intenzione di licenziare non venga mai esteriorizzata, con possibile pregiudizio per la tenuta di tali accordi e di eventuali licenziamenti individuali disposti nello stesso ambito temporale.

In definitiva, sembra che la scelta della Corte di Giustizia di rivisitare l'interpretazione dell'art. 1 della direttiva abbia ingenerato una serie di criticità ermeneutiche che, a legislazione invariata, finiscono per complicare il sistema dei licenziamenti collettivi.

Emergono, d'altro canto, una serie di ragioni che suggerirebbero di interpretare in maniera più rigorosa l'elemento del consenso, al fine di guadagnare una maggiore nettezza nella fissazione del confine tra i licenziamenti e le cessazioni assimilate. E si tratta di argomenti di natura: *i.* letterale, poiché la direttiva vuole distinguere in maniera netta le due ipotesi (licenziamenti e cessazioni assimilate) e dunque non può condividersi una giurisprudenza che non adoperi la medesima chiarezza; *ii.* sistematica, poiché secondo la giurisprudenza della Corte l'elemento discrezionale tra le due ipotesi in esame sarebbe rappresentato dalla sostanzialità della modifica disposta unilateralmente dal datore di lavoro, ma si tratta di un concetto vago e indeterminato³¹ che non consente di tracciare una linea di separazione nitida tra licenziamenti e cessazioni assimilate e che dunque meriterebbe di essere abbandonato; *iii.* pratica, poiché sulla base dei principi affermati dalla giurisprudenza unionale e qui sottoposti a critica, viene resa ancora più confusa una normativa la cui applicazione già non risulta piana quanto a una ricca serie di elementi.

Per converso, il sistema guadagnerebbe in razionalità e chiarezza ove si conferisse al consenso formalmente espresso il carattere di elemento discrezionale, cosicché in assenza assoluta di manifestazione del consenso da parte del lavoratore verrebbe integrato un «licenziamento», mentre ove il consenso venga in qualsiasi maniera lecita «incoraggiato» dovrebbe trattarsi di «cessazione assimilata». Se, poi, il lavoratore si determinasse in maniera del tutto autonoma a recedere dal rapporto – si pensi al caso di dimissioni rassegnate in difetto di qualsiasi forma di incentivo monetario o più semplicemente contestuali al licenziamento collettivo – non potrebbe considerarsi integrata neppure la nozione di «cessazione assimilata».

La ricostruzione proposta sarebbe altresì compatibile con quelle letture³² che hanno posto l'accento sulla manifestazione dell'intenzione di licenziare quale momento in cui viene a perfezionarsi la relativa nozione, dacché quando il da-

³¹ In questi termini anche T. Pesaro, 31 gennaio 2024, cit.

³² Gaudio 2022, 73 sgg.

tore di lavoro esteriorizzi l'intenzione di procedere a un licenziamento collettivo (cui deve essere equiparata, come visto sopra, l'intenzione di procedere a un licenziamento individuale per g.m.o., *ex art. 7, l. n. 604/66*) deve desumersi che sia stata maturata la volontà di cessare il rapporto senza il consenso del lavoratore, a nulla rilevando che in un successivo momento tale consenso potrebbe poi essere manifestato. Per converso, ove l'intenzione di licenziare, ossia di cessare il rapporto senza il consenso del prestatore, non venga mai esternata, poiché il datore si limita ad assumere iniziative volte alla continuazione del rapporto (es. la modifica di un elemento, anche essenziale), si verserebbe in ipotesi di «cessazione assimilata».

6. Osservazioni conclusive

La disamina intorno alla nozione di licenziamento collettivo ha consentito di mettere a fuoco una fra le questioni che maggiormente insidiano la razionalità di fondo del sistema delineato dalla l. n. 223/91, ingenerando altresì incertezza applicativa, come reso evidente dalle soluzioni ondivaghe proposte dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

Sembra che la normativa abbia resistito in maniera accettabile ai profondi mutamenti del panorama socio-economico, anche grazie all'opera meritoria della giurisprudenza e ad alcuni ritocchi legislativi³³, ma al momento attuale occorrerebbe un ulteriore intervento di aggiustamento. Non tutte le aporie registrate sono infatti superabili per via esegetica, abbandonando orientamenti poco convincenti, come quelli criticati in merito alla nozione su cui si è puntato il fuoco dell'analisi nel presente scritto.

Per il soddisfacente scioglimento di alcuni dei nodi problematici non ancora risolti appare necessario che il legislatore si determini a intervenire, facendo buon governo di quell'approccio volto a promuovere un equilibrato bilanciamento di forze (Del Punta 1997, 11) che fu proprio della riforma del '91 e che consentirebbe – attraverso il reciproco e pertanto compromissorio temperamento fra le esigenze di tutela dei lavoratori e le ragioni dell'impresa – di prendere in carico anche fenomeni fino ad ora sprovvisti di una specifica regolamentazione. È infatti evidente il tentativo delle corti di estendere l'ambito di applicazione delle procedure di informazione e consultazione anche verso fenomeni «altri», che ad oggi restano esclusi dall'obbligo del confronto sindacale. Purtuttavia, non si ritiene condivisibile che un tale obiettivo possa essere ottenuto forzando l'interpretazione del dato testuale, e in specie della nozione di licenziamento. Se è emersa, come messo in luce da alcune delle sentenze citate, la necessità di disciplinare con norme apposite i trasferimenti collettivi, non può pensarsi di estendere a essi la disciplina *ex l. n. 223/91* solo perché trattasi di «modifiche sostanziali» di un elemento essenziale del rapporto. La legge sui licenziamenti collettivi è pensata per governare cessazioni di personale vo-

³³ In particolare la l. n. 236/1993 e il d.lgs. n. 151/1997.

lute dall'imprenditore e non atti che sono adottati, spesso non solo formalmente, con l'opposto fine di conservare i posti di lavoro. È, insomma, il legislatore e non i giudici, con i pur meritori tentativi noti nel dibattito³⁴, che deve occuparsi di approntare nuove regole di partecipazione e informazione congiunta atte a presidiare fenomeni per i quali ancora non è previsto alcun obbligo legale di coinvolgimento degli attori collettivi.

L'auspicio che si può formulare è che qualsiasi intervento di riordino sia coltivato nel segno di quella razionalità di sintesi più volte predicata da Riccardo Del Punta (Vallauri 2024, 241 sgg.), senza la quale ogni soluzione immaginata e attuata corre il rischio di rivelarsi pericolosamente precaria.

Riferimenti bibliografici

- Alessi, C. 1995. "Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina." *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* I: 225 sgg.
- Ballestrero, M.V. 1985. *Cassa integrazione e contratto di lavoro*. Milano: FrancoAngeli.
- Carabelli, U. 1990. *Crisi, impresa, lavoro*. Bari: Cacucci.
- Carabelli, U. 1994. "I licenziamenti per riduzione di personale." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 236 sgg.
- Carabelli, U., e S. Giubboni. 2013. "Il licenziamento collettivo." In *Flessibilità e tutele nel lavoro*, a cura di P. Chieco. Bari: Cacucci.
- Corti, M. 2020. "Applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi: conta anche la risoluzione consensuale a seguito di una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, disposta unilateralmente dal datore." *Diritto delle relazioni industriali* IV: 1154 sgg.
- D'Antona, M. 1992. "I licenziamenti per riduzione di personale nella L. 223/91." *D&L: Rivista critica di diritto del lavoro*, 317-24.
- Del Punta, R. 1983. "I licenziamenti collettivi per riduzione di personale." *Giustizia Civile* II: 55 sgg.
- Del Punta, R. 1993. "I licenziamenti collettivi." In *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, a cura di M. Papaleoni, R. Del Punta, e M. Mariani, 241. Padova: Cedam.
- Del Punta, R. 1997. "La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico." *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 9 sgg.
- Galantino, L. 1984. *I licenziamenti collettivi*. Milano: Giuffrè.
- Gambacciani, M. 2017. *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*. Roma: Roma Tre-Press.
- Gaudio, G. 2022. "Licenziamenti collettivi: la nozione di «licenziamento» nel dialogo tra la Corte di Giustizia e la Corte di Cassazione." *Labor* I: 55 sgg.
- Giubboni, S., e A. Colavita. 2015. "I licenziamenti collettivi dopo le controriforme." *Questione Giustizia* III.
- Mazzotta, O. 2012. "Licenziamento collettivo." In *Enciclopedia del diritto. Annali*, V, 769-71. Milano: Giuffrè.
- Mazzotta, O. 2022. *Diritto del lavoro*. Milano. Giuffrè Francis Lefebvre.

³⁴ Cfr. T. Napoli, 4 gennaio 2022, cit.

- Miscione, M. 1991. "I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità." In *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. Carinci. Napoli: Jovene.
- Montuschi, L. 1991. "Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla l. n. 223 del 23 luglio 1991." *Rivista italiana di diritto del lavoro* II: 413 sgg.
- Muratori, L.A. 1756. *Delle riflessioni sopra il buon gusto nelle scienze e nelle arti*. Venezia: Presso Guglielmo Zerletti.
- Natullo, G. 2004. *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*. Milano: FrancoAngeli.
- Natullo, G. 2020. "Sub artt. 4, 5, 17, 24, l. 23 luglio 1991, n. 223." In *Codice commentato del lavoro*, a cura di R. Del Punta e F. Scarpelli. Milano: Wolters Kluwer.
- Renzi, S. 2017. "Licenziamento collettivo: in caso di inadeguata comunicazione delle modalità applicative dei criteri di scelta, il vizio resta di natura formale." *Labor* II: 177 sgg.
- Scarpelli, F. 1997. "La nozione e il controllo del giudice." *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*.
- Spagnuolo Vigorita, L. 1992. "I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella recente legge n. 223/91: la fattispecie." *Diritto delle relazioni industriali* 202 sgg.
- Vallauri, M.L. 2024, *Un Ricordo di Riccardo Del Punta: studioso e maestro, in Le dimensioni spazio temporali dei lavori – Atti Giornate di studio Aidlass di Campobasso, 25-26 maggio 2023*. Milano: La Tribuna, 441 sgg.
- Vallebona, A. 1992. "Il licenziamento collettivo per riduzione di personale." *Massimario di giurisprudenza del lavoro* 431 sgg.
- Venditti, L. 2016. "Le soglie del licenziamento collettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia." *temilavoro.it* 8, 1.

Riccardo Del Punta, the Capability Approach and Reflexive Labour Law

Ralf Rogowski

1. Introduction

Riccardo Del Punta did not just occupy a unique position in Italian labour law with his innovative liberal stance but gained a growing international reputation in the later stages of his career. This was mainly due to his pioneering use of the Capability Approach (CA) in labour law.

I got to know Riccardo Del Punta through discussions while he was working on his article on the relationship between labour law and the CA for the *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. This article had a longer period of gestation and was finally published in 2016 (Del Punta 2016). In these discussions, we started our animated explorations of similarities and differences between the CA and my own theory of Reflexive Labour Law (RLL). Our exchanges led to what I consider a real friendship and we started to mutually be visiting and inviting each other to participate in events in Florence and Warwick.

These exchanges included a memorable visit of Riccardo Del Punta in May 2018 at the University of Warwick where he was granted a scholarship and a two-week fellowship at Warwick's Institute of Advanced Studies (IAS). The highlight of this period was a workshop organised at the IAS on the occasion of his fellowship. The workshop was entitled Labour Market Policy and Labour Law Reform: Tensions and Opportunities. It brought together an interdisciplinary group of well-known labour lawyers, sociologists,

Ralf Rogowski, University of Warwick, United Kingdom, R.Rogowski@warwick.ac.uk, 0000-0003-3493-4074

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Ralf Rogowski, *Riccardo Del Punta, the Capability Approach and Reflexive Labour Law*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.62, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 991-1000, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

and researchers in industrial relations and labour market policy. The gathering led to a publication, a special issue of the *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, jointly edited by Riccardo Del Punta and me (Del Punta and Rogowski 2019).

In the following I shall continue the discussion I had with Riccardo Del Punta about the relationship between RLL and CA in labour law which sadly now has to carry on without his interventions. In the following I shall briefly discuss the CA and Riccardo Del Punta's understanding of it, followed by a short outline of main tenets of RLL (and similarities with the CA) and ending with some comments on overlaps and differences between the CA and RLL as Riccardo Del Punta saw it.

2. Riccardo Del Punta and the Capability Approach

Riccardo Del Punta's approval of the CA is based on his belief that labour law needs a normative basis. Many of his publications are indeed concerned with values and normative concepts underlying labour law. The areas in which he discussed labour law values and which he covered in his writings include equality and labour law (Del Punta 2002), the meaning of a responsible labour law (Del Punta 2012) as well as the negative impact of neo-liberal economic policies (Del Punta 2002 and 2015) and the social media (Del Punta 2019a) on labour law and workers' rights.

His thoughtful approach to labour law, which is based on normative assumptions and focusses on the importance of values also characterises his method of teaching and guides his well-known textbook on Italian labour law and his numerous interventions in policy debates on labour law. I shared with Riccardo Del Punta an interest in critically assessing the policy context surrounding labour law reform and in particular labour market reforms on which he commented regularly (Del Punta 2004 and 2019b).

Riccardo Del Punta's search for a normative basis and values on which a liberal concept of labour law is based found a main answer in Amartya Sen's capability approach and Martha Nussbaum's elaboration of this approach. Let me briefly outline the basics of this theory (the following outline of the CA is based on Deakin and Rogowski 2011). Sen argues that policies and institutions should be evaluated by reference to how far they enhance individual capabilities, which Sen defines as the degrees of substantive freedom that enable individuals to achieve the subjectively-defined states of wellbeing that he calls 'functionings' (Sen 2009). Economic growth, on the one hand, and legally guaranteed rights, on the other, are only means to the greater end of securing individual well-being in this sense. Nussbaum more explicitly argues that policy should aim to fulfil certain objectively-defined developmental goals which include 'life', 'bodily health', 'bodily integrity', 'play', the 'ability to control one's environment', and 'affiliation' (Nussbaum 2000). Nussbaum's list of core capabilities can be seen as having a dual source: it is based, on the one hand, on empirical observation and experience concerning the basic conditions for human well-being in all so-

cities, while, on the other, giving expression to social and economic rights set out in fundamental legal texts including the UN Declaration on Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. More explicitly than Sen, Nussbaum argues that legal and other institutions of a given polity should be designed with the aim of ensuring that a threshold level of well-being is achievable for all its citizens. Sen and Nussbaum share a common focus on individual freedom as the end or goal of social policy, rather than as a means to another end such as economic growth or market efficiency.

Sen's analysis emphasises the value of learning and deliberation over the goals of policy and the role of context in shaping the substantive elements of the CA. He does not set out in detail a conception of the goals which social policy should aim for. He does however provide some discussion on the contribution of markets in general and labour markets in particular to the enhancement of capabilities. In *Development as Freedom* (Sen 1999), he argues that individuals have reason to value certain freedoms which labour markets provide. Access to waged labour is an important capability for groups which have traditionally been subject to social discrimination and exclusion from participation in economic activity beyond the structure of the family. In Sen's work this argument is addressed to the case of developing countries in which labour markets are still in a process of formation, but the claim that labour market access is a significant capability in its own right is one with wider resonance. Sen's argument can be extended in the context of industrialised societies to argue the case for labour market institutions which provide alternatives to more traditional forms of risk allocation (social security law as an alternative to the family and access to the land), or more coercive ones (such as the poor law), and which seek to remove barriers to market access in the form of social discrimination (Deakin 2009). Extending this argument further, it can be argued that labour law rules have an egalitarian or solidaristic orientation, and are supported by democratic institutions which ensure a voice in the political process for groups most exposed to social and economic risks. This implies a role for labour law in not just mitigating the effect of social risks, but in establishing the conditions for effective deliberation in and beyond the workplace, through support for independent trade unionism and other forms of autonomous worker organisation, and for the principle of freedom of association in the context of collective bargaining and the right to strike (Kolben 2016).

In his work on justice (Sen 2009) Sen analyses to a considerable extent normative theories of justice but does not go into detail on the kinds of legal techniques needed to implement policy initiatives drawing on the capability approach. Thus, the kind of legal order implied by the capability approach has to be inferred from his wider body of work, and possible complementarities identified between Sen's arguments and insights from the sociology and economics of law (see Deakin and Supiot, 2009). The starting point here is to consider the role of what Sen calls 'conversion factors'. These are features of the physical or societal environment which assist the conversion of individuals' endowment into functionings. In introducing the idea of conversion factors, Sen stresses that individual well-being is only partially linked to a given person's physical capa-

bilities; it depends on a context which is societal, or to be more precise, institutional, in nature. Particular institutions, including those of the legal system, may assist, or frustrate, the process by which individuals realise their desired states or goals. This implies an active role for the legal system in supplementing the operation of markets.

Riccardo Del Punta was in many ways endorsing these basic assumptions of the CA (Del Punta 2016 and Del Punta 2019c). In fact, he saw the emphasis on individual capabilities and rights as a way to overcome the crisis of the foundations of modern labour law. In addition to Sen's view on contextualising the labour market, he saw the CA as means to address unequal power relations (Del Punta 2020). For him the CA was a valuable way to address the age-old topic of an unequal employment contract by justifying state intervention on the basis of protection of individual rights. In this way the CA contributes to avoid a neoliberal decline of labour law and serves as the basis of its regeneration (Del Punta 2015).

3. Reflexive Labour Law and the Capability approach

The theory of reflexive law and the CA share a number of basic assumptions. Their understanding of the relationship between the legal system and the market rests on three linked propositions. The first is that markets are not self-constituting. Markets, whether the 'labour market' understood in abstract terms, or the EU's 'internal market', rest on institutional underpinnings. Thus, there is a role for the legal framework as a 'conversion factor' which both creates and also regulates market-based forms of exchange. The reflexive law theory adds that the relationship between the legal system and the economy is one of coevolution and mutual constitution. The operational autonomy of the systems does not contradict their adjustment, through co-evolution, to each other, and their mutual adjustment over time to a common societal environment.

A second proposition of the CA and reflexive law is that the exercise of individual choice in market settings rests on institutional capacity-building. Individual market access is not simply a matter of being left alone by the state ('negative freedom'), but of having the substantive capacity to act which is implied by having access to certain social rights which the legal order recognises and protects ('positive freedom'). These include the rights recognised by private law in its limited, nineteenth-century sense, such as the right to hold property and to make contracts: *capacitas* in the narrow legal sense of the term. But they also extend to the rights which the modern welfare state seeks to guarantee, such as access to health care and education, membership of mutual or social insurance schemes for offsetting social and economic risks arising from labour-market participation, and participation in meaningful work: *capacitas* in the broad sense (Deakin and Supiot 2009). The transitional labour market concept, a key example of the empirical relevance of RLL (Rogowski 2015, ch. 6), rests on similar assumptions.

The third proposition is that in identifying the conditions for the effective coevolution of market-based and law-based institutions, a reflexive or learn-

ing-based conception of regulation or governance is to be preferred to one based on a 'one size fits all' approach. The legal system can be understood as codifying and embedding solutions to collective coordination problems. These are more likely to endure when they are the result of a learning process based on a diversity or multiplicity of viable models, and on the mobilisation of the knowledge available to the actors concerned. At this point, reflexive law theory intersects with Sen's open-ended and learning-based conception of capabilities.

Especially the third proposition is of central concern for of RLL. The main contribution of reflexive law theory to the analysis of labour law has been to offer an approach to analysing different regulatory techniques. 30 years after the publication of the book entitled *Reflexive Labour Law* (Rogowski and Wilthagen 1994), its claim that a new labour law theory is needed to match the complexity of labour law systems in the modern world with an adequate theoretical design is still equally relevant (Rogowski 2024). RLL is based on modern sociological systems theory and on post-structuralist approaches to law and society. It transforms the insights of these disciplines into questions which are relevant for the sociology and theory of law. The core of its approach is to view the legal system as an autonomous social system, located within society on the same plane as the economy or the political system (Luhmann 1995 and 2004; Teubner 1993). In common with these other societal function systems, the legal system is ultimately guided by the need to protect its own autopoiesis, that is, its self-referentiality and self-reproduction. The recognition of this fact provides the basis for a realistic assessment of the limits, but also the possibilities, of law as a mechanism for social change.

The autonomy of the legal system is the precondition for the impersonal and abstract administration of justice, and for the institutional channelling of the state's monopoly on the use of force which is associated with the idea of the state based on the 'rule of law' or *Rechtsstaat*. Dissolving the boundary between the legal system and its external context would be counter-productive, as it would involve sacrificing the abstract and impersonal character of legal rules and their application (Zumbansen 2008). To the extent that law loses this autonomy, it comes to operate increasingly as the pure expression of political power, or as the simple manifestation of economic advantage in the terms of trade set by the market (Supiot 2010). At the same time, law's separation from other function systems constrains its use as an instrument of social and economic policy-making and insulates it from societal influences which would ensure its more effective alignment with its economic and political context. This is particularly problematic for areas of law such as labour law which are shaped by instrumental policy concerns and evaluated by reference to their social and economic impacts. The solution lies not in denying the possibility that law can influence, and be influenced by, its external context, but in finding institutional means to express the reality of law's autopoietic nature.

In the autopoietic approach to the study of social systems, a function system such as law or the economy is said to be 'operationally closed' but 'cognitively open' (Luhmann 1992). 'Operational closure' means that the system reproduces

itself entirely by reference to its own internal structures and modes of operation: from the internal viewpoint of those involved in the operation of legal acts such as legislation or adjudication, only law can produce law. ‘Cognitive openness’, on the other hand, implies that the system evolves over time by reference to an external context which consists of other, similarly constituted sub-systems. Systems are inherently dynamic: they are capable, through their own internal processes, of variation or mutation, and they respond, albeit imperfectly, to selective pressures coming from their social environment to which they are linked by mechanisms of ‘structural coupling’. In this way, law, politics and the economy can be said to ‘co-evolve’, that is to say, to evolve by response to privileged irritations which each constitute for the other. The fit between them is incomplete, since ‘structural coupling’ can only produce various degrees of perturbation between systems, to which the operational processes of self-reproduction may or may not respond in direct terms.

When conceptualising social systems as operationally closed systems of communication, it becomes possible to understand how different communication systems operate with different types of regulation. Furthermore, attention can be directed to the important relationship between modes of external regulation and processes of self-regulation (Bothfeld and Kremer 2014). This can be demonstrated by analysing the relationship between labour law and industrial relations. Although labour law forms part of the legal system and is thus constituted by legal communication, collective agreements and collective bargaining belong to the self-regulatory structure of the industrial relations system and are foremost constituted by industrial relations communication (Rogowski 2015, ch. 3). What is known in continental European labour law orders as ‘collective labour law’ is, in most cases, based on an understanding of the beneficial role of social partners in achieving public goods (Dukes and Cannon 2016). It is based on a relatively sophisticated notion of voluntarism and state abstentionism and reveals elements of reflexivity in the political and legal approach to regulating industrial relations. Collective labour law supports industrial relations. A good example of this is the constitutional protection granted to industrial relations in Germany, which imposes a duty on public authorities to guarantee the autonomy of collective bargaining (*Tarifautonomie*). Autonomy of collective bargaining (art 9 abs 3 of the Basic Law) guarantees industrial partners’ freedom to negotiate collective agreements without state interference, and this constitutional right includes protection of engagement in collective actions (strikes and lockouts) that are needed in order to reach settlement (Müller-Jentsch 2018). From a social systems perspective, it is a form of governing collective violence. Strike law limits the use of collective action to the industrial relations system, thereby protecting politics and other spheres of society from the interference of collective bargaining.

The theory of reflexive law argues that the legal system becomes consciously reflexive when it recognises that the societal domains which it purports to regulate, and to which it also seeks to respond, are themselves independent autopoietic systems, which have arisen from the most pertinent characteristic of

modern society, namely functional differentiation. The separation of law and politics from each other and from the sphere of the market creates the possibility of a decentred social structure, in which power is diffused among a number of autonomous but mutually linked institutions. On this basis RLL applies Niklas Luhmann's notion of reflexivity and Gunther Teubner's insights on limits and new directions of legal regulation to labour law. RLL is both a theory and a description of labour law operations (Rogowski 2015 and 2024). It describes a stage in the development of modern labour law at which labour law realises its systemic limits regarding the regulation of other social systems. Furthermore, labour law detects, at this reflexive stage, a source of strength in its capacities for regulation of self-regulation.

In practice this means accepting that law is both enabled and constrained by its autopoiesis. The realisation of its autopoietic nature becomes the source of innovation in the legal system when law and in particular labour law have to find new ways of regulating self-regulation. RLL emphasises the importance of procedure and soft law as facilitative and supportive instruments in regulating self-regulation (Rogowski 2016). The future of labour law is linked to its ability to switch from traditional top-down and command-based regulation to a form of regulation that is based on long-term dialogue of equal partners in which law offers to support self-regulation in forms of code of practices, mission statements or corporate social responsibility schemes.

Thus, RLL advocates an identity shift of labour law from an imposing to a facilitating force in society. RLL also sheds new light on the origins of labour law: and its evolution within the modern legal system. It explains the development of the field of labour law can be explained by the concept of functional differentiation. Labour law is the product of differentiation within the legal system and specific reflexive processes within it. In fact, labour law initially evolves as a subsystem of a national legal system, largely in reaction to legal perceptions of the facilitative role of law within industrial and employment relations (Rogowski 2020).

4. Conclusion: The link of the CA and RLL according to Riccardo Del Punta

Riccardo Del Punta was mainly concerned with CA as a theoretical mean to respond to the crisis of labour law as he saw it. However, he realised links and the potential of RLL in his capability-based theoretical endeavours. He was particularly interested in the new understanding of regulation offered by the reflexive law theory. RLL argues that for labour law to be successful it needs to support self-regulation in the economy and industrial relations (see Rogowski 2015, ch. 3 and Rogowski 2019a). This approach has concrete implications for regulatory design. Its starting point is that in seeking to influence other autopoietic systems which are operationally closed to their environment, the legal system must have resort to indirect means of regulation. Legal intervention is dependent for its success on self-regulation within the systems which are the target of legal initiatives. Thus, the law can only work in so far as it facilitates self-reflexion and self-regulation in the regulated field.

In his central analysis of the CA in «Labour Law and the Capability Approach», Riccardo Del Punta agreed with RLL that «the kind of regulation that is more functional with the CA is a reflexive or learning-based conception of regulation or governance, ... i.e., regulation of self-regulation» (Del Punta 2016, 400). He was aware that for the attainment of his normative labour law objectives an adequate enforcement mechanism is required and, in this context, he embraced RLL.

We can conclude from our survey of intersection between the CA and RLL as Riccardo Del Punta saw it that there are three areas of overlay. There is in the first place the acknowledgment that the function of labour law is fundamentally changing because of new forms of employment, technological innovations at the workplace and variations in expectations towards life courses. Second, there is the need to strengthen individual social rights to manage transitions and switches of social statuses during the life course and thirdly and probably the area where the CA and RLL are most fruitfully overlapping is the need for adequate new forms of regulation that enable to challenge the crisis in the foundation of labour law.

References

- Bothfeld, Silke and Stefanie Kremer. 2014. "Reflexive Regulation of Employment Conditions: A Good Way to Reconcile Economic Efficiency with Social Protection?." In Henriette Sinding Aasen, Siri Gloppen, Anne-Mette Magnussen and Even Nilssen (eds) *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*. Cheltenham: Edward Elgar, 43–59.
- Deakin, Simon. 2009. "Capacitas: Contract Law, Capabilities, and the Legal Foundations of the Market." In Simon Deakin and Alain Supiot (eds) *Capacitas: Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*. Oxford: Hart, 1–30.
- Deakin, Simon and Ralf Rogowski. 2011. "Reflexive Labour Law, Capabilities and the Future of Social Europe." In Ralf Rogowski, Robert Salais, and Noel Whiteside (eds.) *Transforming European Employment Policy – Labour Market Transitions and the Promotion of Capability*. Cheltenham: Edward Elgar, 229-254.
- Deakin, Simon and Alain Supiot (eds.). 2009. *Capacitas: Contract Law and the Institutional Foundations of a Market Economy*. Oxford: Hart.
- Del Punta, Riccardo. 2002. "What has equality got to do with Labour Law? An Italian perspective." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 18, 2: 197-214.
- Del Punta, Riccardo. 2004. "Biagi's reform and its implications for the Italian labour market." *Employment Law Bulletin* 10, 8: 85-94.
- Del Punta, Riccardo. 2010. "The Economic Challenge to Labour Law." In Giuseppe Casale and Adalberto Perulli (eds.) *Compliance with Labour Legislation: its efficacy and efficiency*, Working Document Number 6, Labour Administration and Inspection Programme LAB/ADMIN, ILO, Geneva, 5-16.
- Del Punta, Riccardo. 2012. "Per un diritto del lavoro «responsabile»." In Gianni Vattimo, Pasquale Davide de Palma and Giuseppe Iannantuono (eds.) *Il lavoro perduto e ritrovato*. Milano, Udine: Mimesis, 51-76.
- Del Punta, Riccardo. 2015. "Labour Law on the Edge: Neoliberal Decline or Regeneration?" In Proceedings of the Twelfth International Conference in

- Commemoration of Marco Biagi, *Labour and Social Rights: An Evolving Scenario*, Collana Fondazione Marco Biagi: Giappichelli, 121-138.
- Del Punta, Riccardo. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 32, 4: 383-405.
- Del Punta, Riccardo. 2019a. "Social Media and Workers' Rights: what is at Stake?" *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 35, 1: 79-100.
- Del Punta, Riccardo. 2019b. "Labour market reforms and beyond: the Italian case." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 35, 3: 355-378.
- Del Punta, Riccardo. 2019c. "Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?" In Brian Langille (ed.), *The Capability Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 82-102.
- Del Punta, Riccardo. 2020. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, Tiziano Treu (eds.), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, Milano: Il Mulino, 2020, 27-39.
- Del Punta, Riccardo and Ralf Rogowski. 2019. "Introduction – Labour Market Policies and Labour Law Reform: Tensions and Opportunities." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 35, 3: 279-283.
- Dukes, Ruth and Catriona Cannon. 2016. "The Role of Social Partners." In Alan Bogg, Christina Costello and ACL Davies (eds), *Research Handbook on EU Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 89-113.
- Kolben, Kevin. 2016. "Labour regulation, capabilities, and democracy." In Colin Fenwick and Shelley Marshall (eds.) *Labour regulation and development: Socio-legal perspectives*, Geneva: ILO, 60-81.
- Luhmann, Niklas. 1992. "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System." *Cardozo Law Review* 13, 5: 1419-41.
- Luhmann, Niklas. 1995. *Social Systems*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Luhmann, Niklas. 2004. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- Müller-Jentsch, Walther. 2018. *Tarifautonomie: Über die Ordnung des Arbeitsmarktes durch Tarifverträge*, Wiesbaden: Springer VS.
- Nussbaum, Martha. 2000. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rogowski, Ralf. 2015. *Reflexive Labour Law in the World Society*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Rogowski, Ralf. 2016. "Regulation of Self-Regulation in British Labour Law." In Peter Collin (ed.) *Justice without the State within the State Judicial Self-Regulation in the Past and Present*. Frankfurt am Main: Klostermann, 91-112.
- Rogowski, Ralf. 2019a. "Reflexive Labour Law and Industrial Relations from the Perspective of Modern Social System Theory." In Adalberto Perulli and Tiziano Treu (eds.) *The Role of the State and Industrial Relations*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 41-57.
- Rogowski, Ralf. 2019b. "Theories of Labour Law Assessed from the Perspective of Reflexive Labour Law." In Alysia Blackham, Miriam Kullmann and Ania Zbyszewska (eds), *Theorising Labour Law in a Changing World: Towards Inclusive Labour Law*. Oxford and Portland: Hart, 265-272.
- Rogowski, Ralf. 2020. "Sociology of Labour Law." In Jiří Přibáň (ed.), *Research Handbook on the Sociology of Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 346-356.
- Rogowski, Ralf. 2024. "Reflexive Regulation of Labour Law." In Alysia Blackham and Sean Cooney (eds.), *Research Methods in Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 70-83.

- Rogowski, Ralf (ed.). 2023. *The Anthem Companion to Niklas Luhmann*. London and New York: Anthem Press.
- Rogowski, Ralf and Ton Wilthagen (eds) (1994. *Reflexive Labour Law. Studies in Industrial Relations and Employment Regulation*. Deventer: Kluwer.
- Sen, Amartya. 1999. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press. Sen, Amartya. 2009. *The Idea of Justice*. London: Allen Lane.
- Supiot, Alain. 2001. *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Teubner, Gunther. 1993. *Law as an Autopoietic System*. Oxford: Blackwell. Zumbansen, Peer. 2008. "Law after the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law." *American Journal of Comparative Law* 56, 3: 769–805.

Corte costituzionale e licenziamento collettivo¹

Roberto Romei

1. La sentenza della Corte costituzionale n.7 del 2024 rappresenta l'ultimo intervento, ma solo in ordine di tempo, su un tema, potrebbe dirsi senza ironia, ormai tradizionale per la Corte, e cioè la disciplina del licenziamento: la sentenza n. 7/2024 è infatti la settima in sei anni.

L'intento riformatore che animò l'opera di Riccardo nella sua veste di consigliere della Ministra Fornero nella sua opera di revisione della disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo e che si trasfuse nella L. n. 92 del 2012 è stato profondamente rivisto dagli interventi della giurisprudenza. Sia la Corte costituzionale che la Corte di Cassazione hanno pressoché cancellato il tratto principale delle due riforme del 2012 e del 2015 e cioè la sfasatura tra il piano della valutazione sulla illegittimità del licenziamento e quello della sanzione e di conseguenza la individuazione di due categorie di vizi all'interno del genere licenziamento illegittimo, l'una che dava luogo al rimedio della reintegrazione la seconda ad una tutela solamente indennitaria. Dei quattro tipi di reazione in cui era articolato l'art. 18 solo il primo, quello connesso al licenziamento discriminatorio, può dirsi essere rimasto in piedi; mentre gli altri tre hanno subito profondi rimaneggiamenti.

Analogo discorso, sia pur in termini più attenuati, può farsi per la riforma del 2015.

¹ Lo scritto è stato anticipato sul n. 1 (2024) della *Rivista italiana di diritto del lavoro*.

Gli interventi della giurisprudenza, supportati da una parte della dottrina lavoristica, toccano snodi teorici ed argomentativi di notevole importanza, che non potranno essere ignorati da un futuro legislatore, ove mai ritenesse di risistemare l'intera disciplina, ed anche dalla dottrina lavoristica, ove mai ritenesse di ritornare sulla materia del licenziamento con intenti meno spalmati sul dato contingente e più attenti ai profili sistematici.

Per ora, tuttavia, continua la lunga serie di sentenza sulla nuova disciplina del licenziamento, tra cui, appunto la n. 7 del 2024 che si pronuncia sulla legittimità costituzionale della disciplina del licenziamento collettivo introdotta proprio dal D.lgs. n. 23/2015.

2. Per il vero la Corte, con la sentenza n. 254 del 2020² già si era pronunciata sulla disciplina del licenziamento collettivo: sempre la Corte di appello di Napoli aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 10 del d.lgs. n. 23/2015 sia con riferimento alla diversità del regime sanzionatorio differenziato «a seconda della data di assunzione» nell'ipotesi della «violazione dei criteri di scelta, avvenuta contestualmente in una medesima procedura di licenziamento collettivo tra omogenei rapporti di lavoro», sia con riferimento alla previsione, in caso di violazione della procedura o dei criteri di scelta, del solo rimedio indennitario, e cioè di «un sistema sanzionatorio ...privo dei caratteri di efficacia ed effettività della sanzione», come invece sarebbe imposto dalle fonti internazionali ed in particolare dalla CDFUE.

La Corte, come è noto, ha ritenuto la inammissibilità di entrambe le questioni.

Peraltro, la Corte di appello di Napoli si rivolse anche alla Corte di giustizia, assumendo la contrarietà della disciplina interna con quella dell'Unione Europea, e la Corte, come è noto, dapprima si dichiarò incompetente³; successivamente, quando fu il tribunale di Milano ad investirla della stessa questione, affermò la conformità della disciplina nazionale a quanto prevede la Direttiva⁴.

Ora la Corte napoletana ritorna sul punto, sollevando una questione di legittimità costituzionale articolata su tre ordini di motivi, lamentando l'eccesso di delega, la disparità tra lavoratori assunti prima o dopo il 7 marzo 2015 quanto alle conseguenze derivanti dalla illegittimità del licenziamento collettivo, ed infine, la inadeguatezza della tutela indennitaria a costituire una sanzione efficace. Questi ultimi due profili, come si è detto erano già stati affrontati dalla Corte in precedenti sentenze in tema di licenziamento, con le quali si può non consentire, ovviamente, ma che non possono o, meglio, non dovrebbero, essere ignorate⁵.

² In ADL, 2021, II, 403 ss., con nota di Pareo, *Sull'adeguatezza della tutela economica nel licenziamento collettivo illegittimo: riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 254/2020*.

³ C. giust. 4 giugno 2020, causa C – 32/20, FI., Rep. 2020, voce *Unione Europea*, n. 922

⁴ Corte giust. 17 marzo 2021, causa C-652/19, in FI, 2021, IV, 255.

⁵ La nuova rimessione alla Corte era stata in certo modo preannunciata: si veda infatti il commento della dott.ssa Musella, già Consigliera della Corte di appello di Napoli, dal significativo titolo *La partita non si chiude con la sentenza n. 254/2020*, su LDE, n. 1/2021. La stessa Corte, peraltro, aveva sollevato nel 2019 anche una terza questione di legittimità costituzio-

A parere della Corte costituzionale le questioni di legittimità costituzionale sono infondate.

A tale conclusione la Corte giunge dopo una lunga motivazione, che si segnala per la sua consequenzialità e per i misurati riferimenti alle norme costituzionali (materiale maneggiato spesso non con la cura che meriterebbe), in ciò distaccandosi dalle precedenti sentenze emesse dalla Corte sulla stessa materia, le cui motivazioni non appaiono altrettanto sorvegliate: il che, indipendentemente dall'opinione che si possa avere sulle conclusioni cui giunge la Corte, appare come un dato meritevole di essere segnalato.

Nel corso dell'ampia motivazione la Corte ripercorre le vicende che hanno interessato la disciplina del licenziamento dal 2012 ad oggi: digressione questa nella quale colpisce l'affermazione secondo cui la reintegrazione sembrava essere «una conquista irretrattabile di tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi». Frase questa di cui non è chiara la portata, e precisamente, se con essa la Corte disveli il proprio pensiero, o se si limiti a riportare quello che prima del 2012 era, invero per tutti, un dato che sembrava davvero imm modificabile.

Nel 2012 l'ordinamento ha fatto un brusco scarto, che è stato in buona misura annullato da progressivi interventi proprio della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, che hanno nella sostanza invertito la tendenza del legislatore del 2012, riportando la reintegrazione al centro del sistema sanzionatorio avverso il licenziamento illegittimo.

Nel campo di applicazione dell'art. 18 infatti, la tutela reintegratoria appare ancora oggi, ed a dispetto delle intenzioni del legislatore del 2012, il rimedio senza dubbio prevalente ⁶.

Ma l'art. 18 riguarda ormai una fetta sempre meno ampia della forza lavoro che è invece interessata, nella sua maggioranza dalla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 23/2015, oggetto del primo degli interventi della Corte costituzionale sulla disciplina del licenziamento.

È indubbio, o almeno così pare chi scrive, che l'atteggiamento della Consulta sia stato connotato da una certa riluttanza, se così si può dire, ad accettare la nuova disciplina.

La sentenza in commento sembrerebbe muoversi su un piano diverso, ma non è detto che sia davvero così.

La di poco successiva sentenza n. 22 del 2024 ha invece ritenuto che concretasse un eccesso di delega l'aver limitato la tutela reintegratoria ai soli casi di nullità del licenziamento «esspressamente» qualificati come tali dalla legge: la

nale avente ad oggetto le legittimità del regime delle spese nel processo del lavoro, questione anch'essa rigettata dalla Corte con la sentenza del 19 novembre 2020, n. 268.

⁶ Vale la pena osservare come il giudice applichi il rimedio reintegratorio anche ove, in caso di licenziamento per gmo, l'obbligo di ripescaggio non sia stato assolto, secondo un indirizzo rimasto costante, ma che nella sostanza priva di significato il comma 7 dell'art. 18 che prevede l'applicazione della tutela indennitaria nelle «altre ipotesi» in cui accerta che non sussiste il fatto alla base del licenziamento e che dovrebbero essere appunto i casi in cui l'onere del ripescaggio non è stato assolto o non lo è stato in maniera sufficiente.

Corte, infatti, osserva come nella legge delega non vi sia alcuna distinzione tra nullità testuali e nullità virtuali: il che è perfettamente vero. Come è vero però che, valorizzando la *ratio* dell'intero provvedimento si sarebbe potuti giungere a conclusioni diverse: ciò che il legislatore voleva assicurare, nel 2015 come nel 2012, era la certezza di una disciplina che riconnette il rimedio reintegratorio a quei soli casi in cui la legge espressamente, e dunque chiaramente, qualifica il licenziamento come nullo. Dunque, ancorché la lettera della legge delega non operasse alcuna distinzione, il riferimento alle sole nullità testuali si sarebbe potuto ricavare dell'impianto generale. La Corte invece ha ritenuto di non percorrere questa strada, in omaggio, forse, ad un criterio di giustizia sostanziale, per cui situazioni uguali debbono essere trattate in modo uguale, ritenuto prevalente, ancora una volta, sulle esigenze di certezza della disciplina.

3. Tornando ora alla sentenza in commento – oltre a quello dell'eccesso di delega per non essere il licenziamento collettivo riconducibile alla nozione di licenziamento economico oggetto appunto della delega – la Corte di appello di Napoli aveva sollevato tre ulteriori profili di possibile illegittimità costituzionale: la violazione della delega legislativa per contrasto con i principi enunciati dalla Carta sociale europea; la irrazionalità della differenziazione del trattamento in ragione della data di assunzione; la insufficiente efficacia dissuasiva di una tutela articolata sul solo sistema indennitario, che né appare dotata di reale efficacia dissuasiva né in grado di assicurare un ristoro effettivo del danno derivante da un licenziamento illegittimo.

Tralasciando i profili di contrasto con la Carta sociale europea, a proposito dei quale la Corte riprende le argomentazioni che già erano state svolte nella sentenza del 2018, un breve cenno merita l'altra questione sollevata dalla Corte di appello di Napoli, relativa alla irrazionalità della applicazione di discipline diverse, sulla stessa platea di lavoratori, in ragione della data di assunzione.

In verità, che vi possa essere una diversità di trattamento a causa dell'avvicinarsi di due diverse discipline che insistono sul medesimo oggetto è una conseguenza necessaria del fenomeno della successione delle leggi nel tempo. Sicché non è chiara la ragione del perché una siffatta conseguenza si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza, a meno di non voler ritenere che, fatta una legge, questa non possa più essere suscettibile di revisioni, modifiche, abrogazioni parziali, perché ciò assoggetterebbe coloro che rientrano nel campo di applicazione della nuova normativa ad una disciplina diversa dalla precedente.

Del resto, la Corte, già nella sentenza n. 194 del 2018 aveva affrontato la medesima questione, rigettandola, e nella sentenza in commento mantiene la stessa posizione.

Semmai ad essere pignoli, qualche dubbio potrebbe sollevare l'argomento di cui si serve la Corte per rafforzare la sua opinione, valorizzando l'obiettivo perseguito dal legislatore nel 2015, quello cioè di favorire l'ingresso nel mondo del lavoro. Rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro richiede interventi di ben maggiore spessore che la sostituzione di un sistema sanzionatorio con un altro. Tanto più che sarebbe stato sufficiente, senza dover ricercare motivazioni ulteriori,

limitarsi ad osservare come la coesistenza di due discipline diverse del licenziamento illegittimo, sia una conseguenza necessitata della successione di leggi nel tempo.

4. Sotto un aspetto più generale, può osservarsi come la scelta del legislatore di introdurre un forte cesura nell'apparato sanzionatorio del licenziamento illegittimo, possa dirsi avere superato l'esame di costituzionalità, ma solo a certe condizioni, che si vedranno appena sotto.

Sia nella sentenza del 2018, la n. 194, che in questa, infatti la Corte non solo ribadisce, come ha fatto più volte, che la sanzione della reintegrazione non è provvista di rilevanza costituzionale, cioè non è un meccanismo di reazione al licenziamento illegittimo imposto costituzionalmente. E ritiene, sul punto però si ritornerà più avanti, che una indennità risarcitoria, di misura variabile, possa rappresentare un efficace meccanismo dissuasivo.

Una seconda considerazione riguarda il profilo dell'eccesso di delega.

Secondo la Corte di appello di Napoli, l'art. 10 del D.lgs. n. 23/2015, allorché si occupa delle conseguenze derivanti dalla violazione dei criteri di scelta della procedura prevista dall'art. 4 della L. n. 223/1991 sarebbe incorso in un eccesso di delega a confronto di quanto disponeva l'art. 1 c. 7 della L. n. 183/1914 che aveva autorizzato il Governo ad intervenire con un decreto legislativo sulla materia dei «licenziamenti economici»: l'espressione, anzi il sintagma «licenziamenti economici», per utilizzare il lessico della sentenza, a parere sempre della Corte remittente, era da intendersi come riferito ai soli licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo.

In tema di eccesso di delega, l'orientamento della Corte è da sempre attestato su posizioni permissive, la Corte ha sempre interpretato il vincolo dei «principi e criteri direttivi» sancito dall'art. 76 Cost. in base a criteri a maglie molto larghe.

Ed infatti, anche in questa occasione, la Consulta ritiene inesistente il vizio di eccesso di delega: a tanto la sentenza perviene argomentando sia dai lavori preparatori, che dall'uso comune dell'espressione che va intesa in senso atecnico e duttile, tale da abbracciare ogni licenziamento che avvenga per ragioni oggettive o comunque indipendenti dal comportamento del lavoratore e quindi sia i licenziamenti individuali per gmo che il licenziamenti collettivi che avvengono per «ragioni di impresa» e quindi, come tali, rientrano nel novero dei licenziamenti economici.

Ma non sembra essere questa la *ratio decidendi* della sentenza: il ragionamento della Corte sembra infatti essere incentrato sul rispetto del principio di uguaglianza o, meglio, come si è detto, poco sopra, di una ragione di giustizia sostanziale, per cui casi uguali debbono essere soggetti alla medesima disciplina⁷.

⁷ La vera ragione sembra infatti risiedere nel passo in cui la Corte, al punto n. 10, osserva che la «limitazione della tutela reintegratoria [...] si è tradotta nella sua esclusione in tutti i casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo [...] Pertanto, la simmetria con il licenziamento per giustificato motivo oggettivo consente, sul piano della complessiva coerenza della disciplina risultante dall'esercizio della delega legislativa, di ritenere il sintagma «licenziamenti economici» riferito non solo ai licenziamenti individuali, ma anche a quelli collettivi».

Così è stato nel caso deciso dalla sentenza n. 59 del 2021 in cui la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittima la discrezionalità che il comma 7 dell'art. 18 attribuiva al giudice la facoltà di disporre o non la reintegrazione; o nel caso della sentenza n. 125 del 2022 che ha abrogato l'avverbio «manifestamente».

Ma così è anche per il principio enunciato dalla Cassazione⁸ che discostandosi dal precedente orientamento secondo il quale la reintegrazione poteva essere comminata in caso di insussistenza del fatto oggetto di contestazione⁹, ovvero nell'ipotesi di stretta coincidenza tra fatto contestato e fattispecie tipizzata dalla contrattazione collettiva, ha ritenuto invece che spettasse al giudice valutare il fatto nella sua oggettiva gravità e dunque sanzionare con la reintegrazione un licenziamento motivato un fatto assimilabile, quanto a gravità, ad una ipotesi espressamente presa in considerazione dal contratto collettivo, ma punita con una sanzione conservativa. E così è anche per la recentissima sentenza della Consulta, cui si accennava appena sopra, sul significato da attribuire al termine «nullità» di cui all'art. 3 comma 2 del d.lgs. n. 23 del 2015.

Il criterio della giustizia sostanziale sembra dunque rappresentare la vera ragione alla base delle incursioni della giurisprudenza sulla disciplina del licenziamento, anche a scapito di altre ragioni giustificatrici, come, ad esempio, la certezza dei casi in cui comminare la reintegrazione, o le diversità che esistono tra i tipi di licenziamento e che potrebbero giustificare la sottoposizione ad una disciplina diversa.

Significativa, ad esempio, è la sentenza n. 59 del 2021, in cui è chiaro l'intento di omogeneizzare le tutele contro il licenziamento illegittimo ove il fatto sia insussistente: la ragione della sentenza, infatti, risiede tutta nella necessità, che la Corte ammanta di rilevanza costituzionale, che i regimi di tutela siano gli stessi in ogni caso in cui in ogni caso in cui il fatto posto a fondamento del licenziamento non possa dirsi esistente, sia che esso abbia rilievo disciplinare sia che sia posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La Corte infatti, nell'occasione, si rifiuta di dare alle diversità che intercorrono tra le due fattispecie prese in considerazione ai commi 4 e 7 dell'art. 18¹⁰.

Anche la sentenza n. 194 del 2018 che a prima vista sembrerebbe muoversi in direzione diversa è ascrivibile al medesimo filone allorché ritiene irragionevole il criterio rigido stabilito dalla legge per la commisurazione dell'indennizzo all'anzianità di servizio del lavoratore licenziato perché vengono trattate in

⁸ Si legge infatti al n. 74 dell'ordinanza della Cass. Sez. VI, 27 maggio 2021 n. 14777 in q. Riv., 2021, II, 728 ss. con nota di Polito, *La seconda ipotesi di «ingiustificatezza qualificata» prevista dall'art. 18 comma 4 St.lav: tra lettura estensiva e restrittiva*: «Non solo, il suddetto orientamento, che si va sempre più cristallizzando come “diritto vivente”, rischia di entrare in conflitto col principio di uguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificato trattamento differente di situazioni omologhe, laddove preclude l'accesso alla tutela reintegratoria per le fattispecie di pari o minore gravità rispetto a quelle tipizzate dai contratti collettivi»

⁹ Ovvero nel caso della sua irrilevanza disciplinare, che è una variante della insussistenza del fatto.

¹⁰ In senso critico Tosi-Puccetti 2021; Pisani 2021, 522; Ferrante 2021, 509; Pisani 2022.

modo uguale «situazioni che possono essere – e sono in concreto – diverse» e si tradisce «la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato», essendo l'anzianità nel lavoro solo uno dei tanti fattori dai quali dipende l'entità del pregiudizio patito in concreto.

Indicazione questa di non poco conto specie se letta alla luce dell'invito, peraltro condivisibilissimo, che la Corte rivolge al legislatore a rimettere mano alla disciplina del licenziamento ormai diventata un labirinto quasi inestricabile¹¹, e che forse fornisce una qualche indicazione sugli esiti delle future pronunce della Corte sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dall'ormai onnipresente Tribunale di Ravenna e da quello di Catania¹².

5. Un altro profilo assai importante riguarda la terza questione sollevata dalla Corte remittente, circa la insufficienza di una tutela meramente indennitaria, e per di più con la previsione di un tetto massimo, a rappresentare una reale misura dissuasiva.

Alla questione è dedicata una parte non irrilevante della sentenza, dove la Corte ribadisce da un lato principi già noti¹³, evidenziando come la tutela reintegratoria non costituisca «l'unico paradigma possibile», né una misura costituzionalmente imposta. E dall'altro, come anche una tutela meramente indennitaria possa assolvere ad una funzione dissuasiva, a condizione che sia improntata ai canoni di «effettività e di adeguatezza».

Non era questa la sede: dato il perimetro del giudizio di costituzionalità, segnato dal contenuto dell'ordinanza di rimessione, la sentenza non poteva che conformarsi al precedente del 2018. Ma nondimeno la sentenza si imbatte in alcuni nodi irrisolti delle misure sanzionatorie del licenziamento illegittimo, che avrebbero meritato, non qui, ma nella sentenza del 2018, ben altro approfondimento. E che qui vale solo accennare, e nemmeno nella loro completezza.

A suo tempo, e cioè circa sei anni fa, la Corte ritenne che ancorare la misura del risarcimento ad un criterio automatico in funzione dell'esclusivo dato della anzianità di servizio fosse una misura costituzionalmente illegittima, dal momento che non consentiva di rapportare il danno alle condizioni effettive del singolo lavoratore coinvolto.

La sentenza peraltro non menzionò i diversi fattori da cui poteva dipendere l'entità del danno; ed i criteri che si rinvenivano nell'ordinamento, come ad esempio il numero dei dipendenti o le dimensioni dell'impresa, come prevede l'art. 8 della L. n. 604 del 1966, nulla hanno a che vedere con la commisurazione del risarcimento all'effettivo pregiudizio: il danno effettivo dipende infatti

¹¹ Si vedano i saggi pubblicati sul fascicolo straordinario di *VTDL*, 2024 che raccoglie di atti del Convegno di Parma del maggio 2023 sui licenziamenti individuali e collettivi,

¹² Cui fa riferimento anche Maresca nel saggio di apertura *La legittimità costituzionale delle tutele crescenti si consolida: un pre-commento a Corte Cost. 22 gennaio 2024*, n. 7

¹³ Con una dovizia di richiami alle precedenti sentenze davvero notevole.

da fattori diversi, come ad esempio, ma non solo, dalle condizioni del mercato del lavoro o dalle condizioni personali.

Va osservato ancora come la Corte, pur avendo affermato, in motivazione, che l'indennizzo minimo di quattro mensilità «è suscettibile di minare la funzione dissuasiva e non realizza un equilibrato contemperamento degli interessi», concluda in senso opposto nel dispositivo, laddove la censura di inadeguatezza della misura minima dell'indennizzo non viene accolta, giudicandosi incostituzionale il solo criterio dell'anzianità crescente. Come dire che la funzione dissuasiva si identifica con la imprevedibilità della sanzione pecuniaria.

In realtà, funzione risarcitoria della sanzione contro il licenziamento illegittimo e funzione dissuasiva sono funzioni che sembrano avere poco in comune.

La prima dovrebbe essere parametrata sulla situazione del singolo lavoratore: la seconda invece risente della diversa forza economica dell'impresa: la funzione dissuasiva è dunque minore ed a volte nulla ove l'impresa sia forte economicamente. Sicché sembra quasi, nel sistema delineato dalle sentenze della Corte, che sia l'incertezza del diritto a creare deterrenza, aumentando così la funzione dissuasiva.

La realtà è che i parametri indicati dal legislatore non sembrano avere nulla a che vedere con il danno effettivamente patito, non hanno, cioè, natura risarcitoria, ma sono espressione di una valutazione discrezionale del legislatore, come osserva la stessa sentenza in commento, che ne riconosce l'adeguatezza, sia utilizzando l'argomento (debole) della finalità cui si è ispirato il legislatore del 2015, quella cioè di incentivare l'occupazione. Sia raffrontando l'indennità stabilita dalla legge con la misura della indennità sostitutiva della reintegrazione.

I due criteri di confronto utilizzati dalla Corte non appaiono cristallini, e probabilmente non sono necessari a giustificare l'adeguatezza della indennità fissata dalla legge, che, come sembra, non assolve una funzione risarcitoria, bensì indennitaria, rappresentando una misura reattiva sotto forma sempre del compenso in denaro non rapportato però all'entità reale del pregiudizio, quanto invece influenzato dall'incidenza di circostanze speciali, che induco il legislatore a discostarsi, nella liquidazione dell'indennizzo, dal riferimento al danno, per ispirarsi ad una esigenza di soddisfazione secondo criteri in tutto o in parte indipendenti.

Dunque, una sorta di penale, cioè di liquidazione forfettizzata del danno. Ma un meccanismo indennitario, checché se ne pensi, è un meccanismo che ubbidisce al tanto vituperato criterio del *firing cost*. La situazione creatasi all'indomani delle sentenze della Corte rende il meccanismo solo più incerto.

La questione se poi l'indennità abbia o non una funzione dissuasiva, è altrettanto se non ancora più delicata. Allorché infatti si parla di funzione dissuasiva, si prescinde del tutto da risarcimento, ma si allude invece ad una sanzione che ha una funzione afflittiva nei confronti del danneggiante, e non ha lo scopo invece di ristorare il danneggiato, come accade nel danno punitivo, di problematica applicazione nel nostro ordinamento.

Un'ultima notazione.

È dubbio che tra licenziamento individuale e collettivo vi sia una differenza «ontologica». Senza scomodare Sant' Anselmo (molto popolare in verità, tra

i giudici italiani), la Corte bene avrebbe potuto, come in realtà ha anche fatto, limitarsi ad evidenziare come a maggior sostegno del rigetto della questione di costituzionalità, il licenziamento collettivo, rimane pur sempre un recesso, ma soggetto ad una disciplina del tutto diversa da quella del licenziamento individuale, perché inserito in una procedura assai complicata – come quella della L. n. 223 del 1991 cui si affianca a certe condizioni quella introdotta dai comma 224 e sgg. della L. n. 234/2021 – che inserisce il licenziamento collettivo in una cornice completamente diversa, di confronto e mediazione con le organizzazioni sindacali e con soggetti pubblici¹⁴. In verità, non tutti i gatti di notte sono bigi: a guardar bene se ne distinguono i colori, Così come, a guardar bene, è lecito distinguere le diverse ipotesi di illegittimità del licenziamento. Ove il confronto sindacale o con i soggetti pubblici si concluda con una validazione circa la sussistenza delle ragioni del licenziamento, la violazione dei criteri di scelta, a volte di non semplice applicazione, integra un vizio di minore rilevanza rispetto alla assenza del fatto alla base del licenziamento. Così come, per il licenziamento individuale per ragioni oggettive, o meglio, da ora economiche, il mancato assolvimento dell'obbligo di ripescaggio costituisce un vizio di minor rilevanza rispetto a quello dell'assenza del fatto che ne è alla base, giustificando una disciplina diversa. Come infatti, ma invano, fece il legislatore del 2012.

Riferimenti bibliografici

- Ferrante, V. 2021. “Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo.” *DRI*.
- Gambacciani, M. 2023. *Diritti sindacali partecipativi e «dovere» di contrarre*. Torino: Giappichelli.
- Pisani, C. 2021. “La riforma dei regimi sanzionatori del licenziamento per mano della Consulta.” *DRI*.
- Pisani, C. 2022. *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione, Relazione in Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Atti giornate di studio Aidlass, La Tribuna, 2023, 9 sgg.
- Tosi, P., Puccetti, E. 2021. “La facoltatività della reintegra tra disparità di trattamento ed eccesso di discrezionalità.” *q. Riv. II*: 487 sgg.

¹⁴ Per un condivisibile esame critico in ordine alla portata delle procedure previste dalla legge in caso di licenziamento collettivo si rinvia alla attenta analisi di Gambacciani 2023.

L'inquieto diritto del lavoro. Rileggendo il siddhartiano Riccardo Del Punta

Orlando Roselli

1. Riccardo Del Punta, le ragioni di una vicinanza

Le relazioni umane si nutrono anche di percorsi sotterranei: possono essere intense anche a prescindere da assidue frequentazioni e, viceversa, la quotidianità dei rapporti non produce necessariamente relazioni.

Per maturare stima per Riccardo Del Punta non era necessaria una lunga frequentazione, si coglieva d'istinto che il suo essere giurista non era solo l'esito di un percorso scientifico, ma il prodotto di una personalità refrattaria al conformismo: era questo suo modo di essere che ne favoriva una particolare attitudine allo studio ed all'insegnamento del diritto del lavoro, lo qualificava come persona e me lo faceva percepire vicino.

Riccardo non era persona scientificamente e culturalmente omologabile, perché non era psicologicamente omologabile. Una qualità preziosa per ogni studioso, in particolare per quello di discipline che sono a contatto con l'incandescente vulcanismo sociale ed espone talora al pericolo di pretese ideologiche che vorrebbero sostituirsi alla riflessione scientifica.

2. Una produzione scientifica che si confronta con le inquietudini che attraversano il diritto del lavoro

Scorrendo i titoli della sua imponente produzione scientifica (oltre 370 contributi) si ha l'immagine dei profili caratterizzanti il diritto del lavoro: un drit-

Orlando Roselli, University of Florence, Italy, orlando.roselli@unifi.it, 0000-0002-4242-1730

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Orlando Roselli, *L'inquieto diritto del lavoro. Rileggendo il siddhartiano Riccardo Del Punta*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.64, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1011-1020, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

to in relazione con i fatti, le trasformazioni ed i conflitti sociali; un diritto che ha dovuto storicamente costruire faticosamente il proprio statuto scientifico e che deve continuamente ripensare i propri processi di strutturazione, sospesi tra statuizioni di variegata origine (statuale/sovranaazionale/internazionale) ed un diritto che si forma dal basso, dalla forza conflittuale di formazioni sociali che conoscono a loro volta continue metamorfosi organizzative e di ruolo.

La produzione scientifica di Del Punta segue le modalità di costruzione ed evoluzione del diritto del lavoro. I primi anni sono quelli in cui il giovane giuslavorista deve fare i conti con le peculiarità del diritto del lavoro: la riflessione scientifica è una modalità di autoformazione, lo studioso percepisce la necessità di ancorare la propria conoscenza del diritto del lavoro muovendo dallo studio della giurisprudenza: da essa è possibile comprendere i problemi e le trasformazioni del mondo del lavoro e di una disciplina che dipende molto dai suoi orientamenti. Così intenso è lo studio della giurisprudenza che nei primi dieci anni di attività scientifica (1982-1991) su 89 pubblicazioni una settantina appartengono a questo genere: è un modo per seguire passo passo il riproporsi di questioni e l'emergere di nuove a cui il diritto del lavoro è chiamato a dare risposte. L'attenzione per la giurisprudenza (e la consapevolezza di quanto il diritto del lavoro in molti ambiti sia anche un diritto giurisprudenziale) accompagnerà l'intero percorso del solidissimo studioso.

I temi così studiati vanno, tra gli altri, dai licenziamenti collettivi, all'interpretazione del contratto collettivo; dalla cassa integrazione, al trasferimento del lavoratore; dalla condotta antisindacale, all'esercizio del diritto di sciopero; dalla valutazione degli usi aziendali, al congedo straordinario per invalidi; dalla concessione dei permessi sindacali, ai permessi per funzioni pubbliche o per cure idrotermali o per lavoratori studenti, ai profili di costituzionalità della normativa sulla reperibilità per accertamenti sanitari, a quelli relativi al diritto di retribuzione per cure termali; dall'aspettativa del lavoratore malato, alle ferie e comporta per malattia.

L'attenzione per la giurisprudenza accompagnerà l'intero percorso scientifico di uno studioso anche teoreticamente solido (Del Punta 2012a; Del Punta 2012b; Del Punta 2014), nella consapevolezza che in molti ambiti (si pensi, tra l'altro, come noto, a lungo per quanto riguarda l'esercizio del diritto di sciopero (Roselli 2005) o alla quantificazione della retribuzione ai sensi dell'art. 36 della Costituzione) il diritto del lavoro è anche in modo significativo diritto giurisprudenziale.

Ma in questi primi anni Del Punta si cimenta anche in un genere, quello delle voci enciclopediche (Del Punta 1990 e Del Punta 1991), che è uno dei più difficili perché richiede una conoscenza approfondita del tema ed una capacità di sintesi che si raggiunge con la piena maturità scientifica (ed è incomprendibile che, anche in sede di valutazione accademica, il genere sia considerato 'minore').

Emerge la costruzione di un metodo al quale i giuslavoristi sono (o dovrebbero essere) particolarmente vocati: partire dai problemi (in particolare quelli la cui risoluzione è più contesa) per relazionarli non solo con l'astratto enuncia-

to normativo, ma con la complessità dei contesti e delle metamorfosi che attraversano la società (Beck 2017).

L'acquisizione di un tale metodo si accompagna ad una (lo affermo senza enfasi) appassionata attrazione verso le questioni di fondo della costruzione del diritto del lavoro: da quello della rappresentanza sindacale al ruolo del diritto comunitario (Del Punta 1993; Del Punta 2003), che nell'ambito del diritto del lavoro si configura in modo non facile e complesso; dalle riflessioni sulla «crisi» del diritto del lavoro (Del Punta 1998a) ed al suo continuo fare i conti con valori e storicità (Del Punta 2002a; Del Punta 2008; Del Punta 2009; Del Punta 2020a; Del Punta 2022), all'abuso nel diritto del proprio ambito di studi (Del Punta 1998b); dalla parità di trattamento (Del Punta 1998c), alla tutela dell'ambiente di lavoro e alla questione ambientale (Del Punta 1999); dalle trasformazioni dell'organizzazione del lavoro (Del Punta 2000) alla relazione tra economia e diritto del lavoro (Del Punta 2001a; Del Punta 2002b; 2017a); dai diritti sociali come diritti fondamentali (Del Punta 2001b), al diritto del lavoro nell'ambito del Terzo settore (Del Punta 2001c; Del Punta 2019a); dall'attenzione per i profili costituzionali (Del Punta 2002c; Del Punta 2002d; Del Punta 2012b; Del Punta 2017b; Del Punta 2019b), alla consapevolezza dell'incidenza nel mondo del lavoro dei processi di globalizzazione (Del Punta 2002e; Del Punta 2004), all'impatto delle tecnologie e dell'economia digitale nei diritti del lavoro (Del Punta 2019c; Del Punta 2020b), alla responsabilità sociale d'impresa (Del Punta 2006).

Il coinvolgimento appassionato alle questioni che impegnano il diritto del lavoro lo si vede anche negli *Interventi* a numerosi Convegni che l'AIDLASS dedica tradizionalmente proprio alle grandi sfide che il mondo del lavoro si trova ad affrontare. Ed è significativo che ultimi contributi, ormai destinati ad apparire postumi, abbiano ad oggetto temi di ampio respiro (Del Punta 2023a, Del Punta 2024), così come significativo è l'aver sentito la necessità di promuovere una *Labour Law Community*, sede informale divenuta subito prestigiosa per le adesioni, nella quale dare 'sfogo' all'esigenza culturale scientifica e civile di affrontare i problemi del mondo del lavoro senza paludamenti accademici, favorendo l'apporto di una nuova generazione di giuslavoristi.

Riccardo Del Punta si rivela così un giurista a tutto tondo: attento agli istituti anche più minuti, alla concretezza dei problemi (è anche un affermato avvocato), alla «carnalità del diritto» (Grossi 2018), ma capace di coglierne prospettive ed insegnamenti che non sono riducibili ad una informale casistica.

3. Studiare il modo di insegnare il diritto

Un tratto caratteristico della personalità di Del Punta è la generosità, manifestata senza 'fronzoli' ché non era persona di smancerie: nel coinvolgerlo in progetti dal valore non solo culturale e scientifico, ma anche civile, non c'era bisogno di insistere. L'ho sperimentato ben quattro volte (Del Punta 2005; Del Punta 2007a; Del Punta 2007b; Del Punta 2017c) nel chiedere di contribuire ad iniziative legate da un progetto unitario, l'impegno per una «Scienza della

formazione giuridica» (Roselli 2012) intesa come la sede privilegiata per riflettere sulle metamorfosi degli ordinamenti giuridici contemporanei, quando ci si pone il problema delle molteplici professionalità necessarie al funzionamento di ordinamenti giuridici sempre più complessi.

Da giuslavorista è pienamente consapevole della necessità di ripensare la formazione giuridica per far fronte alle esigenze della «società della conoscenza» «nell'epoca del mercato del lavoro della società globale» (Del Punta 2005, 143) e ne trae conseguenze teoretiche e di sistema, anche in forza dell'insegnamento di Paolo Grossi. Scrive, infatti, «Il diritto è il risultato di una miscela complessa e sempre originale, nella quale si infiltrano conoscenze tecniche, culturali, quotidiane, opinioni politiche, posizioni etiche, emozioni» e ne deduce la necessità di «Aiutare lo studente a distinguere fra le *parole del diritto* ed i loro diversi statuti di validità, nonché a sviluppare le attitudini che gli consentiranno di stare dentro quel gigantesco circuito retorico nel quale si sviluppano i processi di applicazione del diritto, dovrebbe essere, a mio avviso, l'obiettivo ultimo di un insegnamento moderno [...]» (Del Punta 2005, 147-48, suo il corsivo).

Per Del Punta diventa centrale la questione dell'elaborazione di un metodo adeguato alle sfide della contemporaneità: «le sfide che si pongono alla formazione giuridica sono null'altro che il riflesso delle sfide che impegnano, oggi, il diritto, o più precisamente la *conoscenza giuridica*.» (Del Punta, 2007b, 150, suo il corsivo).

L'inquieto giurista intravede come l'accentuazione odierna delle difficoltà di *fare diritto* favorisca spesso non la consapevolezza della complessità delle società contemporanee, ma un eclettismo mistificatorio, un contrabbandare per diritto convinzioni pre-definite. Forse per questo se ne esce, a conclusione di un intervento, con l'affermazione che tra i compiti della formazione giuridica vi sia quello di far comprendere «che è il diritto a dover ruotare attorno al mondo e non viceversa» (Del Punta 2007a, 94), che il diritto non è un dover essere avulso dalla realtà.

4. Scrivere un Manuale di diritto: un modo per esprimere la propria concezione di diritto

Uno storico del diritto (Treggiari 2000), in un bel saggio, ha ricostruito come nella cultura giuridica del mondo di lingua e cultura tedesca dell'Ottocento, quando veniva pubblicato un manuale da un autorevole studioso, si apriva nelle riviste giuridiche un acceso dibattito, perché era considerato come il 'manifesto' di una Scuola di pensiero. Il prodotto della piena maturità scientifica di un Maestro.

Di questa consapevolezza si è persa memoria, complice la sottovalutazione per lungo tempo che l'attività di formazione giuridica non è solo una trasposizione di nozioni giuridiche attraverso tecniche didattiche, ma un momento di riflessione sulla dimensione giuridica: un domandarsi cosa serva a chi deve far funzionare un ordinamento giuridico rappresenta un momento centrale della riflessione giuridica *tout court*.

Riccardo Del Punta si è cimentato nell'impresa faticosissima di scrivere e di aggiornare un Manuale della propria disciplina, giunto nel 2022 alla XIV edizione (qui citato nella XIII: Del Punta, 2021, di circa 850 pagine, la XV edizione è stata pubblicata postuma: Del Punta 2023b).

Sin dalla «Introduzione» si intuiscono le convinzioni profondissime del giurista, che investono la propria 'visione del mondo': gli enunciati normativi sono solo una parte di ciò che ritiene essere il diritto, che investe la relazione tra questo e «la vita», «metodo e filosofia», il «testo e la cosa», il «linguaggio», la complessità nella individuazione della «ratio», l'elemento fondamentale dell'interpretazione nell'«applicazione del diritto», il problema che attiene alla «verità del diritto» (Del Punta 2021, 1-20).

Il corso inizia così rivolgendosi agli studenti in modo problematico, li invita ad una vigilanza critica sulle nozioni che vanno ad apprendere.

Ed è l'operazione che prosegue con i primi capitoli della «Sessione prima», in cui muove da quelli che definisce «i dintorni» del diritto del lavoro, per passare poi a ricostruire l'«evoluzione storica» della materia» e dedicare un capitolo alla relazione tra «Diritto del lavoro e scienze sociali» che considera (lo dice espressamente, Del Punta 2017c, 148) un fiore all'occhiello del proprio Manuale. «Temi generali» che sono collocati nella stessa sessione delle «fonti», ad evocare quella che chiama la prospettiva «bifocale» del diritto: la necessità di combinare e far vivere logiche altrimenti divaricanti: la forza dei fatti e l'esigenza di ordinarli attraverso il diritto.

Non mi addentro sui temi affrontati dal Manuale, non avendone le competenze, limitandomi a coglierne, da costituzionalista, l'opportunità di poterlo utilizzare come un 'balcone' da cui affacciarsi per osservare le «sfide» (termine che ricorre nella riflessione scientifica di Del Punta) che la società e quindi il diritto debbono affrontare.

Non prima di una considerazione preliminare, il 'balcone' è rappresentato non da un saggio o una monografia indirizzata alla comunità scientifica, ma da un Manuale pensato per giuristi ed operatori del diritto in formazione e di questo genere porta le stimate: la comprensione degli istituti, delle categorie, dei principi giuridici vanno 'accompagnati', vanno ricostruiti in modo da poter essere compresi compenetrandosi nelle difficoltà (conoscitive e concettuali) di chi se ne deve avvalere.

Al tempo stesso, a differenza di un «Corso» o di «Lezioni», il Manuale è anche strumento di consultazione (da qui coerentemente i continui aggiornamenti).

Del Punta svolge entrambe le funzioni mantenendo intatta la trasmissibilità della problematicità del diritto del lavoro (e del diritto *tout court*): l'esposizione rifugge dalle semplificazioni: l'utilizzo di un linguaggio limpido, chiaro, è in funzione di trasmettere la controversa complessità delle soluzioni giuridiche.

Se un filo conduttore nel Manuale prevale su tutti gli altri è l'impegno scientifico (che si coglie essere anche appassionatamente civile) alla trasparenza dei processi di strutturazione del diritto.

Questioni, problemi, ambiti, tessuti normativi, sono affrontati più e più volte, per coglierne le diverse prospettive: così, ad esempio, la contrattazione col-

lettiva viene affrontata prima come espressione di un diritto sindacale prodotto dall'autonomia delle parti sociali, poi in quanto produttrice di una fonte fondamentale nel diritto del lavoro (appunto, il contratto collettivo di lavoro), poi nel contribuire a delinearne il rapporto di lavoro (non solo sul versante retributivo), fino a far emergere problematiche che si pongono in relazione a lavori non tradizionalmente standardizzati ed i nuovi (ed i vecchi problemi che si manifestano in modo nuovo) che derivano dal mutamento dei modelli organizzativi aziendali.

Il diritto del lavoro è condannato (ma è la sua 'beatitudine' scientifica) a 'rincorrere' risposte a domande che non derivano da istanze astratte ma dal magma economico e sociale. È stato così quando il processo di industrializzazione con la nascita dei sindacati di massa ha posto la necessità di configurare un, sino allora impensabile, contratto di lavoro collettivo capace di recepire l'evento rivoluzionario della nascita di tali formazioni sociali (ed è stato uno sforzo che ha impegnato la dottrina giuridica tardo ottocentesca/inizi Novecento per tanti anni e che ha dovuto porsi preliminarmente il tema/problema di pensare un contratto di lavoro individuale diverso dallo «schema romano della locazione d'opere» che poneva al centro la *res* e non la persona: Grossi 2000, 59 e *passim*).

5. *Il Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, quasi un lascito scientifico testamentario

2020. Del Punta condivide la necessità, con altri due illustri giuslavoristi, Bruno Caruso e Tiziano Treu, di reagire alle sfide epocali che investono il mondo del lavoro con una dichiarazione di non-resa al peso altrimenti insopportabile dei problemi e delle inadeguatezze delle culture giuridiche (e politiche).

Il *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile* (Caruso, Del Punta, Treu 2020) sembra per Del Punta, che morirà appena due anni dopo la sua redazione, rappresentare l'urgenza premonitrice di dover dichiarare ancora una volta convinzioni profonde, prospettare soluzioni «sostenibili» ai problemi del mondo del lavoro.

Colpisce quell'aggettivo, «sostenibile», riferito al «diritto del lavoro»: basta leggere il *Manifesto* per comprenderne il significato: è riferito ad un diritto capace di *sostenere* le esigenze del mondo del lavoro in società attraversate da metamorfosi dei loro fondamentali con una intensità ed una rapidità senza eguali.

Viene da pensare che una parte della cultura giuslavoristica (e politica) possa invece avere interpretato quel sintagma «diritto del lavoro sostenibile» come l'invito ad accettare una concezione limitante («sostenibile») dei diritti, mentre esprime l'esigenza, per salvaguardare «i valori del diritto del lavoro», di fare i conti con le sfide della complessità, della necessità di elaborare analisi-strategie-categorie-istituti giuridici-aperture metodologiche per promuoverli concretamente «nell'impressionante sequenza di trasformazioni e *shock* che si sono succeduti soprattutto a partire dagli anni 2000».

Caruso, Del Punta e Treu enumerano puntigliosamente tali dinamiche: «la crescente trasformazione degli apparati produttivi in senso post-fordista; la globalizzazione "vera", quella cinese [...], con quanto ne è seguito in termini di destrutturazione delle catene del valore e della distribuzione e di spiazzamento di

interi settori economici nei paesi avanzati; la crisi finanziaria, e poi drammaticamente recessiva, del 2008 e seguenti; in Italia e in altri paesi europei, la crisi del debito sovrano del 2011; salti tecnologici a ripetizione, fino a entrare nella *terra incognita* della rivoluzione digitale; l'aggravarsi del *global warming* e la debolezza, in specie dall'avvento della Presidenza Trump, delle politiche adottate per contrastarlo; [...] la pandemia» (Caruso, Del Punta, Treu, 2020, 7-8, degli Autori il corsivo).

Sono sfide che vanno affrontate, e «molte delle categorie utilizzate finora dal diritto del lavoro non sono più adatte a interpretare le nuove realtà del lavoro e delle imprese e tanto meno le innovazioni che si prefigurano nel mondo digitale, globale e post-pandemico» (Caruso, Del Punta, Treu 2020, 3): è l'invito a confrontarsi con la 'carnalità' dei problemi anziché rincorrere una «palingenesi etico-spirituale» (Caruso, Del Punta, Treu 2020, 1).

Per il diritto del lavoro si tratta di «cambiare o declinare» e si può cambiare rendendo *possibile* anche nei contesti più difficili i «valori del diritto del lavoro», ma per farlo occorre relazionarsi con le sfide del presente e non con feticci ideologici. Da qui la necessità di affrontare «il rapporto con l'economia», «le trasformazioni del lavoro e l'affanno delle fattispecie», le «interconnessioni tra rapporto di lavoro, mercato del lavoro e *welfare*» e con l'«ambiente», le «sfide demografiche», il dover fare i conti con una dimensione del lavoro che non è più circoscritta alla territorialità nazionale. Ed ancora, la necessità di costruire nel mondo del lavoro «*flexicurity*: interna ed esterna all'impresa», un «*welfare* universale» costruito a partire dalle metamorfosi dell'organizzazione del lavoro; l'esigenza di «rivitalizzare soggetti e azioni collettive» e quindi «contrattazione e partecipazione», riformare le amministrazioni pubbliche (Caruso, Del Punta, Treu 2020, *passim*).

Il loro approccio dichiarato «è che i valori tradizionali del diritto del lavoro non necessitano di uno stravolgimento, bensì di un adattamento e di una modernizzazione che li rendano più adeguati alle condizioni e ai bisogni del tempo che stiamo attraversando. Preservare cambiando: era questo, del resto, l'approccio culturale, oltre che metodologico, di padri fondatori del diritto del lavoro, nonché di riformisti di razza, quali Gino Giugno e Otto Kahn-Freund.» (Caruso, Del Punta, Treu 2020, 9).

Lo stesso, a me pare, di Marco Biagi e Massimo D'Antona.

Un'eredità, quella di Riccardo Del Punta, destinata a durare nel tempo, come dimostra il proseguimento della riflessione «oltre il manifesto» che continua ad accomunare i tre studiosi anche dopo la Sua scomparsa (Caruso, Del Punta + (1957-2022), Treu, 2023).

Riferimenti bibliografici

Beck, U. 2017. *La metamorfosi del mondo*. Bari-Roma: Laterza.

Caruso B., Del Punta, R., Treu, T. 2020, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*. Catania, Firenze, Roma, Centre for the Study of European Labour Law «Massimo D'Antona» (consultabile on-line).

- Caruso, B., Del Punta, R. e Tiziano Treu. 2023. *Manifesto. Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo "oltre" il manifesto*. Catania, Firenze, Roma, Centre for the Study of European Labour Law «Massimo D'Antona» (consultabile on-line).
- Del Punta, R. 1990. "Lavoro in prova" voce, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVIII.
- Del Punta, R. 1991. "Permessi e aspettativa del lavoratore" voce, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII.
- Del Punta, R. 1993. "La rappresentanza sindacale e le rappresentanze dei lavoratori nel quadro degli sviluppi del diritto comunitario." *DRI*, 1993, 183 sgg.
- Del Punta, R. 1998a. "Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla «crisi» del diritto del lavoro." *LD*, 1998, 7 sgg.
- Del Punta, R. 1998b. "L'abuso nel diritto del lavoro." *Diritto privato*, 1998, 403 sgg.
- Del Punta, R. 1998c. "Parità di trattamento nei rapporti di lavoro." voce, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, II, Milano: Giuffrè, 707 sgg.
- Del Punta, R. 1999. "Tutela dell'ambiente del lavoro e questione ambientale." *Ambiente e diritto*, a cura di Grassi Stefano, Cecchetti Marcello e Alessandro Andronio, Firenze: Olschki, vol. II, 397 sgg. ed in *DRI*, II, 151 sgg.
- Del Punta, R. 2000. "Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni." *DML*, 49 sgg.
- Del Punta, R. 2001a. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *DLRI*, 3 sgg.
- Del Punta, R. 2001b. "I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza." *DRI*, 335 sgg. ed in *Carta europea e diritto dei privati*, a cura di Vettori Giuseppe. 2002, Padova: Cedam, 169 sgg.
- Del Punta R. 2001c. "Diritto del lavoro e Terzo settore." *RIDL I*, 329 sgg. In *Il volontariato a dieci anni della legge quadro*, a cura di Brusciuglia Luciano, Emanuele Rossi, 2002. Milano: Giuffrè, 457 sgg.
- Del Punta, R. 2002a. "Il diritto del lavoro tra valori e storicità» (relazione al Convegno *Dove va il diritto del lavoro?* Bologna 22 aprile 2022) in *LD*, 2002, 349 sgg.
- Del Punta, R. 2002b. "Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto» (relazione alle Giornate di studio di Napoli 3-4 maggio 2002 su "Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismi") in *RIDL I*, 401 sgg. ed in *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale*, a cura di Ferraro Giuseppe. 2003. Milano: Giuffrè, 77 sgg.
- Del Punta, R. 2002c. "La rappresentanza sindacale e la Costituzione inattuata." *www.lavoce.info*, 17 ottobre 2002.
- Del Punta, R. 2002d. "I rapporti di lavoro nel nuovo modello costituzionale», relazione al Convegno di Firenze del 6 maggio 2002 su *Quale sanità per il federalismo*, Comunica s.r.l., 55 sgg.
- Del Punta, R. 2002e. "Fra terra e mare: il diritto del lavoro nella globalizzazione." *Rivista di diritto costituzionale italiano e comparato*.
- Del Punta, R. 2003. "Il diritto sociale comunitario e la sua incidenza sul diritto nazionale." *Diritto comunitario e ordinamento nazionale*, a cura di Cartei Gian Franco e Vito Vannucci, Milano: Giuffrè, 117 sgg.
- Del Punta, R. 2004. "Diritti del lavoro e globalizzazione." *www.lalente.net*.
- Del Punta, R. 2005. "La formazione del giurista nell'epoca del mercato del lavoro della società globale." *La riforma degli studi giuridici*, a cura di Cerulli Irelli Vincenzo, Roselli Orlando, Napoli: ESI, 143 sgg.
- Del Punta, R. 2006. "Responsabilità sociale d'impresa e diritto del lavoro." *LD*, 41 sgg. ed in *La responsabilità sociale dell'impresa*, a cura di Conte Giuseppe. 2008. Roma-Bari: Laterza, 97 sgg.

- Del Punta, R. 2007a. "Intervento alla tavola rotonda su 'Impresa e consulenza giuridica. Quale futuro?'" *Avvocati d'affari e giuristi d'impresa. Formazione ed aggiornamento*, a cura di Morbidelli Giuseppe, Lotito Pier Francesco e Orlando Roselli, Napoli: ESI, 90 sgg.
- Del Punta, R. 2007b. "Diritto e formazione giuridica: due sfide parallele." *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, Lavoro, Economia, Mobilità e Formazione*, a cura di Roselli Orlando, Napoli, ESI, 149 sgg.
- Del Punta, R. 2008. "Il diritto del lavoro tra due secoli: dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi." *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di Ichino Pietro, Milano: Giuffrè, 253 sgg.
- Del Punta, R. 2009. "Cittadinanza, liberalismo sociale e diritto del lavoro." *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Balandi Gian Guido, Cazzetta Giovanni, Milano: Giuffrè, 99 sgg.
- Del Punta, R. 2012a. "Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema." *RIDL*, I, 461 sgg. ed in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Chiodi Giovanni, Pulitanò Domenico. 2013. Milano: Giuffrè, 175 sgg.
- Del Punta, R. 2012b. "Il giudice e la Costituzione: una replica ai giudici del lavoro di Magistratura Democratica." *RIDL*, I, 723 sgg.
- Del Punta, R. 2014. "Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica." *RIDL*, I, 373 sgg.
- Del Punta, R. 2017a, "Sì al dialogo con gli economisti (meglio ancora se reciproco)." www.pietroichino.it.
- Del Punta, R. 2017b. "I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro." *WP CSDLE Massimo D'Antona*, <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/I-diritti-fondamentali-e-la-trasformazione-del-diritto-del-lavoro/5644.aspx> ed in *I diritti fondamentali e il diritto privato in Europa*, a cura di Caggia Fausto, Giorgio Resta. 2019. Roma: Roma Tre-Press: 307 sgg.
- Del Punta, R. 2017c. "Intervento alla tavola rotonda 'Progettare la valutazione in itinere nella formazione giuridica.'" *La verifica in itinere della formazione. Il progetto di un test delle competenze disciplinari (TECOD) in ambito giuridico*, a cura di Cerulli Irelli Vincenzo, Roselli Orlando, Napoli: ESI, 147 sgg.
- Del Punta, R. 2019a. "Il lavoro nel Terzo settore." *Codice del Terzo settore*, a cura di Contessa Claudio, Simeoli Dario e Italo Volpe, *La Tribuna*, 29 sgg.
- Del Punta, R. 2019b. "La Costituzione del lavoro." *La Costituzione del lavoro*, a cura di Smuraglia Carlo, Roma: Viella, 137 sgg.
- Del Punta, R. 2019c. "Innovazioni tecnologiche e diritto del lavoro." *RIMF*, 261 sgg.
- Del Punta, R. 2020a. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Caruso Bruno, Del Punta Riccardo e Tiziano Treu, Bologna: il Mulino, 27 sgg. in WP CSDLE "Massimo D'antona". 2019, 395 sgg.
- Del Punta, R. 2020b. "I diritti del lavoro nell'economia digitale." *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di Stefano Dorigo, Pisa: Pacini, 99 sgg.
- Del Punta, R. 2021. *Diritto del lavoro*, XIII, Milano: Giuffrè.
- Del Punta, R. 2022. "I valori del diritto del lavoro." *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, a cura di Del Punta Riccardo, Firenze: FUP, 21 sgg.
- Del Punta, R. 20232a. "Il diritto del lavoro e il lavoro post-fordista." *Idee di lavoro e di ozio per la nostra civiltà*, a cura di Mari Giovanni et altri. Firenze: FUP.
- Del Punta, R., 2023b. *Diritto del lavoro XV*. Milano: Giuffrè.

- Del Punta, R. 2024. “Contratto di lavoro e teorie filosofiche». In *Contratto di Lavoro*, diretto da Del Punta Riccardo, Romei Roberto e Franco Scarpelli. In “Tematici”, dell’Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè.
- Grossi, P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano: Giuffrè.
- Grossi, P. 2018. *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*. Bologna: il Mulino.
- Roselli, O. 2005, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*. Torino: Giappichelli.
- Roselli, O. 2012. *Scritti per una scienza della formazione giuridica*, Napoli: ESI.
- Treggiari, F. 2000. “Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d’istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell’Ottocento.” *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento alla didattica del diritto pubblico)*, a cura di Cerulli Vincenzo, Roselli Orlando, Milano: FrancoAngeli, 105 sgg.

Lavoro autonomo, parasubordinato e su piattaforma alla prova della privacy

Giuseppe Sigillò Massara

1. L'evoluzione normativa della disciplina in materia di privacy

Nell'ordinamento giuridico italiano il tema della protezione dei dati personali è stato oggetto di regolamentazione organica da poco più di un ventennio, non rinvenendosi prima di allora alcuna disciplina specifica in materia di privacy, eccezion fatta per alcuni singoli frammenti legislativi – pur di grande rilievo, come si vedrà – che erano stati disposti sul tema¹.

Sebbene la disciplina organica in materia di privacy sia piuttosto recente, dal primo intervento normativo, quale la Legge n. 675 del 31 dicembre 1996, al Codice Privacy (d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, così come poi modificato per effetto del d.lgs. n. 101 del 10 agosto 2018) attualmente in vigore, molteplici sono stati gli interventi di riforma che si sono succeduti.

Ad onor del vero, questa tendenziale instabilità della disciplina in materia di protezione dei dati personali non stupisce affatto. È ben noto, infatti, che il tema del diritto alla privacy ha avuto, sin dalla sua origine, una stretta interconnessione col progresso tecnologico, il cui incedere ha contribuito nel corso del tempo all'insorgere di una serie di fattori idonei a mettere a rischio la tutela del

¹ Si pensi ad esempio all'art. 4 della Legge del 20 maggio 1970, n. 300 - c.d. Statuto dei Lavoratori - in materia di controlli a distanza o, ancora, all'art. 24 della Legge del 7 agosto 1990, n. 241, in cui la riservatezza dei soggetti terzi viene posta quale limite al diritto di accesso agli atti.

diritto *de quo*, per il superamento dei quali è stato necessario ricercare forme di tutela sempre più nuove e all'avanguardia².

Ed infatti, il repentino susseguirsi di interventi in materia di privacy non costituisce «un'anomalia» del legislatore italiano, ma si tratta di una tendenza presente a livello internazionale. Peraltro, occorre evidenziarlo sin da subito, ad eccezione dei primi «frammenti legislativi» di cui si diceva pocanzi, le modifiche nella disciplina sono per lo più state disposte in attuazione di norme di carattere internazionale ed europeo a cui l'Italia, al pari degli altri Stati aderenti, ha dovuto adeguarsi. Ciò si è verificato con la citata Legge del 1996, la cui promulgazione era avvenuta sia in attuazione della Convenzione n. 108/1981 (ratificata in Italia con Legge n. 98 del 21 febbraio 1989) che della Direttiva Comunitaria 95/46/CE, per consentire all'Italia di non rimanere esclusa dagli accordi di Schengen, per i quali era necessaria la sussistenza di un impianto normativo interno in materia di protezione dei dati personali (Missorici, 1996, 67; Arena, 1995, 512). Lo stesso è avvenuto anche con il processo di emanazione del Codice Privacy prima, che è stato adottato per favorire il recepimento della direttiva 2002/58/CE in materia di comunicazioni elettroniche, e con il d. lgs. n. 101/2018 poi, la cui stesura si è resa necessaria al fine di adeguare l'ordinamento interno all'approvazione, sul versante europeo, del Regolamento n. 679/2016, meglio noto come GDPR o *General Data Protection Regulation*.

Il susseguirsi di discipline, europee e di conseguenza italiane, diverse e via via più raffinate, come si diceva, è facilmente spiegabile ove si abbia alla mente la crescente accelerazione che il progresso tecnologico ha subito negli ultimi (quantomeno) trent'anni. E, difatti, se è vero che l'esigenza di tutelare la sfera di riservatezza personale ha iniziato a manifestarsi già sul finire del 1800, è altrettanto vero che gli strumenti e le tecnologie attuali consentono un'invasione decisamente più profonda e incisiva, oltre che vasta e generalizzata, nella sfera personale dell'individuo.

Così, la forte interconnessione tra riservatezza e tecnologia era evidente già dal «*right to privacy*» di Warren e Brandeis (Warren, Brandeis, 1890, 193), da cui emerge chiaramente come la nascita del c.d. diritto alla protezione dei dati personali (Scagliarini, 2013) sia stata una risposta ai rischi che il forte sviluppo delle potenzialità dell'informatica e l'avvento delle prime banche dati avevano generato in punto di tutela della riservatezza di ciascun individuo (Scagliarini, 2019). È evidente, peraltro, come l'esigenza di tutela diventi particolarmente impellente in ambito lavoristico, laddove da un lato il potere di controllo rappresenta una prerogativa imprescindibile del datore di lavoro – tanto da assurgere a indice di subordinazione nella maggioranza degli ordinamenti europei – il quale ha accesso a una gran quantità di dati, anche sensibili, dei dipendenti; d'altro lato vi è l'esigenza di evitare che l'individuo venga a trovarsi in una condizione

² Per maggiori approfondimenti in punto di connessione tra diritto alla privacy e sviluppo tecnologico (Rodotà, 2006, 28).

di rischio specifico, illimitato e particolarmente grave proprio in ragione dello svolgimento dell'attività lavorativa.

Tale rischio, peraltro, risulta via via più presente man mano che avanzano le capacità informatiche. Non è più un mistero, oramai, che, grazie al diffondersi dell'*internet of things*³, dell'intelligenza artificiale, del *cloud computing* e quant'altro caratterizza la Rivoluzione Digitale attualmente in essere, vengono a crearsi dei veri e propri archivi elettronici contenenti un'enorme quantità di informazioni sulle caratteristiche, propensioni, opinioni e attività dei singoli, tanto da aver dato luogo ad un vero e proprio mercato, quello dei *Big Data*, che si è sin da subito posizionato in cima alla classifica per rilevanza economica e socio-politica. La crescente diffusione di informazioni personali, con conseguente rischio per la riservatezza individuale, rappresenta un fenomeno che coinvolge l'intera società contemporanea e che in quanto tale è oggetto di regolamentazione *generale* (non a caso, il Regolamento europeo attualmente in vigore assume il nome di *General Data Protection*). È di tutta evidenza, tuttavia, come la Rivoluzione Digitale stia invadendo sensibilmente il sistema economico-produttivo, l'impresa e, con essi il mercato del lavoro (Sigillò Massara, 2020, 65).

Si è, così, iniziato a parlare di fabbriche intelligenti⁴, di *industry 4.0* (Brollo, 2019, 468; Corazza 2018, 1071; Greco – A. Mantelero, 2018, 876; Maio, 2018, 1414) e di *management-byalgorithms*⁵ per riferirsi a quelle realtà imprenditoriali che mirano all'affermazione di un processo organizzativo interamente (o quasi) automatizzato, basato sullo scambio di *input* e *output* digitali e su un'intel-

³ Si tratta di una locuzione con cui si allude all'integrazione di diverse tecnologie e soluzioni di comunicazione; tecnologie di identificazione e localizzazione, reti di sensori e attuatori cablati e wireless, protocolli di comunicazione avanzati (condivisi con Internet di nuova generazione) e intelligenza distribuita per oggetti intelligenti sono solo i più rilevanti (Atzori, Iera, Morabito, 2010).

⁴ Significativamente le imprese intelligenti (Enterprise IT) sono descritte come «The technologies in this group include work flow management systems, customer relations management systems and electronic interaction with customers. The ideal type for this group is an entirely electronic management process: customers interact electronically, their input is managed in electronic files by electronic work flow systems, both individually and according to load, outputs are sent to the customer electronically and filed in an electronic archive. In this ideal type, the management process has gone completely paperless. These functionalities restructure interactions among groups of employees or with business partners. They depend, from the outset, on new interdependencies, processes and decision rights, because they cannot work without them. This means their implementation is very much top-down. For these functionalities, business processes need to be specified in advance. The capabilities of the technologies in this group are: redesigning business processes and standardizing work flows, monitoring activities and events efficiently. This means that processes, after having been standardized for electronic work flow management, can be redesigned and standardized much more easily. Reports on events and activities are, because the entire process is electronic, much more readily available» (Reiling, 2009, 45).

⁵ *Algorithmic management* è stato definito come «software algorithms that assume managerial functions and surrounding institutional devices that support algorithms in practice» (Lee, Kusbit, Metsky, 2015; De Stefano, 2018).

razione inter-umana sempre mediata da una macchina⁶. Senza giungere a tali, pur presenti e in crescita, manifestazioni estreme, la digitalizzazione coinvolge anche le imprese più «tradizionali», comunque costrette a munirsi di una copiosa strumentazione informatica, senza la quale si troverebbero irrimediabilmente escluse dal mercato: banalmente, è inimmaginabile che una società sia priva di un indirizzo e-mail; al contempo, il possesso di un indirizzo di posta elettronica certificata è requisito necessario per ottenere l'iscrizione nel Registro delle Imprese.

Ebbene, ognuno di tali *software* e *hardware*, per poter operare, raccoglie un flusso continuo e ininterrotto di dati, che rimangono poi nella disponibilità dell'imprenditore, il quale potrebbe astrattamente utilizzarli per i fini più disparati. Al di là del classico utilizzo disciplinare, pure oggetto di forti perplessità e ampi dibattiti, l'analisi e interpretazione, anche incrociata, di tali dati può essere utilizzata per disegnare strategie di *business* più avanzate, sia da un punto di vista «esterno», ossia con riferimento al rapporto con la clientela, sia da un punto di vista «interno», ossia nell'organizzazione interna del lavoro.

Si parla, in particolare, di sistemi di *Electronic Performance Monitoring* (EPM) che, attraverso operazioni di «email monitoring, phone tapping, tracking computer content and usage times, video monitoring and GPS tracking» (Akhtar, Moore, Upchurch, 2018), consentono di raccogliere dati di diverse tipologie (Manokha, 2017) in merito all'agire dei dipendenti. Nelle imprese più tecnologicamente avanzate, poi, possono aggiungersi i dati raccolti attraverso i c.d. *sociometric badges* o *wereables*, strumenti indossati dai dipendenti nello svolgimento della prestazione, che consentono non solo di registrarne i movimenti, ma anche di analizzare l'atteggiamento del lavoratore nei confronti della clientela e dei colleghi, ad esempio attraverso l'incorporazione di microfoni che, pur non registrando il contenuto delle conversazioni, tiene nota dei toni utilizzati (Fischbach, Gloor, Lassenius, Olguin, Sandy Pentland, Putzke, Schoder, 2009).

I dati raccolti, sia per il tramite di EPM che per il tramite di eventuali *wereables*, possono poi essere rielaborati attraverso forme di *People Analytics Practices* preliminari all'adozione di scelte organizzative aziendali (Bodie, Cherry, McCormick, Tang, 2016). E, difatti, la *data analysis* consente all'impresa da un lato di venire a conoscenza delle preferenze della propria clientela sì da predirne (e indirizzarne) i *trends* futuri; d'altro lato consente di realizzare sistemi di *data driven management*, indirizzati a organizzare, dirigere ed ottimizzare le risorse umane grazie ad un'analisi delle informazioni coltate (Ingrao, 2019,

⁶ In tal modo, peraltro, si assiste ad una sostituzione – o, quantomeno, affiancamento – di algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale all'intero sistema «tradizionale» di gestione delle risorse umane, così che da un lato risulti non più necessaria la presenza di manager persone fisiche; d'altro lato viene a ridursi anche la presenza di tutte le figure collaterali anche estranee all'impresa, come i medici del lavoro il cui rilievo può essere soggetto ad un ridimensionamento in ragione del ricorso ad esempio ai c.d. *wearable*, strumenti tecnologici da indossare che consentono, in uno, l'esecuzione e il controllo della prestazione nonché il monitoraggio dello stato di salute del lavoratore (Kaplan, 2016).

De Stefano, 2019). In questo modo, l'organizzazione produttiva aziendale viene praticamente gestita da algoritmi, che sostituiscono il dipartimento HR – non a caso si parla di *management-byalgorithm* – e, sulla base dell'esperienza passata e delle proiezioni per il breve termine, organizzano il lavoro dei dipendenti.

Orbene, se la gestione delle risorse umane mediata dall'intelligenza artificiale ha dei notevoli vantaggi in termini di efficienza⁷ e di sicurezza sul lavoro – pur con le complessità di un sistema binario e, in quanto tale, inevitabilmente rigido, applicato all'organizzazione di lavoratori persone fisiche e, in quanto tali, con esigenze e qualità in continuo mutamento⁸ – la stessa comporta a tutta evidenza un rafforzamento dell'esigenza di tutela delle persone coinvolte.

In altre parole, non può tacersi l'esigenza di promuovere i nuovi lidi cui approda l'impresa *smart*, né possono celarsi i vantaggi che anche i lavoratori possono trarne (si pensi alle nuove possibilità di conciliazione vita-lavoro, ma anche ai benefici in materia di tutela della salute e sicurezza, *mobbing* o molestie, dei lavoratori monitorizzati come sopra descritto). Occorre evitare, tuttavia, che l'implementazione di sistemi di *management-byalgorithms*, di *people analytics practices*, di *electric performance monitoring* e così via, attribuisca al datore di lavoro un accesso illimitato e incontrollato alle informazioni personali, anche

⁷ Peraltro, si noti che già nel remoto passato si parlava di «organizzazione scientifica» del lavoro, per riferirsi alla maggiore produttività connessa all'introduzione nelle imprese delle macchine e tecnologie all'avanguardia secondo i canoni dell'epoca (Taylor, 1919).

⁸ Per quanto l'introduzione di meccanismi automatici di gestione delle risorse umane venga accompagnata da una costante propaganda secondo cui le decisioni prese dalle macchine sarebbero più neutrali e, quindi, vantaggiose per i dipendenti, che si vedrebbero meno esposti al rischio di subire discriminazioni, è stato da più parti rilevato in dottrina come la realtà sia ben diversa. Uno dei primi problemi da affrontare per chiunque ricorra a sistemi algoritmici di scelta, è costituito dall'errore algoritmico, che può derivare da diversi fattori: in primo luogo, occorre rammentare che gli algoritmi operano sulla base dei dati inseriti dagli umani e che, spesso, sono l'effetto di *bias* soggettivi; e che, quindi, per essere affidabili devono acquistare alcune caratteristiche fondamentali: (i) la quantità dei dati raccolti e inseriti, in rapporto di proporzionalità diretta con il tasso di successo della funzione algoritmica che lavora in chiave probabilistica; (ii) la qualità dei dati raccolti, ovvero la loro veridicità e la loro capacità di sviluppare *Big Data Analytics*, che influenza l'affidabilità del procedimento algoritmico. In secondo luogo, essi tendono a perpetrare l'errore umano, sia derivante dall'immissione di dati parziali, sia da errori logici nella impostazione del ragionamento che si trova alla fonte dell'analisi dei dati stessi; in terzo luogo, può incorrersi in errori di programmazione e sviluppo. Il che evidenzia un primo, grave elemento di criticità: se è vero che anche le persone fisiche, qualunque ruolo si trovino a rivestire, possono sbagliare (e spesso accade), è pur vero che il più delle volte si tratta di errori singoli, mentre quelli algoritmici andrebbero a ripetersi di volta in volta, con il paradosso di autoalimentarsi. È altrettanto vero, di contro, che, una volta resosi conto dell'esistenza di errori algoritmici, sarebbe sufficiente riprogrammare la macchina per evitare di «perseverare nell'errore», a fronte della difficoltà di correggere il convincimento di una persona fisica, con le proprie idee e passioni umane (sul punto, O'Neill C., 2016; O'Neil, 2019). Una seconda criticità pure rilevata attiene all'assenza di trasparenza in merito al funzionamento dell'algoritmo, dovuta alla circostanza che spesso i modelli statistici e i codici sorgente sono tenuti segreti dalle società commerciali produttrici. L'assenza di chiarezza in merito al come viene presa la decisione rischia di tramutare il ricorso all'algoritmo in un «atto di fede» (Nuzzo, 2019; Pasquale, 2013).

sensibili, dei dipendenti; occorre evitare che questi ultimi si trovino ad operare in un contesto lavorativo costantemente controllato e, dunque, altamente sfavorevole e mortificante.

Di tali esigenze hanno tentato di occuparsi i legislatori italiano ed europeo con l'approvazione del Regolamento GDPR e del d. lgs. 101/2018 di modifica del Codice della Privacy. Sono, tuttavia, molteplici i nodi nevralgici a permanere in uno stato di penombra, di incertezza giuridica e, quindi, di (almeno potenziale) sotto-protezione degli interessati. Nelle pagine a seguire si tenterà di analizzare alcuni di tali nodi, attinenti all'universo lavorativo estraneo alla subordinazione: la tutela della riservatezza dei lavoratori autonomi *tout court* e di coloro che, pur non rientrando nella nozione di subordinazione, risultano inseriti (in maniera più o meno incisiva) nell'organizzazione produttiva del committente, ossia i lavoratori para-subordinati e i lavoratori su piattaforma.

2. Il lungo processo di adeguamento al Regolamento GDPR

Proprio in considerazione delle peculiarità tipiche del trattamento dei dati personali all'interno del contesto lavorativo, il legislatore italiano ha individuato già da tempo la necessità di assoggettare il datore di lavoro ad un regime *ad hoc*. A ben vedere e come verrà meglio approfondito *infra*, è proprio con riferimento alla tutela della riservatezza dei lavoratori subordinati che già ad inizio degli anni '70 sono stati adottati i primi provvedimenti normativi italiani in materia – pionieristici anche rispetto alla prima regolamentazione europea – costituiti dagli art. 4, 5 e 8 dello Statuto dei Lavoratori, rispettivamente destinati a disciplinare i limiti al ricorso ai controlli a distanza e agli accertamenti sanitari, nonché ad imporre un generale divieto di indagini circa le opinioni e caratteristiche personali dei dipendenti estranee alla loro professionalità.

Già l'adozione di queste, pur specifiche, disposizioni ha contribuito in modo non indifferente alla realizzazione di quel processo di emancipazione della persona, nella sua componente individuale e collettiva, attraverso il lavoro tracciato dai primi quattro articoli della Carta Costituzionale, di cui pure si avrà modo di parlare più ampiamente nei paragrafi a seguire. Ciò che sin da ora si intende sottolineare è come l'adozione dello Statuto dei lavoratori e, con esso, di una prima disciplina indirizzata alla tutela della sfera di riservatezza individuale del singolo, ha sin da subito avuto positivi riscontri non solo dal punto di vista dell'individuo coinvolto, ma anche dal punto di vista della collettività cui egli apparteneva. Come è stato acutamente osservato, attraverso le disposizioni in esame «si attribui una tutela forte ad alcuni aspetti della vita privata per realizzare in realtà una protezione della sfera pubblica. Il divieto di controlli a distanza, di impropri accertamenti sanitari [...] non serviva a tener nascosto qualcosa. Al contrario, venne di fatto rafforzata la libertà di agire nella sfera pubblica. [...]. Ecco il paradosso: grazie allo statuto, io ottenevo anche il pieno diritto di andare regolarmente nella sezione del mio partito, di fare attività sindacale, di essere malato, di frequentare la chiesa o la sinagoga, di lasciare mia moglie e scappare con un'altra donna, senza che questo si traducesse in un elemento di discriminazione. Cioè: guarda-

gnavo il pieno diritto di non nascondere le mie scelte di vita [...]. Non per niente l'articolo 8 dello Statuto dei Lavoratori diventò il cavallo di battaglia per tutti coloro che cominciarono a impegnarsi per conquistare un nuovo diritto collettivo, quello appunto alla privacy, che perdeva così ogni connotato di privilegio di una borghesissima ma ormai lontana età dell'oro» (Rodotà 2005).

Ecco, dunque, la ragione per cui le disposizioni in esame continuano a costituire il fulcro della protezione della riservatezza dei lavoratori, nonostante l'adozione delle diverse discipline organiche di regolamentazione della privacy di cui si è detto in apertura. Peraltro, le peculiari esigenze connesse alla materia *de qua*, hanno fatto sì che la necessità di dettare una disciplina *ad hoc* per i contesti lavorativi sia rimasta una costante anche con l'adozione – questa volta dietro la spinta promotrice del legislatore europeo – della prima disciplina organica in materia di trattamento dati personali e con la promulgazione del Codice della Privacy che, già nella sua versione originaria, disponeva la necessità di predisporre un reticolato protettivo specifico a tutela dei dati personali dei lavoratori, per quanto attraverso un rinvio a strumenti di *soft law* che avrebbero dovuto essere adottati dall'Autorità Garante.

In questo senso, più nello specifico, si muove anche il Regolamento GDPR, che costituisce il fulcro dell'attuale disciplina in materia di privacy e che, pure, rappresenta un atto normativo atipico rispetto al *genus* cui appartiene. Ed infatti, anziché disciplinare in modo esaustivo la materia, pone in più parti un rinvio esplicito al diritto degli Stati membri per facultizzare deroghe o integrazioni alle sue stesse previsioni (Zuddas 2019), talvolta direttamente esortando i legislatori nazionali alla regolamentazione di alcuni specifici aspetti della materia che maggiormente risentono delle specificità dei singoli ordinamenti interni, tra cui, inutile dirlo, l'ambito lavoristico⁹. *Nulla quaestio* sulla scelta di rinviare, per la disciplina di dettaglio, alle normative interne degli Stati Membri, operazione che risulta in qualche modo necessitato dall'impianto complessivo dell'Unione – tale per cui le Istituzioni europee possono legiferare esclusivamente entro i confini delle competenze attribuitegli dai trattati – che mal si concilia con la natura «trasversale» della tutela della privacy. Più difficile risulta comprendere la ragione per cui il legislatore europeo del 2016 abbia inteso sostituire la pre-

⁹ Si pensi alla previsione, di cui all'art. 6, par. 2 e 3, in punto di individuazione, come base giuridica del trattamento, da parte del diritto degli Stati membri, degli obblighi di legge o dell'esercizio di pubblici poteri, ipotesi che per loro natura sono permeabili alla disciplina statale, specie per ciò che riguarda l'organizzazione della Pubblica Amministrazione. Tale peculiarità è evidenziata anche in Califano, 2017, 19, in cui emerge come il legislatore europeo non abbia seguito «una visione rigida dei canoni posti dalla dottrina delle fonti» onde evitare «l'eccessivo ingessamento della disciplina europea in settori in cui l'influenza dei singoli Stati membri è certamente ancora rilevante, se non predominante», qualificando il GDPR quale atto dalla struttura complessa, che «non si limita a enunciare norme direttamente applicabili ma che, al contrario, prevede, con un certo livello di flessibilità, una serie di rinvii alle fonti nazionali per una disciplina di dettaglio». Un ulteriore riferimento a che il Regolamento preveda talora l'obbligo talaltra la facoltà di un intervento attuativo degli Stati membri si evince in Rubechi, 2017.

cedente direttiva, atto normativo che si caratterizza proprio per la necessità di un'attuazione e specificazione a livello nazionale, con un regolamento, che, diversamente, dovrebbe contenere una disciplina completa ed esaustiva.

Ad ogni buon conto, ciascuno Stato membro ha provveduto all'adeguamento della propria legislazione interna¹⁰, in modo tale che le stesse potessero porsi in linea con il *fil rouge* della normativa europea, allorché la stessa fosse divenuta applicabile (Ragone, 2017). Sul punto, in via del tutto incidentale, deve tra l'altro farsi presente che il differimento di oltre due anni dell'entrata in vigore del GDPR trova la sua ragion d'essere nella necessità di lasciare agli Stati membri il tempo necessario affinché potessero adeguare la propria normativa interna in modo tale da renderla coerente con la disciplina UE (Scagliarini, 2019).

Anche lo Stato italiano ha adeguato la propria legislazione in materia di privacy agli orientamenti provenienti dall'Europa, avviando con la Legge di delegazione europea – Legge n. 163 del 25 ottobre 2017 – un vero e proprio procedimento per l'adeguamento dell'ordinamento interno al recepimento del Regolamento UE in materia¹¹.

Nel dettaglio, l'art. 13 della Legge di delegazione europea contemplava una delega per il Governo all'adozione di uno o più decreti legislativi per l'adeguamento dell'ordinamento interno al GDPR nel rispetto di cinque specifici criteri direttivi, in aggiunta a quelli generali previsti dalla Legge n. 234/2012, nella specificazione dei quali, si circoscriveva notevolmente l'oggetto della delega, che non era più costituito dall'adozione di una disciplina di adeguamento, ma dalla necessità di emanare una vera e propria novella del Codice Privacy allora vigente, la cui sopravvivenza costituiva un vincolo insormontabile per l'esercizio della delega stessa.

Scopo della delega divenne innanzitutto quello di abrogare le norme del Codice allora vigente che fossero incompatibili col nuovo Regolamento UE; previsione questa, di notevole utilità pratica se si pensa al fatto che, già sulla base dei tradizionali canoni di risoluzione dei conflitti tra fonti interne e fonti UE, la prevalenza viene accordata a queste ultime sulla base del principio del primato del diritto dell'Unione (ferma restando la possibilità di invocare la c.d. *teoria dei controlimiti* a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno), ragion per cui la diretta ed esplicita espunzione di questa dall'ordinamento non può che essere letta in modo favorevole nell'ottica di una migliore qualità e comprensibilità della legislazione¹².

¹⁰ Per le ragioni del passaggio dalla direttiva al regolamento si rimanda *ex plurimis*, da Colapietro, 2018.

¹¹ Sul punto si afferma che la scelta del legislatore di non scindere, come pure avrebbe potuto, le misure di attuazione tra Legge europea e Legge di delegazione europea, riservando invece a quest'ultima ogni intervento in materia, si pone in una direzione di armonizzazione più che di mero adeguamento (Rubechi, 2017, 370).

¹² Allo stesso modo, Califano ricorda come ad imporre un siffatto intervento fosse proprio la generale aspirazione alla certezza del diritto (Califano, 2017, 23; simile il pensiero Iaselli, 2018, 25).

In secondo luogo, al legislatore delegato fu affidato il compito di modificare le norme del Codice non direttamente applicabili, nonché di coordinare le vigenti norme con quelle UE, sì da creare un *corpus* normativo unitario e coerente¹³.

Infine, venne attribuita al legislatore delegato la facoltà di delegificare alcuni ambiti della materia, riservando all’Autorità Garante la facoltà di regolamentarli, mentre al Governo fu affidato il compito di intervenire in modo puntuale sull’apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, per rivedere le norme incriminatrici sulla base del mutato contesto normativo.

Sulla scorta della delega e dei criteri ora menzionati, il Governo nominava per redigere il testo del decreto delegato una Commissione di esperti alla fine dell’anno 2017, che concludeva i propri lavori a marzo dell’anno successivo, quando appunto veniva adottato con delibera preliminare lo schema del decreto, che veniva poi trasmesso secondo le previsioni della legge delega sia al Garante Privacy che alle Commissioni parlamentari, ai fini dell’emissione del parere.

Emesso parere favorevole, il 4 settembre 2018 il testo del decreto veniva pubblicato in Gazzetta Ufficiale ed entrava finalmente in vigore, trascorso l’ultimo periodo di *vacatio*.

Tale decreto, in ragione della portata delle modifiche in esso contenute, ha avuto un significativo impatto sul Codice Privacy allora vigente – d.lgs. n. 196/2003 – che ha subito quasi una totale abrogazione a seguito dell’entrata in vigore del testo del 2018.

Nel dettaglio, pur volendo tralasciare le modifiche apportate alle disposizioni mantenute in vigore, deve sin da subito farsi presente come il decreto legislativo n. 101/2018, abbia abrogato ben 109 disposizioni codicistiche, in aggiunta a quelle già eliminate con l’approvazione del d.lgs. n. 51/2018¹⁴.

Tale operazione può dirsi solo in parte compensata dall’aggiunta di 26 articoli, posta l’inevitabile sussistenza di grossi vuoti normativi tra le disposizioni residue, vuoti che si concentrano specialmente nella seconda parte del *corpus* normativo di cui trattasi.

Ciò trova spiegazione nel fatto che mentre la prima parte, disciplinando il trattamento dei dati in generale, si sovrappone alla normativa UE, la seconda parte è destinata a specifici trattamenti, spesso in ambiti strettamente legati ad aspetti specifici della normativa interna, come il diritto del lavoro, il diritto amministrativo o il diritto penale, per i quali lo stesso GDPR rinvia naturalmente al Legislatore interno (Scagliarini, 2019).

Come si accennava, peraltro, il tentativo di evitare eccessive sovrapposizioni tra la legislazione a tutela della privacy e la disciplina lavoristica, con lo specifico intento di lasciare intatte le previsioni in materia contenute nello Statuto dei la-

¹³ Afferma Rubechi che in questo modo si conferiva al legislatore la possibilità di intervenire anche a prescindere dai casi di antinomia per introdurre soluzioni volte semplicemente a rendere le nuove disposizioni pienamente e più facilmente operative (Rubechi, 2018).

¹⁴ Il riferimento qui è agli artt. 53-56 concernenti il trattamento da parte delle forze di polizia. Per l’elenco delle norme espressamente abrogate dal d.lgs. n. 101/2018 si veda l’art. 27 del provvedimento.

voratori, peraltro, era riscontrabile anche nella precedente versione del Codice (Del Conte, 2007). Si tratta, peraltro, di una scelta pienamente coerente con le due diverse *rationes* delle due discipline. E, difatti, se entrambe «tendono alla tutela della dignità della persona, è anche vero che le stesse prendono a riferimento profili e ambiti non coincidenti: la disposizione lavoristica protegge la persona da forme di controllo ritenute «odiose»; quella generale protegge la «riservatezza», l'«identità personale» e i «dati personali»» (Fabozzi, 2020; Proia, 2016).

Tale circostanza, inevitabilmente, ha inciso in maniera netta anche sulla tecnica legislativa impiegata nelle due parti del Codice, in quanto la prima parte (quella generale) è pienamente incentrata sulla modifica del testo previgente, a differenza della seconda parte (quella contenente la regolamentazione di materie specifiche, tra cui il diritto del lavoro), che invece si pone maggiormente in linea con le disposizioni codicistiche precedenti.

In ragione del forte stravolgimento che la normativa in esame ha subito nel corso di un arco temporale piuttosto breve, carattere preminente assume l'art. 22 del d.lgs. n. 101/2018 che prevede una serie di disposizioni finali e di coordinamento per razionalizzare la disciplina, fortemente alterata a seguito delle varie e inorganiche modifiche susseguites.

Innanzitutto, va ricordata la norma di cui al primo comma dell'art. 22 che dispone l'adozione di un'interpretazione delle norme del decreto e in generale del diritto interno *in subiecta materia* in senso conforme al GDPR. Trattasi di una clausola già diffusa nel nostro ordinamento in contesti normativi che regolano ambiti caratterizzati da un forte legame col diritto unionale¹⁵, tali da porsi in un rapporto di forte strumentalità con esso¹⁶.

In tal modo, il Legislatore pare andare oltre la fissazione di un mero criterio ermeneutico (quale quello di interpretazione conforme) che, peraltro, sarebbe comunque destinato ad operare, dal momento in cui anche la mera applicazione del diritto interno deve essere finalizzata all'attuazione di quello sovranazionale per il conseguimento degli obiettivi da esso previsti, cosicché, anche alla luce delle novità del GDPR, gli adempimenti mantenuti dalla normativa previgente possano assumere, attraverso questa sorta di interpretazione teleologica, un significato differente (Belisario, 2018, 10).

La stessa *ratio* regola inoltre i riferimenti normativi al Codice previsti nella legislazione vigente, in cui la regola è che, laddove le norme richiamate siano state abrogate, il rinvio vada riferito alle norme del GDPR corrispondenti ed a quelle del Codice come modificato.

¹⁵ Si pensi all'art. 1 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che dispone che l'interpretazione delle norme contenute nel Titolo I della suddetta legge debba avvenire «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

¹⁶ In dottrina molti hanno evidenziato come l'art. 22, comma 1, riecheggi la previsione dell'art. 2, per cui le disposizioni del Codice sono finalizzate all'adeguamento della disciplina italiana al GDPR, ribadendo il carattere strumentale di questa a quello e quindi il ruolo di parametro di legittimità che la normativa europea assume (Colapietro, 2018, 35).

Ancora, una disposizione *ad hoc* è poi prevista per i trattamenti svolti per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico che comporti un elevato rischio¹⁷, i quali possono proseguire, nelle more dei provvedimenti generali del Garante previsti dal nuovo art. 2-*quinquiesdecies*, se disciplinati con legge, regolamento o atto amministrativo generale ovvero se hanno costituito oggetto di verifica o autorizzazione da parte del Garante stesso.

Fermo quanto detto, un'evidente prova del mutato quadro normativo la si evince facilmente dal fatto che, alla luce del Regolamento e a differenza di quanto accadeva in precedenza (nel periodo di vigenza del Codice), lo svolgimento di compiti di interesse pubblico può essere un elemento idoneo a giustificare il trattamento dei dati da parte del titolare (a prescindere dalla natura pubblica o privata di questi), dal momento in cui la norma transitoria contenuta nel comma 9 dell'art. 22 specifica che, al fine di dirimere ogni dubbio interpretativo, le norme di legge devono intendersi riferite anche a «soggetti privati che trattano i dati per i medesimi motivi». Tale assunto pare peraltro coerente con la previsione costituzionale di cui all'art. 118, comma 4, Cost. che, nel disciplinare il principio di sussidiarietà orizzontale, prevede espressamente che anche soggetti privati possano svolgere funzioni di pubblico interesse, di modo che anche per essi la legge che disciplini una tale ipotesi possa offrire una valida base giuridica per il trattamento dei dati.

Da ultimo, merita di essere citata la previsione finale per cui per i primi otto mesi dell'entrata in vigore del decreto il Garante veniva invitato a tenere conto, nell'applicazione delle sanzioni, «della fase di prima applicazione delle disposizioni sanzionatorie»¹⁸.

Trattasi di una previsione con cui il Legislatore ha inteso venire incontro alle richieste di alcuni soggetti, e che tuttavia ha destato parecchie perplessità, in quanto, indirizzando l'esercizio della discrezionalità attribuita al Garante ai sensi del Regolamento nell'applicazione delle sanzioni, determina un'impropria ingerenza nell'attività dell'Autorità indipendente, cui è *ipso jure* attribuito il potere di graduare le proprie sanzioni anche limitandosi alle misure correttive laddove ve ne sia la necessità¹⁹.

Il breve *excursus* di carattere storico-normativo che precede è stato necessario per delineare un quadro generale dell'evoluzione della disciplina in materia di privacy e per comprendere il rapporto di genere a specie intercorrente tra la tutela della riservatezza *tout court* e la tutela della riservatezza inserita nel contesto del lavoro dipendente, in cui, ad una astrattamente sconfinata possibilità di «appropriazione» di dati da parte del datore di lavoro si contrappone l'esigenza di tutelare in maniera specifica gli individui coinvolti nel processo produttivo e che, proprio tramite il lavoro, dovrebbero non solo ottenere un mezzo

¹⁷ Come, ad esempio, la videosorveglianza di una zona accessibile al pubblico.

¹⁸ O meglio della novità della normativa per la cui violazione queste vengono applicate.

¹⁹ Sul punto si veda l'art. 83 del Regolamento, il cui par. 2 afferma che le sanzioni pecuniarie possono essere inflitte in aggiunta o in luogo delle misure correttive, specificando poi che nell'applicazione delle stesse si può tenere conto di circostanze attenuanti per il caso concreto (come ben potrebbe essere la sostanziale novità della fattispecie).

di sostentamento materiale, ma anche estrinsecare e sviluppare la propria personalità. Un ulteriore approfondimento su quest'ultimo punto, dunque, diventa premessa indispensabile per la successiva analisi delle tutele applicabili nell'alveo del lavoro autonomo, parasubordinato e su piattaforma.

3. Le norme deontologiche per il trattamento dei dati nei rapporti di lavoro

Il diffondersi delle nuove tecnologie comporta variazioni nei rapporti di lavoro che hanno dei risvolti non indifferenti anche in punto di qualificazione dei rapporti, portando ad un'accelerazione nel processo di avvicinamento tra le tradizionali categorie giuslavoristiche di autonomia e subordinazione.

È stato premesso come la nascita e lo sviluppo, così come il continuo aggiornamento della disciplina concernente la protezione dei dati personali sia, da sempre, stata influenzata dall'incedere del progresso tecnologico.

Tale forte interconnessione tra diritto alla privacy e tecnologia ha influito notevolmente anche nella sfera della protezione dei dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro, dal momento in cui il notevole sviluppo delle tecnologie informatiche, specialmente negli ultimi decenni, ha fortemente acuito l'esigenza di bilanciare il diritto dell'azienda alla salvaguardia del patrimonio e dell'efficiente organizzazione aziendale con i diritti e le libertà fondamentali propri di ciascun lavoratore²⁰ che si dedichi allo svolgimento della propria attività lavorativa, a prescindere dal tipo e dalla natura di rapporto in essere.

È dunque evidente come, rispetto a qualche decennio fa, la situazione sia completamente mutata. L'avvento di Internet, il sempre più frequente impiego del web, lo sviluppo dei servizi di posta elettronica, hanno incentivato il ricorso alle tecnologie sia nelle relazioni private che in quelle professionali, alterando l'equilibrio nella tradizionale scissione tra momenti di vita e momenti di lavoro²¹. A tali situazioni, comuni a qualunque realtà lavorativa, anche più tradizionale, si aggiungono poi quelle elative alle imprese *smart* di cui già si è fatto cenno in apertura, che proprio sulla raccolta e analisi di dati – anche strettamente personali, come il tono della voce o il battito cardiaco per risalire all'atteggiamento del lavoratore nei confronti di clienti e colleghi – basano i propri sistemi di gestione delle risorse umane facendo ricorso all'intelligenza artificiale e all'applicazione degli algoritmi nell'individuazione di un percorso produttivo sempre più efficiente.

È, dunque, indubbio che lo sviluppo dell'ecosistema digitale, in cui abbiamo visto si sviluppano sia le relazioni personali che quelle lavorative, ha reso il «controllo dell'informazione [...] una componente essenziale del rapporto di lavoro, e ciò a prescindere dalla sua qualificazione giuridica» (Costantini, 2018, 553).

²⁰ Cfr. Art. 6, comma 1, lett. f), GDPR.

²¹ Il rischio connesso alla violazione della riservatezza dei lavoratori è uno dei nove scenari tipici di rischio individuati dal Gruppo di lavoro ex articolo 29 («WP29»), così denominato in quanto previsto dall'articolo 29 della direttiva 95/46/CE. L'European Data Protection Board, è l'organismo che ha poi sostituito il WP29 in seguito all'entrata in vigore del GDPR (Carta, 2018, 174).

In ragione di tali mutamenti, è partita dall'Europa la necessità di regolamentare la disciplina della privacy nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Tanto è avvenuto in maniera organica con il Regolamento GDPR, a mezzo del quale, come si è visto, è stata introdotta la possibilità in capo agli Stati membri di dettare norme di legge o di contratto collettivo *ad hoc*, per delineare una disciplina sistematica a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali in materia di privacy di tutti coloro che svolgono attività lavorative.

Nello specifico, sul tema, l'art. 88 del GDPR precisa che: «Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro».

Con una considerazione generale, può affermarsi che l'approccio del Regolamento GDPR risulta di gran lunga meno burocratico-paternalistico rispetto alla disciplina precedente, a favore di un'impostazione basata sul principio della responsabilizzazione del titolare del trattamento dei dati (principio dell'*accountability*). Si preferisce, in altre parole, sostituire i precedenti obblighi specifici e univalenti con l'onere di adottare misure «adeguate e proporzionate», con onere della prova a proprio carico, in modo da consentire una maggiore adattabilità alle esigenze concrete tipiche del caso specifico. Ebbene, un ragionamento simile vale anche con riferimento alle deleghe agli Stati Membri che, nell'esercitare la peculiare competenza specificativa delle varie discipline oggetto di rinvio, sono chiamati ad operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi, entrambi oggetto di protezione, tra la libera circolazione dei dati da un lato e il diritto alla riservatezza dall'altro.

Orbene, se negli indirizzi generali contenuti nell'art. 1 del Regolamento tale bilanciamento pare propendere a favore della prima, senza ovviamente giungere mai alla lesione totale dei secondi; dall'art. 88 sopra riportato si evince una diversa pesatura quando i dati vengono trattati in ambiente lavorativo.

In quest'ultimo caso, difatti, la disciplina nazionale deve essere specificamente rivolta ad «assicurare la protezione dei diritti e delle libertà» dei lavoratori, mentre la «protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente» viene menzionata solo quale finalità che può legittimare il trattamento stesso.

Non è un caso, quindi, che nel secondo paragrafo dell'art. 88 GDPR viene espressa la necessità che le misure «appropriate e specifiche»²² del datore di

²² Con un approccio non dissimile da quello seguito dall'art. 2087, c.c., che impone all'imprenditore l'adozione di ogni e qualsivoglia misura che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, risulti idonea a tutelare la salute psico-fisica del lavoratore.

lavoro siano volte a garantire la «salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro».

Nella bilancia utilizzata in ambito lavorativo, in altre parole, il peso maggiore viene ad essere riconosciuto al singolo, il quale non deve essere posto in condizione di particolare vulnerabilità per il solo fatto di svolgere la propria attività lavorativa (Stizia, 208, 2). Tale pesatura (anticipata, per la verità, dalle specifiche disposizioni contenute nello Statuto dei Lavoratori) risulta coerente con l'assetto costituzionale italiano, che, seppure garantisce una tutela rafforzata alla libera iniziativa economica di cui all'art. 41, individua nel «lavoro» il fondamento della Repubblica Democratica (art. 1) tutelato in «tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35), nonché il volano attraverso il quale muoversi lungo il percorso di emancipazione della persona, intesa nella sua componente sia individuale che collettiva, disegnato dai primi quattro articoli della carta Costituzionale.

In ottemperanza alle disposizioni dettate a livello europeo, il Legislatore nazionale ha adeguato la normativa interna, riformando l'allora vigente Codice Privacy e ha sostituito, a mezzo dell'articolo 9, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 101/2018, la precedente rubrica del Titolo VIII, del d.lgs. n. 196/2003 con la seguente: «Trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro».

La modifica appena menzionata, per quanto apparentemente banale, assume fondamentale rilevanza, in quanto attribuisce agli interpreti e, più in generale, agli operatori del diritto la facoltà di delineare tempestivamente l'ambito applicativo delle disposizioni di suddetto titolo, quale appunto quello concernente le relazioni di lavoro, che insieme alle altre del Codice compongono il testo legislativo dedicato alla protezione delle persone fisiche riguardo al «trattamento dei dati personali» ed alla «libera circolazione dei dati»²³.

Ciò posto, prima di procedere con la disamina della disciplina *de qua*, è bene premettere che la portata degli interventi di modifica di cui all'art. 9, d.lgs. n. 101/2018, evidenzia tanto la volontà del legislatore delegato di plasmare le disposizioni del previgente testo del Codice Privacy nell'ottica del Regolamento GDPR, quanto l'impegno costante nell'adeguare la disciplina in materia di protezione dei dati personali sia all'evoluzione che i rapporti di lavoro hanno subito in ragione dell'incedere del progresso tecnologico che del riformato dettato normativo interno. È dunque di tutta evidenza la ragione per cui il Legislatore abbia voluto dar prova del suo attivismo, includendo nella novella un rinvio esplicito alle norme poste dallo Statuto dei Lavoratori a tutela della privacy del lavoratore, sia in caso di utilizzo dei c.d. strumenti di controllo (Scagliarini, 2019) che con riferimento al divieto di indagini sulle loro opinioni.

Più nello specifico, alla materia *de qua* vengono dedicati ben sei articoli, più la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 171, che presidia dall'alto alla tenuta

²³ Sul punto si veda quanto disposto dall'art. 1, comma 1, GDPR.

complessiva del sistema, quale chiara manifestazione della funzione di prevenzione generale del diritto penale, che dovrebbe disincentivare il perpetrarsi di illeciti (Biritteri, 2021).

La prima disposizione in materia si rinviene nell'art. 111 del Codice, il quale costituisce, insieme con l'articolo 111-*bis*, il nocciolo duro della disciplina di tutela della riservatezza nell'ambito di una relazione di lavoro.

Come anticipato, con l'art. 9, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 101/2018, il Legislatore ha operato una importante riforma in materia, sostituendo il summenzionato articolo 111 del Codice Privacy che, alla luce della novella, così dispone: «Il Garante promuove, ai sensi dell'articolo 2-*quater*, l'adozione di regole deontologiche per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito del rapporto di lavoro per le finalità di cui all'articolo 88 del Regolamento, prevedendo anche specifiche modalità per le informazioni da rendere all'interessato».

Pur mantenendo un rinvio alla regolamentazione amministrativa del Garante, a differenza di quanto era stato disposto dalla precedente normativa frutto della Direttiva 95/46/CE, la disposizione novellata si riferisce oggi alle «regole deontologiche» e non più ai «codici di deontologia e di buona condotta», la cui elaborazione era stata incoraggiata dagli Stati membri e dalla Commissione Europea allo scopo di applicare correttamente le disposizioni nazionali di attuazione del dettato europeo (Preteroti, 2007, 1443).

In più, dalla lettura della norma così come riformata, emerge come il Legislatore abbia riservato all'Autorità Garante un vero e proprio potere di impulso al fine di verificare la conformità delle disposizioni deontologiche alle norme vigenti «anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati»²⁴, favorendone la diffusione ed il rispetto, dal momento in cui quest'ultimo «costituisce condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali»²⁵.

Fermo quanto detto, deve però precisarsi che fin tanto che non vengano attuate le regole deontologiche e le misure di garanzia indicate, continueranno a produrre effetti le prescrizioni contenute nelle già adottate autorizzazioni generali del Garante relative alle situazioni di trattamento inerenti ai rapporti di lavoro²⁶.

Il legislatore nazionale, infatti, ha attribuito al Garante il compito di individuare le disposizioni che si pongono in posizione di incompatibilità con il Regolamento Europeo e con il suddetto decreto legislativo e, di conseguenza, il compito di provvedere al loro aggiornamento ove necessario in caso di contrasto.

Per ciò che invece concerne le autorizzazioni generali del Garante stesso ritenute incompatibili, è previsto che queste cessino di produrre effetti a partire

²⁴ Cfr. articolo 2-*quater*, comma 1, d.lgs. n. 101/2018.

²⁵ Cfr. articolo 2-*quater*, comma 4, d.lgs. n. 101/2018. Per uno studio approfondito del tema si veda anche Miniscalco, 2019.

²⁶ Sul punto si veda: Parere del Garante n. 9163359, del 22.05.2018, punto 2.12.

dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del provvedimento di carattere generale dell'Autorità Garante adottato all'esito della consultazione pubblica.

L'art. 111, peraltro, deve essere letto in combinazione con gli artt. 4 e 8 dello Statuto dei Lavoratori e con l'art. 10 del d. lgs. 217/2003. Ed infatti, l'art. 113 del Codice, rubricato «raccolta dati di pertinenza» fa espresso rinvio agli artt. 8 S.L. e 10 d. lgs. 2016/2003, confermandone la validità. Si tratta di due norme che prevedono il divieto per il datore di lavoro di effettuare indagini, sia in fase di assunzione che nel corso del rapporto di lavoro, in merito ad alcune informazioni sensibili sui prestatori di lavoro e, in via generale, su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore²⁷.

Seguendo la stessa tecnica normativa, il successivo art. 114, rubricato «Garanzie in materia di controllo a distanza» rinvia, confermandone la validità, all'art. 4 S.L.²⁸, mentre l'art. 115 rinvia al Garante per la definizione di una tutela *ad hoc* rafforzata a favore dei lavoratori domestici, i tele-lavoratori (richiamo dal gusto un po' *retrò*) e i lavoratori agili, la cui sfera di riservatezza individuale viene posta in particolare pericolo in ragione delle particolari modalità di esecuzione della prestazione.

Accogliendo favorevolmente il suggerimento dell'art. 88 del Regolamento europeo, peraltro, il legislatore italiano non si limita ad apprestare una tutela dei dati personali dei lavoratori già assunti, ma si spinge, al successivo art. 111-*bis*, a disciplinare un aspetto preliminare.

La disposizione, difatti, concerne il delicato tema, pure strettamente connesso a quello del diritto alla privacy nell'ambito dei rapporti di lavoro, sebbene

²⁷ Più nello specifico, l'art. 8 prevede il divieto per il datore di lavoro di «di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore». Il divieto di ingerenza nella sfera di riservatezza dei lavoratori estranea alle loro qualità e competenze professionali è stato poi esteso, dall'art. 10, anche alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici o privati, autorizzati o accreditati, estendo il novero delle informazioni protette anche a quelle che riguardano al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all'handicap, alla razza, all'origine etnica, al colore, alla ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro. Se l'elenco delle informazioni riservate, che devono rimanere estranee alla sfera di conoscenza e valutazione del datore di lavoro, contenuto nell'art. 10 è all'evidenza più esaustivo, la valutazione dell'art. 8 non può prescindere da due considerazioni. In primo luogo, il divieto di cui all'art. 8 si chiude con una clausola generale riferita a tutte le informazioni non rilevanti per la valutazione delle capacità e competenze professionali dei lavoratori, si da ricomprendere tutte le specificazioni che sono poi state fatte dall'art. 10. In secondo luogo, bisogna considerare che norma è stata adottata nel 1970, in un'epoca in cui la materia del trattamento dei dati personali non aveva ancora assunto interesse né in ambito nazionale né in ambito europeo. Si tratta, quindi, di un intervento pionieristico, frutto di un'intuizione dei redattori dello Statuto dei Lavoratori che, nel tentativo di tutelare la dignità e libertà dei lavoratori, hanno individuato una sfera di riservatezza intangibile alla controparte datoriale.

²⁸ Con un richiamo speculare, dal momento che anche l'ultimo comma dell'art. 4, su cui meglio si tornerà *infra*, si preoccupa di dare conferma della necessità di applicare la disciplina di tutela della riservatezza disposta dal Codice della Privacy.

antecedente alla sua formazione, delle informazioni che le aziende o le agenzie per il lavoro sono chiamate a rendere in caso di ricezione dei *curricula* trasmessi dai soggetti interessati ad instaurare un rapporto di lavoro (Degoli, 2019).

Nel dettaglio, la disposizione in esame così recita: «Le informazioni di cui all'articolo 13 del Regolamento, nei casi di ricezione dei *curricula* spontaneamente trasmessi dagli interessati al fine della instaurazione di un rapporto di lavoro, vengono fornite al momento del primo contatto utile, successivo all'invio del *curriculum* medesimo. Nei limiti delle finalità di cui all'articolo 6, par. 1, lett. b), del Regolamento, il consenso al trattamento dei dati personali presenti nei *curricula* non è dovuto»²⁹.

In questa norma, il Legislatore affronta la questione dell'informativa che deve essere resa nei confronti dell'interessato in occasione del trattamento dei dati personali inseriti nel *curriculum vitae*, quale strumento utilizzato per presentare la propria candidatura e quindi in un momento antecedente alla nascita del rapporto di lavoro (ancora soltanto eventuale).

Absorbendo le varie indicazioni che l'Autorità Garante nel corso degli anni è stata chiamata a fornire sul tema³⁰, il Legislatore delegato ha stabilito che il corretto adempimento degli obblighi inerenti all'informativa da sottoporre agli interessati, non si limita al momento della ricezione dei *curricula* da parte del soggetto interessato ad accogliere la candidatura, ma si realizza anche in un momento successivo rispetto allo stesso. Tuttavia, il titolare del trattamento è tenuto a provvedervi «permanentemente», già a decorrere dal primo contatto utile col candidato.

La norma *de qua* prende dunque in considerazione da un lato la necessità di tutela anche degli «aspiranti lavoratori», d'altro lato la situazione di oggettiva impossibilità in cui il soggetto interessato alla ricezione dei *curricula* può trovarsi, ossia l'incapacità di acquisire anticipatamente il consenso dell'interessato ovvero di fornire in anticipo l'informativa che, a titolo esemplificativo, contiene «l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento, nonché le finalità e la base giuridica del trattamento stesso» ovvero «gli eventuali destinatari o categorie di destinatari dei dati personali»³¹.

A mezzo dell'art. 111-*bis*, dunque, il Legislatore ha provveduto a chiarire il dubbio interpretativo riguardante il momento temporale in cui l'obbligazione deve essere adempiuta, affinché non si verifichi un trattamento illecito dei dati personali.

In buona sostanza, può dunque dirsi che il Legislatore abbia disciplinato due distinte situazioni.

²⁹ La formulazione dell'articolo 111-*bis* tiene in considerazione le indicazioni contenute nel parere n. 916335, par. 2.8 del 22 maggio 2018 dell'Autorità Garante sullo schema di decreto legislativo.

³⁰ Sul punto si veda: Parere «Lavoro e previdenza sociale – Informativa negli annunci relativi ad offerte di lavoro», del 10 gennaio 2002, doc. web. N. 1064553, par. 6.

³¹ Cfr. articolo 13, comma 1, lett. a); c); e).

La prima, con cui si prevede l'obbligo per tutti i soggetti economici operanti nel mercato del lavoro di predisporre un'informativa idonea da fornire ai potenziali candidati interessati a presentare la propria candidatura in risposta alle offerte di lavoro pubblicate su quotidiani e periodici o sul web³².

La seconda, invece, che si verifica in caso di invio spontaneo dei *curricula*, in cui il legislatore autorizza il regolare trattamento dei dati ivi contenuti anche quando l'informativa sia stata comunicata successivamente, purché in occasione del primo contatto utile.

Da ultimo, sempre con riferimento alla condizione richiamata dall'art. 6, comma 1, lett. b) del GDPR³³, il Legislatore delegato ha previsto che la mancanza dell'esplicita autorizzazione al trattamento dei dati personali apposta da ciascun interessato in calce al proprio CV non possa pregiudicare il regolare trattamento delle informazioni personali nelle ipotesi in cui l'invio sia avvenuto allo scopo di dare esecuzione ad un contratto di cui l'interessato è parte o per dare attuazione a misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso titolare dei dati personali (Degoli, 2019).

Per ciò che nello specifico concerne la forma prescelta per l'informativa al trattamento, quest'ultima può essere resa in modalità semplificata anche attraverso parole chiave o in stile colloquiale, a condizione che il contenuto sia però chiaro ed idoneo a far comprendere agli interessati l'identità del titolare e del responsabile del trattamento, il fine di quest'ultimo e la possibilità che i dati sensibili in esso contenuti siano comunicati a terzi.

Infine, per ciò che concerne il trattamento dei dati personali inerenti a candidature presentate tramite web, il Garante ha precisato che l'interessato deve potersi sempre esprimere in modo libero e consapevole, pertanto l'acquisizione

³² Si veda: Comunicato stampa dell'Autorità Garante del 20 novembre 2012.

³³ Nel dettaglio, la norma, rubricata «Liceità del trattamento», così recita:

«1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;
- b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;
- c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;
- d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;
- e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;
- f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti».

del consenso deve avvenire in base ad una manifestazione libera e specificamente riferibile ad un «trattamento chiaramente individuato»³⁴.

In tale condizione, il consenso «prestato in blocco», quale condizione per poter usufruire dei servizi di intermediazione offerti dal web, «non può definirsi libero, bensì necessitato»³⁵, con la conseguenza che il trattamento dei dati personali in tal modo raccolti, deve ritenersi illecito.

4. La disciplina del GDPR nell'ambito dei rapporti di lavoro autonomo

Nel disciplinare il trattamento dei dati personali in contesti lavorativi, tanto il legislatore italiano del Codice Privacy – nella sua versione originaria e novellata – quanto il legislatore europeo del Regolamento GDPR, intendono alludere principalmente alla tutela della privacy dei prestatori parte di un rapporto di lavoro subordinato. Sorge, dunque, spontaneo interrogarsi sull'effettiva possibilità di applicazione delle regole aggiornate in materia di *right to privacy* anche ai rapporti di lavoro non subordinati e precisamente a quelli autonomi.

Per rispondere a tale interrogativo è bene ricorrere a quello che – sin dalle Preleggi (art. 12) – il nostro Legislatore elevava a primo canone ermeneutico nell'interpretazione delle norme, quale appunto quello letterale.

Pertanto, posto che nell'applicare e nell'osservare la legge non si può ad essa attribuire un significato diverso da quello proprio delle parole secondo la connessione di esse e secondo l'intenzione del Legislatore, deve sin da subito affermarsi che il nodo concernente l'effettiva possibilità di applicazione delle norme del GDPR anche ai rapporti di lavoro autonomo, deve essere sciolto in termini positivi, vale a dire ritenendo applicabile la normativa in materia di privacy di cui al GDPR anche ai lavoratori autonomi.

Tanto trova conferma nel dato letterale di cui all'articolo 2³⁶ del Regolamento UE in materia di protezione dei dati personali rubricato «Ambito di applicazione

³⁴ Cfr. Prescrizione Garante del 5 dicembre 2013, (doc. web n. 2865637). Si legga al riguardo il testo dell'articolo 9, d.lgs. n. 276/2003. La norma in questione pone un divieto di carattere generale in capo ai soggetti pubblici e privati non autorizzati o accreditati all'incontro tra domanda e offerta di lavoro, di procedere all'invio di comunicazioni per il tramite di qualsiasi strumento di diffusione. Le agenzie del lavoro sono tenute ad indicare gli estremi del provvedimento di autorizzazione o di accreditamento per permettere al lavoratore la corretta identificazione del soggetto stesso. Qualora si tratti di comunicazione effettuata mediante annunci pubblicati su quotidiani e periodici, o mediante reti di comunicazione elettronica, il legislatore richiede l'indicazione della rete di comunicazioni che permette di reperirne una copia.

³⁵ Cfr. prescrizione Garante del 5 dicembre 2013, par. 9, (doc. web. N. 2865637).

³⁶ Al fine di meglio contestualizzare il discorso condotto, si riporta il testo integrale dell'articolo in esame, ovvero art. 2 GDPR: «Articolo 2. Ambito di applicazione materiale (C 15-21)

1. Il presente regolamento si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi.
2. Il presente regolamento non si applica ai trattamenti di dati personali:

materiale» che, al comma 2, dispone che gli obblighi oggetto del regolamento non si applichino ai trattamenti dei dati personali «effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico».

La disposizione *de qua* lascia quindi palesemente intendere che l'intera disciplina in materia di privacy debba applicarsi anche ai rapporti di lavoro dei professionisti e con essa, conseguentemente, la normativa interna con cui il Legislatore assume l'onere di aggiornare il vecchio Codice Privacy del 2003 ai mutati parametri europei sul tema.

Chi scrive non ignora che la regolamentazione del trattamento dei dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro autonomo possa assumere dei tratti distintivi rispetto alla corrispondente disciplina applicabile al lavoro dipendente.

Innanzitutto, in materia di privacy il prestatore di lavoro autonomo costituisce una figura piuttosto peculiare, in quanto tale soggetto ricopre contestualmente sia la funzione di titolare del trattamento dei dati che quella di responsabile del trattamento degli stessi.

A tal riguardo, in via parentetica, deve precisarsi che per «titolare del trattamento dei dati» si intende colui che stabilisce le modalità e le finalità del trattamento dei dati personali, mentre per «responsabile del trattamento dei dati» si intende colui che processa, dal punto di vista operativo, i dati raccolti (c.d. trattamento dei dati interno). Tale ultimo soggetto ha, a sua volta, l'obbligo di nominare i responsabili del trattamento dei dati esterni nel momento in cui vi siano delle figure incaricate per la gestione di dati di soggetti terzi.

Ebbene, contrariamente a quanto avviene nel lavoro subordinato, con riferimento al lavoro autonomo tali due posizioni vengono a sovrapporsi e ciò rappresenta, di per sé, una differenza di non poco momento. Ad essa si somma un'ulteriore e particolarmente rilevante peculiarità, rinvenibile nel fatto che non parrebbe essere imposta in capo ai lavoratori la tenuta del registro delle attività di trattamento.

- a) effettuati per attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione;
 - b) effettuati dagli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V, capo 2, TUE;
 - c) effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico (C18);
 - d) effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse.
3. Per il trattamento dei dati personali da parte di istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione, si applica il regolamento (CE) n. 45/2001. Il regolamento (CE) n. 45/2001 e gli altri atti giuridici dell'Unione applicabili a tale trattamento di dati personali devono essere adeguati ai principi e alle norme del presente regolamento conformemente all'articolo 98.
 4. Il presente regolamento non pregiudica pertanto l'applicazione della direttiva 2000/31/CE, in particolare le norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva».

Tanto è desumibile da una lettura dell'articolo 30 del GDPR, per cui tale obbligo non si applica a «imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti, a meno che il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10»³⁷.

³⁷ Per una migliore contestualizzazione si riporta il testo della norma: «Articolo 30 Registri delle attività di trattamento (C82)

1. Ogni titolare del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante tengono un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità. Tale registro contiene tutte le seguenti informazioni:
 - a) il nome e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del contitolare del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dei dati;
 - b) le finalità del trattamento;
 - c) una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali;
 - d) le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di paesi terzi od organizzazioni internazionali;
 - e) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'articolo 49, la documentazione delle garanzie adeguate;
 - f) ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati;
 - g) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'articolo 32, paragrafo 1.
2. Ogni responsabile del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante tengono un registro di tutte le categorie di attività relative al trattamento svolte per conto di un titolare del trattamento, contenente:
 - a) il nome e i dati di contatto del responsabile o dei responsabili del trattamento, di ogni titolare del trattamento per conto del quale agisce il responsabile del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento e, ove applicabile, del responsabile della protezione dei dati;
 - b) le categorie dei trattamenti effettuati per conto di ogni titolare del trattamento;
 - c) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'articolo 49, la documentazione delle garanzie adeguate;
 - d) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'articolo 32, paragrafo 1.
3. I registri di cui ai paragrafi 1 e 2 sono tenuti in forma scritta, anche in formato elettronico.
4. Su richiesta, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento e, ove applicabile, il rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento mettono il registro a disposizione dell'autorità di controllo.
5. Gli obblighi di cui ai paragrafi 1 e 2 non si applicano alle imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti, a meno che il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10».

E tuttavia, nonostante da una lettura della norma appena richiamata paia che il lavoratore autonomo possa – alla luce del dato numerico richiamato – ritenersi esonerato dall’obbligo di tenere un registro delle attività di trattamento dei dati, parrebbe comunque opportuno, per garantire migliore tutela di sé e degli interessati, essere in possesso di tale documento, in ragione della finalità che lo stesso riveste, oltre che per sottoporlo alle autorità di controllo qualora ciò si renda per le ragioni del caso necessario (si pensi alle ipotesi paventate dal comma 5 della norma in questione, in cui l’obbligo risorge nel caso in cui il trattamento possa rappresentare un rischio per i diritti e le libertà dell’interessato).

Peraltro, anche i lavoratori autonomi sono obbligati alla tenuta dei registri di cui all’art. 30 GDPR, nel caso in cui la gestione dei dati personali dell’interessato non sia occasionale o involga il trattamento di categorie particolari di dati di cui all’articolo 9, paragrafo 1, GDPR o di dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all’articolo 10 GDPR.

Per ciò che concerne le particolari categorie di dati di cui all’articolo 9 del GDPR, deve precisarsi che l’art. 21 del decreto legislativo n. 101/2018, dando attuazione a quanto previsto dal Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali, dopo aver abrogato le autorizzazioni generali del Garante incompatibili con i mutati orientamenti europei, ha affidato al Garante stesso il compito di individuare con propri provvedimenti di carattere generale le prescrizioni relative alle situazioni di trattamento dei dati necessari per adempiere ad un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento, nonché a quelle di trattamento dei dati necessari per assolvere agli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell’interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale e dei dati genetici o biometrici.

In ottemperanza alle disposizioni normative, tale tema è stato oggetto di regolamentazione nell’autorizzazione generale del Garante privacy n. 176/2019³⁸, anche se tale tema era stato già affrontato nella circolare n. 1/2016.

Nel dettaglio, il primo aspetto lambito dal Garante è proprio quello concernente l’ambito applicativo delle prescrizioni in essa contenute, il che è particolarmente rilevante ai fini della trattazione de qua, in quanto permette di porre alla luce un’ulteriore conferma della piena applicabilità delle disposizioni del GDPR e di quelle del decreto 101/2018 anche al *genus* del lavoro autonomo.

Per tale aspetto, in particolare, è prevista l’applicazione delle prescrizioni contenute nel provvedimento a tutti i soggetti che, siano essi titolari o responsabili, realizzino un trattamento al fine di instaurare, gestire o estinguere un rapporto di lavoro.

Nel testo del provvedimento vengono elencate – parrebbe a titolo esemplificativo – alcune tipologie di soggetti cui le prescrizioni in questione andrebbero ad applicarsi, quali:

³⁸ Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell’art. 21, comma 1, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101. (Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 176 del 29 luglio 2019). Registro dei provvedimenti n. 146 del 5 giugno 2019.

- le agenzie per il lavoro e i soggetti che svolgono attività di intermediazione, ricerca e selezione di personale o supporto alla ricollocazione professionale;
- imprese, enti, associazioni, organismi, persone fisiche, parte di un rapporto lavorativo o che utilizzano prestazioni lavorative e coloro che conferiscono incarichi professionali a consulenti, liberi professionisti, agenti, rappresentanti e mandatari o a soggetti che svolgono collaborazioni organizzate o altri lavori autonomi in rapporto di collaborazione;
- gli organismi paritetici o quelli che gestiscono osservatori in materia di lavoro;
- il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;
- i consulenti del lavoro e tutti coloro che curano gli adempimenti in materia di lavoro, di previdenza e assistenza sociale e fiscale per conto di altri soggetti che sono parte di un rapporto di lavoro dipendente o autonomo;
- le associazioni, le organizzazioni, le federazioni e le confederazioni rappresentative di categorie di datori di lavoro (tali soggetti, però, al solo fine di perseguire gli scopi individuati dai relativi statuti o dai contratti collettivi);
- il medico competente in materia di salute e sicurezza sul lavoro³⁹.

Il secondo aspetto che viene preso in considerazione dall’Autorizzazione in esame è, invece, quello relativo ai soggetti interessati ai trattamenti e quindi ai quali i dati si riferiscono.

Anche qui, il riferimento viene espressamente fatto ai lavoratori autonomi, essendo disposto che le prescrizioni del provvedimento si applichino ai dati personali, appartenenti alle categorie particolari di cui al regolamento europeo, che siano acquisiti direttamente dall’interessato e che si riferiscano ad una pluralità di soggetti, tra cui rientrano appunto i consulenti e i liberi professionisti, gli agenti, i rappresentanti e i mandatari, i soggetti che svolgono collaborazioni organizzate dal committente o altri lavoratori autonomi in rapporto di collaborazione, nonché i candidati all’instaurazione dei rapporti di lavoro, i lavoratori subordinati (a prescindere dal tipo di rapporto contrattuale instaurato con il datore di lavoro), i praticanti per l’abilitazione all’esercizio delle professioni, i prestatori di lavoro nell’ambito di un contratto di somministrazione di lavoro o di rapporto di tirocinio, le persone fisiche che ricoprono cariche sociali o altri incarichi all’interno di persone giuridiche, di enti, di associazioni o di organismi, i terzi danneggiati nell’esercizio dell’attività lavorativa o professionale, i familiari e i conviventi dei lavoratori subordinati, dei praticanti, dei prestatori di lavoro nell’ambito dei contratti di somministrazione di lavoro, nonché i soggetti che svolgono collaborazioni, per il rilascio di agevolazioni o permessi⁴⁰.

Al pari di quanto previsto nei rapporti di lavoro dipendente, anche per il lavoro autonomo le categorie particolari di dati possono essere trattate soltanto per:

³⁹ Nel dettaglio, per tale elencazione si veda quanto precisato dal Garante nell’Autorizzazione Generale esaminata all’articolo 1.1, rubricato appunto «Ambito di applicazione».

⁴⁰ Per tale aspetto, invece, si veda il testo dell’articolo 1.1, rubricato «Interessati ai quali i dati si riferiscono», del medesimo provvedimento dell’Autorità Garante.

- l’adempimento di fini specifici previsti dalla normativa UE e recepiti da quella interna al fine di instaurare, modificare o estinguere un rapporto di lavoro o di conseguire il riconoscimento di agevolazioni o contributi connessi all’applicazione della normativa in materia di previdenza, igiene e sicurezza del lavoro o in materia fiscale sindacale;
- ottemperare ad obblighi di legge in materia contabile, retributiva e contributiva;
- salvaguardare la vita o l’incolumità fisica di un soggetto terzo;
- far valere o difendere un diritto, in sede giudiziaria o anche in sede amministrativa o nelle procedure di arbitrato e conciliazione, nei casi previsti dalla legge, sempre a condizione che i dati vengano trattati per tali fini e nel tempo strettamente necessario al relativo perseguimento;
- adempiere ad obblighi derivanti da contratti di assicurazione finalizzati alla copertura dei rischi connessi alla responsabilità dell’imprenditore in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, di malattie professionali o per i danni cagionati a terzi nell’esercizio dell’attività lavorativa o professionale;
- per garantire le pari opportunità nel lavoro;
- per perseguire scopi determinati e legittimi individuati dagli statuti delle associazioni di categoria rappresentative dei datori di lavoro o dai contratti collettivi.

Nel dettaglio, le prescrizioni previste nel provvedimento del Garante con riferimento alle categorie particolari di dati trattati nei rapporti di lavoro si riferiscono, in primo luogo, alla fase preliminare delle assunzioni.

Come visto in precedenza, infatti, il legislatore, in ottemperanza a quanto disposto a livello europeo, stabilisce che le agenzie per il lavoro o comunque i soggetti che svolgono attività di intermediazione del personale siano autorizzate a trattare i dati idonei a rivelare lo stato di salute e l’origine etnica dei soggetti interessati ad instaurare un rapporto di lavoro, alla sola condizione che la raccolta ed il conseguente trattamento sia giustificata da scopi determinati e legittimi e sia necessaria per instaurare la relazione lavorativa.

In secondo luogo, è poi previsto che il trattamento delle particolari categorie di dati che viene effettuato ai fini dell’instaurazione del rapporto di lavoro deve concernere soltanto i dati strettamente pertinenti e limitati a quanto necessario a tale finalità, mentre nel caso in cui all’interno del c.v. siano presenti dei dati che non appaiono pertinenti rispetto alla finalità di instaurazione del rapporto di lavoro, i soggetti che li ricevono sono tenuti ad astenersi dall’utilizzo degli stessi.

Fermo quanto detto, in ogni caso non possono essere utilizzati dati generici per stabilire l’idoneità professionale all’impiego di un candidato, tantomeno nel caso in cui lo stesso abbia prestato il proprio consenso al riguardo.

Da ultimo, per ciò che nello specifico concerne il trattamento delle particolari categorie di dati trattati nel corso del rapporto di lavoro, nel rispetto delle previsioni di cui al GDPR, è previsto che ogni dato «personalissimo» relativo a convinzioni filosofiche, politiche o religiose, debba essere trattato solo se strumentale rispetto ad un evento che, verificatosi nel corso del rapporto di lavoro in essere, rende necessario l’esercizio di eventuali diritti ad esso correlati.

5. La disciplina dei controlli a distanza nei rapporti di lavoro parasubordinato

Dalla *overview* che precede, e precisamente dal citato provvedimento del Garante privacy n. 176/2019, emerge che la disciplina della tutela dei dati personali deve ritenersi applicabile anche ai «soggetti che svolgono collaborazioni organizzate dal committente o altri lavoratori autonomi in rapporto di collaborazione». Ciò posto, anche in considerazione del coordinamento (più o meno accentuato, ma sempre presente) dei soggetti *de quibus* con l'organizzazione produttiva del committente, emerge un'ulteriore tematica particolarmente delicata e affine a quanto finora esposto: quella dei controlli a distanza – e dell'incidenza che la medesima ha sul diritto alla privacy – nei rapporti di lavoro parasubordinato.

Invero, la disciplina dei controlli a distanza dell'attività dei lavoratori, contenuta nell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, è stata una delle prime fattispecie incidenti sul diritto alla riservatezza ad essere oggetto di una specifica disciplina legale, ben prima dell'introduzione del Codice Privacy (ma anche della promulgazione della legge del 1996). Frutto di una spiccata intuizione dei redattori dello Statuto, dunque, l'art. 4 può essere considerato una delle «punte di diamante» del diritto del lavoro italiano, nonostante sia stato comprensibilmente al centro di un intenso dibattito dottrinale sia prima che dopo le modifiche subite nell'ambito della riforma del mercato del lavoro complessivamente nota come Jobs Act.

Tuttavia, si tratta, e da ciò nasce la questione esaminanda, di una norma inserita all'interno dello Statuto dei Lavoratori, che notoriamente concerne un apparato protettivo applicabile ai soli rapporti di lavoro dipendente. Eppure, una riflessione più ampia e sistematica sulla disposizione, che tenga conto e della *ratio legis* e dei mutamenti avvenuti nel mercato del lavoro italiano negli ultimi (almeno) venti anni, rende inevitabile interrogarsi in merito alle possibilità di applicare l'art. 4 anche oltre i confini della subordinazione, ossia ai rapporti di lavoro parasubordinato e, più nello specifico, alle tanto tribolate collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, d. lgs. 81/2015.

Il tentativo interpretativo che ci si accinge a svolgere non può prescindere da alcune considerazioni preliminari, relative alle finalità e alla storia dell'art. 4, necessarie al fine di operare un inquadramento sistematico della disposizione e poter, per tale via, analizzarne le possibilità estensive.

Tali considerazioni preliminari non possono che trovare la loro fonte nell'individuazione della finalità della norma, che risulta di grande rilievo per la particolare commistione di interessi coinvolti. E difatti, se da un lato essi attingono ad elementi di natura prettamente economica e imprenditoriale (pur tutelati a livello costituzionale dall'art. 41), dall'altro lato si scontrano con le necessità di tutela della persona in quanto tale e in quanto soggetto che, proprio attraverso il lavoro, si inoltra nel percorso di emancipazione individuale e sociale costruito dal combinato disposto dei primi quattro articoli della Carta Costituzionale, non a caso contenenti i «principi fondamentali» sui quali si fonda la Repubblica italiana.

È proprio in considerazione del «lavoro» inteso quale «principio dei diritti sociali»⁴¹ e quale strumento primario di sviluppo della personalità, nella sua componente individuale e collettiva, individuato quale diritto e dovere del cittadino (art. 4, Cost.) e tutelato in «tutte le sue forme e applicazioni» dall'art. 35 della Costituzione, che occorre interrogarsi circa la legittimità di escludere un'intera categoria di lavoratori dalla protezione da ingerenze altrui nella sfera di riservatezza personale, solo in ragione dell'assenza del potere direttivo tipico del rapporto di lavoro subordinato.

E, d'altronde, è in tal senso indicativa la stessa collocazione dell'art. 4 nel Titolo I dello Statuto, ovvero nella parte dedicata alla «libertà e dignità del lavoratore», a conferma che la *ratio legis* deve essere individuata nella necessità di proteggere la dignità del lavoratore, quale diritto del medesimo a svolgere la propria attività in un ambiente sereno e libero dai condizionamenti che inevitabilmente deriverebbero da ogni forma di controllo occulto e continuativo. Al contempo, ciò che viene tutelato è la libertà del prestatore; libertà che, tra le sue multiformi manifestazioni, comprende indubbiamente il *right to privacy* di cui si è parlato in apertura e, quindi, da un lato il diritto a che la raccolta e archiviazione dei dati circa l'attività (vieppiù ove estranea ai luoghi di lavoro) e la persona sia ridotta allo stretto indispensabile e, d'altro lato, il diritto al mantenimento di una sfera di «non ingerenza» dalle intrusioni della controparte negoziale (su quest'ultimo punto, la norma in esame può essere letta in combinato disposto con l'art. 8 dello stesso S.L.).

La seconda considerazione preliminare attiene ad un ragionamento di politica del diritto che muova dallo *status quo* per immaginare, *de iure condendo*, come poter realizzare al meglio gli obiettivi (ambiziosi) cui la disposizione è rivolta.

A tal fine è necessario un inquadramento storico dell'art. 4 che, come accennato, per quanto abbia rappresentato continuativamente un fiore all'occhiello del diritto del lavoro italiano, ha dimostrato particolari difficoltà nell'adattamento all'evolversi del contesto produttivo e imprenditoriale di riferimento, sì da aver reso necessario un intervento di riforma strutturale – di cui meglio si dirà a breve – che ne adeguasse il contenuto precettivo alle più recenti innovazioni tecnologiche. Orbene, non potrebbe risultare opportuno, in parallelo, realizzare un ulteriore intervento di adeguamento all'attuale mercato del lavoro e di «modernizzazione» della disposizione, che ne generalizzi l'applicazione anche agli altri lavoratori che, in condizione di maggiore o minore autonomia organizzativa, sociale ed economica, si trovino a svolgere la propria attività utilizzando strumenti e prendendo parte ad eventi che consentono alla controparte negoziale un controllo e una raccolta dati particolarmente incisivi?

Se, pur senza pretesa di esaustività che risulterebbe inadeguata alla sede odierna (per approfondimenti, Carinci M.T., 2016; Ilario, 2016; Del Punta, 2016; Fabozzi, 2020; Marazza, 2016; Dagnino, 2016; Lambertucci, 2015; Stan-

⁴¹ Si riprende un'espressione felicemente coniata da Mazziotti (Mazziotti, 1956, 87; in tema anche Schmidt, 1981; Giubboni, 2006).

chi, 2015; Stizia, 2015; De Marco, 2018; Recchia, 2017), si analizzano le modifiche che la disciplina in materia ha subito con l'intervento riformatore del 2015 e le motivazioni che ne sono alla base, una risposta positiva non risulta poi così infondata.

Come noto, l'art. 4, dopo oltre quaranta anni di vita, è stato modificato per effetto dell'art. 23, d.lgs. n. 151/2015. Si trattava di una disposizione che, più di altre, richiedeva un forte e impellente intervento riformatore, reso necessario dall'esigenza di porlo «al passo coi tempi» adeguandone il contenuto precettivo all'evoluzione tecnologica intercorsa dal 1970 ad oggi⁴².

Ed infatti, lo sviluppo di tecnologie digitali sempre più innovative, che notoriamente consentono un'ingerenza via via più incisiva nella sfera privata del singolo, già da tempo aveva mostrato il carattere anacronistico di una norma sorta in un'epoca di forte mobilitazione e dissenso sociale, tagliata su misura dei rapporti di lavoro degli operai delle fabbriche del nord Italia, pensata in riferimento a strumenti dotati di capacità di osservazione, registrazione e conservazione dei dati decisamente limitata: non vi è dubbio, in breve, che i redattori dello Statuto dei Lavoratori non immaginavano certo di disciplinare rapporti lavorativi basati sullo scambio di e-mail, sulla concessione di computer e telefoni aziendali, su riunioni online e quant'altro caratterizza la «quotidianità contemporanea».

E, difatti, la norma aveva originariamente ad oggetto le c.d. apparecchiature esterne (Alvino, 2016, 1) alla prestazione di lavoro, rivolgendosi soprattutto a quegli strumenti che, permettendo di controllare la continuità di un macchinario o di registrare le conversazioni dei dipendenti (Assanti, Pera, 1972, 26), consentivano di ottenere informazioni utili sulla quantità e la continuità del lavoro e di ricostruire in tal modo l'attività svolta da ciascun prestatore. Nella lettera della legge, diversamente, non venivano in rilievo quegli strumenti costantemente utilizzati per rendere la prestazione lavorativa – e, talvolta, anche al di fuori del contesto lavorativo – pur idonei ad una massiccia raccolta di dati e, quindi, all'esercizio di un incisivo controllo datoriale.

E tale impasse è emersa con estrema veemenza non appena il controllo a distanza, a seguito dell'evoluzione tecnologica, è divenuto possibile anche attraverso la consultazione delle informazioni registrate dai dispositivi affidati al lavoratore per l'esercizio della prestazione di lavoro, ovvero ad uso promiscuo. Gli strumenti tecnologici attualmente utilizzati nella generalità dei rapporti, difatti, permettono – anche mediante l'incrocio dei dati registrati – la ricostruzione (anche totale) dell'attività svolta dal lavoratore sia durante l'orario di lavoro⁴³ che talvolta anche al di fuori degli ambienti lavorativi⁴⁴, oltre che l'accesso a da-

⁴² Esigenza già da tempo paventata (Trojsi, 2014, 119; Zoli, 2010, 164).

⁴³ L'attività oggetto di controllo cui la norma si riferisce è da intendersi in senso ampio, in quanto afferente non solo alle condotte realizzate per l'adempimento della prestazione lavorativa, ma anche ad ogni comportamento posto in essere dal lavoratore durante l'orario di lavoro.

⁴⁴ Si pensi alle possibilità di venire a conoscenza dei luoghi frequentati dal lavoratore utilizzando l'auto aziendale o portando con sé il telefono aziendale muniti di strumenti di geo-localizzazione.

ti sensibili dello stesso, ricavabili dall'esame dei siti internet visitati, della posta elettronica, dal materiale salvato nei telefoni e computer aziendali e quant'altro.

L'art. 4 pre-Jobs Act, in altre parole, aveva finito per disciplinare fenomeni divenuti via via di minor rilievo e, di converso, per lasciare privi di tutele le nuove fattispecie emergenti, con ciò impedendo *de facto* la realizzazione di quel necessario contemperamento tra l'interesse dell'azienda a controllare l'utilizzo degli strumenti tecnologici da parte del lavoratore e la necessità di tutelare la dignità e la riservatezza di quest'ultimo, che pure deve essere individuato quale fine ultimo del dettato normativo.

Quali fossero le Colonne d'Ercole insuperabili dal datore di lavoro nella ricerca e collezione dei dati circa l'attività e la persona dei dipendenti e quale trattamento dovessero ricevere i dati così acquisiti sono rimasti a lungo interrogativi privi di risposta certa, nonostante gli sforzi interpretativi di dottrina e giurisprudenza⁴⁵.

Si è, così, giunti, attraverso le modifiche apportate dal Jobs Act, ad una nuova formulazione dell'art. 4, in cui è possibile identificare due nuclei essenziali, destinati a regolare due momenti distinti (seppur intimamente connessi), che vengono in considerazione in caso di utilizzo da parte del datore di strumenti da cui deriva la possibilità di controllare l'attività di lavoro e acquisire dati (Alvino, 2016, 1).

Il primo nucleo contiene le norme destinate a disciplinare la possibilità per l'imprenditore di installare strumenti di controllo a distanza, definendo⁴⁶ le condizioni di legittimità dell'installazione delle apparecchiature che potrem-

⁴⁵ Di fronte a tali fattispecie e alle difficoltà applicative derivanti dall'eventuale estensione *sic et simpliciter* del disposto dell'originario art. 4, parte della dottrina avallò anche l'ipotesi di escludere gli strumenti da lavoro dall'area di applicazione della norma statutaria, sostenendo che per il ricorso a questi ultimi non fosse necessario acquisire la preventiva autorizzazione (Ichino, 2003, 234; Gragnoli, 2010, 68; *contra*, Tulli, 2009, 229). D'altro canto, la giurisprudenza di legittimità ha ideato la fattispecie dei «controlli difensivi», ovvero i «controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore». Cfr., *inter alia*, Cassazione civile, sezione lavoro, 4 aprile 2012, n. 5371 e Cassazione civile, sezione lavoro, 23 febbraio 2012, n. 2722, entrambe in *RIDL*, 2013, II, 113, con nota di G. Spinelli. Per il primo approccio giurisprudenziale con cui è stato affrontato il tema della inclusione o meno dei controlli difensivi nell'alveo dell'art. 4 Stat. Lav. è rinvenibile in Cassazione civile, sezione lavoro, 3 aprile 2002, n. 4746, con commento di L. Nogler in *G. Lav.*, 2002, n. 21, 10. La prima pronuncia della Corte di Cassazione in tema di monitoraggio degli accessi ad internet è invece più recente: Cassazione civile, sezione lavoro, 23 febbraio 2010, n. 4375, in *RGL*, 2010, II, 462, commentata da A. Bellavista; Cassazione civile, sezione lavoro, 3 aprile 2002, n. 4746, in *G. Lav.*, 2002, n. 21, 10, con nota di L. Nogler; Cassazione civile, sezione lavoro, 23 febbraio 2010, n. 4375.

⁴⁶ Senza più porre un divieto generale, che può, tuttavia, considerarsi ancora implicito nell'interpretazione complessiva della norma che, ponendo le condizioni di legittimità del ricorso agli strumenti di controllo da remoto, impedisce al contempo l'utilizzo di tali tecnologie al di fuori dei limiti legali. In tal senso si è espresso anche il Comitato dei Ministri degli Stati Membri del Consiglio d'Europa nella Raccomandazione CM/REC (2015) 5 del 1° aprile 2015 in materia di trattamento dei dati personali nei rapporti di lavoro.

mo definire di «controllo preterintenzionale», in quanto, pur impiegate a pena di illegittimità «esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale», consentono alla parte datoriale di monitorare l'attività dei dipendenti quale effetto collaterale. Pur non volendo entrare nel merito della riforma, non ci si può esimere dall'evidenziare come da detta disciplina vengano espressamente esclusi gli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze», con ciò rischiando di mantenere un *vulnus* nelle necessità di tutela della dignità dei lavoratori.

Tale rischio viene in qualche modo arginato dal secondo nucleo della norma di nuova formulazione, che concerne i limiti entro i quali il datore può accedere alle informazioni registrate dallo strumento, anche di lavoro, ed eventualmente utilizzarle a fini anche disciplinari.

Tale aspetto non aveva un'esplicita regolamentazione all'interno del testo previgente, che si limitava a dettare le condizioni da rispettare per la legittima installazione dell'apparecchiatura; condivisibilmente, il Legislatore del 2015 ha deciso, invece, di dedicarvi l'ultimo comma, disponendo che «Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 [i.e. sia quelle ottenute per il tramite dei controlli a distanza «preterintenzionali» che per il tramite degli strumenti di lavoro] sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

Viene, di tal guisa, previsto un coordinamento espresso tra l'art. 4 e il Codice della Privacy, disposto all'evidente fine di creare una coerenza complessiva dell'ordinamento, assicurando una tutela completa della dignità e libertà del lavoratore di cui si è detto in apertura del paragrafo. Non è azzardato ritenere che tale coordinamento, estraneo al testo previgente, sia stato inserito dal Legislatore del 2015 nell'intento di adeguare la disciplina dei controlli a distanza alla mutata realtà tecnologicamente avanzata dei rapporti di lavoro.

Non vi è dubbio, tuttavia, che il mercato del lavoro non è stato interessato solamente dai mutamenti derivanti dalle innovazioni tecnologiche; al contrario, già a partire dagli anni '90, esso è stato attraversato da un'ondata espansiva di rapporti di lavoro di natura parasubordinata, le cui esigenze di tutela sono andate via via affermandosi attraverso il riconoscimento di una serie di diritti propri del lavoro subordinato, fino a giungere all'estensione generalizzata dello statuto protettivo del lavoro subordinato ad alcuni tipologie di collaborazioni. Nella operazione di «modernizzazione» della norma, tuttavia, a tale evoluzione non è stato dato peso, rendendo quantomai attuale l'interrogativo iniziale: può applicarsi la disciplina appena tratteggiata anche a categorie di lavoratori non subordinati che pure, per le modalità di realizzazione dell'attività in coordinamento (più o meno accentuato) con l'organizzazione produttiva della controparte negoziale, si trovino in una situazione di sottoposizione all'altrui raccolta, utilizzo e archiviazione di dati equiparabile, in una parola alla para-subordinazione?

Senza addentrarci eccessivamente nella descrizione del fenomeno (R. Del Punta, 2019)⁴⁷, il tentativo di risposta non può prescindere dalla distinzione del lavoro parasubordinato in due *species*: da un lato, le collaborazioni di cui all'art. 409, co. 1, n. 3, c.p.c., ovvero quelle collaborazioni che si concretano in una prestazione d'opera coordinata⁴⁸ e continuativa, prevalentemente personale, anche se a carattere non subordinato; d'altro lato, le collaborazioni organizzate dal committente di cui al primo comma dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, così come modificate per effetto del d.l. n. 101/2019, ovvero quelle collaborazioni che si concretano in «prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente».

Tale distinzione risulta necessitata in ragione della disciplina, profondamente diversa, che le due fattispecie ricevono dall'ordinamento.

L'*incipit* dell'art. 2, difatti, dispone che «A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche» alle collaborazioni etero-organizzate sopra menzionate. Prescindendo dalle questioni in merito alla collocazione di tale nuova fattispecie all'interno del prisma delle categorie lavoristiche (Pessi, 2015), ciò che emerge con chiara evidenza è che, con tale previsione, il legislatore del 2015 ha inteso riconoscere una tutela rafforzata a quelle collaborazioni autonome che, in ragione delle modalità di realizzazione in qualche modo equiparabili a quelle tipiche del lavoro subordinato, si caratterizzano per una particolare esigenza di protezione da parte dell'ordinamento (Pessi, 2018).

Orbene, ciò che occorre comprendere è se nella generalizzata estensione della «disciplina del lavoro subordinato» sia o meno possibile ricomprendere anche l'art. 4. In merito, il Ministero del Lavoro si è fin da subito espresso a favore della «applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutele avverso i licenziamenti illegittimi ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato»⁴⁹.

Al di là della fretteosità e forse anche ingenuità della soluzione ministeriale, che non pare aver preso in considerazione le difficoltà applicative di una trasposizione *sic et simpliciter* di una regolamentazione complessa e articolata come quella della subordinazione da una fattispecie ad altra diversa, sulla necessità di una applicazione (quasi) integrale della disciplina del lavoro subordinato

⁴⁷ Per un approfondimento sul tema, Persiani, 2015, 1259; Pessi, 2015; Perulli, 2017, 197; Marazza, 2016, 1169; Pisani, 2018, 43; Maio, 2019; Diamanti, 2018; Mazzotta, 2020; Ferraro, 2016, 53; Magnani, 2020; Santoro Passarelli, 2015, 1146; Nogler, 2015; Tiraboschi, 2015; Ciucciiovino, 2016, 123; Tosi, 2015, 13; Zoppoli L., 2016.

⁴⁸ Come precisato dall'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 409, c.p.c., di recente introduzione, «La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

⁴⁹ V. la circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 2016 (Persiani, 2016, 312). In senso analogo, cfr. anche la circolare dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 7 del 2020.

converge anche la nota sentenza della Corte di Cassazione, 24 gennaio 2020, n. 1663. Con essa, difatti, i Giudici di legittimità hanno, *inter alia*, ritenuto che il primo comma dell'art. 2 si rivolge all'intera disciplina del lavoro subordinato, dal momento che «la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli giudici» (§24 della sentenza).

Se così è, sembrerebbe pacifico sostenere la necessità di applicare l'art. 4, con l'intera disciplina dei controlli da remoto in esso contenuta, anche alle collaborazioni organizzate dal committente.

E, d'altronde, non pare andare in senso inverso la successiva specificazione, *obiter dictum* contenuto nella citata sentenza, secondo cui «Non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.».

Non si vede, infatti, quale potrebbe essere «l'ontologica impossibilità» di garantire anche al collaboratore etero-organizzato – vieppiù quando inserito nel contesto produttivo imprenditoriale del «committente» – il diritto a che eventuali strumenti di controllo a distanza siano utilizzati dalla controparte negoziale nel rispetto di accordi collettivi o di autorizzazioni amministrative ovvero il diritto a che le informazioni raccolte per il tramite di questi ultimi o degli strumenti eventualmente utilizzati nell'espletamento dell'attività lavorativa siano utilizzate nel rispetto della normativa in materia di privacy e a valle di un'informativa completa.

Più complessa risulta la soluzione della questione con riferimento alle altre tipologie di lavoro parasubordinato e, segnatamente, alle collaborazioni coordinate e continuative *ex art.* 409 c.p.c. e alle collaborazioni, anche organizzate dal committente, rientranti nell'ambito di applicazione del secondo comma del citato art. 2⁵⁰. In tali ipotesi, difatti, non è prevista l'estensione dello statuto protettivo del lavoro subordinato, di tal che, dato il superamento delle regole sul lavoro a progetto e fermo il rispetto delle specifiche forme di tutela che sono state nel tempo elaborate dal Legislatore, la disciplina della collaborazione è rimessa all'autonomia individuale o collettiva.

⁵⁰ Il secondo comma dell'art. 2, difatti, prevede una serie di deroghe all'estensione della portata applicativa dello statuto protettivo tipico del lavoro subordinato. Tali deroghe riguardano, nel dettaglio, per le collaborazioni, anche organizzate dal committente, per cui sia prevista una specifica disciplina da parte dei contratti collettivi nazionali di lavoro applicabili con riferimento al trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze organizzative e produttive del settore; quelle rese nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; le attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni; le collaborazioni degli operatori che prestano le attività di cui alla legge 21 marzo 2001, n. 74; nonché, infine, le collaborazioni rese a fini istituzionali in favore di associazioni sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive riconosciute dal CONI.

Mancando un «appiglio normativo» e in assenza di un chiaro pronunciamento del Garante in tal senso, la strada dell'applicazione estensiva dell'art. 4 anche a tali tipologie di lavoratori parasubordinati risulta irta di ostacoli ed assai difficoltosa.

Se è vero che anche in riferimento a tali soggetti possono verificarsi situazioni in cui, nella realizzazione dell'attività, il committente venga in possesso di dati, attraverso i quali poter verificare l'avanzamento dell'opera, è pur vero che si tratta di ipotesi in cui l'assoggettamento all'altrui potere, così come il ricorso a mezzi produttivi altrui e l'inserimento nel contesto produttivo aziendale altrui, sono notevolmente ridotti rispetto alle fattispecie sopra esaminate. Sono, dunque, meno ricorrenti da un punto di vista fattuale, oltre che meno impattanti da un punto di vista giuridico, le circostanze in cui il collaboratore viene sottoposto a controlli da remoto ad opera del committente.

Al contempo, occorre rammentare che, come già è stato osservato, l'ordinamento riconosce anche ai collaboratori il diritto all'applicazione della summenzionata disciplina in materia di protezione dei dati personali⁵¹. Essi, dunque, beneficiano comunque di una tutela legale volta ad evitare che la propria sfera di riservatezza venga illimitatamente incisa da ingerenze altrui in ragione dello svolgimento di un'attività lavorativa, sì che la loro esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 4 risulta comunque coerente con le necessità costituzionali di tutelare il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e di assicurare protezione alla dignità e libertà dei lavoratori in quanto tali e in quanto persone.

6. La tutela della riservatezza dei *platform workers*

La questione si complica ulteriormente con riguardo alla tutela della riservatezza nell'ambito del *platform work*, ossia delle prestazioni di lavoro rese tramite il ricorso alle piattaforme digitali.

Non è più una novità, oramai, l'esistenza di imprese-piattaforma⁵² – già definite «fluide» (Sigillò Marrara, 2020a, 91), per evidenziare l'assenza di qualsivoglia barriera di tipo spazio-temporale, ma anche la tipica polverizzazione delle attività in un continuo susseguirsi di incarichi singoli e determinati – il cui modello di business consiste nel consentire «l'incontro virtuale» tra do-

⁵¹ V. il provvedimento del Garante privacy n. 176/2019.

⁵² In merito, occorre operare una macro-distinzione di fondamentale importanza. Occorre, in particolare, differenziare le piattaforme di capitali, che consentono ai privati di «capitalizzare» dei propri beni permettendo a terzi estranei di goderne, dalle piattaforme di lavoro che, diversamente, consentono lo scambio di opere e servizi – più o meno semplici, più o meno organizzati dalla piattaforma nelle modalità di esecuzione; sempre singoli e seriali – posti in essere da persone fisiche a vantaggio di soggetti terzi, siano essi persone fisiche o giuridiche. Mentre nel primo caso lo scambio riguarda beni, nella seconda categoria di piattaforme l'oggetto della relazione contrattuale è ravvisabile nell'attività umana offerta da un soggetto ad un altro in cambio di un compenso economicamente valutabile; si tratta, in altri termini, di un'attività lavorativa. Nel presente scritto, dunque, si farà riferimento esclusivamente alle piattaforme di lavoro, non anche alle piattaforme di capitali.

mande e offerte di *mini-tasks*, da realizzarsi interamente online o nel «mondo reale»⁵³, attraverso un sistema organizzato in maniera più o meno incisiva dalla piattaforma stessa.

A dire la verità, il *platform work* ha smesso di essere una novità: non sorprende più camminare per strada e vedersi sfrecciare attorno un alveare di biciclette e motorini con a cavalcioni i *riders*, provvisti di ampi zaini dai colori sgargianti e dalle scritte invitanti, intenti a trasportare del cibo da un ristorante ad un'abitazione, in un eterno ritorno dell'eguale. Eppure, i *platform workers* continuano a rappresentare una zona grigia dell'ordinamento giuslavoristico e a muoversi, di conseguenza, in un limbo giuridico pieno di incertezze, sia in merito alla qualificazione del rapporto di lavoro che (di conseguenza) in merito allo statuto protettivo ad essi applicabile, anche con riferimento alla tutela dei dati personali e ai limiti al monitoraggio della loro attività da parte della piattaforma. Le difficoltà qualificatorie derivano dalla compresenza di elementi tipici del lavoro subordinato e del lavoro autonomo, in rapporti contrattualmente sorti come collaborazioni autonome.

Così, non è rintracciabile *ictu oculi* un vincolo di obbligatorio della prestazione, dal momento che, per un verso, il singolo lavoratore può scegliere se, quando e quanto lavorare prenotandosi settimanalmente per gli *slot* di volta in volta disponibili, e, anche una volta resosi a disposizione della piattaforma, ha la possibilità di non accettare le singole «missioni» propostegli; di converso, la piattaforma non è obbligata né ad indirizzare ai lavoratori proposte di «missioni», né ad accettare la disponibilità a rendere la prestazione dagli stessi manifestata. Ancora, normalmente non vi è un obbligo di svolgere la prestazione personalmente da parte del lavoratore contraente, che peraltro non è vincolato da un obbligo di esclusività – potendo operare anche a favore di altre piattaforme, anche in concorrenza – e utilizza mezzi di trasporto di sua proprietà.

Da quanto sopra, potrebbe sembrare che i *platform workers* presentino le caratteristiche tipiche dei lavoratori autonomi; senonché essi, nello svolgimento

⁵³ La seconda macro-distinzione, essenziale per lo studio della materia, consiste nel contrapporre due diverse tipologie di piattaforme di lavoro. Da un lato vi sono le *on-location labour platform*, anche dette piattaforme di lavoro *on demand*, che «only or mostly intermediates services performed in the physical world, e.g. ride-hailing, food-delivery, household tasks (cleaning, plumbing, caring...)». D'altro lato, vi sono le *online labour platform*, anche dette piattaforme di *crowd-work*, che «only or mostly intermediates services performed in the online world, e.g. AI-training, image tagging, design projects, translations and editing work, software development» (le definizioni sono prese dal Glossario contenuto nel documento C(2021) 1127 final, diffuso il 24.02.2021 dalla Commissione Europea per aprire la prima fase di consultazione sindacale volta a valutare l'opportunità di adottare una direttiva specifica in materia di lavoro su piattaforma). Per quanto entrambe le tipologie di piattaforme di lavoro rivestano un notevole interesse per lo studioso del diritto del lavoro ed in entrambi i casi vi sia un notevole flusso di dati e informazioni dei lavoratori interessati, nel presente studio si concentrerà l'attenzione sulle piattaforme di lavoro *on demand*, che, attualmente, hanno occupato maggiore spazio nel dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, a livello internazionale.

della prestazione, devono interamente sottostare alle condizioni di servizio (anche piuttosto penetranti) dettate unilateralmente dalla piattaforma che, nei fatti, esercita una forte ingerenza sia nell'organizzazione del lavoro che nel controllo circa le modalità di esecuzione, reagendo ad eventuali inadempienze o scostamenti rispetto al programma prestabilito, prima attraverso dei richiami per giungere fino a sospendere in via temporanea o definitiva l'account del lavoratore interessato. Sotto questo angolo visuale, dunque, la piattaforma non pare discostarsi più di tanto dalla figura del datore di lavoro, esercitando una forma di supremazia organizzativa ed economica molto vicina al potere direttivo o, quantomeno, di etero-organizzazione⁵⁴.

È per tale natura anfibologica che si sono susseguiti una serie di interventi (più o meno efficaci) da parte dei legislatori di diversi Stati europei e non⁵⁵ e dei primi contratti collettivi⁵⁶, per lo più volti ad individuare una tutela minima

⁵⁴ L'organizzazione dell'attività da parte della piattaforma tende a risultare «tale da integrare, potenzialmente, tutti (ed anche altri ulteriori) i tradizionali indici rivelatori della subordinazione: si fa riferimento sia al potere direttivo, [...] al potere di controllo e vigilanza, [...] per non dire del potere disciplinare [...]» (Sigillò Massara, 2020b, 235).

⁵⁵ Tra questi vi sono l'*Assembly Bill* n. 5/2019 per lo Stato della California (su cui K. Conger-N. Schelberg, *California bill makes app-based companies treat workers as employees*, in *The New York Time*, 11 settembre 2019, disponibile al link <https://www.wclmlaw.com/wp-content/uploads/2019/10/PDF-Article.pdf>); la *Loi Travail* n. 2016-1088 per l'ordinamento francese, su cui cfr. L. Gratten, *Révolution numérique et négociation collective*, in *Droit Social*, fasc. 12, 2016, pp. 1055 ss.; il d.lgs. n. 101/2019 per l'ordinamento italiano, su cui *infra*.

Ultimamente, la materia è oggetto di attenzione anche da parte del legislatore europeo. In particolare, con il Documento C(2021) 1127 final, diffuso il 24.02.2021 dalla Commissione Europea, cit. la Commissione europea sta vagliando l'opportunità di adottare una direttiva *ad hoc* per tutelare i lavoratori operanti per il tramite di piattaforme digitali.

⁵⁶ A livello di contrattazione collettiva, tra i casi di maggior interesse vi è l'accordo stipulato nel 2018 tra la piattaforma danese Hilfr e l'associazione sindacale *United Federation of Danish Workers* (3F), con cui è stata attribuita ai lavoratori stessi la possibilità di scegliere, dopo un certo numero di ore di lavoro, se mantenere lo *status* di lavoratori autonomi o divenire lavoratori subordinati, c.d. Super-Hilfr (Ilsøe, 2020).

In ambito nazionale, poi, tra l'autunno 2020 e la primavera 2021 sono stati siglati due contratti collettivi, uno nazionale e uno aziendale. Più in particolare, nel settembre 2020 si è giunti alla sottoscrizione del primo contratto collettivo italiano in materia di lavoro su piattaforma, di livello nazionale e notevolmente criticato sia in quanto stipulato con un'organizzazione sindacale, la UGL, di dubbia rappresentatività effettiva, sia perché ad esso si è giunti interrompendo le trattative sindacali allora in essere con le tre confederazioni tradizionali e la mediazione del governo (in merito, Carinci F., 2021; Ichino, 2020); l'operatività di tale contratto era stata posta in discussione anche con nota emessa dal Ministero del lavoro il 17 settembre 2020. Successivamente, il 29 marzo 2021, è stato sottoscritto un primo contratto integrativo aziendale tra i rappresentanti di JustEat (oramai Takeaway.com Express Italy S.r.l.) e Filt Cgil, Fit Cisl e Uiltrasporti, nonché Nidil, Felsa, Uiltemp quali rappresentanti dei lavoratori transitanti dal lavoro autonomo al lavoro subordinato. Con tale accordo si è, difatti, presa la scelta «rivoluzionaria» di individuare la forma *standard* di assunzione dei *riders* nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sottoposto alla disciplina collettiva del CCNL per il settore logistica, trasporto, merci e spedizione e alla disciplina specifica dell'accordo integrativo *de quo*, diretto a bilanciare le contrapposte esigenze connesse alla specifica modalità di realizzazione della prestazione.

a favore dei lavoratori su piattaforma, anche prescindendo dalla qualificazione del rapporto. È per tale natura anfibologica che, in merito alla qualificazione del rapporto di tali lavoratori, sono stati spesi fiumi di inchiostro, sia ad opera della dottrina, anche internazionale, che della giurisprudenza⁵⁷, anche internazionale⁵⁸. In tale contesto, ciò su cui si intende soffermarsi nelle pagine a seguire attiene alla tutela dei dati personali dei lavoratori operanti su *on location labour platforms*⁵⁹, nonché agli eventuali argini al potere di controllo da remoto da parte delle piattaforme, potenzialmente illimitato.

Ed infatti, tutti i lavoratori *on-demand* sono dotati di sistemi di geolocalizzazione costante, che consentono alle piattaforme di venire a conoscenza non solo della loro posizione, ma anche della velocità e della prontezza con cui essi operano. In tal modo, viene raccolto, conservato e analizzato un gran quantitativo di dati, che consente di realizzare quel meccanismo di *management-by-algorithms* di cui si parlava in apertura in maniera pressoché integrale: le decisioni in merito allo svolgimento del rapporto lavorativo sono interamente assunte dalla piattaforma, senza la necessità dell'intervento umano, attraverso l'analisi incrociata delle informazioni ottenute.

⁵⁷ Oltre alla sentenza n. 1663/2020 della Corte di Cassazione già citata nel paragrafo precedente, vi sono state, in ambito nazionale, diverse pronunce di merito. Tra esse, particolare rilievo ha acquisito la sentenza 24 novembre 2020, n. 3570, con cui il Tribunale del lavoro di Palermo ha inquadrato un *riders* di Glovo come lavoratore dipendente riconoscendogli il diritto alle differenze tra la retribuzione percepita e quella prevista dal CCNL Commercio e alla reintegrazione nel posto di lavoro (Perulli, 2020, 37; Carinci F., 2021, 1; Albi, 2020, 826; De Mauro-Garilli, 2021; Puccetti, 2021; Barbieri, 2020; 2020; Capponi, 2020). Vi sono poi state diverse azioni promosse dalle organizzazioni sindacali, dirette a rilevare un preteso comportamento discriminatorio della piattaforma. Così, ad esempio, il Tribunale di Firenze, sezione lavoro, con decreto emesso il 9 febbraio 2021, in *Il Quotidiano Giuridico*, 23 febbraio 2021, disponibile al link <https://www.quotidianoigiuridico.it/documents/2021/02/23/riders-inapplicabile-il-procedimento-per-condotta-antisindacale>, ha escluso l'applicabilità del procedimento di repressione della condotta antisindacale ai rapporti di lavoro in essere con la società Deliveroo Italy S.r.l.; diversamente il Tribunale di Bologna, sezione lavoro, con ordinanza del 31 dicembre 2020, in *Redazione Giuffrè* 2021, ha ritenuto che il meccanismo di prenotazione degli slot adottato dalla piattaforma stessa costituisca un trattamento discriminatorio su base sindacale vietato dal d.lgs. n. 216/2003 (Perulli, 2021, 1; Borelli-Ranieri, 2021, 21).

⁵⁸ Tra le pronunce che hanno avuto maggior risonanza vi sono la sentenza n. 2202551/2015 emessa il 26 ottobre 2016 dall'*Employment Tribunal* di Londra con riferimento al caso *Uber BV and others v. Aslam and others* (da ultimo confermata dalla *UK Supreme Court* con sentenza del 19 febbraio del 2021 nel caso [2021] UKSC 5) (Cabrelli, 2017, 575; Pacella, 2017, 50; Sachs, 2015). Vi è poi l'ordinamento francese, con la *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, sentenza, 28 nov. 2018, n° 17-20.079 (Garbuio, 2019, 181; Donini, 2020). Ancora, si vedano 33ª *Vara di Trabalho* di Belo Horizonte, Brasile, 14 febbraio 2017, n. 011359, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 2, 2017, p. 560 ss.; *Unemployment Insurance Appeal Board of New York City*, A.L.J. Case No. 016-23858, June 9th, 2017; *Labour Commission of the State of California*, *Berwick v. Uber Technologies Inc.*, 3 June 2015; il Tribunale del Lavoro di Valencia del 1° giugno 2018.

⁵⁹ Diverso, seppure di eguale interesse è rilievo, è il discorso in relazione ai lavoratori operanti per piattaforme di *crowd-work*, i quali, una volta assunto un incarico, hanno la possibilità di svolgerlo dove preferiscono e secondo le modalità che più gli sono gradite (Wood, Graham, Lehdonvirta, Hjorth, 2020, 2).

Al di là delle facili distorsioni cui si prestano, per esempio permettendo alla piattaforma di avere pronta conoscenza di eventuali assembramenti e di predire e prevenire fenomeni di azioni collettive (De Stefano, 2016), tali sistemi di monitoraggio assumono un ruolo fondamentale nell'organizzazione del lavoro, incidendo eventualmente anche sulle modalità e possibilità di prosecuzione futura del rapporto stesso (Pignot, 2021, 208).

Ed infatti, da un lato l'algoritmo assegna ai lavoratori le missioni successive proprio sulla base dei dati raccolti tramite il GPS; d'altro lato e come si accennava, i sistemi di localizzazione sono spesso disegnati per misurare anche la velocità e la diligenza con cui il singolo lavoratore esegue i *tasks* assegnatigli, informazioni che vanno ad inserirsi nei sistemi di *rating*, i quali possono influire sull'esecuzione futura del rapporto, giungendo fino a provocarne la sospensione o anche la cessazione mediante disattivazione definitiva dell'account (Aloisi, 2016). I lavoratori *on demand*, in altre parole, sono sottoposti ad un sistema di controllo e monitoraggio costante e particolarmente incisivo, che potrebbe risultare lesivo non solo della loro sfera di riservatezza individuale in quanto persone, tutelata dal Regolamento GDPR e da d. lgs. 101/2008, ma anche della loro dignità e libertà in quanto lavoratori, tutelata dall'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

Non è un caso, dunque, che il Garante Privacy ha iniziato a prendere in esame la materia, attraverso una serie di ispezioni volte a verificare la verifica del rispetto della normativa di cui al GDPR da parte delle piattaforme maggiormente operanti in Italia. In particolare, sia nel 2019⁶⁰ che nel 2020 (primo e secondo semestre⁶¹), il Garante, in collaborazione con la Guardia di Finanza – Nucleo Speciale Tutela Privacy e Frodi Tecnologiche, ha individuato nel settore del *food delivery*⁶² una delle attività da sottoporre a ispezioni specifiche⁶³.

Ciò nonostante, la stessa Autorità non pare aver ritenuto finora necessario elaborare linee guida *ad hoc* per la gestione della, pur particolarmente penetrante

⁶⁰ Si veda la Deliberazione del 12 settembre 2019 - Attività ispettiva di iniziativa curata dall'Ufficio del Garante, anche per mezzo della Guardia di finanza, limitatamente al periodo luglio-dicembre 2019.

⁶¹ Deliberazione del 1° ottobre 2020 - Attività ispettiva di iniziativa curata dall'Ufficio del Garante, anche per mezzo della Guardia di finanza, limitatamente al periodo luglio-dicembre 2020; Deliberazione del 6 febbraio 2020. Attività ispettiva di iniziativa curata dall'Ufficio del Garante, anche per mezzo della Guardia di finanza, limitatamente al periodo gennaio-giugno 2020.

⁶² Insieme a quello della fatturazione elettronica e del *whistleblowing*.

⁶³ Da tali attività ispettive sono derivate anche notevoli sanzioni. Pur non essendo specificata se con riferimento al settore del Food Delivery o delle altre attività oggetto di ispezioni specifiche, si legge nel comunicato stampa del 26 ottobre 2020, disponibile al link <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9469615#1>, che il primo semestre del 2020 ha registrato «un notevole incremento delle entrate complessive derivanti dalle sanzioni che passano da 1 milione 223mila euro del primo semestre del 2019 a 7 milioni 108 mila euro, con un aumento del 481%. Sono state effettuate, inoltre, iscrizioni a ruolo per un importo complessivo di 5 milioni 42 mila euro (+124%) a fronte dei 2 milioni 248mila euro del primo semestre 2019, che hanno riguardato trasgressori che non si sono avvalsi della facoltà di definizione agevolata prevista dal decreto legislativo n.101 del 2018».

te, raccolta dati e controllo esercitato sui *platform workers*. La ragione di tale, pur criticabile, scelta potrebbe essere individuata nell'implicita necessità di applicare anche nei confronti di coloro che operano per il tramite di piattaforme la stessa disciplina di tutela della riservatezza apprestata ai colleghi operanti secondo le modalità «tradizionali».

Senonché, tale assunto si scontra con due problematiche. In primo luogo, non vi è dubbio che il rischio di lesione della propria sfera di riservatezza, sia con riferimento al tempo di lavoro che con riferimento ai periodi di non lavoro, sopportato dai *platform workers* è ben maggiore rispetto a quello dei colleghi «tradizionali». In secondo luogo, la loro collocazione nel «limbo giuridico» di cui si è detto non può che manifestarsi anche in un permanente stato di incertezza relativamente alla disciplina da applicare in materia di protezione dei dati personali e dei controlli da remoto dei lavoratori.

In particolare, allo stato, si riscontrano due disposizioni specificamente indirizzate a disciplinare il trattamento dei lavoratori operanti tramite piattaforme digitale. L'art. 2, c. 1, ultimo periodo del d. lgs. 81/2015, nell'attuale formulazione, include specificamente nel suo ambito di applicazione le collaborazioni etero-organizzate «anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali». Anche a tali rapporti, dunque, dovrebbero ritenersi estensibili le considerazioni già svolte in merito alla necessità di applicare interamente le disposizioni circa il trattamento dei dati personali e i limiti ai controlli a distanza tipici del lavoro subordinato anche alle collaborazioni etero-organizzate, pur se mediate da piattaforme digitali.

Ancora, l'art. 47bis del medesimo d. lgs. 81/2015, «fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, c. 1» testé richiamato, si occupa di stabilire «livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore 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». Tra le tutele minime garantite ai lavoratori su piattaforma «genuinamente» autonomi e rientranti nei dettagliati requisiti legalmente individuati, peraltro, l'art. 47sexies si preoccupa di specificare che il trattamento dei loro dati personali deve avvenire «in conformità alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e al codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196» (art. 47sexies, d. lgs. 81/2015).

A tali disposizioni specifiche si aggiunge la generale applicabilità dell'art. 2094, c.c., sì che, se la prestazione del lavoratore su piattaforma dovesse risultare, nel suo concreto realizzarsi, etero-diretta, il rapporto dovrebbe essere qualificato come subordinato, con la necessità di applicare la relativa disciplina anche in materia di privacy⁶⁴.

⁶⁴ La possibilità di summare i rapporti di lavoro *de quibus* in una delle tre fattispecie in esame – art. 2094, c.c., art. 2, d. lgs. 81/2015 o artt. 47bis e ss., d. lgs. 81/2015 – viene confermata anche dalla circolare dell'Ispektorato del lavoro del 30 ottobre 2020.

In astratto, dunque, la questione circa la regolamentazione della tutela dei dati personali applicabile ai rapporti di lavoro mediati da piattaforma digitale parrebbe essere di facile soluzione: a seconda che si tratti di lavoratori autonomi, collaboratori etero-organizzati o lavoratori subordinati dovrebbe ritenersi applicabile la relativa normativa.

Senonché, individuare il tratto distintivo tra le tre fattispecie testé menzionate è operazione tutt'altro che semplice.

In merito, è intervenuta la circolare del Ministero del Lavoro n. 17 del 19 novembre 2020, secondo la quale la linea di confine tra le collaborazioni etero-organizzate *ex art. 2* e i rapporti puramente autonomi *ex art. 47bis* sarebbe da individuare nella «continuità» che caratterizzerebbe le prime e si contrapporrebbe alla «occasionalità» tipica dei secondi⁶⁵. Il rischio connaturato a tale interpretazione, come pure è stato paventato in dottrina (Carinci F., 2020), è che la fattispecie di cui all'art. 47bis rimanga «lettera morta», una disposizione residuale incapace di vivere nell'ordinamento giuridico in quanto destinata ad operare esclusivamente con riferimento a rapporti «occasionalmente», tutt'altro che diffusi nella realtà economica.

Per quanto attiene, diversamente, alla necessità di distinguere la etero-organizzazione di cui all'art. 2, d. lgs. 81/2015 dalla etero-direzione, tipica del lavoro subordinato *ex art. 2094 sgg.*, le difficoltà, se possibile, aumentano.

E ciò, in quanto, già sul finire del secolo scorso si è assistito ad un fenomeno di progressiva erosione della nozione di subordinazione – assediata sia al suo interno, dal diffondersi di nuovi modelli contrattuali caratterizzati da variazioni causali o modali rispetto all'archetipo codicistico, che all'esterno, in ragione dell'incessante susseguirsi di interventi legislativi nell'area del lavoro autonomo coordinato e continuativo (Persiani, 1998, 203) – che rappresenta la ragione profonda degli interventi di riforma caratterizzanti il nuovo millennio⁶⁶.

Se, nell'altalenante contesto normativo, la giurisprudenza si era (più o meno assestata) sull'idea di una subordinazione «pratica», la cui presenza andava ricercata nell'assimilazione della fattispecie concreta al social-tipo della subordinazione, attraverso il ricorso ad una serie di indici sussidiari, «l'introduzione dell'etero-organizzazione di cui all'art. 2, comma 1, come concetto di diritto positivo ulteriore e diverso dal potere direttivo previsto dall'art. 2094 c.c., impone necessariamente un'opera di rivisitazione del concetto di etero-direzione» (Perulli, 2020, 168). E tale opera di rivisitazione della nozione necessita di una rilettura con «lenti nuove» dell'assunzione dell'«obbligo di obbedienza» in cui si traduce l'etero-direzione quale criterio discretivo del lavoro subordinato. È evidente come tale operazione, già di per sé tutt'altro che semplice, manifesti

⁶⁵ Così facendo, il Ministero del Lavoro ha accolto l'opinione dottrinale maggioritaria (Santoro Passarelli, 2020, 215; Perulli, 2020; Mazzotta, 2020, 25). Sulla stessa scia si era espresso anche l'Ispettorato del Lavoro, con la circolare n. 7 del 30 ottobre 2020.

⁶⁶ Acutamente, tali interventi sono stati definiti come operanti seguendo il «movimento oscillatorio del pendolo», si da andare in una direzione prima e in quella interamente opposta subito dopo (Pessi, Zumbo, 2020, 173).

particolari difficoltà con riferimento al lavoro mediato da piattaforme digitali, in cui alla ingenerata presenza di «comandi» in merito alla realizzazione del lavoro e di controllo circa la sua regolarità, si contrappone la permanenza di una sfera di discrezionalità – più o meno libera – dell'individuo. Così, se individuare la distinzione tra subordinazione e etero-organizzazione risulta un'operazione assai ardua in generale, con riferimento al lavoro su piattaforma essa rischia di trasformarsi in una interpretazione *diabolica*.

Tuttavia, se, accogliendo la tesi qui prospettata, la tutela della privacy – intesa sia con riferimento al trattamento dei dati personali che con riferimento ai limiti ai controlli a distanza – dei lavoratori subordinati e etero-organizzati si ritenga coincidente, la questione relativa all'inquadramento del *platform worker* nell'una o nell'altra fattispecie potrebbe risultare di secondo conto, in quanto priva di portata pratica determinante. Ciò, salvo che si rientri nell'ambito della deroga all'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato disposta dal secondo comma del medesimo art. 2, d. lgs. 81/2015, per esempio attraverso l'adozione di «gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore» (let. a, c. 2, art. 2, d. lgs. 81/2015).

Ad ogni buon conto, sotto questo angolo visuale, la questione risulta più impattante con riferimento all'altra distinzione. Ed infatti, le incertezze in merito alla *condicio sine qua non* del *platform worker* inquadrabile come collaboratore etero-organizzato rispetto a quello operante in virtù di un rapporto di lavoro genuinamente autonomo ed assoggettato alla disciplina minima di cui al capo *Vbis* del d. lgs. 81/2015, potrebbe assumere un rilievo non indifferente (anche) per la materia oggetto di studio.

Ed infatti, sebbene, come si è osservato, l'art. 47^{sexies} del d. lgs. 81/2015 ribadisca la necessità di effettuare il trattamento dei dati personali dei lavoratori su piattaforma «autonomi» nel rispetto della normativa di cui al Regolamento GDPR e al Codice Privacy, nulla viene detto in relazione ai controlli a distanza dei lavoratori in questione, che, pure, sono costantemente assoggettati a sistemi di monitoraggio, anche molto penetranti. Né, d'altronde, pare possibile ritenere applicabile anche a tali rapporti la disciplina di cui all'art. 4 S.L. in virtù del richiamo ad esso operato da parte dell'art. 114 del Codice Privacy. Ciò, in quanto, come pure è stato evidenziato, si tratta di norme direttamente indirizzate a disciplinare i rapporti di lavoro subordinato, sì che estenderne l'ambito di efficacia anche a fattispecie diverse *sic et simpliciter*, in mancanza di un intervento regolativo in materia, risulta operazione ermeneutica rischiosa e complessa.

Ecco, dunque, la ragione per cui, sebbene la scelta dell'Autorità Garante di non aver ancora approvato delle linee guida *ad hoc* per la tutela della riservatezza dei lavoratori su piattaforma sia comprensibile, la si è definita, quale riga addietro, criticabile. A dire il vero, un intervento chiarificatorio sul punto, anche a livello regolamentare, sarebbe ben auspicabile.

7. Considerazioni conclusive: una nuova stagione di regolazione del diritto alla privacy

Le nuove tecnologie hanno determinato forti cambiamenti nell'utilizzo degli strumenti tecnologici che, attraverso un meccanismo di incessante circolazione di dati personali, sono giunti fino a dar vita a un (peraltro, economicamente assai rilevante) mercato nuovo, quello dei *Big Data* (Batini, 2017, 40; Buttarelli, 2017, 30; Dagnino, 2017, 31).

Se tale processo riguarda la vita di quotidiana della gran parte dei cittadini, nell'ambito lavorativo le innovazioni negli strumenti adoperati nell'esercizio dell'attività produttiva, consentendo una migliore efficienza nell'esecuzione della prestazione e spesso anche diversi vantaggi a favore dei lavoratori come le maggiori possibilità di conciliazione tra la vita privata e la vita professionale, comportano un passaggio continuo di informazioni particolarmente rilevante.

Ed infatti, gli strumenti tecnologici utilizzati nell'ambito imprenditoriale permettono un flusso continuo di dati, attinenti sia all'attività svolta che alla persona del lavoratore, che vengono collezionati nel tempo – e spesso utilizzati, sia a fini disciplinari che per la realizzazione di una «organizzazione strategica» del personale – dal datore di lavoro. Se lo scopo del diritto e dovere al lavoro di ogni cittadino (art. 4, Cost.) è quello di consentire alla persona di progredire nel processo di emancipazione della propria personalità (art. 3, Cost.), il rischio è quello inverso: che, cioè, il lavoratore veda violata la propria dignità e libertà personale, mettendo la propria sfera di riservatezza in pericolo proprio in ragione dello svolgimento dell'attività lavorativa.

Più la Rivoluzione Digitale ha consentito un avanzamento nella tecnologia utilizzata nelle imprese, quindi, più si sono manifestati, negli anni trascorsi, diversi profili problematici nell'operazione di bilanciamento tra le esigenze produttive e organizzative dell'impresa da un lato e la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore dall'altro (Scagliarini, 2019).

Nell'incessante tentativo di rincorrere la realtà per organizzarla in un sistema ordinato di regole, il legislatore nazionale si è trovato a fare i conti con tali profondi ed inaspettati cambiamenti, intervenendo, con il d.lgs. n. 101/2018, a ri-disciplinare la materia della privacy introducendo un «codice nuovo», piuttosto che effettuare un mero «restyling» di quello precedente⁶⁷, dando esecuzione al Regolamento Europeo sul GDPR, tanto da porsi rispetto allo stesso come un testo funzionale e per certi versi dipendente, riproducendo un assetto di rap-

⁶⁷ Circostanza, questa, che ha sollevato diverse perplessità sulla validità della scelta del Legislatore interno di mantenere l'involucro del testo normativo antecedente, anziché sopprimerlo e sostituirlo con un testo normativo diverso, come pure si erano espressi ABI, Confcommercio, CNF e AIGA, che lo ritenevano un costo maggiore per gli operatori e le imprese. Ulteriore elemento di dubbio è stato rinvenuto nella scelta di non abbandonare la dicitura «Codice», la cui giustificazione la si rinveniva nel fatto che, al tempo, quello costituiva l'unica e sola fonte normativa interna in materia di privacy e pertanto, l'unica in grado di disciplinare «in modo pressoché organico i profili istituzionali, applicativi e sanzionatori» (Salerno, 2017, 65).

porti paragonabile a quello che, sul piano nazionale, caratterizza il rapporto che c'è tra legge e regolamento di attuazione⁶⁸.

Come si è visto nel corso della trattazione, il nuovo Codice della Privacy attribuisce un particolare rilievo alla tutela dei dati personali nell'ambito lavorativo, prevedendo una disciplina *ad hoc*. La presenza di una regolamentazione organica e generale in materia di trattamento dei dati personali *tout court*, difatti, non impedisce la presenza di disposizioni specifiche relative a singole tipologie di trattamenti, caratterizzati da esigenze particolari, che continueranno a trovare collocazione nella legislazione del settore nell'ambito del quale questi si sono svolti.

Tra le norme di settore, estranee al Codice della Privacy eppure intimamente connesse alla tutela del *right to privacy*, vi è certamente l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori destinato da un lato a disciplinare i limiti di legittimità dell'installazione degli impianti audiovisivi o di altri strumenti che consentono il controllo da remoto dell'attività dei lavoratori, d'altro lato a confermare la possibilità che i dati così ottenuti siano utilizzati dal datore di lavoro, purché nel rispetto di una informativa completa e idonea e, più in generale, delle norme contenute nel Codice Privacy.

Come si è avuto modo di osservare, nel rinnovare la materia, il legislatore ha tenuto in considerazione il progresso tecnologico che ha investito le imprese contemporanee; diversamente, non paiono essere stati tenuti in debito conto gli aspetti di innovazione del mercato del lavoro derivanti dall'imporsi e dal costante diffondersi del lavoro parasubordinato.

Muovendo da tale constatazione, si è avuto modo di argomentare come l'art. 4 debba ritenersi, comunque, applicabile alle collaborazioni etero-organizzate di cui al primo comma dell'art. 2, d. lgs. 81/2015, mentre debbano ritenersi ad esso estranee sia le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, c.p.c., sia le collaborazioni, pur organizzate dal committente, ma rientranti nelle eccezioni di cui al secondo comma del citato art. 2.

Sempre in considerazione degli ultimi sviluppi attraversati dal mercato del lavoro contemporaneo, si è svolta un'ulteriore riflessione in merito alla tutela della privacy dei lavoratori su piattaforma, i quali, da un lato, risultano particolarmente esposti al rischio di «intrusioni» della controparte negoziale nella sfera di riservatezza individuale, dall'altro lato si trovano tuttora in uno stato di incertezza in merito alla normativa applicabile. Sebbene, difatti, la questione potrebbe astrattamente ritenersi risolta, applicando di volta in volta la disciplina generale relativa alla qualificazione del rapporto in termini di subordinazione, di collaborazione etero-organizzata o rapporto puramente autonomo, la realtà è ben diversa. Ciò che accade, difatti, è che le difficoltà qualificatorie si riflettono in un permanente stato di incertezza in merito alla tutela da apprestare ai lavoratori *de quibus*, i

⁶⁸ A conferma di ciò si pensi che gli artt. 1 e 2, con cui si apre il Codice rinnovato, dispongono che la disciplina del trattamento dei dati si trova nel Regolamento, laddove il Codice detta disposizioni di adeguamento a questo in un rapporto di stretta integrazione, che induce a configurare la normativa europea come parametro di legittimità della normativa italiana sulla privacy.

quali risultano ancora assoggettati ad un (intollerabile) rischio di eccessiva e definitiva compressione della loro riservatezza e, in ultima analisi, dignità, in quanto persone e in quanto lavoratori. Ecco, dunque, la necessità di un intervento (se non ad opera del legislatore, quantomeno) del Garante Privacy, diretto a diradare i dubbi sul punto e ad apprestare una tutela proporzionata alla maggiore gravità del rischio subito in ragione delle modalità di «gestione algoritmica» del rapporto e di esecuzione delle prestazioni.

Conclusivamente emerge la necessità di svolgere qualche riflessione più ampia, che abbracci anche aspetti del diritto estranei all'ambito strettamente lavoristico.

Siamo di fronte ad una nuova stagione della protezione dei dati personali, in cui l'assetto di disciplina europea assume una portata fondamentale (Califano, 2017, 12), dal momento in cui l'intervento del Legislatore interno è destinato ad essere, se non marginale, quantomeno integrativo e complementare rispetto a quello sovranazionale.

Una conferma di ciò è rinvenibile nel fatto che esso sarà tenuto ad ispirarsi, nel solco della impostazione del GDPR, ad una regolazione leggera, che lasci ampio margine di responsabilizzazione al singolo titolare del trattamento, sin dalla fase di progettazione dello stesso, quale principio cardine dell'intero quadro normativo⁶⁹.

A mutare, quindi, è la ragione giustificatrice stessa dell'intervento regolatorio, il che avvalorava sempre di più la tesi per cui, specialmente sotto il profilo sostanziale, ci troviamo ad affrontare una nuova e diversa stagione della disciplina della protezione dei dati personali, improntata ad una sempre crescente europeizzazione e ad un continuo ampliamento del ruolo giocato dal garante, in un dinamico operare del principio di sussidiarietà, sia con riferimento al rapporto tra l'ordinamento nazionale ed unionale, sia in riferimento all'ordinamento interno di per sé.

Allora può affermarsi che dall'iniziale origine «pretoria» del diritto si è giunti ad una embrionale disciplina organica fondata sulla «visione proprietaria» dei dati, in ragione del relevantissimo ruolo che le autorizzazioni e i controlli preventivi del Garante hanno sempre rivestito, per poi arrivare ad una disciplina che ha nel tempo riconosciuto all'Autorità Pubblica il ruolo di mero soggetto regolatore, al fine di accrescere, sotto il profilo sostanziale, le responsabilità del singolo titolare del trattamento, prevedendo l'intervento del Garante – non in chiave burocratica e autorizzatoria – bensì in un'ottica di controllo e di even-

⁶⁹ L'importanza del *principio di accountability* (che si sostanzia nella valorizzazione dell'assunzione di responsabilità dei singoli titolari e, in particolare, nella valutazione del livello di rischio dei trattamenti e della conseguente necessità di adottare gli adempimenti previsti dalla normativa nonché dell'adeguatezza delle misure di protezione) determina un profondo cambiamento culturale, oltre che una forte cesura rispetto alla normativa precedente (Finocchiaro, 2017, 12). È stato inoltre evidenziato come il GDPR non rappresenti una mera ricognizione aggiornata e sistematizzata della normativa e della giurisprudenza, ma determini delle scelte importanti in materia di politica del diritto (Piraino, 2017, 375).

tuale sanzione *ex post*, nell'ipotesi in cui si sia verificato un abuso del margine di autovalutazione lasciato ai singoli (Scagliarini, 2019).

E possiamo certamente affermare che – nonostante le (e forse in ragione delle) molteplici modifiche e successioni che la normativa ha vissuto nel corso del tempo – quello alla privacy si conferma come un diritto dal carattere fortemente dinamico che necessita di un adattamento che vada di pari passo col progresso tecnologico e, quindi, con le sempre mutevoli esigenze delle aziende che risentono fortemente dell'eco della digitalizzazione. Lungi dall'essere una conclusione questo appare così essere il primo capitolo di una lunga storia, che richiederà di essere, ancora ed ancora, sempre raccontata con l'aggiunta di nuove ed avvincenti sfide.

Riferimenti bibliografici

- Akhtar, P., Moore, P., Upchurch, M. 2018. "Digitalisation of Work and Resistance." In *Humans and machines at work: monitoring, surveillance and capitalism*, a cura di P. Moore, M. Upchurch, e X. Whittaker.
- Albi, P. 2020. "La subordinazione algoritmica nell'impresa piattaforma." *Riv. it. dir. lav.* 4, 826 sgg.
- Aloisi, A. 2016. "Commoditized workers: Case study research on labour law issues arising from a set of 'on-demand/gig economy' platforms." *COMP. LAB. L. & POL'Y J.*
- Alvino, A. 2016. "I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della Privacy." *LLI 2*, 1, 1 sgg.
- Arena, G. 1997. "La tutela della privacy informatica." *Giorn. dir. amm.*, 512 sgg.
- Assanti, C., Pera, G. 1972. "Art. 4 (Impianti audiovisivi)." In *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di C. Assanti e G. Pera, 26 sgg. Padova: Cedam.
- Atzori, L., Iera, A., Morabito, G. 2010. "The Internet of Things: A survey." *Comput. Netw.* Disponibile al link < <https://pdfs.semanticscholar.org/170e/e9747962f781dfcc6d89705f05c0c30fd4e8.pdf>>.
- Ballestrero, M.V. "Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma." *www.rivitalabor.it*.
- Barbieri, M. 2020. "Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders." *Labour & Law Issues* 6, 2: 61-92.
- Batini, C. 2017. "Big Data. Big Challenges and Big Concerns." *Gnosis* 2, 40.
- Belisario, E. 2018. "Il codice privacy ai tempi dl GDPR: istruzioni per la lettura." *Comuni d'Italia*, 10.
- Birritteri, E. 2021. "Controllo a distanza del lavoratore e rischio penale." *Sist. Pen.*, nota a Cassazione penale, sez. III, 14 dicembre 2020, n. 3255.
- Bodie, M.T., Cherry, M.A., McCormick, M.L., Tang, J. 2016. "The Law and Policy of People Analytics." *University of Columbia Law Review*.
- Borelli, S., e Ranieri, M. 2021. "La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank." *LLI 7*, 1: 21 sgg.
- Brollo, M. 2019. "Tecnologie digitali e nuove professionalità." *Dir. Rel. Ind.* 2: 468 sgg.
- Buttarelli, G. 2017. "Le sfide del Big Data tra evoluzione tecnologica, etica e interessi collettivi." *Gnosis* 2: 30 sgg.
- Cabrelli, D. 2017. "Uber e il concetto giuridico di «worker»: la prospettiva britannica (nota a UK Employment Tribunal, Central London, England, United Kingdom, 26 ottobre 2016, n. 2202551/2015)." *Dir. rel. ind.* 27, 2: 575 sgg.

- Califano, L. 2017. zIl Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali.” In *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano e P. Colapietro, 23 sgg. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Capponi, F. 2020. “Lavoro tramite piattaforma digitale e subordinazione: il ruolo dell’algoritmo secondo il Tribunale di Palermo.” *Bollettino ADAPT* 44, 30 novembre 2020.
- Carinci, F. 2021. “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.” *Lav. dir. Europa* 1.
- Carinci, F. 2021. “Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020.” *ADL* 1: 1 sgg.
- Carinci, M.T. 2016. “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito.” *LLI* 2, 1.
- Carta, C. 2018. “I limiti al potere di controllo sui lavoratori nell’uso di internet e dei servizi di comunicazione elettronica. Per un diritto alla moderazione.” *Rivista Labor* 2: 174 sgg.
- Ciucciovino, S. 2016. “Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione.” *Riv. Ita. Dir. Lav.* 3: 123 sgg.
- Colapietro, C. 2018. “I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale.” *federalismi.it*, 21 novembre 2018.
- Colapietro, C. 2018. “I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale.” *Federalismi* 22, 3: 1-34.
- Corazza, L. 2018. “Note sul lavoro subordinato 4.0.” *Dir. Rel. Ind.* 4: 1071 sgg.
- Costantini, F. 2018. “Il Regolamento UE 697/2016 sulla protezione dei dati personali.” *Lav. giur.*, 553 sgg.
- Dagnino, E. 2016. “Tecnologie e controlli a distanza.” In *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, 107 sgg. Milano: Giuffrè.
- Dagnino, E. 2017. “People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data.” *LLI* 1, 31 sgg.
- De Marco, E. 2018. “Controlli a distanza e «privacy» del lavoratore.” *Giur. It.* 3: 684 sgg.
- De Mauro, C., Garilli, A. 2021. “L’enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza.” *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona».* *IT* 435.
- De Stefano, V. 2016. “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig-economy.” *COMP. LAB. L. & POL’YJ.*
- De Stefano, V. 2019. “Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection.” *Comparative Labor Law & Policy Journal* 41, 1.
- Degoli, M.C. 2019. “I trattamenti in ambito lavorativo.” In *Il «nuovo» codice in materia di protezione dei dati personali, La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*. Torino: Giappichelli.
- Del Conte, M. 2007. “Internet, Posta elettronica e oltre: il garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro.” *Dir. Inf.* 3: 497 sgg.
- Del Punta, R. 2016. “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015).” *RIDL* 1: 77 sgg.
- Del Punta, R. 2019. “Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente.” *Riv. Ita. Dir. Lav.* 2.

- Diamanti, R. 2018. "Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative." *DRI* 1.
- Donini, A. 2020. "Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro." *Labour & Law Issues* 6.
- Fabozzi, R. 2020. "I controlli a distanza (di cinquant'anni)." *MGL* 1: 59 sgg.
- Fabozzi, R. 2020. "Nuove tecnologie e potere di controllo." In *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, a cura di R. Pessi, P. Matera, e G. Sigillò Massara, 139 sgg. Roma: Eurilink.
- Ferraro, G. 2016. "Collaborazioni organizzate dal committente." *Riv. Ita. Dir. Lav.* 1: 53 sgg.
- Finocchiaro, G. 2017. "Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali." In *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, 12 sgg. Bologna: Zanichelli.
- Fischbach, K., Gloor, P. A., Lassenius, C., Olguin Olguin, D., Pentland, A. Sandy, Putzke, J., Schoder, D. 2009. "Analyzing the Flow of Knowledge with Sociometric Badges." *COINs*. Disponibile al link <http://www.ickn.org/documents/COINs2009_Fischbach_Gloor_Lassenius_etc.pdf>.
- Garbuio, C. 2019. "Il contributo della Court de Cassazion francese alla qualificazione dei lavoratori digitali: se la piattaforma esercita i poteri tipici del datore sussiste un lien de subordination." *Riv. it. dir. lav.* 2: 181 sgg.
- Ghera, E. 2015. In *Colloqui Giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona, 50.
- Giubboni, S. 2006. "Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo." *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. *IT* 46.
- Gragnoles, E. 2010. "L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'Autorità Garante." In *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, a cura di P. Tullini, 68 sgg. Padova: Cedam.
- Greco, L., Mantelero, A. 2018. "Industria 4.0, robotica e privacy-by-design." *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* 6: 876 sgg.
- Iaselli, M. 2018. "La normativa di riferimento." In *Il processo di adeguamento al GDPR*, a cura di G. Cassano, V. Colarocco, G.B. Gallus, e F.P. Micozzi. Milano: Giuffrè.
- Ichino, P. 2003. *Il contratto di lavoro*. Torino.
- Ichino, P. 2020. "Contratto per i rider: è davvero «pirata»? " <<https://lavoce.info/>>, 21 settembre 2020.
- Ilario, A. 2016. "I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della "privacy"" *LLI* 1: 45 sgg.
- Ilsoe, A. 2020. "The Hilfr agreement: Negotiating the platform economy in Denmark." *FAOS Research paper* 176.
- Ingrao, A. 2019. "Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy." *LLI* 5, 2.
- Kahneman, D. 2011. *Thinking fast and slow*. New York: Penguin Books.
- Kaplan, J. 2016. *Artificial intelligence: what everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press.
- Lambertucci, P. 2015. "Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs Act)." *Wp CSDLE «Massimo D'Antona»*.it 255.
- Lee, M.K., Kusbit, D., Metsky, E. 2015. "Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers." In *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, Seoul, Korea.

- Magnani, M. 2020. "Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina." *DRI* 1.
- Maio, V. 2018. "Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica." *Arg. Dir. Lav.* 6, 1414 sgg.
- Maio, V. 2019. "Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele." *Arg. Dir. Lav.* 3.
- Manokha, I. 2017. "Why the rise of wearable tech to monitor employees is worrying." *The Independent*, 4 gennaio. Disponibile al link <https://www.independent.co.uk/tech/why-the-rise-of-wearable-tech-to-monitor-employees-is-worrying-a7508656.html>.
- Marazza, M. 2016. "Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione." *Arg. Dir. Lav.* 6, 1169 sgg.
- Marazza, M. 2016. "Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)." *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT* 300.
- Mazziotti, M. 1956. *Il diritto al lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Mazzotta, O. 2020. "L'inafferrabile etero-direzione." *Labor* 1.
- Mazzotta, O. 2020. "L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali." *Labor* 1, 25 sgg.
- Miniscalco, N. 2019. "Le regole deontologiche nella disciplina della privacy." In *Il «nuovo» codice in materia di protezione dei dati personali, La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, a cura di S. Scagliarini. Torino: Giappichelli.
- Missorici, M. 1996. "Banche dati e tutela della riservatezza." *Riv. int. diritti dell'uomo*, 67 sgg.
- Nogler, L. 2015. "La subordinazione nel d. lgs. n. 81/2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»." *WP CSDLE «Massimo D'Antona».it* 267.
- Nuzzo, A. 2019. "Algoritmi e regole." In *Algoritmi, se li conosci li regoli*, a cura di A. Nuzzo e G. Olivieri, 44 sgg.
- O'Neil, K. 2017. *Armi di distruzione matematica*. Firenze-Milano: Bompiani.
- O'neill, C. 2016. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown.
- Pacella, G. 2017. "Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed." *Labour & law issues* 3, 2: 50 sgg.
- Pasquale, G. 2013. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press.
- Persiani, M. 1998. "Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa." *Dir. lav.* I: 203 sgg.
- Persiani, M. 2015. "Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate." *Arg. Dir. Lav.* 6, 1259 sgg.
- Persiani, M. 2016. "Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate." *ADL* 2: 312 sgg.
- Perulli, A. 2017. "Il jobs act degli autonomi nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale." *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 197 sgg.
- Perulli, A. 2020. "Il diritto del lavoro «oltre la subordinazione»: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi." *WP CSDLE «Massimod'Antona».IT* 410.
- Perulli, A. 2020. "Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà." *ADL* 1, 37 sgg.
- Perulli, A. 2020. "La Cassazione sul caso Foodora." *MGL*, numero straordinario, 161 sgg.
- Perulli, A. 2021. "La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna." *Lav. dir. Europa* 1.

- Pessi, R. 2015. "Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il «Jobs act»." *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT 282.*
- Pessi, R. 2015. "Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act." *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT 282.*
- Pessi, R. 2018. *Lezioni di diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Pessi, R., Zumbo, A. 2020. "Collaborazioni organizzate e tipi contrattuali: tra conferme ricostruttive e nuove problematiche interpretative." *MGL*, numero straordinario, 173 sgg.
- Pignot, E. 2021. "Who is pulling the strings in the platform economy? Accounting for the dark and unexpected sides of algorithmic control." *Organization* 28: 208 sgg.
- Piraino, F. 2017. "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato." *Nuove leggi civ. II*: 375.
- Pisani, C. 2018. "Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione." *Riv. Ita. Dir. Lav.* 1: 43 sgg.
- Pizzetti, F. "Delega per il GDPR, i punti forti e deboli: un primo giudizio." Disponibile al link <<https://www.agendadigitale.eu/>>.
- Preteroti, A. 2007. "Lavoro e previdenza." In *La protezione dei dati personali: commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di M. Bianca e F.D. Busnelli, 1443 sgg. Padova: Cedam.
- Proia, G. 2016. "Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza." *RIDL*, 547 sgg.
- Puccetti, E. 2021. "La subordinazione dei Riders. Il canto del cigno del tribunale di Palermo." *Lav. dir. europa* 1.
- Ragone, S. (a cura di). 2017. "Appendice comparata." In *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano, C. Colapietro. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Recchia, G.A. 2017. "Controlli datoriali difensivi: note su una categoria in via di estinzione." *Lav. Giur.* 4: 348 sgg.
- Reiling, D. 2009. *Technology for justice. How information technology can support judicial reform*. Leiden: Leiden University Press.
- Rodotà, S. 1982. "Tecnologie dell'informazione e frontiere del sistema sociopolitico." *Pol. dir.*, 28 sgg.
- Rodotà, S. 2005. *Intervista su Privacy e Libertà*. Roma-Bari: Laterza.
- Rubechi 2017. "La transizione verso il nuovo sistema delle fonti europee." In *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano e C. Colapietro, 376 sgg. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Sachs, B. 2015. "Uber's take-rate structure and employee status." *Onlabour*, 23 maggio 2015.
- Salerno, G.M. 2017. "Le origini ed il contesto." In *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano e C. Colapietro, 65 sgg. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Santoni, F., Pallini, M. 2015. In *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona.
- Santoro Passarelli, G. 2015. "I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c." *Arg. Dir. Lav.* 6: 1146 sgg.
- Santoro Passarelli, G. 2019. "Sul nomen juris e le possibili tutele del rapporto di lavoro dei riders." *Giust. Civ.com*, 30 aprile 2019.
- Santoro Passarelli, G. 2020. "Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663/2020." *MGL*, numero straordinario, 215 sgg.

- Scagliarini, S. 2013. *La riservatezza e i suoi limiti*. Roma: Aracne.
- Scagliarini, S. 2019a. "Dal «vecchio» al «nuovo» Codice della privacy." In *Il «nuovo» codice in materia di protezione dei dati personali, La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*. Torino: Giappichelli.
- Scagliarini, S. 2019b. "Dal «vecchio» al «nuovo» Codice della privacy." In *Il «nuovo» codice in materia di protezione dei dati personali, La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*. Torino: Giappichelli.
- Schmidt, W. 1981. "I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca." *Riv. trim. dir. pubbl.*
- Sigillò Massara, G. 2020a. "Tecnologie, diritto e lavoro (anche) agile." In *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, a cura di R. Pessi, P. Matera, e G. Sigillò Massara, 65 sgg. Roma: Eurilink.
- Sigillò Massara, G. 2020b. "Lavoratori «etero-diretti dalle piattaforme»: la pragmatica a-qualificazione della Cassazione." *MGL*, numero speciale, 235 sgg.
- Sitzia, A. 2018. "Il decreto legislativo di attuazione del Regolamento Privacy (n. 101 del 2018): profili giuslavoristici." *Lav. Dir. Eur.* 2, 2.
- Stanchi, A. 2015. "Nel Jobs Act il nuovo articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori." *GLav* 38: 40 sgg.
- Stizia, A. 2015. "I controlli a distanza dopo il «Jobs Act» e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa." *LG*, 678 sgg.
- Taylor, F.W. 1919. *The Principles of Scientific Management*. New York: Harper & Brothers.
- Tiraboschi, M. 2015. *Prima lettura del d. lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*. Modena: ADAPT University Press.
- Tosi, P. 2015. "L'art.2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?" *ADL*, 13 sgg.
- Trojsi, A. 2014. "Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro nell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori." In *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, a cura di M. Rusciano e L. Zoppoli, 119 sgg. *WP CSDLE «Massimo D'Antona» – Collective volumes* 3.
- Tullini, P. 2009. "Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore." *RIDL* I: 329 sgg.
- Videbæk Munkholm, N., Højer Schjøler, C. 2018. "Platform Work and the Danish Model – Legal Perspectives," *Nordic Journal of Commercial Law* 1: 117-44.
- Warren, S.D., Brandeis, L.D. 1890. "The Right to Privacy." *Harvard Law Review* 4: 193 sgg.
- Wood, A.J., Graham, M., Lehdonvirta, V., Hjorth, I. 2020. "Good Gig, Bad Gig: Autonomy and Algorithmic Control in the Global Gig Economy." *Work, Employment and Society* 1, 2.
- Zilio Grandi, G., Sferrazza, M. 2016. "Le collaborazioni organizzate dal committente." *ADL* 4-5, 756 sgg.
- Zoli, C. 2010. "Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma." In *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, a cura di P. Tullini, 164 sgg. Padova: Cedam.
- Zoppoli, L. 2016. "La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina." *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT* 296.
- Zuddas, P. 2019. "La posizione del minore." In *Il «nuovo» codice in materia di protezione dei dati personali, La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, a cura di S. Scagliarini. Torino: Giappichelli.

La controversa questione della qualificazione giuridica del lavoro mediante piattaforma digitale e il fondamentale ruolo interpretativo della giurisprudenza

Carla Spinelli

1. Premessa

Nel suo contributo per il volume curato da A. Cipriani, A. Gramolati e G. Mari nel 2018, trattando della subordinazione tra lavoro 4.0 e *gig economy*, Riccardo Del Punta manifestava le sue perplessità sulla persistente capacità qualificatoria dell'eterodirezione classica, con riferimento alle esigenze regolative connesse alla trasformazione delle attività lavorative per effetto della digitalizzazione. Tuttavia, si dichiarava fiducioso nel ruolo interpretativo che avrebbe potuto svolgere la giurisprudenza al riguardo, in ragione della comprovata adattabilità di quest'ultima nel fare posto alle nuove realtà, ipotizzando, peraltro, che la strada da percorrere sarebbe stata probabilmente quella di assegnare «un crescente rilievo all'indice dell'inserimento organizzativo» (Del Punta 2018, 229). E su questo tema aveva poi preso posizione, annotando la sentenza della Corte di Appello di Torino sul caso dei ciclofattorini di Foodora (Del Punta 2019, 358 sgg.). Con lungimiranza, Riccardo aveva colto l'importanza che le decisioni dei giudici avrebbero assunto in materia, per cui mi è parso confacente in tale contesto onorarne la memoria ripercorrendo gli sviluppi e gli approdi di questa giurisprudenza.

2. La qualificazione dei rapporti di lavoro mediante piattaforma digitale

La qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro per le piattaforme digitali è stata ampiamente dibattuta nelle aule giudiziarie, in Europa come in molti al-

Carla Spinelli, University of Bari, Italy, carla.spinelli@uniba.it, 0000-0002-0592-4611

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Carla Spinelli, *La controversa questione della qualificazione giuridica del lavoro mediante piattaforma digitale e il fondamentale ruolo interpretativo della giurisprudenza*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.66, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1069-1082, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

tri paesi in tutto il mondo. Le piattaforme digitali dedite ai servizi di trasporto delle persone e di consegna di beni sono state, infatti, ripetutamente coinvolte nel contenzioso sull'appropriata classificazione dei lavoratori. Gli esiti giudiziari sono stati inizialmente disomogenei ed anche contrastanti, ma una tendenza si è andata progressivamente consolidando, quella alla demistificazione della narrativa sull'autonomia.

Come è noto, nella maggior parte dei casi i lavoratori su piattaforma digitale firmano termini e condizioni contrattuali che li individuano come lavoratori autonomi. Tuttavia, quasi ovunque questa pratica non ha impedito ai giudici di disattendere la volontà cartolare delle parti e di tener conto del dato fattuale e, quindi, delle modalità concrete di esecuzione della prestazione lavorativa, al fine di verificare se la maniera in cui i lavoratori sono organizzati dalla piattaforma corrisponda al *modus operandi* dei datori di lavoro o invece a quello dei committenti di prestatori d'opera (De Stefano, Durri, Stylogiannis, Wouters 2021). Più di frequente, sono state proprio le Corti superiori a riconoscere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato (si pensi, per esempio, a *Cour de cassation, Chambre sociale*, 4 marzo 2020, n. 374, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html; Donini 2020, 1 sgg.).

Nell'ordinamento internazionale, la Raccomandazione OIL n. 198 del 2006 prevede espressamente il principio della *primacy of facts*, al fine di determinare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato (ILO *Employment Relationship Recommendation*, 2006, No. 198, par. II, 9), eppure non viene richiamata nelle argomentazioni a supporto delle decisioni giudiziarie, che piuttosto si riferiscono alle pronunce adottate in altri paesi (ILAW Network, *Taken for a ride: litigating the digital platform model*, 2021, 18-19; disponibile all'indirizzo: <https://www.ilawnetwork.com/issue-briefs-reports/taken-for-a-ride-litigating-the-digital-platform-model/>). In ambito europeo, il medesimo principio è in sintonia con la giurisprudenza della CGUE (Cfr. Risak, Dullinger 2018, Menegatti 2019, 71 sgg., Ales 2020, 31 sgg., Pacella 2020, 16 sgg.), ma per la risoluzione delle controversie sulla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro si fa riferimento principalmente alle disposizioni interne e alla tradizione giuridica nazionale.

2.1. Il caso Foodora

Il percorso evolutivo della giurisprudenza italiana non si discosta da questa linea di tendenza, come dimostra il *leading case* dei ciclofattorini di *Foodora* nel suo dipanarsi tra le tre fasi della giurisdizione. Esso si caratterizza, altresì, per un dialogo proficuo con il legislatore, attraverso la valorizzazione in quest'ambito della norma sulle collaborazioni etero-organizzate, grazie all'apporto interpretativo offerto. Addirittura la Cassazione ha ritenuto di dover rinviare la propria decisione per attendere il varo della legge di conversione del d.l. n. 101/2019, che introduceva modifiche all'art. 2, c. 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, e, pur dovendosi pronunciare su fatti antecedenti e interpretare la normativa previgente, ne ha tenuto conto nel proprio ragionamento (l. n. 128/2019).

Passando rapidamente in rassegna le suddette pronunce, va ricordato che i Tribunali di primo grado di Torino (tra i numerosi commenti si vedano, con diversi accenti critici: Biasi 2018, 1227 sgg.; Del Conte, Razzolini 2018, 673 sgg.; Ferrante 2018, 1196 sgg.; Forlivesi 2019, 112 sgg.; Gramano 2018, 609 sgg.; Ichino 2018, 294 sgg.; Recchia 2018, 726 sgg.; Spinelli 2018, 371 sgg.; Tullini 2018, 1 sgg.) e Milano (Spinelli 2019, 112 sgg.; Forlivesi, *op. cit.*, 112 sgg.; Girgenti 2018, 16 sgg.; Biasi 2018, 1 sgg.) nel 2018 avevano riconosciuto la legittimità dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa firmati tra le parti, fondando le loro decisioni sul fatto che i ricorrenti, potendo scegliere liberamente se e quando presentarsi al lavoro, esercitassero così la propria autodeterminazione. La Corte d'Appello di Torino, invece, aveva ritenuto di inquadrare la fattispecie litigiosa come *tertium genus*, intermedio tra autonomia e subordinazione, invocando nel caso di specie l'applicabilità dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015 sulle collaborazioni etero-organizzate, in quanto la piattaforma aveva il potere di determinare – per alcuni aspetti, quali il luogo e il tempo – il modo in cui la prestazione lavorativa doveva essere svolta dagli stessi (Carabelli, Spinelli 2019, 91 sgg.; Carinci 2019, 350 sgg.; De Luca Tamajo 2019, 1 sgg.; Del Frate 2019, 937 sgg.; Del Punta 2019, 358 sgg.; Faioli 2019; Martelloni 2019; Novella 2019, 83 sgg.; Spinelli 2019; Tullini 2019, 1 sgg.). Infine, la sentenza della Cassazione (n. 1663/2020) ha operato un cambiamento di prospettiva, adottando un approccio rimediale (su cui v. almeno Treu 2017, 367 sgg.; Loi 2017, 259 sgg.; Biasi 2020, 1 sgg.; Lassandari, 2020, 123 sgg.; De Marco, Garilli 2021, 1 sgg.) per estendere le tutele del lavoro ai *riders* di *Foodora*.

In primo luogo, la Suprema Corte ha respinto la qualificazione delle collaborazioni etero-organizzate come *tertium genus* adottata dalla Corte d'Appello. L'art. 2, c. 1 andrebbe interpretato, invece, come norma di disciplina, coerentemente con l'approccio rimediale che la Cassazione dichiara di adottare, per cui il legislatore si sarebbe limitato «a valorizzare taluni indici fattuali ritenuti significativi (personalità, continuità, etero-organizzazione) e sufficienti a giustificare l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, esonerando da ogni ulteriore indagine il giudice che ravvisi la concorrenza di tali elementi nella fattispecie concreta e senza che questi possa trarre, nell'apprezzamento di essi, un diverso convincimento nel giudizio qualificatorio di sintesi». D'altro canto, contraddicendo in proposito proprio l'approccio rimediale dichiarato, la Suprema Corte non ha potuto sottrarsi alla necessità di prospettare una definizione del più controverso degli indici fattuali delle collaborazioni *ex art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015*, ovvero l'etero-organizzazione, che la Corte ricostruisce, ma dal quale prende poi le distanze. La pronuncia della Cassazione, lungi dal risolverlo, ha alimentato il vivace dibattito dottrinale sulla norma, polarizzato tra ricondurre le collaborazioni etero-organizzate nell'area della subordinazione o invece dell'autonomia, neppure sopito dalle modifiche introdotte nel 2019 (Ballestrero 2020, 1 sgg.; Cavallini 2020, 13 sgg.; D'Ascola 2020, 3 sgg.; Battista 2021, 1455 sgg.; Ghera 2021, 553 sgg.; Pilati 2021, 55 sgg.). La decisione della Cassazione si segnala, però, anche per le sue lacune, nel senso che, per un verso, lascia spazio ad un'applicazione selettiva delle tu-

tele previste per i lavoratori subordinati ai collaboratori etero-organizzati e, d'altra parte, non dice l'ultima parola sulla questione qualificatoria (Carabelli 2020, 17 sgg. e spec. 22 sgg.). La Corte precisa infatti, da ultimo, che la norma non intende – e neppure potrebbe, in ossequio al principio dell'indisponibilità del tipo – introdurre limiti all'accertamento giudiziale della sussistenza della subordinazione con riferimento alla concreta attuazione della relazione negoziale, ad ulteriore salvaguardia, peraltro, della finalità anti-fraudolenta perseguita dal legislatore con la sua approvazione.

2.2. La svolta impressa dalla decisione del Tribunale di Palermo

Nel varco lasciato aperto dalla Cassazione si è inserita la sentenza del Tribunale di Palermo di novembre 2020 (tra i principali commenti si rinvia a: Barbieri 2020, 61 sgg.; Carabelli 2021; Carinci 2021, 1 sgg.; Ferrante 2021, 214 sgg.; con accenti critici, Perulli 2021, 37 ss; Scelsi 2021, 59 sgg.). Il Tribunale ha reintegrato un ciclofattorino di *Glovo* e lo ha riqualificato come lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato, da retribuire secondo il contratto collettivo di lavoro per il settore logistica e trasporti, ritenendo che la sua autonomia fosse meramente nominale. La piattaforma, infatti, poteva organizzare l'esecuzione della prestazione lavorativa attraverso rigorose istruzioni impartite dal sistema interno di prenotazione, nonché esercitare una forma di potere disciplinare attraverso gli automatismi dell'algoritmo stesso (penalizzazione nell'attribuzione delle consegne per il *rider* che non si impegna adeguatamente nell'attività). Il giudice ha concluso che la piattaforma conservasse una posizione di *command and control* sul lavoratore, che era sottoposto ai suoi poteri gestionali, coerente con la nozione classica di subordinazione.

I sistemi automatizzati di creazione di conoscenza e di decisione, che si basano sugli algoritmi, hanno ristrutturato le modalità di esercizio delle attività di gestione del personale, tanto nel settore privato quanto per le pubbliche amministrazioni, sostituendo progressivamente le funzioni manageriali tradizionali, come la selezione del personale, l'assegnazione delle mansioni, la valutazione del lavoro svolto, l'incentivazione o l'irrogazione di sanzioni, anche con effetti estintivi del rapporto di lavoro. Gli algoritmi acquisiscono il grado di asimmetria informativa e lo squilibrio di potere tra le parti contraenti: l'esercizio del potere direttivo si realizza attraverso dispositivi e applicazioni digitali, il lavoratore è sottoposto a forme di controllo permanente e di supervisione continua esercitati dal software e tutto ciò rende il datore di lavoro onnipotente e le sue prerogative potenziate (v. per tutti Aloisi, De Stefano 2020). In altri termini, l'introduzione delle nuove tecnologie e dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro può avere l'effetto di scolorire il potere direttivo, senza che per questo si elimini la subordinazione; semmai aumentano le possibilità espressive del potere di controllo e, conseguentemente, se ne accentua la rilevanza, che si spinge fino a contendere il primato al potere di specificazione e conformazione della prestazione (v. già Gaeta 1993, 129 sgg.; Carabelli 2004, 35-36. Con riferimento alla *smart factory* si è parlato di «potere di controllo direttivo», Tebano 2020, 251.

Sulla riarticolazione dei poteri datoriali nell'impresa digitale v. anche le osservazioni critiche di Novella 2021, 451 sgg., spec. parr. 4 e 5).

2.3. Le pronunce di merito a favore della subordinazione

È parso subito evidente che il percorso tracciato dal Tribunale siciliano potesse assumere portata generale, almeno con riferimento alla struttura organizzativa tipica delle piattaforme dedite alla consegna di beni (Allamprese, Carabelli, Loi, Spinelli 2021, 621 sgg.). In effetti, altre sentenze di merito hanno affermato che il rapporto di lavoro dei *riders* dovesse essere ricondotto allo schema legale del lavoro subordinato, in ragione delle numerose costrizioni organizzative riscontrabili nei sistemi operativi delle piattaforme digitali, in grado di produrre un vero e proprio assoggettamento al potere datoriale. Il contenzioso sulle piattaforme ha dunque portato alla ribalta la questione della gestione algoritmica (Alosi, De Stefano, *op. cit.*; Gaudio 2020, 22 sgg.; Prassl 2019, 41, 1 sgg.), chiarendo che i poteri di direzione e controllo sui lavoratori, anche quando esercitati esclusivamente attraverso mezzi tecnologici, come le *app* o altri dispositivi di intelligenza artificiale, sono del tutto equivalenti ai poteri datoriali esercitati in prima persona dal supervisore umano.

Così il Tribunale di Torino, decidendo con la sentenza del 18 novembre 2021 il caso dei *riders* di *Uber Eats* – già sottoposto a giudizio per il fenomeno di caporalato digitale a cui ha dato luogo, con il coinvolgimento di una società terza che stipulava contratti di lavoro autonomo occasionale con i ciclofattorini (Trib. Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, 27 maggio 2020, n. 9) – ha concluso per la natura subordinata dei rapporti di lavoro. Il giudice, peraltro, li ha ritenuti direttamente imputabili a *Uber Eats*, in quanto da questa società pervenivano, tramite piattaforma, tutte le analitiche istruzioni operative sulla determinazione del luogo e delle modalità di esecuzione delle prestazioni di consegna, anche con atteggiamenti vessatori e indebite pressioni volte a compulsare il comportamento dei *riders*, nonché le decisioni relative alla sospensione o disattivazione degli account a titolo sanzionatorio, a seconda della gravità ascritta ai casi di rifiuto della consegna (Trib. Torino 18 novembre 2021, con nota di Garilli, De Marco 2022, confermata da App. Torino 25 novembre 2022, con nota di Parodi 2023).

Analogamente, con la pronuncia del 20 aprile 2022, il Tribunale di Milano ha riconosciuto la subordinazione piena di un ciclofattorino di *Deliveroo* rilevando che l'autonomia nella fase genetica del rapporto, dedotta dalla società convenuta, vale a dire la libertà formalmente riconosciuta al lavoratore di accettare o meno gli incarichi di consegna proposti di volta in volta dalla piattaforma, quand'anche effettiva, non spiega alcun apprezzabile rilievo qualificatorio. Riprendendo un precedente orientamento di legittimità, maturato a ridosso del contenzioso promosso dagli addetti alla ricezione delle scommesse presso le agenzie ippiche (v. *ex multis*, Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457; Cass. 11 ottobre 2017, n. 23846; Cass. 10 luglio 2017, n. 17009), infatti, il giudice milanese ha ritenuto che tale elemento sia esterno al contenuto del rapporto «sul piano non solo logico, bensì tempora-

le (in quanto ne precede lo svolgimento)» e, come tale, idoneo a incidere «sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata ma non sulla forma e sul contenuto della prestazione (e pertanto sulla natura del rapporto)». Con riguardo al momento esecutivo della prestazione, poi, è emersa la piena soggezione del lavoratore ai tradizionali poteri datoriali, a mente del riscontro di attività di sorveglianza e monitoraggio, pre-determinazione e imposizione delle modalità di svolgimento della prestazione, ivi incluso l'obbligo di recarsi nella zona assegnata e di eseguire il *login* sull'applicazione della piattaforma per poter iniziare a lavorare (Trib. Milano 20 aprile 2022, con note di Bellavista 2022, 2; Capponi 2022; Ingraio 2022, 55 sgg. In chiave del tutto critica, invece, v. nota di Puccetti 2022, 1 sgg.).

È ancora il Tribunale di Torino, con la decisione del 16 novembre 2022, ad accogliere il ricorso per l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro instaurato per la consegna di cibo a domicilio in favore della nota piattaforma *Glovo*, avendo riscontrato in concreto l'esercizio da parte della società dei poteri datoriali tipici¹. Secondo il giudice torinese, infatti, sono prive di rilievo circostanze di fatto come la facoltà di scegliere se e quando lavorare, la facoltà di rifiutare i singoli ordini o l'assenza di un obbligo di esclusiva nei confronti della piattaforma², se viene raggiunta la prova che quest'ultima esercita i poteri direttivo, di controllo e disciplinare che costituiscono, per giurisprudenza costante, i criteri discretivi per individuare un rapporto di lavoro subordinato.

2.4. L'accertamento «incidenter tantum» della subordinazione

In tempi più recenti, poi, alcune pronunce di merito hanno superato le resistenze, emerse in precedenza, a operare una qualificazione incidentale del rapporto nell'ambito di ricorsi promossi in via cautelare, in particolare in sede di repressione di condotta antisindacale (art. 28, l. n. 300/1970), pur necessaria ai fini dell'accertamento della titolarità del diritto di azione in capo al sindacato ricorrente (Trib. Firenze, ord. 9 febbraio 2021, con nota di Martelloni 2021, 130 sgg.).

In un primo momento, la questione preliminare è stata risolta attraverso il ricorso all'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, ritenuto compatibile con la cognizione sommaria del giudice nella prima fase del procedimento (Trib. Firenze, 24 novembre 2021, con nota di Pigliararmi 2022, 241 sgg.; v. anche note di Falsone 2021, 1035 sgg.; Martelloni (1) 2021, 170 sgg.; Monda 2021, 663 sgg.).

Nelle decisioni del Tribunale di Torino del 5 agosto 2023 e del Tribunale Milano datata 28 settembre 2023 (con nota di Gravinese 2024; confermata da

¹ Evidenziando, peraltro, già la sufficienza di una condizione di «doppia alienità» dei mezzi e del risultato produttivo, coerentemente con il dettato della Corte Cost. nella sentenza n. 30/1996, a collocare le relazioni *de quo* nell'area della subordinazione.

² Relativamente alla circostanza che il *rider* possa in astratto lavorare contemporaneamente per più piattaforme committenti, il Tribunale ha escluso che questa possa fungere da indicatore della sua autonomia, poiché questi, in assenza di una clausola di esclusiva, è tenuto al rispetto del solo obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., ben potendo, in orari compatibili, prestare la propria attività per più datori di lavoro.

Trib. Milano 11 marzo 2024), invece, si è riconosciuta, sia pure in via incidentale, la titolarità in capo alle oo.ss. del diritto a ricorrere ai sensi dell'art. 28 St. Lav., in forza della riconducibilità all'art. 2094 c.c. dei rapporti di lavoro dei ciclofattorini da queste rappresentati.

3. La presunzione di subordinazione nella Proposta di Direttiva UE Platform work

Il rilievo della questione qualificatoria è stato riconosciuto anche dal legislatore eurounitario, che si è proposto di intervenire in materia, al fine di rafforzare le tutele per i lavoratori delle piattaforme digitali.

L'adozione della *Proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali* è stata salutata prevalentemente con favore negli ambienti istituzionali, dalle parti sociali e anche tra gli studiosi, pur non essendo mancati rilievi critici, espressi fin da subito con riferimento alla scelta di adottare una misura specifica per questo settore del lavoro digitale, oltre che sui singoli contenuti del provvedimento. Questi si articolano su tre assi fondamentali: la presunzione di subordinazione, la gestione algoritmica dei rapporti di lavoro, le misure di trasparenza delle piattaforme.

Il procedimento legislativo si è rivelato piuttosto accidentato, soprattutto con riferimento alla disciplina della presunzione legale di esistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

La proposta della Commissione, presentata il 9 dicembre 2021³, introduceva una presunzione semplice di subordinazione in presenza di almeno due criteri sui cinque individuati dalla norma, attestanti la sussistenza del controllo sull'esecuzione del lavoro da parte della piattaforma⁴. Veniva al contempo garantita la possibilità per ciascuna delle parti di confutare la suddetta presunzione legale nei procedimenti giudiziari o amministrativi o in entrambi, assumendo che il rapporto contrattuale in questione non fosse un rapporto di lavoro quale definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore nello Stato membro, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia (Donini 2022, 38 sgg.; Ferrante 2022, 19 sgg.; Tosi 2022; Giubboni 2022; Barbieri 2021, Biasi 2022, 8 sgg.; Magnani 2022, 3 sgg.; Tullini 2022, 49 sgg.; Olivieri 2022, 11 sgg.).

³ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali COM/2021/762 final.

⁴ Ai sensi dell'art. 4, par. 2 della Proposta di Direttiva, gli indici della subordinazione erano così identificati: a) determinazione effettiva del livello della retribuzione o fissazione dei limiti massimi per tale livello; b) obbligo, per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, di rispettare regole vincolanti specifiche per quanto riguarda l'aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro; c) supervisione dell'esecuzione del lavoro o verifica della qualità dei risultati del lavoro, anche con mezzi elettronici; d) effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti; e) effettiva limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi.

La posizione votata dal Parlamento Europeo a dicembre 2022 sulla relazione Gualmini⁵, discostandosene parzialmente, affidava agli Stati Membri, sia pure con alcune cautele, l'applicazione della presunzione semplice, qualora fosse risultata configurabile un'errata classificazione della prestazione lavorativa resa mediante la piattaforma digitale. Disponeva, infatti, l'espunzione degli indici denotativi della subordinazione dall'art. 4 della Proposta di Direttiva, che venivano spostati nel Considerando 25 e ampliati, assumendo così una valenza meramente esemplificativa a beneficio dei decisori nazionali. Quanto alla possibilità di confutare la presunzione, questa veniva ancorata al soddisfacimento di due criteri, ovvero che il lavoratore fosse esente da qualsiasi forma di controllo e direzione da parte della piattaforma e che lo svolgimento del lavoro tramite piattaforme digitali consistesse in un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale (per una analitica disamina v. Passalacqua 2023, 246 sgg.).

Il 13 dicembre 2023, a conclusione della procedura c.d. di «trilogo», le Istituzioni europee avevano raggiunto un accordo provvisorio, anche grazie all'azione promozionale svolta dalla Presidenza spagnola del Consiglio Europeo, che aveva prodotto un testo in gran parte simile alla proposta originaria della Commissione. Eppure, in seno al Comitato dei rappresentanti permanenti dei Governi (Coreper), organo preparatorio del Consiglio UE, non si è formata la maggioranza necessaria per la sua approvazione, a fronte dell'opposizione della Francia e dell'Italia, insieme ad altri Stati Membri, e con l'astensione della Germania.

La Presidenza belga ha quindi riavviato i negoziati, con il difficile compito di trovare un sostegno sufficiente per l'adozione della direttiva prima della fine del suo mandato a giugno, in coincidenza peraltro con le elezioni del Parlamento europeo (Aloisi, Rainone e Countouris 2024). In questo clima di incertezza, non ha mancato di farsi sentire la reazione della Confederazione Europea dei Sindacati, preoccupata della formulazione della proposta belga per la ripresa delle trattative, che prospettava un ulteriore indebolimento della regolazione della presunzione legale di subordinazione, tale da facilitarne, nella valutazione della CES, l'aggiramento da parte delle piattaforme.

Neppure questo ulteriore testo⁶, nel quale veniva rimessa integralmente agli ordinamenti giuridici degli Stati membri la determinazione dei criteri per l'operatività della presunzione legale relativa di subordinazione, superando così il nodo problematico costituito dalla mancanza di una nozione europea di lavoro subordinato e salvaguardando pienamente le tradizioni nazionali (Alai-

⁵ Si tratta del *Progetto di Relazione sulla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali* (COM(2021)0762 C9-0454/2021 2021/0414(COD)), Relatrice Elisabetta Gualmini del 3.5.2022. Cfr. Euractive Italia, *Rider e piattaforme digitali: le proposte del Parlamento europeo*, 13 giugno 2022, disponibile all'indirizzo <https://euractiv.it/section/digitale/news/rider-e-piattaforme-digitali-le-proposte-del-parlamento-europeo>.

⁶ Per una sintesi v. <https://www.etui.org/news/provisional-deal-reached-platform-work-directive>.

mo 2022, 16 sgg.), ha ottenuto il necessario consenso da parte del Coreper (16 febbraio 2024), per l'opposizione delle forze liberali francesi, estoni e tedesche, unitamente al governo conservatore greco.

Nell'imminenza delle elezioni per il Parlamento europeo risultava difficile non pensare che si fossero ormai consegnati al fallimento due anni di trattative tese a contrastare il fenomeno del falso lavoro autonomo per le piattaforme digitali di autisti, ciclofattorini e lavoratori domestici così da assicurare loro maggiori tutele, definendo uno *European level playing field*.

E invece, l'11 marzo 2024 i Ministri del lavoro degli Stati Membri hanno approvato l'accordo politico che la Presidenza belga aveva raggiunto con i legislatori dell'UE all'inizio di febbraio⁷. Due paesi che fino ad allora avevano rifiutato di condividere il testo – Estonia e Grecia – hanno modificato la loro posizione e lo hanno sostenuto; la Germania, che si è astenuta, e la Francia, che ha continuato a esprimere riserve, sono state le ultime resistenze. La Proposta, dunque, è passata con un'atipica maggioranza formata fra gli Stati Membri, che ha contrastato le posizioni di Francia e Germania.

Terminato l'iter procedurale per l'adozione della Direttiva, entro i successivi tre anni, gli Stati membri saranno tenuti ad adottare una presunzione legale relativa di subordinazione per i lavoratori delle piattaforme, che non equivarrà, evidentemente, ad una loro riclassificazione automatica come dipendenti, ma risulterà in uno strumento procedurale per facilitare la determinazione dello status occupazionale, conformemente alla legislazione nazionale e ai contratti collettivi, tenendo conto anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

È importante sottolineare che questa presunzione confutabile dello status di lavoratore subordinato dovrà basarsi su «*fatti* che indicano la sussistenza di poteri di controllo e direzione» e non su criteri o indicatori legali, come nel caso dei testi precedenti della Commissione e del Consiglio, garantendo così l'accesso ai diritti del lavoro per coloro che sono di fatto dipendenti, anche se i loro contratti individuali li qualificano diversamente. Invocare la presunzione consentirà ai lavoratori delle piattaforme di rivendicare più agevolmente la riqualificazione, spettando alla piattaforma digitale dimostrare che non ricorrono quei poteri di direzione e controllo che caratterizzano la subordinazione (Aloisi, De Stefano 2024, 3-4; Todoli 2024, 2).

I tribunali dovranno verificare concretamente le condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme al momento di decidere sulla qualificazione giuridica del rapporto, indipendentemente da come esso risulterà denominato negli eventuali accordi stipulati tra le parti. Ciò significa che resterà ancora per altro tempo consegnato alla «comprovata adattabilità» della giurisprudenza nazionale nella sua funzione interpretativa, a cui faceva appello Riccardo, il compito di presidiare la corretta qualificazione giuridica del lavoro mediante piattaforma digitale.

⁷ Reperibile on line <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7212-2024-INIT/en/pdf>.

Riferimenti bibliografici

- Alaimo, A. 2022. "Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?" *Labour Law Issues* 8, 1.
- Ales, E. 2020. "'Worker' (and) 'Mobility' in the Case Law of the Court of Justice EU on Free Movement: A Critical Appraisal." In *Festschrift für Wolfgang Portmann*, a cura di R.A. Müller, R Rudolph, A.K. Schnyder, A. Von Kaenel, e B. Waas, 31-50. Basel.
- Allamprese, A., Carabelli, U., Loi, P. Spinelli, C. 2021. "Le travail de plateforme et l'expérience controversée des riders, à la recherche d'une identité juridique et de garanties adéquates." *Droit Social* 7-8: 621-30.
- Aloisi, A., De Stefano, V. 2020. *Il tuo capo è un algoritmo*. Bari: Laterza.
- Aloisi, A., De Stefano, V. 2024. "Gig workers in Europe: the new platform of rights." *Social Europe*, 16 marzo 2024.
- Aloisi, A., Rainone, S. Countouris, N. 2024. "Platform-work directive: the clock is ticking." *Social Europe*, 25 gennaio 2024.
- Bellavista, A. 2022. "Riders e subordinazione: a proposito di una recente sentenza." *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Ballestrero, M. V. 2020. "La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva." *Labour & Law Issues* 2.
- Barbieri, M. 2020. "Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui 'riders'." *Labour & Law Issues* 2.
- Barbieri, M. 2021. "Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma." *Labour & Law Issues* 2.
- Battista, L. 2021. "I lavoratori delle piattaforme digitali tra diritto, tecnologia e giustizia." *Argomenti di diritto del lavoro* 6: 1455-75.
- Biasi, M. 2018. "Il tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora." *Argomenti di diritto del lavoro* 4-5, 2: 1227-41.
- Biasi, M. 2018. "L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza." *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Biasi, M. 2020. "Il «purposive approach» della Cassazione nel caso Foodora." *Lavoro, Diritti Europa* 1.
- Biasi, M. 2022. "Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto." *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Calvellini, G. 2020. "Le nuove collaborazioni etero-organizzate: cosa cambia dopo la riscrittura dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 (e la Cassazione sul caso Foodora)." *Giustiziacivile.com*, 12 febbraio 2020.
- Capponi, F. 2022. "Ancora sulla qualificazione del rapporto di lavoro dei rider: l'incerto confine tra subordinazione ed etero-organizzazione in due recenti sentenze di merito." *Lavoro e Previdenza Oggi* 9-10.
- Carabelli, U. 2004. "Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 101: 1-99.
- Carabelli, U. Spinelli, C. 2019. "La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati." *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 1: 92-9.
- Carabelli, U. 2020. "Introduzione." In *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate, I seminari della Consulta Giuridica Cgil*, a cura di U. Carabelli e L. Fassina. Roma: Ediesse.

- Carabelli, U. 2021. “Anche il lavoro dei ciclofattorini ha un’essenza subordinata.” *Rivista Giuridica del Lavoro, giurisprudenza online – Newsletter* 1.
- Carinci, F. 2021. “Il percorso giurisprudenziale sui ‘riders’. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020.” *Argomenti di diritto del lavoro* 1, 1: 1-25.
- Carinci, M. T. 2019. “Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora.” *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2: 350-58.
- Cour de cassation, Chambre sociale. 4 marzo 2020, n. 374, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html.
- D’Ascola, S. 2020. “La collaborazione organizzata cinque anni dopo.” *Lavoro e diritto* 1: 3-31.
- De Luca Tamajo, R. 2019. “La sentenza della Corte d’Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione.” *Lavoro Diritti Europa* 1.
- De Marco, C., Garilli, A. 2021. “L’enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza.” *Il diritto del mercato del lavoro, Quaderni* 1.
- De Stefano, V., Durri, I., Stylogiannis, C., Wouters, M. 2021. “Platform work and the employment relationship, ILO Working Paper.” No. 27/2021, ILO, Geneva.
- Del Conte, M., Razzolini, O. 2018. “La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi.” *Diritto del lavoro e di relazioni industriali* 159, 3: 673-82.
- Del Frate, M. 2019. “Le collaborazioni etero-organizzate alla prova della giurisprudenza di merito.” *Diritto delle relazioni industriali* 3: 937-45.
- Del Punta, R. 2018. “Un diritto per il lavoro 4.0.” In *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A.A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, 225 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2019. “Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente.” *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2: 358-67.
- Donini, A. 2020. “Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro.” *ILO Working Paper*, No. 27/2021, Geneva: ILO.
- Donini, A. 2022. “Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme.” *Labour & Law Issues* 1, 4: 29-42.
- ETUC. “Letter to Belgian Presidency of the EU – Urgent call to reconsider the Presidency Proposal on the Directive on Improving Working Conditions in Platform Economy.” <https://www.etuc.org/en/document/letter-belgian-presidency-eu-urgent-call-reconsider-presidency-proposal-directive>, 19 gennaio 2024.
- Faioli, M. 2019. “Perché al caso dei rider di Foodora il Jobs Act calza a pennello.” *Wired*, www.wired.it/economia/lavoro/2019/02/27/rider-fattorini-foodora-gig-economy/.
- Falsone, M. 2021. “La repressione della condotta antisindacale oltre la subordinazione: una storia tutta da scrivere.” *Argomenti di diritto del lavoro* 4, 2: 1032-37.
- Ferrante, V. 2018. “Subordinazione ed autonomia: il gioco dell’oca.” *Diritto delle relazioni industriali* 28, 4: 1196-1202.
- Ferrante, V. 2022. “Ancora in tema di licenziamento disciplinare: l’irresistibile pervasività della condanna alla reintegra mette in scacco il legislatore.” *Diritto delle relazioni industriali* 4: 1097-1103.
- Ferrante, V. (1) 2022. “La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori «delle piattaforme».” *Centre for study of European Labour Law Massimo D’Antona, WP CSDLE-INT* 158.
- Forlivesi, M. 2019. “Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. «riders».” *Labor* 1: 112-20.

- Gaeta, L. 1993. *Lavoro a distanza e subordinazione*. Napoli, ESI.
- Garilli, A., De Marco, C. 2022. “La qualificazione del lavoro dei ‘riders’: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro.” *Labor* 2: 232-46.
- Gaudio, G. 2020. “Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l’algoritmo.” *Labour & Law Issues* 2, 2: 19-71.
- Gaudio, G. 2022. “Algorithmic management’, sindacato e tutela giurisdizionale.” *Diritto delle relazioni industriali* 1: 30-74.
- Ghera, E. 2021. “Considerazioni sulle collaborazioni organizzate dal committente.” *Il diritto del mercato del lavoro* 3: 553-63.
- Girgenti, O. 2018. “Anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders.” *Guida al lavoro. Il Sole 24 Ore* 37.
- Giubboni, S. 2022. “La proposta di Direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale.” *Menabò di Etica ed Economia* 164.
- Gramano, E. 2018. “Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora.” *Labor* 5: 609-19.
- Gravinese, A. 2024. “Tutele collettive e previdenziali per i riders: superate anche le ultime riserve alla integrale equiparazione nel trattamento.” In corso di pubblicazione su *Rivista giuridica del lavoro* 1.
- Ichino, P. 2018. “Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy.” *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2: 294-303.
- ILAW Network. 2021. “Taken for a ride: litigating the digital platform model.” Disponibile al link: <https://www.ilawnetwork.com/issue-briefs-reports/taken-for-a-ride-litigating-the-digital-platform-model/>.
- ILO. 2006. “Employment Relationship Recommendation,” No. 198, par. II.
- Ingrao, A. 2022. “‘Riders’: un altro passo verso la subordinazione.” *Labour & Law Issues* 1, 4: 57-71.
- Lassandari, A. 2020. “La Corte di Cassazione sui riders e l’art. 2, d.lgs. n. 81/2015.” *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, fasc. straordinario, 123-32.
- Loi, P. 2017. “Il lavoro nella ‘Gig economy’ nella prospettiva del rischio.” *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 2: 259-80.
- Magnani, M. 2022. “La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali.” *Bollettino Adapt*, N. 18, 9 maggio 2022.
- Martelloni, F. 2019. “La Corte d’appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora.” *Questione Giustizia*, <http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-d-appello-di-torino-tira-la-volata-ai-riders-di-foodora-17-04-2019.php>.
- Martelloni, F. 2021. «Un giudice disarmi i “cavalieri della pandemia”: niente condotta antisindacale per le piattaforme di food-delivery». *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2: 358-67.
- Martelloni, F. 2021. «“Riders”: la repressione della condotta antisindacale allarga il suo raggio». *Labour & Law Issues* 2, 3: 170-85.
- Monda, P. 2021. «Contrattazione collettiva e “gig economy”: la parola passa alla giurisprudenza». *Diritti lavori mercati* 3: 665-86.
- Novella, M. 2019. «Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse». *Labour & Law Issues* 1: 83-103.
- Novella, M. 2021. «Poteri del datore di lavoro nell’impresa digitale: fenomenologia e limiti». *Lavoro e diritto* 3-4: 451-70.

- Olivieri, A. 2022. «La presunzione di subordinazione nel lavoro tramite piattaforma: dall'esempio spagnolo alla proposta di Direttiva europea. Quasi todos caballeros?». *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Pacella, G. 2020. «La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea». *Labour & Law Issues* 6: 16–32.
- Parodi, E. 2023. «I rider di Uber tra subordinazione e illecita intermediazione di manodopera (Corte d'Appello Torino, 25.11.2022)». *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 1: 2–8.
- Passalacqua, P. 2023. «Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme e spunti di diritto interno». *Federalismi.it – Focus Lavoro, Persona, Tecnologia* 9.
- Perulli, A. 2021. «I “rider” di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà». *Argomenti di diritto del lavoro* 1, 1: 37–70.
- Pigliararmi, G. 2022. «Dal contratto alla contrattazione: la «genuinità» di un sistema di relazioni industriali. Spunti a margine di una recente sentenza, nota a Trib. Firenze 24 novembre 2021». *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 1, 781.
- Pilati, A. 2021. «Le collaborazioni organizzate dal committente e le incertezze della giurisprudenza sul lavoro tramite piattaforma». *Labour & Law Issues* 2: 55–80.
- Prassl, J. 2019. «What if Your Boss was an Algorithm?». *Comparative Labor Law & Policy Journal* 123, 41.
- Puccetti, E. 2022. «I riders ed il pregiudizio della subordinazione». *Lavoro Diritti Europa* 2.
- Recchia, G. A. 2018. «Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana». *Il lavoro nella giurisprudenza* 3: 245–56.
- Risak, M., Dullinger, T. 2018. «The concept of «worker» in EU law» *ETUI* <<https://www.etui.org/sites/default/files/18%20Concept%20of%20worker%20Risak%20Dullinger%20R140%20web%20version.pdf>>
- Scelsi, A. 2021. «Una nuova onomastica digitale per i poteri del datore di lavoro». *Labor* 3: 359–70.
- Spinelli, C. 2018. «La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini di Foodora tra autonomia e subordinazione». *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 3: 371–84.
- Spinelli, C. 2019. «Per la Corte d'Appello di Torino i riders sono collaboratori etero-organizzati: sovvertito il verdetto di primo grado». *Giustiziacivile.com*, 6 maggio 2019.
- Spinelli, C. 2019. ««Riders»: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo.» *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 1: 83–90.
- Spinelli, C. 2022. «Il contenzioso strategico quale strumento di tutela dei diritti: il caso dei lavoratori delle piattaforme digitali». *Il diritto del mercato del lavoro* 1: 65–85.
- Tebano, L. 2020. *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Todoli Signes, A. 2024. «La Directiva para la mejorab de las condiciones laborales en las plataformas digitales de trabajo. Contenidos y propuesta para la trasposición.» *Briefs AEDTSS* 40.
- Topo, A. 2018. «Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza.» *Lavoro e diritto* 3: 453–75.

- Tosi, P. 2022. “Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali.” *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Tullini, P. 2018. “Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora.” *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Tullini, P. 2019. “Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?” *Lavoro Diritti Europa* 1.
- Tullini, P. 2022. “La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale.” *Labour & Law Issues* 1, 4: 43–56.
- Treu, T. 2017. “Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy.” *Lavoro e diritto* 3: 367–405.
- Zappalà, L. 2021. “Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale.” *Centre for study of European Labour Law Massimo D’Antona, WP CSDLE-INT* 446.

«La sfuggente temporaneità»: un dialogo con Riccardo Del Punta sul lavoro a termine

Michele Tiraboschi

1. L'occasione di un rinnovato dialogo: la nuova disciplina del contratto di lavoro a termine ex art. 24, decreto-legge n. 48/2023, convertito in legge n. 85/2023

Non ci è dato purtroppo sapere quale giudizio avrebbe formulato Riccardo Del Punta sulla recente riforma del contratto a termine (e della somministrazione di lavoro) contenuta nell'articolo 24 del decreto-legge n. 48/2023, convertito in legge n. 85/2023. Mi pare questa, tuttavia, una occasione propizia per riprendere idealmente il dialogo con Riccardo su un aspetto centrale della disciplina del contratto a tempo determinato che, in passato, ci ha visti assumere posizioni diverse se non proprio contrapposte, e che mi porta oggi ad ammettere che aveva ragione lui; o, meglio, che è stato lui ad aver avuto la capacità di guardare più lontano di quanto sia stato capace di fare io, quasi venticinque anni fa (Tiraboschi 1999), rispetto alla possibile evoluzione dell'istituto e della sua regolazione nel nostro ordinamento giuridico a seguito della approvazione della direttiva del Consiglio n. 1999/70/CE con cui veniva recepito l'accordo quadro raggiunto il 18 marzo 1999 tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale europee del tempo (CES, UNICE e CEEP) in rappresentanza di imprese e lavoratori.

Il riferimento è al saggio di Riccardo dal titolo *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale* pubblicato sul numero 4/XII del 2002 di *Diritto delle Relazioni Industriali*; un contributo a cui sono particolarmente legato in quanto espressamente dedicato alla memoria di Marco Biagi che, come noto, è stato l'artefice progettuale e culturale del decreto legislativo

Michele Tiraboschi, University of Modena and Reggio Emilia, Italy, michele.tiraboschi@unimore.it, 0000-0002-6040-0175

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Michele Tiraboschi, «*La sfuggente temporaneità*»: un dialogo con Riccardo Del Punta sul lavoro a termine, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.67, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1083-1092, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

6 settembre 2001, n. 368, con cui veniva recepita nel nostro ordinamento la direttiva del Consiglio n. 1999/70/CE (Biagi 2002a), a cui le «note accorpate» di Riccardo erano di fatto indirizzate.

2. Dal decreto legislativo n. 368/2001 al decreto-legge n. 48/2023: venti anni di riforme e contro-riforme del contratto a termine

Non è il caso di attardarsi sulle complesse e tormentate vicende politiche e sindacali dell'epoca, che Giuseppe Pera ebbe occasione di ricostruire in un agile e particolarmente ficcante studio – come nello stile del Maestro di Riccardo – emblematicamente intitolato *La strana storia dell'attuazione della direttiva CE sui contratti a termine* (Pera 2001). E neppure è possibile riepilogare, in questa sede, le fasi del processo di strisciante deregolazione della disciplina del contratto a termine contenuta nella legge 18 aprile 1962, n. 230 (vedi Del Punta 2002, spec. 543-544), che aveva portato Luigi Montuschi, e cioè il Maestro di Marco Biagi, a parlare del quadro legale relativo alle assunzioni a tempo determinato alla stregua di un vero e proprio caso di bricolage normativo (Montuschi 1997). Di quel lontano dibattito è in effetti sufficiente ricordare – in un contributo che si propone, semplicemente, di avviare un tentativo di dialogo con Riccardo proiettato al futuro – il punto di approdo normativo agevolato dalla direttiva europea sui contratti a tempo determinato da intendersi, a detta di molti (così, su tutti, Biagi 2002b), nei termini di una prima tappa del (controverso) processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano.

Con la riforma di inizio millennio il contratto a tempo determinato si sarebbe cioè configurato – in presenza di quelle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» indicate all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001 come elemento di legittima «apposizione di un termine di durata del contratto di lavoro subordinato» – come schema contrattuale alternativo e non più subalterno al lavoro a tempo indeterminato (Biagi 2002b e già Montuschi 2000) superando così una concezione culturale, unica o quasi nel panorama internazionale e comparato (così già Giugni 1979), «dove il contratto a termine è visto come disvalore, come eccezione da ammettere soltanto in limitate circostanze» (Giugni 1978, qui 126). Di modo che, in un quadro legale che condizionava la possibilità di assunzione a termine alla presenza di ragioni oggettive, ancorché di natura non necessariamente temporanea, l'unico elemento distintivo tra lavoro a tempo indeterminato e lavoro a termine poteva rinvenirsi non in elementi strutturali o di fattispecie quanto nella «applicabilità o meno delle tutele (soprattutto quelle di tipo reale) stabilite dall'ordinamento in caso di licenziamento ingiustificato» (Biagi 2002b, qui 19).

In altri termini, fatta eccezione per le ipotesi di licenziamento per colpa del lavoratore, con il decreto legislativo n. 368/2001 l'ordinamento stabiliva una perfetta simmetria tra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato condizionando, rispettivamente, il momento iniziale del rapporto di lavoro (l'assunzione a termine del lavoratore) ovvero il momento finale (il suo licenziamento nei contratti a tempo indeterminato) alla presenza di motivazioni

oggettive (le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001). Da questo punto di vista, era convinzione di chi scrive, avallata dagli orientamenti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (circolare 1° agosto 2002, n. 42), che il termine di durata fosse niente altro che la dimensione entro cui misurare e verificare la ragionevolezza delle esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive poste a fondamento della stipulazione del contratto a tempo indeterminato, a nulla rilevando la natura, ordinaria o temporanea, della esigenza aziendale ad esse sottostante (Tiraboschi 2002, qui 104) e restando per contro preclusa al giudice, in ragione della ispirazione essenzialmente antifraudolenta della nuova disciplina, la possibilità di un controllo di merito circa l'opportunità o meno della scelta aziendale, così come esplicitata dal datore di lavoro, in ragione della sua natura, se cioè temporanea o meno (Tiraboschi 2002, qui 99).

È noto come l'assetto del contratto a termine voluto dal decreto legislativo n. 368/2001 non ha retto alla prova del tempo. In un primo tempo in ragione degli orientamenti della magistratura che si sono via via susseguiti sulla nuova disciplina e che hanno finito con lo sgretolare impianto e obiettivi del disegno legislativo del 2001 e dell'avviso comune separato ad esso sottostante, raggiunto il 4 maggio del 2001, tra un numero significativo di associazioni datoriali e sindacali con l'autoesclusione della Cgil avvenuta il giorno successivo (Biagi 2002b). In un secondo tempo per via di successive e alluvionali riforme legislative della disciplina del contratto a tempo determinato che hanno portato da ultimo – in un alternarsi schizofrenico di riforme e controriforme legislative (vedi, per tutti, Passalacqua 2018) e in un panorama contrattual-collettivo inevitabilmente frammentato se non paralizzato alla velocità del cambiamento impresso dal legislatore (si veda la mappatura di oltre 50 Ccnl condotta in Alifano, Di Gioia, Impellizzieri, Tiraboschi 2023) – al varo dell'articolo 24 del decreto-legge n. 48/2023, convertito in legge n. 85/2023 (Garofalo, Tiraboschi 2023), il cosiddetto decreto-lavoro. Un decreto di particolare interesse, rispetto al contributo offerto da Riccardo su questa materia, non solo perché ripropone (in via transitoria) la formula delle ragioni tecniche, produttive o organizzative, come ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato in assenza di previsioni collettive, ma anche perché, come in una sorta di gioco dell'oca, ci porta oggi al punto di partenza del processo di modernizzazione del nostro mercato del lavoro sollevando non poche incertezze e problemi interpretativi rispetto a un nodo teorico-ricostruttivo, quello della temporaneità del contratto a tempo determinato, su cui Riccardo ha cercato di fornire un contributo, con il già ricordato studio su *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, che torna oggi quanto mai attuale e meritevole di attenta (ri)lettura.

3. Il contratto a termine dopo la riforma del c.d. decreto-lavoro (2023) tra poche certezze e antichi problemi

La riforma del 2023 del contratto a termine si concentra, nel suo contenuto di maggiore rilevanza, (1) sui contratti a termine di durata superiore ai dodici

mesi ovvero (2) sulle proroghe e (a seguito della conversione) anche sui rinnovi oltre i dodici mesi di contratti di durata inizialmente inferiore ai dodici mesi. Per i contratti a termine di durata inferiore ai dodici mesi, anche in caso di proroghe e rinnovi, resta confermato, per effetto della modifica in tal senso degli artt. 19, comma 4 e 21, comma 01, primo periodo, del decreto legislativo n. 81/2015 il regime della c.d. acausalità.

La nuova previsione normativa pare relativamente chiara: un contratto di lavoro può avere una durata superiore ai dodici mesi (per una durata massima complessiva di ventiquattro mesi, fatte salve alcune ipotesi derogatorie) unicamente nei casi di «sostituzione di altri lavoratori» ovvero «nei casi previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51» del d.lgs. n. 81 del 2015; solo in assenza, nei contratti collettivi applicati in azienda, di previsioni contrattual-collettive, e comunque non oltre il 30 aprile 2024, sarà possibile stipulare un contratto a termine di durata superiore ai dodici mesi ovvero prorogare o rinnovare oltre i dodici mesi un contratto di durata inferiore per soddisfare «esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti». Con essa il legislatore intende dunque superare il regime delle c.d. «causali impossibili» introdotto in vigenza del c.d. decreto-dignità (decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 96) affidando la regolazione dell'istituto a regime – una volta cioè superato il periodo di transizione a «doppio canale», fissato al 30 aprile 2024, nel rimando tra funzione primaria della autonomia collettiva e funzione sussidiaria della autonomia privata individuale – alla contrattazione collettiva. Non una piena liberalizzazione del lavoro temporaneo, come pure è stato sostenuto nel dibattito pubblico e politico-sindacale che ha accompagnato l'approvazione del decreto, ma una liberalizzazione controllata che – diversamente da quanto previsto nella riforma del 2001 (Del Punta 2002, 545, parlava, in proposito, di «spiazzamento» della autonomia collettiva) – viene ora affidata a un preventivo «controllo collettivo» da parte di soggetti dotati di un grado elevato di rappresentatività (art. 51 del decreto legislativo n. 81/2015) non tanto sulla legittimità del contratto a termine in sé quanto sugli abusi di detto strumento (vuoi per la durata eccessiva del primo contratto a termine, vuoi anche per la successione di più contratti a termine) secondo quello che era, del resto, il chiaro intendimento del legislatore comunitario e delle stesse parti sociali a livello europeo (Biagi 2002b). È dunque alla contrattazione collettiva che è affidato il compito di individuare, caso per caso, il giusto equilibrio tra flessibilità e sicurezza in considerazione delle mutevoli esigenze di imprese e lavoratori di un dato settore produttivo, di un determinato territorio o di una specifica realtà di lavoro in punto di ricorso a contratti di lavoro temporaneo (lavoro a termine e somministrazione di lavoro).

Questa ricostruzione del quadro giuridico-istituzionale vigente del contratto a termine è, tuttavia, solo apparentemente pacifica quantomeno se si pone attenzione al portato della già richiamata disciplina di livello europeo e degli orientamenti della magistratura tanto a livello euro-unitario che interno che, nel frattempo, si sono consolidati in materia. I nodi giuridici che emergono, nel necessario passaggio dalla formulazione della nuova «disposizione» di legge al

contenuto precettivo della «norma» che si delinea meglio nei prossimi mesi, grazie al consolidamento delle interpretazioni e ai primi pronunciamenti della magistratura, sono numerosi e particolarmente complessi (vedi Garofalo, Tiraboschi 2023).

Pensando al contributo di Riccardo in materia di lavoro temporaneo la questione essenziale da affrontare, rispetto alla chiara intenzione del legislatore della novella, è se l'intervento della contrattazione collettiva a cui è affidato, a regime, il quadro regolatorio dell'accesso al lavoro a termine è libero ovvero se debbano, in ogni caso, rispettarsi condizioni e limiti, emersi nel tempo in sede giurisdizionale, rispetto alla natura delle esigenze aziendali (strutturali o solo temporanee) che legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Questo era il nodo interpretativo sotteso alla entrata in vigore del decreto legislativo n. 368/2001 oggetto delle considerazioni di Riccardo, e questo torna ad essere oggi il punto di maggiore incertezza interpretativa rispetto all'articolo 24 del decreto-legge n. 48/2023 convertito, con modificazioni, in legge n. 85/2023.

4. La temporaneità resta un attributo necessario della ragione giustificatrice del contratto a termine per come individuata dai contratti collettivi di lavoro?

Ancora una volta – come a suo tempo efficacemente evidenziato da Riccardo pur in relazione a un quadro giuridico-istituzionale profondamente diverso – il «nodo interpretativo fondamentale» della disciplina del lavoro a tempo determinato resta quello della temporaneità o meno delle esigenze che legittimano l'apposizione di un termine di durata al contratto di lavoro subordinato (Del Punta 2002, qui 545). Non è infatti un caso – sottolinea Riccardo (Del Punta 2002, qui 542) – che la legge abbia sempre utilizzato la denominazione di «contratto di lavoro determinato», nella quale «risalta non il momento finale del rapporto, ma la predeterminazione della sua durata» e, dunque, la temporaneità del vincolo giuridico.

Il problema giuridico che si pone oggi, con la novella del c.d. decreto-lavoro, è quello che nelle riflessioni di Riccardo, rivolte al quadro giuridico-istituzionale del 2001, appariva «nei fatti poco configurabile», alla luce di una seppur sommaria ricognizione empirica di una prassi contrattual-collettiva in materia decisamente restrittiva, e cioè un sindacato giudiziale sulla rispondenza delle causali contenute nei contratti collettivi di lavoro «ad un meta-concetto, come quello di temporaneità dell'esigenza aziendale determinante» (Del Punta 2002, 546).

Facendo leva sullo spirito della direttiva europea in materia di lavoro a termine – e, segnatamente, sulla previsione contenuta nel preambolo (ma non nella parte precettiva) dell'accordo quadro «versato nella direttiva», dove espressamente si afferma che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro tra i datori di lavoro e i lavoratori – Riccardo giungeva a una conclusione opposta alla mia (Tiraboschi 2002) e cioè a sostenere la tesi secondo cui la temporaneità è elemento strutturale dell'istituto del lavoro a termine. Non si vede cioè quale causale «possa immaginarsi a giustificazione del ricorso ad un contratto a termine, invece di un contratto a

tempo indeterminato, se non una causale che sia, per l'appunto, relativa ad un'esigenza aziendale temporanea» (Del Punta 2002, qui 547).

La verità, secondo la ricostruzione offerta da Riccardo, è che il legislatore dell'epoca – pur animato da intenti liberalizzatori, al pari di quelli attuali – si è poi trovato di fronte a «un tipico dilemma logico-sistematico: egli, da un lato, non poteva equiparare totalmente lavoro a termine e a tempo indeterminato, giacché tanto valeva, a quel punto, che rinunciasse a regolare l'istituto, a parte la disciplina dei limiti alla proroga, che egli avrebbe dovuto comunque mantenere per vincolo comunitario; dall'altro, posta la costrizione descritta, egli doveva per forza introdurre un requisito di giustificazione per l'accesso all'istituto» (Del Punta 2002, 547-48).

Vi sarebbe stata, in realtà, una terza e probabilmente più rassicurante soluzione, che lo stesso Riccardo aveva intravisto e, in seguito, probabilmente, suggerito nel 2012 nell'ambito della riforma del mercato del lavoro promossa da Elsa Fornero, di cui è stato ascoltato e influente consulente. Quella cioè di prevedere, per i contratti di durata non superiore a un certo lasso di tempo, una liberalizzazione totale. Nel saggio del 2002 Riccardo ipotizzava questa soluzione per i contratti di durata non superiore ai due mesi (Del Punta 2002, qui 548), ferma restando la necessità di una motivata ragione per contratti di durata superiore anche per il tramite di proroghe o rinnovi. E sappiamo che nella legge n. 92/2012, in punto di riforma del decreto legislativo n. 368/2001, l'acausalità del contratto a termine venne in effetti stabilita «nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato» (art. 1, comma 9, legge n. 92/2012).

5. Una conferma alla luce dei vincoli di sistema che condizionano l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro

Rispetto alle posizioni assunte da Riccardo, sulla necessaria temporaneità delle esigenze datoriali che legittimano l'apposizione del termine di durata al contratto di lavoro subordinato, non ha oggi alcun pregio un tentativo di ripercorrere le argomentazioni tecnico-giuridiche che mi portavano allora, in coerenza con le intenzioni del legislatore e anche una certa dose di buone argomentazioni, a sostenere il contrario (Tiraboschi 1992). Di maggior valore è, piuttosto, un esercizio proiettato al presente e, soprattutto, al futuro; un esercizio volto cioè a verificare se Riccardo avesse visto giusto rispetto alla successiva evoluzione normativa dell'istituto. È qui, infatti, che si può dare nuova vita e linfa alle sue argomentazioni rispetto alla recente riforma del contratto a tempo determinato (e della somministrazione di lavoro).

Da questo specifico punto di vista, un primo vincolo di sistema, in termini di lettura sistematica della previsione di cui all'articolo 24 del decreto-legge

n. 48/2023, deriva oggi dalla previsione di cui all'articolo 1 del decreto legislativo n. 81/2015 – già presente nel nostro ordinamento, seppure con diversa formulazione, a partire dalla novella del decreto legislativo n. 368/2001 disposta dall'art. 1, comma 38, della legge n. 247/2007 contenente *Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale* – secondo cui «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». Detta formula, che richiama come già segnalato analoga previsione contenuta nel preambolo (ma non nella parte più propriamente prescrittiva) della direttiva europea 1999/70/CE del 28 giugno 1999 e anche in numerosi contratti collettivi nazionali di lavoro, è stata oggetto, in passato, di interminabili discussioni. Se si può dibattere ancora oggi della valenza precettiva di quello che pare poco più di un auspicio del legislatore, quantomeno rispetto alle attuali dinamiche di un mercato del lavoro che si muove in una direzione affatto contraria, è indubbio tuttavia che la giurisprudenza, tanto a livello euro-unitario che interno, abbia ad essa fatto più volte espresso riferimento per sostenere il carattere se non del tutto straordinario e limitato quantomeno giuridicamente circoscritto, in termini di deroga alla regola generale del tempo indeterminato come forma «normale» di lavoro, della possibilità di apporre un termine (cfr. Cass. 29 ottobre 2021, n. 30805; Cass. 27 marzo 2014, n. 7244; Cass. 21 maggio 2008, n. 12985).

Un secondo vincolo, sempre in termini di lettura sistematica della nuova previsione normativa, è poi dato dall'articolo 19, comma 4, del decreto legislativo n. 81/2015 là dove dispone (fatta eccezione per i soli rapporti di lavoro di durata non superiore a dodici giorni) l'obbligo della forma scritta. Ora, per espressa previsione legislativa, l'atto scritto deve contenere, in caso di proroga e di rinnovo, «la *specificazione delle esigenze* di cui al comma 1 in base alle quali è stipulato» (corsivo nostro).

Un terzo vincolo di sistema è poi desumibile dal formante giurisprudenziale e cioè dagli orientamenti della magistratura che si sono consolidati nel tempo rispetto alla alluvionale evoluzione del dato normativo nazionale sul lavoro temporaneo e alle chiare previsioni di ambito euro-unitario come precisate dalla Corte di Giustizia Europea. La Cassazione, muovendo dal «principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato», è giunta così a sostenere, seppure con riferimento al diverso regime normativo di cui all'art. 1 del decreto legislativo n. 368/2001 (regime che ora è espressamente ripristinato, in via subordinata, dall'art. 19, comma 1, lett. b), come modificato dal decreto-legge n. 48/2023), che l'apposizione del termine rappresenta pur sempre «una ipotesi derogatoria» rispetto al regime ordinario dei rapporti di lavoro (Cass. 29 ottobre 2021, n. 30805; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Palermo 2 luglio 2020, n. 1883). Per questo motivo le causali di ricorso al contratto a tempo determinato «devono risultare specificate, a pena di inefficacia», cioè «al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel

corso del rapporto, le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze del datore di lavoro, nell'ambito di un determinato contesto aziendale, la prestazione a tempo determinato, si da rendere evidente la specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare, nonché l'utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata ed in stretto collegamento con la stessa» (Cass. 29 ottobre 2021, n. 30805; in termini conformi vedi: Cass. 15 gennaio 2019, n. 840). In questo senso si è del resto chiaramente pronunciata, in più occasioni, la Corte di Giustizia Europea in punto di misure di prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a termine (clausola 5 dell'accordo quadro europeo recepito dalla direttiva 1999/70/CE). Avendo cioè il legislatore italiano scelto di condizionare (art. 19, comma 1, che parla espressamente di «condizioni») la stipulazione dei contratti a termine di durata iniziale o prorogata o rinnovata superiore a un anno, allora, «come la Corte ha già avuto modo di rilevare, la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in questo peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenze Adeneler e a., cit., punti 69 e 70, e 13 settembre 2007, causa C-307/05, Del Cerro Alonso, Racc. p. I-7109, punto 53, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punti 88 e 89)» (così Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 2009, Kiriaki Angelidaki e a. contro Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis C-378/07, punto 96). Per contro, prosegue la Corte di Giustizia, «una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare» – e aggiungiamo noi anche contrattual-collettiva ai sensi del nuovo art. 19, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 81/2015 – «il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbe conforme a criteri come quelli precisati ai due punti precedenti (v. le precitate sentenze Adeneler e a., punto 71, e Del Cerro Alonso, punto 54, nonché l'ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 90). Invero, una siffatta disposizione, di natura meramente formale e che non giustifica in modo specifico l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l'esistenza di fattori oggettivi relativi alle peculiarità dell'attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro (sentenza Adeneler e a., cit., punto 72, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 91)» (Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 2009, Kiriaki Angelidaki e a. contro Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis C-378/07, punti 97-98). Per la giu-

risprudenza euro-unitaria, insomma, «il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori (v. sentenza Mangold, cit., punto 64), mentre, come risulta dal secondo comma del preambolo dell'accordo quadro e dal punto 8 delle sue considerazioni generali, i contratti di lavoro a tempo determinato sono idonei a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori soltanto in alcune circostanze (v. le precitate sentenze Adeneler e a., punto 62, e Impact, punto 87, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 83)» (Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 2009, Kiriaki Angelidaki e a. contro Organismos Nomarchiakis Autoiokisis Rethymnis C-378/07, punto 105).

Alla luce del formante giurisprudenziale è facile desumere che, anche a seguito della novella del 2023, la magistratura sarà ferma nel richiedere non solo la specificazione di dettaglio delle esigenze aziendali che legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, ma anche che si tratti di esigenze temporanee o, quantomeno, di esigenze non strutturali ovvero non ordinarie (v. Trib. Firenze, sentenza 26 settembre 2019, n. 794). Rispetto alla disciplina europea (che non pone vincoli sul primo contratto occupandosi degli abusi derivanti da una successione di contratti) un elemento rafforzativo, rispetto a questa opzione interpretativa, è indubbiamente offerto dalla lettera e dalla ratio del già richiamato articolo 1 del decreto legislativo n. 81/2015 che lascia presupporre, quantomeno per il nostro ordinamento, un rapporto tra regola e deroga tra contratti a tempo indeterminato e contratti a termine (ex multis v. Cass. 7 aprile 2022, n. 11366; Cass. 12 aprile 2021, n. 9564; Cass. 21 aprile 2021, nn. 10567 e 10568; Cass. 18 ottobre 2021, n. 28625; Cass. 3 ottobre 2019, n. 24764; Cass. 15 gennaio 2019, n. 840).

Giunti a conclusione di questo ragionamento si possono pertanto prendere a prestito, ancora una volta, le parole di Riccardo (Del Punta 2002, qui 547), per affermare che non si vede quale ragione possa immaginarsi a giustificazione del ricorso ad un contratto a termine, invece di un contratto a tempo indeterminato, «se non una causale che sia, per l'appunto, relativa ad un'esigenza aziendale temporanea». Se mai, per proiettare il nostro dialogo ancora più in avanti rispetto alla futura evoluzione dell'istituto, resterebbe a questo punto da chiedersi cosa direbbe oggi Riccardo rispetto alle dinamiche della contrattazione collettiva in materia di lavoro temporaneo e al ruolo delle parti sociali. Parti sociali che – per restare dentro quel programma di modernizzazione del nostro diritto del lavoro che era diventato il manifesto culturale della rivista *Diritto delle Relazioni Industriali* (Biagi 2002c) e dove sono raccolte le riflessioni di Riccardo sulla «sfuggente temporaneità» da cui hanno preso spunto le nostre considerazioni – non sembrano arrivare all'appuntamento offerto dalla novella del 2023 adeguatamente attrezzate (v. l'analisi empirica condotta da Alifano, Di Gioia, Impellizzeri, Tiraboschi 2023) per assumere da protagonisti quella centralità regolatoria che il legislatore pure riconosce loro sulla carta in una prospettiva, appunto, di diritto che nasce dai sistemi di relazioni industriali e nella sempre più necessaria ricerca di un nuovo ordine giuridico per il lavoro che cambia (Tiraboschi 2020).

Riferimenti bibliografici

- Alifano, F., Di Gioia, F., Impellizzieri, G., Tiraboschi, M. 2023. “Riforma del lavoro a termine: una simulazione su 55 contratti collettivi di categoria (art. 24, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023).” In *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. «decreto lavoro», convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, a cura di E. Dagnino, C. Garofalo, G. Picco, P. Rausei, 28 sgg. ADAPT University Press.
- Biagi, M. (a cura di). 2002a. *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*. Milano: Giuffrè.
- Biagi, M. 2002b. “La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano.” In *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, a cura di M. Biagi, 3 sgg. Milano: Giuffrè.
- Biagi, M. 2002c. “Una rivista che si rinnova.” *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3 sgg.
- Del Punta, R. 2002. “La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale.” *Diritto delle Relazioni Industriali*, 542 sgg.
- Garofalo, D., Tiraboschi, M. 2023. “Disciplina del contratto di lavoro a termine e della somministrazione di lavoro (art. 24, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023).” In *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. «decreto lavoro», convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, a cura di E. Dagnino, C. Garofalo, G. Picco, P. Rausei, 2 sgg. ADAPT University Press.
- Giugni, G. 1979. “Intervento.” In *Il lavoro a termine. Atti delle giornate di studio AIDLASS di Sorrento del 14-15 aprile 1978*, a cura di R. De Luca Tamajo, G. Giugni, L. Montuschi, G. Pera, G.C. Perone, et alii, 126 sgg. Milano: Giuffrè.
- Montuschi, L. 1997. “La riforma del contratto a termine (un caso di bricolage normativo).” *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 45 sgg.
- Montuschi, L. 2002. “L’evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all’alternativa: un modello per il lavoro.” *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 9 sgg.
- Passalacqua, P. 2018. “Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità.” *WPC.S.D.L.E. «Massimo D’Antona»*.IT 380.
- Pera, G. 2001. “La strana storia dell’attuazione della direttiva CE sui contratti a termine.” *Il lavoro nella giurisprudenza*, 305 sgg.
- Tiraboschi, M. 1999. “Glancing at the Past: An Agreement for the Markets of XXIst Century.” *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 15, 2: 105 sgg.
- Tiraboschi, M. 2002. “Apposizione del termine.” In *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, a cura di M. Biagi, 87 sgg. Milano: Giuffrè.
- Tiraboschi, M. 2020. “Alla ricerca di un nuovo ordine giuridico per il lavoro che cambia. Bilancio non convenzionale dei trent’anni di Diritto delle Relazioni Industriali.” *Diritto delle Relazioni Industriali*, 906 sgg.

Il diritto di *whistleblowing* come leva di *capability*

Paolo Tomassetti

1. Premessa

Questo articolo è dedicato alla memoria di Riccardo Del Punta. È un omaggio al contributo inestimabile del suo pensiero allo sviluppo del diritto del lavoro in Italia e non solo. Nella consapevolezza della complessità del tema scelto e senza alcuna pretesa di esaustività, la prima parte dell'articolo offrirà una chiave di lettura sull'apporto dottrinale di Del Punta alla razionalizzazione del *capability approach* (d'ora in avanti, CA) nel diritto del lavoro. Una chiave di lettura che, come si dirà tra breve, si propone di valorizzare i profili di complementarità e di continuità tra i presupposti egualitari del diritto del lavoro classico e la centralità del valore della libertà propria del CA. Sulla scorta di questa prospettiva analitica, i successivi paragrafi saranno dedicati alla elaborazione di una proposta interpretativa del diritto di whistleblowing in ottica di capability, ovvero come diritto capacitante del senso civico della persona, della sua capacità trasformativa del mercato e dell'ambiente sociale in cui vive, attraverso l'esercizio critico della libertà di espressione, sancita dall'art. 10 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 21 della Costituzione italiana. Le conclusioni dell'articolo sono seguite da una postilla, che riporta un ricordo personale del Professor Del Punta, condiviso dall'autore in occasione del convegno "Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Convegno in ricordo di Riccardo Del Punta".

Paolo Tomassetti, University of Milan, Italy, paolo.tomassetti@unimi.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Paolo Tomassetti, *Il diritto di whistleblowing come leva di capability*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.68, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1093-1114, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

2. Il contributo di Del Punta alla razionalizzazione del capability approach nel diritto del lavoro

Come per ogni spinta progressista che ambisca ad imprimere una svolta sostanziale rispetto ad una tradizione, la declinazione del CA nel discorso giuslavoristico pone questioni non poco divisive quando il tipo di rinnovamento prospettato, nel tentativo di promuovere una concezione del lavoro che ponga al centro la libertà della persona di compiere scelte significative nella sfera del mercato e della vita, investe i presupposti fondativi del diritto del lavoro e la sua stessa ragione d'essere sul piano epistemologico. Tra tutte, il profondo ripensamento delle premesse assiologiche e degli obiettivi selettivi del diritto del lavoro, tra i quali risaltano la tutela del lavoratore subordinato in quanto contraente debole e la funzione redistributiva di potere e risorse tra impresa e lavoro.

Si tratta di questioni che diventano tanto più divisive nel momento in cui il discorso di più immediato interesse teorico si traduce in scelte di politica del diritto e opzioni interpretative destinate ad incidere sulla realtà effettuale dei rapporti di produzione e lavoro. Con la conseguenza che le divergenti posizioni dottrinali finiscono per riprodurre la contrapposizione tra riformismo e conservatorismo (Del Punta 2013, 200 e 212), polarizzandosi secondo criteri ideologici che rendono più difficile il confronto sul senso che il CA può assumere nell'ambito di un più generale percorso di riallineamento della nostra materia ai mutamenti del sostrato economico e sociale che ne giustifica l'esistenza nella storia: senza giri di parole, il capitalismo e la divisione capitalistica del lavoro.

Tanto nel confronto internazionale quanto in quello interno, la posizione che Del Punta ha assunto nel merito di questo dibattito è molto più mite e problematizzante di quanto potrebbe apparire ad un primo confronto con i suoi scritti. Nonostante il chiaro *endorsement* verso il potenziale di rinnovamento che il CA può offrire al diritto del lavoro, le conclusioni di Del Punta non si pongono mai nel segno della rottura. E ciò, innanzitutto, in ragione del dialogo sempre vivo che Del Punta non ha mai smesso di intrattenere con chi si è mostrato più reticente nei confronti del CA¹, ovvero che alle istanze di cambiamento che questo approccio intende veicolare si è accostato con spirito critico e scetticismo², in maniera manifestamente avversativa³, fino al punto da considerarle del tutto inutili o finanche regressive⁴.

Il contributo di Del Punta alla razionalizzazione del CA nel diritto del lavoro non ha mai alimentato la polarizzazione di questo dibattito. Anzi, ha concorso a ridimensionarla, pur nel fermo convincimento che la teoria della giustizia tradizionale

¹ Davidov 2016, 65-67. Criticismo costruttivo, anche in dialogo con lo stesso Del Punta, affiora in Davidov 2019, 57-59.

² Collins 2019, con cui Del Punta entra in dialogo nel contributo comparso sullo stesso volume. Sulla scorta di Collins, cfr. Giubboni 2023.

³ Emblematico è il confronto tra Del Punta, Caruso (2016) e Mariucci (2016), in occasione del trentennale di *Lavoro e diritto*.

⁴ Vallebona 2011, a cui Del Punta dedica una breve ma durissima nota critica (Del Punta 2013, 198).

si mostrasse oramai inadatta a fornire un solido fondamento alla materia (Del Punta 2016, 387). La centralità che la libertà viene ad assumere nel palcoscenico dei valori del diritto del lavoro, in Del Punta, non va riconosciuta e legittimata a detrimento dell'uguaglianza, che deve rimanere un principio fondamentale della materia (Del Punta 2016, 404). La capacità trasformativa del CA sta, semmai, nella possibilità di portare a sintesi e chiudere il cerchio tra le premesse normative del pensiero liberale e le istanze egualitarie proprie della socialdemocrazia⁵, con l'ambizione ultima di dare risposta alla crisi di effettività del diritto del lavoro che, lontana dall'essere la conseguenza di una semplice disputa intellettuale, per una fascia sempre più ampia di lavoratori e lavoratrici assume, oggi, i tratti di una moderna questione sociale⁶.

Nella dottrina di Del Punta, la decostruzione dell'alternativa tra il pensiero liberale e l'idea socialdemocratica di giustizia si sviluppa su due piani: quello della *complementarietà* e quello della *continuità* tra i presupposti normativi del diritto del lavoro tradizionale, da un lato, e l'apertura cognitiva offerta dal CA, dall'altro.

Sul piano della *complementarietà*, Del Punta afferma che adottare il CA come fondamento normativo del discorso giuslavoristico «non significa che il diritto del lavoro debba cessare di contrastare la mercificazione del lavoro, di ricercare un equilibrio nel potere contrattuale del datore di lavoro e del lavoratore, e ancora di svolgere una funzione redistributiva in favore dei lavoratori. Questi dovrebbero rimanere obiettivi complementari, posto che il valore principale da perseguire [...] dovrebbe essere la massima valorizzazione delle capabilities dei lavoratori» (Del Punta 2016, 388), da intendersi secondo la concezione filosofica elaborata da Amartya Sen, ovvero come capacità di compiere scelte libere e significative, secondo la propria volontà di essere e di fare (Sen 2010, 241). L'incontro del diritto del lavoro con il CA e con il valore della libertà, scrive Del Punta, potrà essere fruttuoso nella misura in cui consentirà alla nostra materia di riconciliarsi con l'orientamento sociale del pensiero liberale, che rappresenta il «migliore candidato ad ereditare l'ideale socialdemocratico, senza abbandonare in nessun modo il valore della responsabilità sociale e, in particolare, la tradizione egualitaria che ha rappresentato per lungo tempo l'habitat naturale della disciplina [...]» (Del Punta 2016, 405).

Nel pensiero di Del Punta, il CA è funzionale a questo progetto scientifico e culturale. Quello di Sen, infatti, si presenta in Del Punta come il tentativo «più accreditato di rivisitare e riqualificare [...] l'idea di eguaglianza, rendendola compatibile con la nuova centralità del valore della libertà» (Del Punta 2013,

⁵ La stessa concezione seniana di capability «si può considerare, con qualche licenza, il frutto della sintesi tra gli storici concetti [...] di libertà e di eguaglianza» (Del Punta 2013, 206), cui *adde* Del Punta 2019, 99-100 e Del Punta 2020, 36. Di particolare interesse, in questa prospettiva, è la concezione della libertà individuale come impegno sociale (Sen 2007, *passim* e Sen 2014, 6, 282, 284 e *passim*), su cui Perulli 2020, *passim*. *Contra*, Giubboni 2023, che segnala l'assenza nel modello originario del CA della «dimensione assiologico-sostanziale, attenta ai valori sociali e solidaristici di cui è intessuto il diritto del lavoro».

⁶ In questi termini, Routh 2019, 104. Lo stesso Routh aveva già avuto modo di evidenziare come il CA e, più in generale, l'idea di giustizia di Sen non siano affatto in contrasto con il principio di eguaglianza, che anzi ne rappresenta il presupposto (2014, 157-158).

201). Sicché la prospettiva delle *capabilities* e il rilievo che il valore della libertà assume sul piano normativo devono considerarsi integrativi rispetto alle acquisizioni classiche del diritto del lavoro, nella direzione di razionalizzare la complessità e la pluralità del lavoro nel XXI secolo che le chiavi interpretative proprie della dottrina giuslavoristica ortodossa faticano a decifrare.

Il discorso sulla *continuità* appare invece più complesso. Sia per la non pacifica traduzione di un passaggio chiave che Del Punta dedica a questo aspetto nel saggio del 2016, sia perché lo sviluppo dello stesso è rimandato ad ulteriori sforzi di ricerca. Del Punta è tuttavia esplicito nel sostenere che «adottare l'approccio delle *capability* non è soltanto una questione di rimpiazzare i tradizionali presupposti normativi con una nuova e possibilmente più seducente alternativa, posto che tanto le premesse assiologiche quanto le metodologie di analisi e misurazione proprie di questo approccio potrebbero essere intimamente correlate. La elaborazione (chiaramente problematica) di questo aspetto richiederebbe un ulteriore sforzo di ricerca, che presuppone la esistenza di alcune premesse normative condivise» (Del Punta 2016, 384). Questa precisazione può essere intesa, ancora, nel senso della complementarità. Ma può intendersi altresì nel senso che gli stessi presupposti normativi del diritto del lavoro classico possano essere riletti in chiave di *capability*, nella misura in cui concorrano a promuovere la libertà di scelta e l'emancipazione della persona al lavoro. Del resto, osserva Del Punta, laddove le capacità o libertà sostanziali siano limitate da ostacoli economico-sociali, che possono essere rappresentati anche dall'esistenza di relazioni di potere, esse implicano l'esigenza che, parafrasando il secondo comma dell'art. 3 della Cost. italiana, «tali ostacoli siano rimossi tramite un'appropriate azione pubblica» (Del Punta 2013, 208).

Utile al riguardo appare un passaggio di *Lo sviluppo è libertà* in cui Sen spiega che, rispetto all'obiettivo di rendere libera la persona, il mercato non è una istituzione criticabile in sé: lo diventa nel momento in cui consente il «ricorso (non soggetto a vincoli) ad attività che permettono ai più forti di capitalizzare il proprio vantaggio asimmetrico». Questo problema, conclude Sen, non si affronta «sopprimendo i mercati, ma mettendoli in condizione di funzionare meglio, con più equità e in presenza di integrazioni adeguate» (Sen 2014, 146). Del Punta ha contribuito a sistematizzare le implicazioni giuslavoristiche di questa acquisizione non solo sul piano più confortevole del diritto del mercato del lavoro, ma su quello decisamente più inclinato del contratto e del rapporto di lavoro, rispetto al quale si registrano le maggiori resistenti dottrinali verso ogni tentativo di revisione epistemologica che ponga al centro il valore della libertà. Da qui l'opportunità di integrare il CA con la teoria sulla libertà come non-dominio propria del neo-repubblicanesimo⁷, che Del Punta coltiverà ampiamente negli scritti più recenti, nei quali non mancherà di sottolineare come

⁷ Pettit 1997 e Lovet 2010. Sulla teoria della libertà come non-dominio nell'ambito del diritto del lavoro, oltre agli scritti di Del Punta già citati, cfr. Perulli 2020, nonché Cabrelli, Zahn 2017 e i contributi comparsi sul medesimo fascicolo.

quella stessa teoria avesse già ricevuto la benedizione di Sen, riconoscendola in sostanziale armonia con la propria idea di giustizia (Del Punta 2016, 394-395; Del Punta 2019, 93; in questo senso, anche Perulli 2020, 779). In questa prospettiva, le norme che vietano le varie forme di abuso di potere da parte del datore di lavoro, che continuano a rappresentare il nucleo centrale del diritto del lavoro, «possono essere funzionali a *salvaguardare le capabilities dei lavoratori*, le quali si espandono in proporzione alla retrocessione (seppur parziale) di quei poteri» (Del Punta 2019, 94).

3. La funzione capacitante del diritto di *whistleblowing*

All'analisi del problema della complementarità e della continuità tra il CA e i fondamenti normativi del diritto del lavoro classico si presta, con particolare forza esemplificativa, la disciplina euro-unitaria del diritto di *whistleblowing*, per come recepita nel d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24 (d'ora in avanti, d.lgs. n. 24/2023)⁸. Del Punta annovera espressamente il diritto di *voice* nella tassonomia di sua elaborazione sui diritti funzionali a promuovere le *capabilities* dei lavoratori e delle lavoratrici (Del Punta 2016, 392). Tale diritto viene tuttavia declinato nella sua dimensione collettiva, quale equivalente funzionale della libertà sindacale, consistente nella possibilità del lavoratore di aderire (o non aderire) ad un sindacato e partecipare (o non partecipare) all'azione collettiva in difesa dei propri interessi. Ma in realtà anche l'esercizio individuale dei diritti di *voice* può essere interpretato in chiave di *capability* e, in questa prospettiva, il diritto di *whistleblowing* presenta profili di notevole interesse⁹.

Sen richiama a più riprese la centralità dell'etica e della libertà di espressione nella lotta alla corruzione (Sen 2014, 274-278 e *passim*), mettendo in evidenza l'importanza di istituzioni «che aiutino gli individui ad essere cittadini partecipi», in modo da promuovere una idea «dell'opinione pubblica come forza attiva di cambiamento, anziché oggetto passivo e docile di istruzioni, o di un'assistenza elargita dall'alto» (Sen 2014, 281). In uno scritto comparso sull'*International Labor Review*, lo stesso Sen ci ricorda che le vite dei lavoratori sono «condizionate dalle regole e dagli accordi che ne governano l'impiego e il lavoro, ma sono anche influenzate, in ultima istanza, dalle libertà che essi esprimono in quanto cittadini dotati di una *voice* che gli consenta di incidere sulle decisioni politiche e persino sulle scelte istituzionali» (Sen 2000, 125). In questa chiave, il diritto di *whistleblowing* può essere concettualizzato come architrave di un modello

⁸ Per un primo commento sul d.lgs. n. 24/2023, si vedano Allamprese, Tonelli 2023. Commenti sulla Direttiva sono presenti già nelle monografie di Pizzuti 2019, 69-83 e Corso 2020, 323-350, nonché in Vitaletti 2020 e Boscati 2020, 1064-1079. Per un primo tentativo di concettualizzazione del diritto di *whistleblowing* nell'ordinamento italiano, basato sui principi deducibili dalla Costituzione, dal Codice civile, dal diritto antidiscriminatorio e dalla legislazione giuslavoristica, cfr. Carinci 2014.

⁹ Una interpretazione del diritto di *whistleblowing* in chiave di *voice* è offerta da Papa 2022, 181-183.

di «solidarietà cooperativa», funzionale all'emancipazione etica delle persone e alla loro partecipazione democratica alla vita pubblica¹⁰. Non desta stupore che, mentre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto al diritto di whistleblowing una posizione centrale nello sviluppo delle società democratiche¹¹, in dottrina sia stata data una lettura di questo diritto esattamente in questi termini: in termini, cioè, di valorizzazione del principio di solidarietà sociale (Pizzuti 2019, 202-209), ovvero come forma di collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende (art. 46, Cost.) e all'obiettivo che l'attività produttiva non si svolga in contrasto con l'utilità sociale (art. 41, c. 2, Cost.), nella direzione di promuovere la elevazione del lavoro in armonia con le esigenze della produzione (Corso 2020, 85-87).

Questa lettura trova riscontro nella Direttiva (UE) 2019/1937 che ha impresso all'istituto una impronta finalistica a vocazione pubblicistica e universale, sensibilmente innovativa rispetto alla previgente disciplina interna. Ai sensi della Direttiva, il diritto di whistleblowing si sostanzia nella segnalazione di una violazione del diritto dell'Unione europea¹², che si sia verificata o che potrebbe verificarsi nell'ambito del contesto lavorativo. La portata universalistica di questo diritto si evince, innanzitutto, sotto il profilo dell'ambito di applicazione soggettivo. Si tratta di un campo di applicazione dalla portata vastissima, che eccede di gran lunga sia l'area della subordinazione, su cui insiste il diritto del lavoro classico, sia l'area del lavoro autonomo¹³ che, in ragione della presunta uguaglianza di potere contrattuale tra committente e prestatore d'opera, è rimasta tradizionalmente esclusa dall'applicazione delle tutele giuslavoristiche¹⁴. La titolarità del diritto di segnalare illeciti senza subire ritorsioni è riconosciuta in capo alla persona, prima che al lavoratore. Ciò che conta non è la qualificazione contrattuale del rapporto di lavoro, ma il «contatto» (Vitaletti 2020, *passim*) ovvero il «collegamento» (Boscati 2020, 1067) della persona con l'organizzazione in cui si è verificata la violazione.

Il carattere personalistico del diritto di whistleblowing si pone in linea di continuità con la nozione di *lavoro personale* abbracciata dall'Unione europea in alcuni ambiti normativi (Perulli 2023), nonché in sostanziale sintonia con la dottrina che ha utilizzato il CA per giustificare letture estensive del campo di

¹⁰ Parafrasando Perulli 2020, 779 e 795.

¹¹ Da ultimo, Sentenza della Grande camera, Halet vs Lussemburgo, ricorso n. 21884/18, 14 febbraio 2023. Ma vedi già Sentenza Guja vs Moldavia, ricorso n. 14277/04, 4, 12 febbraio 2008.

¹² La normativa italiana di recepimento, ovviamente, menziona anche il diritto nazionale. Sul campo di applicazione oggettivo della Direttiva, nonché sulla interpretazione della nozione di «violazione», cfr. Vitaletti 2020, 453-454.

¹³ In favore del whistleblower lavoratore autonomo, la dottrina italiana aveva già dedotto un sistema di tutele contro le ritorsioni dalla normativa antidiscriminatoria (Carinci 2014, 23-25).

¹⁴ Ma si veda la «nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro» segnalata, tra gli altri, da Perulli 2021 e Perulli, Treu 2022.

applicazione del diritto del lavoro¹⁵. I soggetti legittimati all'esercizio del diritto di whistleblowing, difatti, non necessariamente operano sul mercato in una condizione strutturale di squilibrio contrattuale nei confronti della controparte. Neppure reclamano, in linea di massima, misure protettive e redistributive del tipo di quelle previste per il lavoro subordinato. L'estensione del campo di applicazione del diritto di whistleblowing, ben al di là dell'ambito soggettivo già individuato dalla previgente normativa interna¹⁶, sembra piuttosto collegarsi all'obiettivo di promuovere una concezione della libertà di espressione come manifestazione del dovere di solidarietà sociale (Pizzuti 2019, 202-209), rispetto alla quale la posizione professionale del soggetto segnalante si pone in termini strumentali e non costitutivi del diritto (Vitaletti 2020, 449 e 455).

La tutela della libertà di espressione attraverso il diritto di whistleblowing è, a sua volta, strumentale alla tutela di un interesse di natura superindividuale¹⁷. Trattasi di un diritto ascrivibile alle fattispecie normative caratterizzate da un «rapporto di *strumentalità mediata* tra la realizzazione dell'interesse individuale e la soddisfazione dell'interesse generale» (De Luca Tamajo 1976, 27). Il legislatore europeo è invero esplicito nel collegare l'esercizio del diritto di whistleblowing non già alla tutela di un interesse individuale del prestatore di lavoro, bensì alla tutela di un interesse generale e alla conseguente salvaguardia di quello che la Direttiva qualifica come «benessere della società»¹⁸. Sebbene il rapporto tra interesse individuale e interesse generale resti controverso, in ragione della inevitabile porosità tra le due dimensioni (Carinci 2014, 12; Papa 2022, 184), tanto la Direttiva quanto il d.lgs. n. 24/2023 contribuiscono a rendere maggiormente nitido il rilievo pubblicistico del diritto e, di riflesso, il suo profilo funzionale. Oltre all'elenco dettagliato dei comportamenti, degli atti o delle omissioni che devono considerarsi lesivi dell'interesse pubblico¹⁹, indicativo in tal senso è l'art. 1, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 24/2023, in forza del quale il diritto di whistleblowing non si applica alle contestazioni, rivendicazioni o richieste legate ad un interesse di carattere personale della persona segnalante che attengano esclusivamente al proprio rapporto di lavoro.

Sia la copertura del campo di applicazione che la finalizzazione ultima della tutela ci portano ad inquadrare il diritto di whistleblowing nel quadro dei diritti funzionali a promuovere le *capabilities* della persona nel contesto lavorativo. La persona del lavoratore in quanto cittadino è sollecitata a svolgere una funzione di presidio di un interesse pubblico che, in ossequio al principio di legalità, vie-

¹⁵ Il riferimento è a Freedland, Kountouris 2011, 29-36 e *passim*. Ma si vedano anche Langille 2019, 129 e Routh 2019, 114-115, il quale tuttavia rimprovera a Freedland e Kountouris di avere escluso l'area del lavoro riproduttivo dalla loro ridefinizione dell'ambito di applicazione del diritto del lavoro, il che appare paradossale nella prospettiva del CA.

¹⁶ In argomento, cfr. Pizzuti 2019, spec. 141-147 e Vitaletti 2019, 497-499.

¹⁷ Per una tassonomia delle relazioni tra interesse generale e interesse dei soggetti cui le norme giuslavoristiche si rivolgono, d'obbligo il rinvio a De Luca Tamajo 1976, 24-39.

¹⁸ Considerando 1, Direttiva.

¹⁹ Art. 2 e allegato al d.lgs. n. 24/2023.

ne a coincidere con la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea e del diritto interno. Per contro, il tipo di diritto in questione appare, sotto il profilo teleologico, difficilmente riconducibile ai fondamenti normativi del diritto del lavoro classico. Il riconoscimento del diritto di whistleblowing si giustifica, invece, in relazione alla opportunità che, attraverso l'esercizio della libertà di espressione, la persona possa concorrere liberamente alla promozione di un interesse generale senza che questo comporti una lesione dei propri interessi professionali. Il diritto di whistleblowing è pensato per agire, dunque, in chiave capacitante della libertà di espressione della persona nel contesto lavorativo.

Interpretato in questo modo, il diritto di whistleblowing svolge anche una funzione di tutela della concorrenza, sul presupposto che tanto la violazione del diritto dell'Unione europea quanto la violazione di disposizioni nazionali possano comportare distorsioni della stessa. Non solo. L'esercizio del diritto di whistleblowing può essere funzionale alla promozione finanche di un interesse aziendale o dell'amministrazione²⁰ quando, non di rado²¹, la segnalazione riguarda ipotesi di illeciti compiuti da altri lavoratori (Pizzuti 2019, 250-253). Secondo uno studio che la Commissione europea ha affidato al centro di ricerca Inner City Fund (ICF), in preparazione della proposta di Direttiva, il diritto di whistleblowing può generare vantaggi competitivi per i datori di lavoro e può avere effetti positivi sulla libertà d'impresa, nella misura in cui consenta di individuare tempestivamente irregolarità e pratiche fraudolente, così da attuare i rimedi necessari ad evitare danni reputazionali e/o finanziari (Inner City Fund 2017, 138). In questo senso, oltre a decostruire le categorie oppostive capitale-lavoro, mettendo in discussione il retroterra conflittuale proprio del diritto del lavoro classico, il diritto di whistleblowing e il relativo statuto protettivo sono esemplificativi di come il riconoscimento di tutele in capo alla persona possa «considerarsi, perlomeno a certe condizioni, come *market friendly*, ovvero come un fattore abilitante del mercato e non come una fuga dallo stesso» (Del Punta 2016, qui 397; Del Punta 2019, 101).

4. Dall'universale al selettivo, e ritorno: i profili sostanziali della tutela del whistleblower

Se è vero che dal punto di vista teleologico il diritto di whistleblowing è strumentale al raggiungimento di obiettivi non immediatamente riconducibili ai tradizionali fondamenti normativi del diritto del lavoro, lo stesso non può certo dirsi per il fascio di diritti (e obblighi) coesenziali all'effettivo esercizio del diritto di segnalazione. Senza addentrarsi nell'analisi sistematica degli stessi,

²⁰ Il combinato disposto tra l'art. 1, c. 1, e l'art. 2, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 24/2023, è chiaro al riguardo: la protezione del whistleblower è riconosciuta anche alle persone che segnalino comportamenti, atti od omissioni che ledano «l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato».

²¹ Si vedano, ad esempio, Tribunale di Milano, Sentenza del 3 febbraio 2022 e Tribunale di Milano, Sentenza del 20 agosto 2023.

particolare rilevanza assume il divieto di qualsiasi forma di ritorsione nei confronti della persona segnalante, in assenza del quale la libertà e la dignità del lavoratore sarebbero esposte ad un serio pregiudizio, posto che «i potenziali informatori sono spesso poco inclini a segnalare inquietudini e sospetti nel timore di ritorsioni»²².

L'art. 19 della Direttiva e l'art. 17, c. 4, d.lgs. n. 24/2023 esemplificano le fattispecie ritorsive censurate, alcune delle quali riguardano la posizione professionale dei lavoratori subordinati (licenziamento, sanzioni disciplinari conservative, mutamento di mansioni, mancato rinnovo del contratto ecc.), altre sono riferibili a categorie di soggetti esclusi dalla tutela giuslavoristica, i quali, insieme ai primi, versano in una comune condizione di vulnerabilità nei confronti del soggetto denunciato (danni reputazionali, inserimento nelle black list, annullamento di una licenza ecc.). Per quanto riguarda i lavoratori subordinati, residuano pochi dubbi che la disciplina del divieto di ritorsione concorra al perseguimento di obiettivi di tipo selettivo, rivolti alla tutela contrattuale degli interessi professionali del soggetto segnalante. Ma lo stesso divieto opera al contempo alla stregua di un fattore abilitante le *capabilities* del lavoratore in quanto persona che, in assenza di quella tutela, non sarebbe libera di esprimere appieno la propria soggettività, di cui l'esercizio della libertà di espressione rappresenta un elemento costitutivo. Sebbene la tutela selettiva riconosciuta ai soggetti segnalanti incida sulla loro posizione contrattuale, dunque, essa non è finalizzata alla promozione di un astratto e generico principio ugualitario: è finalizzata alla concreta tutela di quel principio in funzione di garantire la libertà sostanziale della persona coinvolta nel contesto lavorativo. Da qui l'estensione della tutela anti-ritorsiva anche in favore di soggetti che non lavorano in regime di subordinazione.

Ad analoghe conclusioni si giunge se si considerano le previsioni riguardanti il diritto di riservatezza del soggetto segnalante, nonché le disposizioni in materia di trattamento dei dati personali, la cui disamica sistematica, tuttavia, poco aggiungerebbe al nostro discorso²³. Merita piuttosto sottolineare come il passaggio dal formale riconoscimento del diritto di whistleblowing alla previsione di forme di tutela sostanziali apra il problema cruciale del rapporto tra libertà e uguaglianza, rispetto al quale si legittima (o, per taluni, si delegittima)²⁴ la capacità persuasiva del CA nei riguardi delle giustificazioni classiche del diritto del lavoro. Nel merito, Del Punta osserva che, tradizionalmente, l'obiettivo di compensare lo squilibrio di potere contrattuale attraverso interventi protettivi da parte della legge e della contrattazione collettiva, è stato giustificato attraverso una valutazione empirica che, a ben guardare, è foriera di contraddizioni.

²² Considerando 1, Direttiva.

²³ In argomento, si rimanda a Corso 2020, 277-301, Pizzuti 2019, 157-159, Boscatti 2020, 1075-1076 e Papa 2020, 175-177.

²⁴ Cfr. Mariucci, per il quale il CA si presenta come un «tentativo improbabile di ricercare ennesime vie semplici della difficile coniugazione tra libertà e uguaglianza [...]» (2016, 595).

Sebbene il fondamento empirico di questa convinzione rifletta in larga parte la realtà del lavoro in numerosi contesti, ogni valutazione di segno opposto tende ad essere stigmatizzata, con la conseguenza che la debolezza contrattuale del prestatore di lavoro non solo viene ad essere presupposta sempre e comunque, quale attributo strutturale del mercato e del rapporto di lavoro, ma assurge a principio normativo non falsificabile. Ne deriva, conclude Del Punta, che ogni proposito di riallineare il dato empirico della realtà effettuale del lavoro con il dato normativo tende ad essere considerato come manipolativo, ovvero come tentativo di screditare l'identità e le ragioni fondative della materia (Del Punta 2016, 386; Del Punta 2019, 99).

Il processo di razionalizzazione del diritto di whistleblowing nel quadro dell'*acquis* euro-unitario si presta ad una valutazione di segno al meno in parte diverso, tanto sul piano del metodo che del merito. L'iniziativa legislativa della Commissione, infatti, è stata ampiamente informata da ricerche empiriche di taglio sociologico-giuridico che hanno tentato di mettere in luce le cause della reticenza delle persone a segnalare illeciti nel contesto lavorativo. I risultati di queste ricerche indicano che, a prescindere dalla qualificazione contrattuale del lavoratore, la carenza di segnalazioni sembra essere determinata da un insieme di fattori socioculturali, in particolare da percezioni profondamente radicate nei potenziali informatori che producono effetti dissuasivi. Nella consultazione condotta dalla Commissione nel 2017, ad esempio, il timore di conseguenze legali e finanziarie è stata la ragione più frequentemente addotta per la mancata segnalazione di illeciti da parte dei lavoratori, insieme al timore di una cattiva reputazione. Secondo il già richiamato studio che la Commissione europea ha affidato al centro di ricerca ICF, la minore propensione alla segnalazione sarebbe in molti casi condizionata dallo scetticismo circa la utilità della denuncia, nonché da una cultura di lealtà nei confronti del proprio datore di lavoro che limita l'esercizio dei diritti di *voice* (Inner City Fund 2017, 28).

Purtuttavia, il medesimo studio non manca di rilevare come, guardando alle cause profonde del problema, la maggior parte delle motivazioni addotte dai soggetti intervistati possano ascriversi ad un generale timore di ritorsione della persona segnalante. La reticenza nei confronti della denuncia, in altre parole, è sempre (più o meno) direttamente riconducibile allo squilibrio di potere tra segnalante e segnalato, su cui incide in maniera significativa la condizione di vulnerabilità e/o dipendenza economica del primo rispetto al secondo. Si tratta di una acquisizione fatta propria dall'*impact assesment* che ha accompagnato la presentazione della proposta di Direttiva. Richiamando la Raccomandazione del Consiglio Europeo in materia, nella quale la condizione di vulnerabilità economica del soggetto segnalante assurgeva a motivo giustificativo di un intervento pubblicistico di tutela²⁵, la Commissione svela, con un ragionamento controfattuale, la *ratio legis* della Direttiva per quanto concerne il divieto di ri-

²⁵ Council of Europe, *Protection of whistleblowers. Recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum*, Recommendation CM/Rec(2014)7, 25.

torsione e il relativo statuto protettivo: «quando non c'è uno squilibrio di potere tra il soggetto segnalante e il soggetto segnalato, non c'è bisogno di protezione contro la ritorsione»²⁶.

5. Ulteriori forme di tutela in favore dei soggetti segnalanti

Ciò vale, in modo particolare, con riferimento al rapporto di lavoro subordinato, rispetto al quale la continuità tra tutele selettive e promozione delle *capabilities* del lavoratore affiora con tutta evidenza. Più una persona si confronta con un deficit di potere in una relazione strutturata e gerarchica quale è il rapporto di lavoro subordinato, osserva Del Punta, «minori saranno le capabilities che quella persona possiederà in quel contesto. Ne consegue che proteggere e promuovere le capabilities del lavoratore implica necessariamente proibire tutte le forme di abuso da parte del datore di lavoro [...]. Le capabilities che ne derivano saranno direttamente proporzionate a quella (parziale) limitazione di potere» (Del Punta 2016, qui 395; Del Punta 2019, 90-94; Del Punta 2013, 214). Ma nel momento in cui «la soggezione a un potere sia una condizione incapacitante» (Del Punta 2013, 214), il CA suggerisce di giustificare forme di tutela sostanziali e procedurali anche in favore di soggetti che, pur non operando nella condizione di squilibrio contrattuale tipica del lavoro subordinato, sono comunque esposti a determinate condizioni di vulnerabilità potenzialmente limitative della loro libertà. Una volta abbracciato l'obiettivo di concorrere allo sviluppo delle *capabilities* della persona, in effetti, per la razionalità giuslavoristica non appare più giustificabile «non occuparsi della tutela di tutte le forme di lavoro, che siano subordinate o autonome, formali o informali» (Del Punta 2016, 400).

Di fianco al generale divieto di ritorsione, in questa prospettiva deve essere inquadrata la disposizione del d.lgs. n. 24/2023, in forza della quale le rinunce e le transazioni, integrali o parziali, che abbiano per oggetto i diritti e le tutele previsti per il soggetto segnalante non sono valide, salvo che siano effettuate nelle sedi protette di cui all'art. 2113, c. 4, Codice civile. Come precisato dalle linee guida dell'ANAC, la *ratio* sottesa a questa disposizione è «evitare che il segnalante e gli altri soggetti considerati dalla disciplina possano essere esposti al rischio di dismettere alcuni diritti [...] con il solo scopo di salvaguardare o ottenere l'occupazione, in assenza di una piena consapevolezza circa le norme di legge e i propri diritti o per via di una situazione di squilibrio o «timore», anche sotto il profilo di eventuali ritorsioni»²⁷. Posto che questo rischio non attiene esclusivamente alla posizione del lavoratore subordinato è ragionevole riconoscere la tutela anche in favore di altre categorie di lavoratori.

²⁶ European Commission, *Impact assessment accompanying the document «Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law»*, SWD(2018) 116 final, 8.

²⁷ ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali*, Delibera n°311 del 12 luglio 2023, 48-49.

Se questa previsione si pone in un rapporto di specialità e integrazione rispetto alla norma generale sulle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del Codice civile, in ragione della applicabilità della tutela anche ai whistleblowers coinvolti in rapporti non riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 409 del Codice di procedura civile²⁸, profili di ulteriore eccezionalità assume la disposizione che, nell'ambito di procedimenti giudiziari aventi ad oggetto l'accertamento dei comportamenti, atti o omissioni di natura ritorsiva, pone a carico del soggetto che ha adottato tali condotte l'onere di provare che le stesse siano state motivate da ragioni estranee alla segnalazione²⁹. Si tratta del meccanismo processuale già introdotto dalla L. 30 novembre 2017, n. 179 (Pizzuti 2019, 154-156; Peruzzi 2020) sia per il pubblico impiego³⁰ che per l'impiego privato³¹, in base al quale una volta che la persona segnalante abbia dimostrato la consequenzialità temporale tra un danno subito e la segnalazione effettuata in conformità ai dettami della normativa vigente, l'onere della prova si sposta sul soggetto che ha compiuto la presunta azione pregiudizievole, al quale spetta dimostrare che il provvedimento adottato non era in alcun modo connesso all'esercizio del diritto di whistleblowing. Non è da escludersi in effetti la circostanza che, per giustificare la legittimità del comportamento adottato, in sede giudiziale vengano addotti motivi diversi dalla segnalazione³², nel qual caso può essere difficile per le persone segnalanti, quale che sia il loro status contrattuale, «dimostrare il nesso tra la segnalazione e la ritorsione, mentre gli autori delle ritorsioni possono disporre di maggiori poteri e risorse per documentare le loro azioni e le loro ragioni»³³.

L'accertamento del carattere ritorsivo del provvedimento censurato e della relativa consequenzialità temporale con la segnalazione di un illecito è affidato all'ANAC, l'Autorità Nazionale Anticorruzione. Ma come ulteriormente precisato dalle linee guida della stessa Autorità, l'intento ritorsivo si presume e, trattandosi di una presunzione di responsabilità, «è necessario che le prove in senso contrario emergano nel contraddittorio con ANAC»³⁴. Una volta accertate l'ammissibilità della comunicazione e la natura ritorsiva dei comportamenti o delle omissioni, ne consegue la loro nullità e l'ANAC avvia il procedimento sanzionatorio, applicando le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 21, d.lgs. n. 24/2023. Spetterà poi al giudice ordinario adottare le misure, anche cautelari³⁵, a tutela del soggetto segnalante, incluso il risarcimento del danno,

²⁸ La disposizione si applica, infatti, a tutti i soggetti rientranti nel campo di applicazione soggettivo del d.lgs. n. 24/2023, art. 3, c. 3, inclusi lavoratori autonomi, liberi professionisti, consulenti, azionisti ecc.

²⁹ Art. 17, c. 2, d.lgs. n. 24/2023 e art. 21, punto 5, Direttiva.

³⁰ Art. 54-bis, c. 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

³¹ Art. 6, c. 2-quater, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

³² Tribunale di Bergamo, Sentenza del 7 gennaio 2022.

³³ Considerando 93, Direttiva.

³⁴ Punto 2, terza parte, linee guida ANAC.

³⁵ Il primo provvedimento cautelare d'urgenza reso a favore di un whistleblower è rinvenibile in Tribunale di Milano, Ordinanza del 20 agosto 2023, sebbene il giudice abbia applicato

l'ordine di cessazione della condotta posta in essere in violazione del divieto di ritorsioni e la dichiarazione di nullità degli atti adottati, dalla quale scaturisce, in caso di licenziamento, l'ordine di reintegro. In linea con le acquisizioni già sedimentate sul piano dell'elaborazione dottrinale³⁶, infatti, l'art. 24, c. 3, d.lgs. n. 24/2023, ha opportunamente modificato l'art. 4, l. 15 luglio 1966, n. 604, prevedendo, tra i licenziamenti nulli, anche quelli conseguenti all'esercizio del diritto di whistleblowing. Il medesimo decreto ha previsto, all'art. 19, c. 3, che i lavoratori licenziati a causa della segnalazione, della divulgazione pubblica o della denuncia abbiano diritto a essere reintegrati nel posto di lavoro, ai sensi dell'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300 o dell'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

6. Strumenti a presidio della effettività del diritto

La discussione dei profili sostanziali del diritto di whistleblowing conferma, insomma, che il riconoscimento di diritti soggettivi resta un passaggio fondamentale non solo per garantire la libertà di scelta delle persone, ma anche per promuovere il suo effettivo esercizio (Del Punta 2013, 211). Un passaggio fondamentale ma non sufficiente, ci ricorda Del Punta. Perché nella prospettiva del CA, più che il formale riconoscimento dei diritti, ciò che conta è il dato della loro effettività (Del Punta 2016, 389, 392 e 399; Del Punta 2019, 98). Da qui la rilevanza di istituti, procedure e meccanismi istituzionali di tipo promozionale che, valorizzando una declinazione attiva del principio di sussidiarietà, contribuiscano a «mobilitare la conoscenza e il comportamento degli attori coinvolti» (Del Punta 2016, 400).

Accanto alle specifiche competenze para-giudiziali affidate all'ANAC, a questo scopo concorrono talune previsioni di carattere procedurale, tra cui particolare importanza riveste l'obbligo per imprese ed enti pubblici di istituire canali di segnalazione interna³⁷ e per le autorità pubbliche di istituire canali di segnalazione esterna³⁸. Si tratta di procedure e canali istituzionali coesistenti non solo all'effettivo esercizio del diritto di whistleblowing, ma anche alla sua legittima fruizione. Da essi dipende infatti la possibilità di assicurare la riservatezza dell'identità della persona segnalante e delle persone menzionate nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione³⁹. Trattasi invero di dispositivi attraverso cui il legislatore euro-unitario persegue l'obiettivo di contemperare il diritto del soggetto segnalante e della collettività con gli interessi patrimoniali (reputazionali, di concorrenza

la tutela cautelare generale ex art. 700 c.p.c. e non quella speciale ex art. 19, c. 4, d.lgs. n. 24/2023, poiché tutte le segnalazioni del ricorrente erano antecedenti alla data di entrata in vigore del decreto.

³⁶ Tra i primi contributi in tal senso, cfr. Carinci 2014, 19-20.

³⁷ Artt. 4-5, d.lgs. n. 24/2023.

³⁸ Art. 7, d.lgs. n. 24/2023.

³⁹ Art. 7, c. 1, d.lgs. n. 24/2023.

ecc.) del soggetto pubblico o privato oggetto di segnalazione⁴⁰, sul presupposto che la stessa possa dare luogo a un danno ingiusto (di immagine e di mercato) quando non fosse veritiera⁴¹.

Lo stesso *favor* del legislatore euro-unitario verso la gestione interna della segnalazione, rispetto alle segnalazioni esterne⁴² e alle divulgazioni pubbliche⁴³, risponde ad una logica di sussidiarietà che si può presumere essere maggiormente funzionale al bilanciamento dei diversi interessi in gioco, tra i quali particolare rilievo assume il rapporto tra segreto aziendale e obbligo di fedeltà, da un lato, e libertà di pensiero, dall'altro (Ghera, Valente 2021). Non solo. Il Considerando 47 della Direttiva precisa che il favore verso l'utilizzo dei canali di segnalazione interni è un principio volto a promuovere «una cultura della buona comunicazione e della responsabilità sociale d'impresa all'interno delle organizzazioni nel cui ambito le persone segnalanti sono considerate elementi che contribuiscono in modo significativo all'autocorrezione e all'eccellenza». È questa una tecnica legislativa di tipo promozionale che si pone in sintonia con la logica del CA, le cui premesse assiologiche tendono a ridimensionare il presupposto conflittuale delle relazioni tra impresa e lavoro, assegnando pari importanza agli elementi della fiducia e della collaborazione (Del Punta 2019, 95). Ciò non significa disconoscere la componente conflittuale delle relazioni di lavoro, da intendere in termini di conflitto di interessi tra le parti del contratto e del rapporto. Significa, piuttosto, relativizzarla, riconoscendo e promuovendo la possibilità di modelli organizzativi nel contesto dei quali si possa realizzare un equilibrio, se non un allineamento, tra obiettivi economici e sviluppo della persona, ferma restando la prospettiva che, ove ciò non avvenga, possano intervenire in via sussidiaria dispositivi normativi di natura correttiva. Esemplificative in tal senso sono le previsioni che abilitano il ricorso alla segnalazione esterna e alla divulgazione pubblica qualora «la persona segnalante abbia fondati motivi di ritenere che, se effettuasse una segnalazione interna, alla stessa non sarebbe dato efficace seguito ovvero che la stessa segnalazione possa determinare il rischio di ritorsione»⁴⁴.

⁴⁰ Sul problema del bilanciamento degli interessi sottesi all'esercizio del diritto di whistleblowing, cfr. Carinci 2014, 6-8 e, diffusamente, Corso 2020, *passim* e Pizzuti 2019, 165-193, nonché Ghera, Valente 2021.

⁴¹ Art. 16, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 24/2023.

⁴² Ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 24/2023, è possibile effettuare una segnalazione esterna soltanto se ricorrono una serie di circostanze (lettere a-d) che impediscono o rendono non effettiva la segnalazione interna.

⁴³ Ai sensi dell'art. 15, d.lgs. n. 24/2023, la persona che effettua una divulgazione pubblica beneficia della protezione contro le ritorsioni qualora abbia previamente effettuato una segnalazione interna o esterna, ovvero se ricorrono altre circostanze (lettere b e c) che impediscono o rendono non effettiva la segnalazione tramite i predetti canali.

⁴⁴ Art. 6, lett. c), d.lgs. n. 24/2023, con riferimento alle condizioni per l'effettuazione della segnalazione esterna.

Come evidenziato nello Staff Working Document della Commissione, d'altro canto, l'intervento legislativo non è di per sé sufficiente ad assicurare l'effettività del diritto di whistleblowing: occorrono misure di sostegno che promuovano l'esercizio di questo diritto azionando le leve della conoscenza, della informazione e della trasparenza⁴⁵. In questa prospettiva si inquadrano le disposizioni del d.lgs. n. 24/2023 che prevedono obblighi di informazione in capo alle imprese e agli enti pubblici sul canale, sulle procedure e sulle condizioni per effettuare le segnalazioni⁴⁶. L'ANAC è deputata a fornire informazioni sull'uso dei canali di segnalazione, nonché sulle misure di protezione⁴⁷. Le medesime informazioni devono essere pubblicizzate sul proprio sito internet, in una sezione dedicata, facilmente identificabile ed accessibile⁴⁸.

Non minore importanza rivestono, in un'ottica di *capability*, le risorse economiche e professionali necessarie a garantire un efficiente funzionamento della infrastruttura istituzionale preposta alla promozione del diritto di whistleblowing. Del Punta riporta sovente l'esempio dei servizi per l'impiego, osservando come «l'efficienza dei servizi per chi cerca lavoro è più importante di ogni solenne proclamazione del diritto al lavoro» (Del Punta 2016, qui 399; Del Punta 2013, 210 e 214). Ma a conclusioni analoghe si giunge con riferimento al diritto di whistleblowing⁴⁹. Si giustificano in questa prospettiva le disposizioni relative alla specifica formazione del personale addetto alla gestione dei canali di segnalazione interna ed esterna⁵⁰, nonché la previsione di una integrazione della dotazione organica dell'ANAC finalizzata ad «assicurare un presidio costante delle procedure e delle attività delineate dal presente decreto»⁵¹. Non solo. Ai sensi dell'art. 20, c. 1, della Direttiva, ai soggetti segnalanti va garantito l'accesso ad una serie di misure di sostegno, tra cui informazioni e consulenze esaustive, indipendenti, gratuite e facilmente accessibili al pubblico sulle procedure e sui mezzi per la protezione dalle ritorsioni e sui diritti della persona coinvolta (lettera a); patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di ulteriori procedimenti e consulenze legali o altri tipi di assistenza legale (lettera c). Nel dare parziale attuazione a questa previsione, l'art. 18, d.lgs. n. 24/2023 ha disposto che, a queste misure possono concorrere gli enti del Terzo Settore che abbiano stipulato convenzioni con ANAC.

⁴⁵ European Commission, *Impact assessment accompanying the document «Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law»*, SWD(2018) 116 final, punto 2.4, lett. c).

⁴⁶ Art. 5, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 24/2023.

⁴⁷ Art. 8, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 24/2023.

⁴⁸ Art. 9, c. 1, d.lgs. n. 24/2023.

⁴⁹ Analizzando la previgente disciplina del whistleblowing nel pubblico impiego, Papa segnalava il rischio di ineffettività del diritto, a causa della mancanza di specifiche dotazioni economiche e organiche (2020, 185).

⁵⁰ Artt. 4, cc. 2 e 8, d.lgs. n. 24/2023.

⁵¹ Art. 11, c. 1, d.lgs. n. 24/2023.

7. Conclusioni

In una amichevole ma pungente critica alla lettura che Del Punta ha offerto del CA, Davidov ha posto in evidenza come la stessa, anziché offrire un solido fondamento normativo al diritto del lavoro, rischi di rappresentare nulla più che una griglia descrittiva dei diritti esistenti nella disciplina giuslavoristica, con l'aggiunta della parola *capability* (Davidov 2019, 60). Nell'economia di questo scritto non è possibile rivolgere a questa autorevole critica l'attenzione che merita. All'esito dell'analisi proposta, è tuttavia possibile concludere che non è certo questo il caso per il diritto di whistleblowing. Per come disciplinato nel quadro del diritto euro-unitario, questo diritto non può essere interamente razionalizzato secondo la prospettiva giuslavoristica tradizionale. Riprova ne sono tanto l'ampiezza del campo di applicazione del diritto e del relativo apparato protettivo, quanto la finalizzazione ultima della tutela, quanto le tecniche attraverso cui la stessa si concretizza.

D'altro canto, l'analisi della disciplina euro-unitaria del diritto di whistleblowing mostra come l'utilità del CA stia nel giustificare la dimensione più dinamica del diritto del lavoro, cioè quella che riconosce e promuove la soggettività del lavoratore attraverso l'esercizio delle sue libertà fondamentali (Del Punta 2019, 99; Langille 2019, 130). E nella misura in cui queste libertà si connettono ad un interesse pubblico generale, il loro esercizio deve essere garantito e promosso al livello più alto, attraverso un mix di tutele che, a prescindere dalla qualificazione della natura contrattuale del rapporto, vanno dalla tecnica della inderogabilità a dispositivi di tipo promozionale e incentivante l'esercizio delle libertà sostanziali del lavoratore come persona⁵². Con la conseguenza che, da un lato, l'intervento della norma inderogabile di legge e contrattazione collettiva diventa un mezzo sussidiario allo sviluppo delle *capabilities*, dall'altro, «la disparità di potere perde il rango di base fondazionale del diritto del lavoro, e viene derubricata ad *ostacolo da rimuovere in vista del massimo sviluppo delle capacità dei lavoratori*» (Del Punta 2013, 215).

Il diritto di whistleblowing è ovviamente solo un esempio, del quale resta tutto da verificare il riscontro sul piano della realtà effettuale delle relazioni di lavoro. Ma è un esempio che, pur nella limitatezza e specificità del caso, vale a dare concretezza alla convinzione per cui l'innovazione che il CA può offrire alla cultura giuslavoristica sia da ricercare nello sviluppo di una nuova idea di giustizia, che trovi fondamento nell'impegno attivo dei lavoratori e delle lavoratrici, i quali non siano più considerati soltanto come soggetti deboli da tutelare, bensì come persone capaci di mobilitare la loro autonomia e la loro responsabilità coniugando la dimensione dei diritti con quella dei doveri (Del Punta 2016, 401; Routh 2019, 118). In altre parole, come persone dotate di senso civico, delle quali «l'azione pubblica e quella collettiva debbono sostenere le competenze,

⁵² Il che diventa tanto più rilevante se si considera il dato della tendenziale erosione di uno dei presupposti teleologici della norma inderogabile, ovvero quello «della necessaria coincidenza tra interessi dei lavoratori e interessi generali» (Novella 2009, 399).

lo spirito di iniziativa, la capacità di fare scelte, ergo l'autonomia collegata alla responsabilità» (Del Punta 2020, qui 53).

Se si risale alle origini antiche del diritto di whistleblowing si ritrova esattamente questo: l'obiettivo di «combattere l'illegalità facendo leva sul senso di appartenenza alla collettività dei cittadini e sulla loro disponibilità a divenire non solo esecutori passivi delle norme, bensì protagonisti attuatori dei principi cardinali dell'ordinamento» (Pizzuti 2019, XIII). Da qui l'idea del diritto di whistleblowing come leva di *capability*, che si pone in perfetta consonanza con una lettura costituzionalmente orientata di questo diritto, tesa a riscoprire e valorizzare il rapporto di *complementarità* e *continuità* tra i valori di libertà e di uguaglianza sostanziale proclamati all'art. 3, c. 2, Cost., «dei quali il principio seniano (*rectius*, di derivazione seniana) di «eguale capacità» può considerarsi una sintesi» (Del Punta 2013, 217). Questi due valori, nella lettura qui proposta del pensiero di Del Punta, sono due semicerchi della medesima circonferenza nella quale è racchiusa la ragione d'essere del diritto del lavoro. Per quasi un secolo, nel discorso giuslavoristico il principio di libertà sostanziale è rimasto in filigrana⁵³: il *capability approach* ha consentito a Del Punta non solo di gettare luce sulla parte in ombra della circonferenza, ma di porre le basi per costruire un ponte tra il passato e il futuro del diritto del lavoro.

8. Postilla. Ricordi del dialogo con il Professor Del Punta⁵⁴

Il mio incontro con il Professor Del Punta risale al gennaio del 2017.

In realtà avevo già incontrato il Professore in diverse occasioni, e avevo avuto modo di conoscerlo più da vicino nel suo ruolo di revisore della *DRI (Diritto delle relazioni industriali)*, quando ero redattore capo di quella rivista. Ma lo scambio era rimasto per lo più su un piano formale, sebbene la corrispondenza con lui fosse stata in quel periodo davvero intensa. Del Punta, del resto, era uno dei revisori più sollecitati dalla direzione della rivista. Sia per il grande numero di proposte di pubblicazione su tematiche di sua stretta competenza che i direttori ricevevano all'indomani della c.d. riforma Fornero e nella stagione post *Jobs Act*. Sia per la qualità, la puntualità e lo spirito costruttivo che caratterizzavano i suoi referaggi. Referaggi che anche quando restituivano giudizi severi e negativi, non erano mai un «esercizio di potere»: profondamente rispettosi del pluralismo dottrinale, rappresentavano per l'autore una opportunità di riflessione e miglioramento.

⁵³ Ma beninteso, è sempre stato lì, se è vero che «i diritti del lavoro sono la radice più profonda dei diritti di libertà» (Mariucci 2020, 15). Considerazioni analoghe sono presenti in Perulli 2020.

⁵⁴ La postilla riporta l'intervento tenuto dall'Autore al convegno «Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Convegno in ricordo di Riccardo Del Punta», svoltosi a Firenze, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze, il 26 gennaio 2024, nella sessione intitolata «Il contributo alla formazione di studiosi e studiose».

L'occasione dell'incontro *scientifico* con Del Punta era stata creata da Michele Tiraboschi. Al Professor Tiraboschi avevo sottoposto a revisione le bozze dei primi capitoli della mia monografia su diritto del lavoro e ambiente (Tomassetti 2018). Tiraboschi sapeva della mia ammirazione verso Del Punta e aveva visto in lui un interlocutore privilegiato per il successivo sviluppo del mio libro. Del Punta non esitò ad accettare, aprendo subito uno spazio di dialogo su un argomento di reciproco interesse, di cui lui era stato un precursore. A Del Punta si deve infatti il primo saggio seminale su tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale comparso proprio sulla *DRI* nel 1999 (Del Punta 1999). Un saggio che ha rappresentato la stella polare del mio lavoro monografico e che ancora oggi è considerata una pietra miliare per chi continua a cimentarsi sul tema.

Ma non solo per questo Del Punta è stato per me una fonte di ispirazione. Da giovane studioso del diritto del lavoro ero attratto dalla sua instancabile ricerca di un orizzonte di senso della nostra materia. Come per molti giuslavoristi della mia generazione, ero particolarmente affascinato dalla prospettiva filosofica della sua più recente produzione scientifica. Ricordo ancora l'emozione quando il Professore accettò l'invito a presentare, per la prima volta in Italia, il saggio sul *capability approach* (Del Punta 2016) alla scuola di dottorato di ADAPT, a Bergamo. Fu quella l'occasione in cui emerse chiaramente la comune fiducia nelle capacità e nelle possibilità trasformative del diritto del lavoro. Una fiducia non certo velleitaria, ma anzi fondata sul principio di realtà e fortemente condizionata dalla corretta identificazione dell'agenda della materia, o se si vuole, «dei luoghi stessi dove si produce il diritto», come amava dire il Professore, avendo in mente il ruolo della contrattazione collettiva, soprattutto decentrata.

Il seminario di Bergamo fu anche l'occasione per discutere di un'altra comune convinzione: quella che l'analisi tecnica del diritto del lavoro non possa prescindere da una riflessione più ampia sul senso della nostra materia. Sulla funzione del diritto del lavoro nella storia. E quindi sul problema della sua effettività. Sulla effettività delle regole e delle istituzioni che governano il mercato del lavoro e i rapporti tra persona e impresa. Da qui lo sforzo di razionalizzazione del *capability approach* nel diritto del lavoro, che in fondo ha rappresentato in Del Punta il principale tentativo di dare risposta alla crisi di effettività delle istituzioni e delle categorie fondative della nostra materia (Del Punta 2013; Del Punta 2016; Del Punta 2019).

Nonostante l'incoraggiamento verso la sperimentazione, l'innovazione e il contatto con altre discipline, Del Punta ha sempre cercato di sensibilizzarmi sulla opportunità di ricercare spazi di convergenza e continuità tra le istanze di rinnovamento della materia e i presupposti fondativi del diritto del lavoro. La sua stessa enfasi dottrinale sulla libertà della persona, del resto, non si è mai posta in contraddizione con il valore dell'uguaglianza (si veda, in particolare, Del Punta 2013). Dal dialogo su questi aspetti è derivata l'intuizione di leggere il rapporto lavoro e ambiente in un'ottica di *capability*, valorizzando il dato della libertà di scelta della persona, come istanza normativa attraverso cui decostruire la contrapposizione tra tutela del lavoro e tutela dell'ambiente, ma riconoscen-

do al contempo che quando quella contrapposizione si manifesta, ci troviamo di fronte alla più drammatica espressione della comune condizione di mercificazione della persona e della natura.

È impossibile condensare in poche parole il debito scientifico che ho nei confronti di Del Punta. Pur non essendo stato un suo allievo, il Professor Del Punta è stato per me un maestro. Un esempio di leadership. Un punto di riferimento, capace non già di indicare un percorso prescritto o una meta da raggiungere. Ma una persona in grado di innanzitutto di ascoltare. Di ascoltare e di facilitare ciascuno a trovare il proprio percorso, infondendo fiducia, motivazione e passione.

A proposito di passione. Conservo con grande nostalgia e commozione il ricordo di un seminario al quale partecipammo insieme nell'ambito di una conferenza del *Labour Law Research Network* (LLRN) a Santiago del Chile. Eravamo seduti distanti ma uno di fronte all'altro. Era un seminario intitolato «labour of love» – il lavoro che si fa per passione, per amore. L'accesso dibattito verteva sulla zona grigia che esiste tra quello che, come ricercatori, scegliamo di fare per interesse e passione e le scelte obbligate che ci vengono imposte dall'essere parte dell'ordinamento accademico. Dall'essere parte di un percorso professionale privilegiato ma anche fortemente competitivo. Dove spesso si ha l'impressione che «chi si ferma è perduto». Un percorso fatto di compromessi, rinunce, grandi soddisfazioni ma altrettanto grandi frustrazioni.

Anche in quella occasione con il Professore avevamo condiviso una lettura del problema in chiave di antropologia positiva. Una lettura che senza rifuggire dal confronto sui grandi temi del precariato e dello sfruttamento del lavoro in università, mettesse al centro del discorso, ancora una volta, lo sviluppo della persona e il senso del lavoro: il fine ultimo del nostro percorso, perché lo percorriamo e insieme a chi. Del Punta vedeva nel senso del lavoro non solo il principale canale di umanizzazione e liberazione della persona, ma anche una bussola per orientare le nostre scelte e il nostro impegno accademico.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese, A., Tonelli, R. 2023. «Nuove tutele» e occasioni perdute: alcune osservazioni sul d.lgs. n. 24/2023 in materia di whistleblowing.” *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 3: 447-460.
- Boscato, A. 2020. “La disciplina del whistleblowing nel settore privato nella prospettiva dell’attuazione della direttiva comunitaria.” *Argomenti di diritto del lavoro* 5: 1056-1081.
- Cabrelli, D., Zahn, R. 2017. “Theories of domination and labour law: an alternative conception for intervention?.” *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1: 339-364.
- Carinci, M.T. 2014. “Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees.” *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 106/2014*: 1-25.
- Collins, H. 2019. “What Sen’s capability approach offer to labour law?.” In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 21-41. Oxford: Oxford University Press.
- Corso, S.M. 2020. *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro*. Torino: Giappichelli.

- Davidov, G. 2019. "The capability approach and labour law. Identifying the areas of fit." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 42-61. Oxford: Oxford University Press.
- Davidov, G. 2016. *A purposive approach to labour law*. Oxford: Oxford University Press.
- De Luca Tamajo, R. 1976. *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.
- Del Punta, R. 2020. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato". In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, e Tiziano Treu, a cura di, 27-62. Bologna: Il Mulino.
- Del Punta, R. 2019. "Is the capability theory an adequate normative theory for labour law?." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 82-97. Oxford: Oxford University Press.
- Del Punta, R., Caruso, B. 2016. "Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta." *Lavoro e diritto* 4: 645-678.
- Del Punta, R. 2016. "Labour law and the capability approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 4: 383-406.
- Del Punta, R. 2013. "Leggendo «The idea of justice», di Amartya Sen." *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2: 197-219.
- Del Punta, R. 1999. "Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale." *Diritto delle relazioni industriali* 2: 151-160.
- Freedland, M., Kountouris, N. 2011. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press.
- Giubboni, S. (2023). "Tra capability theory e purposive approach: appunti sulla prospettiva «rimediale» di Riccardo Del Punta." In *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, a cura di, William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri, 603-14. Firenze: Firenze University Press.
- Ghera, E., Valente, L. 2021. "Sulla riforma degli obblighi di segreto contenuta nella legge sul whistleblowing." *Rivista italiana di diritto del lavoro* 3: 245-258.
- Inner City Fund. 2017. *Study on the need for horizontal or further sectorial action at EU level to strengthen the protection of whistleblowers – Final Report*.
- Langille, B. 2019. "What is labour law? Implications of the capability approach." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 122-140. Oxford: Oxford University Press.
- Lovett, F. 2010. *A general theory of domination and justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Mariucci, Luigi. 2020. "Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo." In *Biblioteca '20 Maggio' – 1/2020*, 1-17. Catania.
- Mariucci, L. 2016. "Culture e dottrine del giuslavorismo." *Lavoro e diritto* 4: 585-644.
- Novella, M. 2009. *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*. Milano: Giuffrè.
- Papa, V. 2022. "Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici." In *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, a cura di, Bruno Caruso, 161-186. Catania: Biblioteca '20 Maggio' – Collective volumes.
- Pettit, P. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Perulli, A. 2023. "Il «lavoro personale» nel prisma del diritto dell'Unione europea." *Rivista italiana di diritto del lavoro* 42: 61-93.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. "In tutte le sue forme e applicazioni". *Per un nuovo statuto del lavoro*. Torino: Giappichelli.

- Perulli, A. 2021. *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Perulli, A. 2020. "Per una filosofia politica del diritto del lavoro: neo-repubblicanesimo e libertà sociale." *Lavoro e diritto* 4: 773-811.
- Peruzzi, M. 2020. "La prova del licenziamento ritorsivo nella legge 179/17 sul whistleblowing." *Lavoro e diritto* 1: 33-50.
- Pizzuti, P. 2019. *Whistleblowing e rapporto di lavoro*. Torino: Giappichelli, Torino.
- Routh, S. 2019. "The need to become fashionable." In *The capability approach to labour law*, a cura di, Brian Langille, 103-121. Oxford: Oxford University Press.
- Routh, S. 2014. *Enhancing capability through labour law: Informal Workers in India*. Londra: Routledge.
- Sen, A. 2014. *Lo sviluppo è libertà*. Milano: Mondadori.
- Sen, A. 2010. *L'idea di giustizia*. Milano: Mondadori.
- Sen, A. 2007. *La libertà individuale come impegno sociale*. Roma-Bari: Laterza.
- Sen, A. 2000. "Work and rights." *International Labour Review*, 2: 119-128.
- Tomassetti, P. 2018. *Diritto del lavoro e ambiente* (Bergamo: Adapt University Press).
- Vallebona, A. 2011. "Giustizia sociale: Eraclito surclassa Sen." *Argomenti di diritto del lavoro* 3: 481-483.
- Vitaletti, M. 2020. "La direttiva europea in materia di whistleblowing. Effetti e ricadute sulla tutela della «persona» nel diritto del lavoro." *Massimario di giurisprudenza del lavoro* 2: 447-465.
- Vitaletti, M. 2019. "Il lavoratore «segnalante» nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del «whistleblower»." *Diritto delle relazioni industriali* 2: 492-512.

Dialogo con Riccardo del Punta: dal primo al secondo Manifesto

Tiziano Treu

1. Obiettivi e percorsi di un lavoro comune

La mia conoscenza personale con Riccardo è relativamente recente, anche se quella dei suoi scritti è risalente.

A favorire i primi rapporti personali è stato l'invito rivoltomi a discutere, in un seminario all'università di Firenze nel 2017, l'opera di Guy Davidov «A purposive approach to labour law» (Davidov 2016).

Da allora alla grande stima per Riccardo studioso si è aggiunto un apprezzamento per le sue qualità, di gentilezza, equilibrio e sapienza umana, che ha alimentato una amicizia via via più stretta, che mi è ancora viva.

Questa combinazione di stima professionale, comunanza di orientamenti ideali e amicizia, non frequente nelle vicende accademiche e neppure nella vita, ha spinto me e Bruno Caruso, che condivideva da più tempo questi sentimenti verso Riccardo, ad avviare una riflessione comune sulle «questioni a nostro avviso più importanti e critiche del diritto del lavoro». Tale riflessione si è sviluppata con intensi scambi, a distanza e in presenza, nel corso di oltre un anno, fra il 2019 e lo scoppio del Covid -19, che ci ha condotto a scrivere insieme il *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*.

Le analisi e le valutazioni espresse nel testo sono servite ad arricchire la nostra visione comune e la nostra amicizia.

Dopo una qualche esitazione abbiamo ritenuto di non dover replicare alle osservazioni anche critiche pervenuteci da vari interlocutori, non perché non fossero meritevoli di considerazione, ma perché i drammatici eventi del post co-

Tiziano Treu, Catholic University of Sacro Cuore of Milan, Italy, tiziano.treu@unicatt.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Tiziano Treu, *Dialogo con Riccardo del Punta: dal primo al secondo Manifesto*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.69, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1115-1130, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

vid e le nuove strategie europee (dal Green deal al NGEU), ci imponevano di andare oltre le analisi e le tesi esposte nel Manifesto.

Era necessario continuare a «interrogarci pubblicamente» sulle questioni allora affrontate per verificare le nostre risposte alla luce dei radicali mutamenti anche istituzionali che continuavano a svolgersi sotto i nostri occhi, a cominciare dalle strategie europee e dalle norme «ambientaliste» introdotte nella nostra costituzione (artt. 9 e 41).

Da questa convinzione ha preso avvio il progetto di scrivere un ulteriore contributo, un testo che abbiamo voluto firmato a tre, non solo per un formale omaggio all' amico scomparso, ma perché del suo pensiero e delle riflessioni svolte insieme sono intrise le pagine del nuovo Manifesto (Caruso, Del Punta, Treu 2023).

Nel rileggere queste pagine nei mesi trascorsi dalla scomparsa di Riccardo, ho ripensato spesso alle sue osservazioni, sempre insieme acute e pacate, che hanno alimentato il nostro dialogo di allora.

Continuare questo dialogo nelle nostre analisi e nei nostri scritti mi sembra il modo migliore per ricordarlo e anche per trarre forza nel continuare il cammino di ricerca iniziato insieme.

Le citazioni, quelle di Riccardo e quelle comuni del Manifesto, riportate nelle pagine seguenti, sono fra loro solo in parte coincidenti, e mi sembrano significative del dialogo fra le nostre posizioni.

In particolare le tesi di Riccardo sono talora (spesso) riprodotte nel Manifesto; altre volte si integrano con quelle di Bruno e mie per arricchire le tesi comuni; in qualche caso costituiscono accenni che attendono di essere sviluppati dal prosieguo del dialogo, come è avvenuto nel nuovo Manifesto. Questo è vero in particolare per le analisi sulle implicazioni della questione ecologica, su cui dirò in seguito, e sul controllo delle tecnologie digitali e della intelligenza artificiale. Le parole di Riccardo poste nell' esergo del testo finale del nuovo Manifesto indicano che il nostro obiettivo è stato di rileggere i temi del primo scritto alla luce del NGEU europeo e del PNRR italiano, documenti entrambi che sottolineano «la centralità della sostenibilità come grande risposta sistematica alla crisi e come lavoro per il futuro».

Calare la sostenibilità nel diritto del lavoro, scrive ancora Riccardo, è «una contestualizzazione che può stravolgere gli equilibri della nostra materia», non tanto per il confronto fra la sostenibilità economica e quella sociale, che «richiama operazioni di bilanciamento consuete al diritto del lavoro». Ciò che spaventa i giochi, introducendo un fattore nuovo che rende molto più complesso il perseguimento integrato delle sostenibilità, è la sostenibilità ambientale (oltretutto quella capofila nella evoluzione del tema), che non è di scontata composizione con «le esigenze della crescita e del lavoro, ma che ormai fa parte di un paradigma imprescindibile» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 1).

2. Rivisitazione costruttiva dei principi costituzionali e realismo storico

La discontinuità, anzi gli stravolgimenti, che il nuovo orizzonte della sostenibilità porta nella nostra materia e non solo, era ben presente a tutti noi; e lo abbiamo sottolineato a più riprese nelle pagine scritte insieme.

Ma abbiamo ritenuto di precisare, usando sempre le parole di Riccardo, che se «molte delle categorie utilizzate finora dal diritto del lavoro non sono più adatte a interpretare le nuove realtà del lavoro e delle imprese... siamo altrettanto convinti che i principi e i valori fondativi della nostra materia non necessitano di stravolgimenti, bensì di un riesame costruttivo delle loro implicazioni nel contesto attuale e futuro che permetta di trovare nuove modalità applicative e nuovi strumenti in grado di attualizzarne il significato in modo da renderlo percepibile e convincente agli attori del modo del lavoro di oggi e di domani» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 3).

Il modo migliore di perseguire in modo convincente i valori a partire dalla Carta Costituzionale è – secondo Del Punta – di analizzare il loro percorso «in sintonia con le forme storiche dell'evoluzione della materia»¹, e in connessione con i processi di trasformazione reali.

E Riccardo aggiunge che «seguendo questa logica occorre considerare il diritto del lavoro non come un sistema «tendenzialmente chiuso, in grado di produrre da sé i propri valori nuovi, ma che deve appoggiarsi su giustificazioni più generali, tendenzialmente valide per tutti i cittadini, anche se nell'ambito di concezioni che a loro volta siano ricettive del patrimonio di valori e di civiltà che il diritto del lavoro ha saputo definire nel corso della sua storia» (Del Punta 2022, 24).

Questa indicazione di metodo è integrata da un'altra: «riteniamo che la critica delle categorie e delle politiche tradizionali debba essere accompagnata dalla ricerca di normative e politiche capaci di dare senso a quei principi» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 3).

Abbiamo voluto sottolineare già nelle prime pagine queste sue indicazioni, perché hanno ispirato tutto l'impianto del «Manifesto» e perché ci sembrano una guida utile per mantenere «il necessario equilibrio fra tensione innovativa e realismo storico» (Del Punta 2020, 107).

Il riferimento a questo equilibrio, ricorrente nelle opere di Riccardo, è una componente centrale del suo approccio riformatore, cioè delle modalità con cui vanno calati i valori fondativi della nostra materia nelle contingenze della storia; perché tale approccio permette di «distillare il meglio dell'evoluzione storica della materia, in modo da additare a questa (pur senza ovviamente potergliela imporre) la miglior pista da seguire (Del Punta 2020, 107).

Seguendo lo stesso approccio il nostro secondo Manifesto ribadisce che «il nodo vero resta quello di come porci di fronte ai processi di trasformazione, al fine di provare a orientarli in senso positivo e nel contempo di gestire, fin dove possibile, i rischi che essi comportano (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 2).

La tesi di fondo, conseguente al metodo di Riccardo, che si ritrova nelle riflessioni del Manifesto, è che «come i valori tradizionali del diritto del lavoro hanno preso forma in un contesto strutturale che ne giustificava una preponderante finalizzazione anti mercato, così le profonde trasformazioni che hanno interessato quel contesto in conseguenza della globalizzazione e delle coeve ri-

¹ Del Punta 2020, 32 sgg. e in *Biblioteca 20 maggio 2* (2019), 107 ss.

voluzioni tecnologiche, suggeriscono non già il superamento, bensì una rivisitazione costruttiva di quei valori».

Riccardo continua «la modernizzazione dei valori rappresenta a mio giudizio anche il modo di impostare nei termini più appropriati e fruttuosi il rapporto fra il diritto del lavoro e l'economia di mercato», senza però omettere di precisare che questo rapporto non è tra campi omogenei, perché intercorre fra «i valori etici e politici del diritto del lavoro e una sfera che non è, o non pare, immediatamente produttiva di valori come quella economica» (Del Punta 2020, 107).

Questa diversità fra diritto ed economia deve essere sempre tenuta presente, anzitutto da quelli fra noi che ritengono «necessario guardare negli occhi la razionalità economica» per confrontarsi con essa nel decidere le scelte regolative e valutarne le ricadute sociali (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 12).

A partire da queste premesse Riccardo sosteneva, anche nelle nostre conversazioni per il manifesto, «le ragioni in favore di un diritto del lavoro economicamente sostenibile», che punti cioè «al migliore compromesso possibile tra le istanze di socialità e di efficienza, lungo il filo rosso della valorizzare del lavoro umano».

Questa è una tesi centrale ripresa nel manifesto e specificata nelle aree tematiche in cui si presenta più critico «l'incontro/scontro tra le due razionalità, giuslavoristica ed economica».

In questa prospettiva le soluzioni, o spesso le ipotesi, di volta in volta da noi presentate, hanno avuto sempre presente la necessità per le politiche del lavoro di «tener conto del contesto economico, non per subirne passivamente i condizionamenti, ma per orientare le sue strutture e i mercati alla ricerca del miglior compromesso possibile fra efficienza e giustizia sociale [...] senza perdere la fiducia, una precisazione voluta da Riccardo, che sia possibile conciliare le ragioni del lavoro con quelle della economia» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 6).

A chi ci ha fatto notare che «i nostri argomenti incarnerebbero una ennesima variante della terza via» abbiamo risposto, anche qui con parole di Riccardo che

se non si vogliono perseguire improbabili uscite dalle economie di mercato ne accettare tout court le regole del mercato, non resta che da ricercare qualche strada intermedia come hanno fatto i riformatori di diverse epoche. Non una via unica predefinita, bensì quella che interpreta meglio nel contesto attuale e in prospettiva le ragioni del lavoro e della economia e che realizza un bilanciamento equo e sostenibile fra i contrapposti interessi del lavoro e della economia, nel contesto a entrambi comune della salvaguardia ecologica del pianeta e delle sue estinguibili risorse. (Del Punta 2023, 6)

Questo non per sostenere irenicamente che la integrazione fra le tre sostenibilità, economica sociale e ambientale, prospettata dalle indicazioni europee e prima ancora dall'agenda 2030 dell'ONU, sia facile o realizzabile in tempi brevi, né per occultare la esistenza di conflitti fra interessi e principi in gioco, ma per costruire progressivamente le condizioni per tale integrazione.

Le difficoltà di questo percorso sono presenti nelle analisi di Riccardo e sono testimoniate dalle vicende di questi anni, ove si è verificato che stessi bilancia-

menti fra interessi sanciti dalle riforme via via approvate si sono rivelati spesso fragili nel confronto con le resistenze conservatrici che hanno indebolito o alterato le prassi attuative.

Gli scritti di Riccardo non nascondono tale precarietà e ne discutono le implicazioni per le singole questioni affrontate, che ripercorrono tutti i principali punti critici della nostra materia².

Nelle discussioni sul Manifesto abbiamo verificato le difficoltà di operare quello che cercavamo, cioè «una rivisitazione costruttiva dei valori costituzionali» in un contesto così diverso da quello in cui sono stati concepiti.

E abbiamo riscontrato – anche perché ne siamo stati spesso coinvolti – le controversie e le presenti in Italia contrapposizioni presenti in Italia più che altrove, circa la interpretazione delle norme e degli stessi eventi riguardanti il mondo del lavoro. Abbiamo ritenuto nostra responsabilità di intellettuali e di giuristi guardare a questi eventi, proprio per la loro novità e per le incertezze che li circondano, con occhi nuovi, «senza pregiudizi e prevenzioni, rendendo esplicite le nostre ragioni e opzioni di valore, giacché questi atteggiamenti servirebbero se non a superare le contrapposizioni, almeno a fare chiarezza sulle loro ragioni e sulla posta in gioco» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 4).

3. Tutele e misure capacitanti per i lavoratori 4.0

Gli scenari del dopo Covid ci hanno confermato che la nostra materia è chiamata a svolgere più che mai funzioni complesse.

Una prima missione del diritto del lavoro e del welfare è e deve restare quella del prendersi cura, possibilmente con maggiore efficacia di quanto abbia fatto finora, di tutte le situazioni di vulnerabilità economica e sociale e delle disegualianze, contrastando le ragioni della loro esistenza e della loro diffusione (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 11).

Ma oltre questo primo livello di protezione, immancabile, deve svilupparsi o consolidarsi un secondo livello che si sostanzia in una protezione non meramente tutoria bensì proattiva e capacitante, ossia rivolta a sostenere il lavoratore nell'arricchimento della propria dotazione di risorse professionali e personali così da metterlo in condizione di sviluppare a pieno la propria personalità sul lavoro e di conciliarla il più possibile con le altre sfere della vita (Del Punta 2014, 20).

Su questa prospettiva valoriale e politica, ampiamente elaborata da Riccardo, abbiamo discusso a lungo anche in contraddittorio con vari colleghi, per ribadire che essa non nega la necessità delle tutele, a cominciare da quelle dei diritti umani fondamentali, da difendere contro i nuovi poteri cresciuti nella globalizzazione, né implica il venir meno dei legami collettivi e della dimensione della solidarietà sociale.

Questa posizione, condivisa con Riccardo, ci ha convinto che molte delle critiche rivolte da una parte dalla dottrina italiana al *capability approach*, e delle polemiche relative, non sono giustificate (Del Punta 2017, 4.; 2016, 383-406).

² Vedi la raccolta degli scritti di R. Del Punta, curata da Chiaromonte e Vallauri 2024.

La riflessione di Riccardo sul tema si inserisce in un filone di studi internazionali sviluppatosi da tempo, ed è condotta nella convinzione che esso «potrebbe fornire un'adeguata base valoriale alla materia improntata a un radicale liberalismo sociale, con una correzione, che però non equivarrebbe a un disconoscimento dell'*aquis* socialdemocratico» (Del Punta 2020, 121).

Coltivare tale prospettiva è tanto più urgente oggi a fronte delle innovazioni indotte dalle due transizioni, digitale ed ecologica, che richiedono ai lavoratori nuovi impegni professionali e maggiori capacità cognitive, nonché per rispondere alle crescenti aspettative dei lavoratori nei confronti del lavoro, della sua qualità e del suo senso.

Inoltre potrebbe offrire una visione più ampia del diritto del lavoro, che «non dimentica la dimensione collettiva della regolazione, ma che può sostenere la condizione di autonomia del lavoratore, sin dove ciò si riveli concretamente possibile [...] senza negare in modo ingenuo (o, peggio, mistificante), la realtà in buona parte ancora attuale dello squilibrio di potere fra le parti» (Del Punta 2014, 35).

Semmai anche i legami collettivi e i loro stessi fondamenti vanno rivisitati non solo per la scomparsa delle tradizionali classi sociali e per la frammentazione, prima sociale poi normativa, dell'interesse collettivo, ma anche per la prepotente tendenza alla individualizzazione dei rapporti sociali che ha investito il mondo del lavoro.

Le implicazioni di questa tendenza possono rivelarsi enormi, come Riccardo ha avvertito fra i primi; perché enorme è la posta in gioco, «nulla di meno che un esito positivo della lunga marcia verso la riconquista della soggettività dell'uomo e della donna nel lavoro» e anche, citando Honneth, «una ricalibratura del vecchio principio meritocratico, nella misura in cui tutte quelle dimostrazioni di autonomia creatività e flessibilità che un tempo erano riservate al solo imprenditore verranno ora richieste anche al lavoratore dipendente» (Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 231).

Ma il realismo di Riccardo ci ricordava che «la partita tra i fautori del carattere emancipatorio dei nuovi modelli organizzativi e gli assertori del carattere ancora più oppressivo e reificante dei medesimi, è tutt'altro che chiusa» e che l'esito del match «lo scopriremo solo vivendo», cioè monitorando l'esperienza effettuale delle imprese e del lavoro», il più possibile senza veli ideologici, come devono pensare e operare i riformatori.

L'incertezza dell'esito non impedisce tuttavia a Riccardo di prendere posizione, affermando che «il 4.0 di per sé non garantisce niente, per cui la vera alternativa è fra chi (come lo scrivente) crede che esso offra una grande occasione di progresso nella qualità dei rapporti fra imprese e lavoratori e chi non ci ravvisa invece alcuna opportunità (così predisponendosi qualora avesse torto nella premessa di partenza, a sprecarla)» (ivi).

Senonché cogliere le opportunità delle nuove tecnologie negli attuali contesti pone a dura prova la capacità dei riformatori di praticare una rivisitazione costruttiva dei valori costituzionali e questa operazione è resa più difficile dalle condizioni di forte competitività internazionale.

Nel nuovo contesto globale caratterizzato da grandi mutamenti nei modelli di produzione e di consumo e dall'irrompere delle tecnologie digitali, le politi-

che nazionali hanno subito una drammatica torsione verso la «competitività e la crescita». In questo quadro e «a fronte delle politiche liberiste dettate da molti paesi la risposta prevalente della dottrina, non solo italiana, è stata per lungo tempo di tipo difensivo, ossia protesa a respingere in blocco», le pressioni liberalizzanti, talora preoccupandosi di confutarne la fondatezza (ad es. rimarcando l'inesistenza circa l'effetto pernicioso dell'ELP sull'occupazione) ma per di più screditandole sotto il profilo dell'etica pubblica (Del Punta 2020, 113 sgg.).

4. Ibridazione dei lavori e diritto del lavoro oltre la subordinazione

Gli scritti di Riccardo e le analisi comuni del Manifesto affrontano molti punti critici della rivisitazione necessaria nella regolazione e nelle politiche del lavoro.

La prima questione critica, che ha a che fare con la stessa identità della nostra materia, è quella di rivisitare la tradizionale regolazione dei rapporti di lavoro, basata su concetti compatti e olistici come subordinazione e autonomia, di fronte alla frammentazione dei lavori distribuiti lungo un *continuum* che ne altera i tratti identificativi, e a cui corrispondono condizioni e vissuti personali lontani dalla omogeneità tradizionale della classe operaia.

Della varietà di analisi che hanno impegnato per anni la nostra dottrina, delle controversie e della incertezza degli esiti, si dà conto nel *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*.

Un punto centrale nelle nostre posizioni, sottolineato con nettezza da Riccardo, è che «l'avvento del lavoro 4.0 promette una ulteriore trasfigurazione dei vincoli della etero direzione classica» e comporta una contrazione della capacità qualificatoria di questa categoria. Tanto più che essa «potrà riuscire sempre meno visibile nelle forme più evolute di auto organizzazione 4.0. Nella medesima direzione agiranno anche altri fenomeni come il lavoro agile» (Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 229).

Riccardo, come tanti di noi, si è occupato di trovare la giusta qualificazione giuridica dei lavoratori della *Gig economy*, per molti dei quali come i rider egli ritiene inappropriata la qualifica di autonomi, di fronte a modalità di lavoro e controllo «quasi proto tayloristiche» (Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 230).

Ma la questione centrale che nel Manifesto poniamo agli operatori della nostra materia e ai policy makers – seguendo gli studi di Riccardo – è di riconoscere che alla ibridazione dei lavori deve corrispondere l'allargamento della disciplina della subordinazione al di là delle fattispecie originarie, a prescindere dalla tipologia del contratto di lavoro (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 20).

Questa tendenza alla estensione delle tutele è presente in molte normative sia nazionali sia europee, ma in gradi diversi e senza univoca ispirazione valoriale³. Per questo, e al fine di evitare soluzioni affrettate o fughe in avanti, nel Manifesto adottiamo una posizione di favore al gradualismo sperimentale caro a Riccardo (ma non solo).

³ Cfr. le analisi e proposte in questa direzione in Perulli, Treu 2022.

Suggeriamo cioè di «rifuggire da eccessive sottigliezze dogmatiche e ripiegare su un atteggiamento relativista e pragmatico, rivolto al miglior riordino possibile del sistema sulla base dei dati normativi e nonché in questo caso soprattutto giurisprudenziali» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 22).

5. Regolazione delle flessibilità e tutela della privacy

Una questione significativa per testare le nostre posizioni riguarda la cd. *flexicurity*, proposta in sede europea come riforma capace di rispondere alle esigenze di flessibilità della nuova economia, contemperandole con il sostegno dei lavoratori nel mercato del lavoro: una riforma alterata dalle prassi applicative, in particolare italiane, caratterizzate da alta insicurezza e flessibilità medio bassa⁴.

La risposta a questa debolezza riformatrice non sta – secondo la nostra convinzione comune – nel ripristinare i tradizionali modelli regolativi rigidi, ma nel contrastare forme di flessibilità al margine che sono fonte di precarietà, per prevedere invece misure di flessibilità interna e di *job retention* in grado di promuovere transizioni da posto a posto nell'impresa senza passare per periodi di disoccupazione, e per generalizzare ammortizzatori sociali e politiche di attivazione accompagnati da forti investimenti in formazione.

Anzi nel Manifesto si avanza la proposta, ambiziosa e forse impraticabile nel contesto italiano, di superare la contrapposizione (di logiche) fra tutele nel rapporto e nel mercato del lavoro, promuovendo una circolarità tra i due poli della regolazione (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 46).

In ogni caso si ribadisce la priorità dell'obiettivo di promuovere l'occupazione, utilizzando le risorse del PNRR per investire sia nei lavori necessari alla transizione ecologica (i *green jobs*) sia nelle attività di cura delle persone e del territorio presenti nei programmi del PNRR.

Un altro tema significativo che abbiamo discusso con Riccardo riguarda le implicazioni dell'impiego massiccio delle tecnologie informatiche nel lavoro. Esso chiede risposte nuove per tutelare la privacy del lavoratore iperdigitalizzato, a partire dalla consapevolezza che queste tecnologie vanificano la logica originaria dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, che distingueva nettamente fra strumenti di lavoro e di controllo.

A fronte della perdita di centralità nel dispositivo autorizzativo sindacale/amministrativo, il salto di qualità da compiere, accennato fra le righe dal nuovo art 4, è «di ritenere legittimo il controllo a distanza (anche diretto) alla condizione che il lavoratore sia reso preventivamente consapevole non già di ciascun atto di controllo, bensì della possibilità del medesimo, in quanto effettuato nel rispetto di modalità proporzionate» fissate dal codice della privacy⁵.

Le ipotesi elaborate nei nostri scritti individuali dovevano ricevere un test critico dalle trasformazioni economiche e istituzionali in corso mentre discutevamo del

⁴ Caruso, Del Punta, Treu 2023, 45. Sul punto vedi anche Treu 2017.

⁵ Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 238, e Caruso, Del Punta, Treu 2023, 39 sgg.

Manifesto, in particolare dalle due grandi transizioni digitale ed ecologica, sospinte in Italia come in Europa dalla azione riformatrice delle Commissione europea.

Il tema delle due transizioni, digitale ed ecologica, che sono al centro del NGEU e del nostro PNRR, è già presente con accenni significativi nel primo manifesto, ma è sviluppato nel nuovo contributo.

6. La individualizzazione dei rapporti di lavoro

L'analisi di Riccardo circa le implicazioni del processo di individualizzazione nei rapporti di lavoro ne indica le opportunità ma anche i rischi: perché tale processo ha alterato l'equilibrio storico con la dimensione collettiva che rappresenta «una sorta di marchio di fabbrica del diritto del lavoro (Del Punta 2014, 16) e contribuisce a indebolire i legami di solidarietà operanti nel mondo del lavoro e quindi la capacità di promuovere la coesione sociale.

Si tratta di una questione già segnalata dagli scritti anticipatori di S. Simitis e M. D'Antona, che Riccardo approfondisce, sapendo che si tratta di un test fra i più difficili per chi non si fermi a descrivere le tendenze in atto né tanto meno a subirle, ma voglia intervenire con spirito riformatore per orientarle.

Anche in questo caso Riccardo è convinto, e noi con lui, che i rischi di questo processo vanno affrontati e che le opportunità vanno colte. Le istanze individuali dei lavoratori, vecchie e nuove, esprimono la loro esigenza di poter influire sulle decisioni collettive, per favorire decisioni innovative e personalizzate ai nuovi problemi del mondo del lavoro. Tanto più perché sempre più spesso il sindacato è chiamato anche a selezionare e a gerarchizzare interessi individuali, nonché a cogestire la distribuzione di svantaggi. «La copertura dell'interesse collettivo impedisce di operare tale selezione e distribuzione in modo trasparente e sulla base di criteri contendibili» (Del Punta 2014, 20; Caruso, Del Punta, Treu 52).

Al riguardo Riccardo sottolinea che «ciò ha messo in risalto una volta di più la carenza del quadro regolatorio della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva nel sistema italiano».

L'urgenza di rimediare a questa carenza è ampiamente motivata nel primo Manifesto («*Per un diritto del lavoro sostenibile*», par. VIII, 53 sgg.), che richiama la necessità di promuovere «prassi di autoriforma del sindacato nel senso della democrazia, della misurazione della effettiva rappresentatività e della regolazione (auto) governata del pluralismo sindacale».

Di qui la esigenza di dare voce ai lavoratori anche, e anzitutto, all'interno del sindacato riaprendo la questione della democrazia interna alle organizzazioni.

A differenza che in altri paesi specie anglosassoni, ove tale questione è stata oggetto di approfondite discussioni nel mondo politico e sindacale e di riforme legislative, nel nostro paese il tema è stato rimosso dal dibattito politico e sindacale, lasciando senza seguito le analisi e le proposte avanzate dalla dottrina⁶.

⁶ Cfr. per tutti Caruso 1986, nonché Treu 1965.

La conseguenza è che si è rinunciato a promuovere una dialettica democratica all' interno delle organizzazioni sindacali in grado di contrastare le tendenze alla burocratizzazione degli apparati e alla conservazione dei gruppi dirigenti propria delle grandi organizzazioni.

Un'altra implicazione del processo di individualizzazione nei rapporti di lavoro riguarda il ruolo della autonomia individuale nella regolazione di questi rapporti, da sempre ispirata al principio della inderogabilità individuale⁷.

Riccardo analizza in modo critico i diversi tentativi del legislatore di «aprire breccie» in questo principio (Del Punta 2014, 23). Nel contempo vaglia le possibilità di riconoscere maggiori spazi alla autonomia individuale, quali si stanno aprendo ad es. nella gestione degli orari di lavoro e della retribuzione (oltre i trattamenti minimi) ad opera della contrattazione collettiva, e dal legislatore, ad es. ampiamente nella normativa sul lavoro a distanza⁸. Non manca di ricordare che il lavoratore «torna in possesso della piena capacità negoziale nell' esercizio della facoltà di recedere dal rapporto» (Del Punta 2014, 31), facoltà ora esercitata in misura senza precedente dal manifestarsi del fenomeno delle dimissioni di massa.

Ma mentre ribadisce che «quella collettiva rimane una dimensione essenziale, ancorché non esclusiva, della regolazione, e dunque da difendere e da promuovere», richiama la stessa regolazione collettiva ad «adattarsi come un vestito fatti su misura a una molteplicità di caratteristiche e situazioni differenti [...] ciò anche al fine di valorizzare al massimo le potenzialità individuali e/o di gruppo» (Del Punta 2014, 34).

Le implicazioni del processo di individualizzazione sono riprese dal Manifesto, dove si rileva come questo possa produrre risultati diverse: l'acutizzarsi di spinte all' individualismo e alla chiusura in piccoli gruppi, oppure invece alla riscoperta di nuove solidarietà collettive cui il sindacato deve comunque rispondere, perché le questioni e gli interessi da rappresentare sono diversi da quelli lavoristici tradizionali (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 52 e 30).

Riccardo conclude la sua analisi precisando che «norme attributive di diritti individuali di scelta [...] sono un' espressione coerente di tale quadro evolutivo. Ma lo stesso potrebbe essere predicato *de jure condendo* di norme di autorizzazione di deroghe pattizie pro futuro» (con la esclusione delle norme riguardanti diritti fondamentali).

Queste possibilità evolutive e di riforma sono avanzate da Riccardo con consapevole cautela, perché non possono far dimenticare «la realtà in buona parte ancora attuale, anche se non per tutti e nella stessa misura del passato, dello squilibrio di potere fra le parti» (Del Punta 2014, 35 e 30).

L'indicazione di Riccardo ha portato a sviluppare nel Manifesto le analisi dei rapporti fra individuale e collettivo e ad auspicare il diffondersi sia di modelli

⁷ Questo aspetto è sottolineato da Caruso, richiamandosi a D'Antona 2023, e da me (Treu 1965).

⁸ Si tratta della legge 81/2017 cui anche Riccardo diede il suo contributo.

regolativi che rinviino alla autonomia individuale, sia di «nuovi moduli promozionali e di sostegno alla azione del sindacato, in ragione del fatto che sono indirizzati a tutelare interessi non tradizionalmente definibili come seriali, collettivi e accorpati, ma neppure del tutto appartenenti alla sfera privata dell'individuo» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 30).

In parallelo la nuova economia 4.0 e le esigenze di riconoscimento dei lavoratori si congiungono nel rendere più urgente che le relazioni sindacali abbraccino (finalmente anche in Italia) la prospettiva della collaborazione strategica, mettendo in secondo piano, se non come strumento di ultima istanza, il ricorso al conflitto (Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 244).

La necessità di una revisione delle strategie sindacali e per altro verso di un sostegno pubblico ai sindacati, è resa più acuta dal fatto che «l'azione collettiva non è più sospinta dal vento della storia, e la lussuosa informalità nella quale essa ha potuto prosperare per decenni, cumulando il meglio della libertà e il meglio dell'essere uno dei perni del governo pubblico del sistema, non è più sostenibile.

In conclusione al suo scritto, Del Punta ribadisce che, pur con la consapevolezza dei rischi della individualizzazione, la prospettiva di riforma dei rapporti fra individuale e collettivo, merita di essere coltivata «per diversificare anche le tutele in rapporto alle esigenze dei lavoratori come soggetti» (Del Punta 2014, 36, citando M. D'Antona) e perché il lavoratore 4.0, «più individualizzato, ma non per questo socialmente irrelato, non potrà essere protetto dalle medesime parole d'ordine che risuonavano bene nel passato».

E chiosa: «nei limiti in cui tale indicazione di prospettiva riuscisse a realizzarsi ... il diritto del lavoro potrebbe guardare con maggiore leggerezza alle perdute battaglie compiacendosi di aver vinto alla fine la propria guerra. Ma questo al momento non è che un auspicio per il futuro» (Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 245).

7. Rivoluzione digitale e controllo umano della intelligenza artificiale

Le implicazioni della transizione digitale sono oggetto di uno scritto specifico di Riccardo e sono sviluppate nel Manifesto. La premessa da cui procediamo è che questa rivoluzione, in particolare con «il drammatico salto di qualità dell'intelligenza artificiale e dei processi di automazione... investirà le attività lavorative di ognuno [...] e che questo segnerà tutta la evoluzione futura del mondo del lavoro», anche se «continuerà ad esservi per un tempo allo stato indefinito anche tanto lavoro non 4.0».

Riccardo aggiunge che è prudente lasciare aperto l'interrogativo se la evoluzione di queste tecnologie «potrà andare a vantaggio di tutto il sistema di diritto del lavoro [...] oppure se si materializzerà lo spettro di un lavoro e con esso di un diritto a due velocità» (Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 227). Le analisi svolte nel Manifesto sulla base delle ricerche internazionali disponibili non eliminano questa incertezza, cui fanno riscontro contrapposizioni fra valutazioni variamente pessimiste e ottimiste degli esperti e degli attori sociali.

La incertezza non è minore, come ho ricordato sopra, sulle implicazioni dei modelli organizzativi basati sul digitale e sulla intelligenza artificiale in ordine al loro carattere emancipatorio oppure ancora oppressivo.

Per questo «tra i problemi che la regolazione dovrà gestire ci sarà anche quello che potrà derivare da una accresciuta polarizzazione del mondo del lavoro e dalla conseguente difficoltà di configurare un diritto del lavoro che vada bene tanto per il lavoro più evoluto quanto per quello tradizionale (Del Punta in Cipriani, Gramolati, Mari 2018, 227).

Su questa prospettiva accennata da Riccardo abbiamo continuato a interrogarci nel post Manifesto, anche alla luce della proposta di direttiva europea sulla condizione dei lavoratori gestiti dalle imprese piattaforma.

E abbiamo indicato la necessità di trovare strumenti adeguati per orientare l'uso delle tecnologie digitali nella gestione del lavoro e le decisioni delle imprese piattaforma «all'insegna del principio del controllo umano»: un principio non facile da applicare come mostra la proposta di direttiva sopra ricordate⁹.

Questa è una sfida che interpella *in primis* la capacità di innovazione delle parti sociali nelle loro relazioni negoziali; ma non può lasciare indifferente il legislatore che è chiamato ad aggiornare anche per questi aspetti, le normative storiche sulla contrattazione e sulla partecipazione (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 73).

8. Interiorizzare l'ambiente negli obiettivi e negli strumenti del diritto del lavoro

La notazione di Riccardo riportata nell'esergo del secondo Manifesto sulla complessità e criticità che la questione ambientale pone al diritto del lavoro è stata a lungo oggetto delle nostre discussioni, sul come perseguire un approccio integrato delle sostenibilità che comprendesse sempre più gli aspetti della tutela dell'ambiente, anche nell'interesse delle future generazioni, come recita il nuovo art. 9 della Costituzione.

Nel primo testo comune si riconosce quanto tale integrazione appaia problematica a fronte «di conflitti potenzialmente tragici tra ragioni della salute e ragioni della economia, come nell'attuale pandemia e tra tutela dell'impresa e della occupazione come nella situazione dell'ex ILVA di Taranto»; ma si ribadisce, pur senza occultare la gravità di tali conflitti, come «la prospettiva di medio e lungo periodo non possa che essere quella di pensare insieme e provare a comporre queste tre grandi istanze, che tutte fra l'altro hanno un contenuto di socialità» (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 15).

Questo richiama a una responsabilità diretta anche la nostra disciplina che deve recuperare il ritardo con cui ha colto i nessi fra dinamiche sociali e questioni dell'ambiente.

L'approfondimento di questi temi svolto nel secondo Manifesto, seguendo lo stimolo di Riccardo, indica la urgenza di un cambio radicale di prospettiva del diritto del lavoro, che porti a considerare l'ambiente non come un fattore esterno ma a interiorizzarlo nei propri obiettivi e strumentazioni.

⁹ Vedi al riguardo i miei rilievi critici in Treu 2023.

Quali che siano le interpretazioni, alquanto differenziate espresse da costituzionalisti e giuristi¹⁰; circa le implicazioni della nuova normativa costituzionale, questa impone di orientare in modo diverso dal passato il bilanciamento fra gli interessi in gioco nelle scelte produttive e sociali, con un maggiore attenzione alle ragioni dell'ambiente (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 15).

Questa indicazione generale del nostro Manifesto richiede approfondimenti su cui è aperto il dibattito e a cui dovrebbero offrire un contributo anche i giuslavoristi. Concordo con Riccardo quando ritiene che al riguardo non si possa procedere in base a criteri prestabiliti e statici¹¹.

Fra gli elementi da considerare ai fini di questo nuovo bilanciamento assumo rilievo specifico i livelli di rischio che l'attività economica può comportare per l'ambiente. La rilevanza di questo elemento è confermata da normative riguardanti diversi ambiti di attività.

Così il regolamento europeo tassonomia (202/852) che stabilisce il principio «non fare danno significativo» (DNSH), e richiede che tutte le decisioni pubbliche e private attuative dei piani di ripresa e resilienza non rechino danno significativo all'ambiente e in positivo che le imprese nelle loro decisioni produttive e organizzative adottino misure adeguate per prevenire tali danno e per proteggere ambiente e salute.

Indicazioni più precise si ricavano da altre disposizioni, riguardanti non solo le attività delle imprese ma anche quelle delle pubbliche amministrazioni, che stabiliscono limiti all'impatto ambientale di diversa intensità a seconda della gravità del rischio, fino a escludere ogni possibile bilanciamento, quando si profili un rischio «di collasso ecologico con riguardo a specifici contesti eco sistemici» (Rota 2024).

Anche in questo caso la lezione di metodo ricevuta da Riccardo ci ha indicato che le scelte sul temperamento fra gli interessi in gioco si sottraggono per la loro complessità e variabilità a forme di regolazione a priori.

In ogni caso richiedono di essere istruite con la partecipazione attiva di tutti gli stakeholders anche in forme nuove come le consultazioni pubbliche fino ad attività di coprogettazione quali indicate dalla Corte costituzionale (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 17).

Inoltre la necessità, richiamata da tutti gli attori sociali, che le scelte pubbliche necessarie per rispettare i rigorosi obiettivi europei di decarbonizzazione, si svolgano con modalità tali da contrastare il rischio di deindustrializzazione del paese, impone un cambio di orientamento sia delle politiche industriali sia di quelle sociali.

Questo nuovo orientamento potrà avvalersi delle opportunità offerte dalle nuove tecnologie di sviluppare attività con maggiore efficienza energetica e a più basse emissioni inquinanti, compatibili con la protezione dell'ambiente.

¹⁰ Morrone 2022; Bifulco 2022; Cecchetti 2022; Di Salvatore 2022; Bruti Liberati 2022.

¹¹ Così *Esergo al Manifesto il diritto del lavoro nella giusta transizione*, cit. Vedi anche Rota (2024, 9), secondo cui fra i diversi valori in contrasto si configurerebbe «un sistema a gerarchia mobile da individuarsi in concreto, richiamandosi ad analisi e valutazioni tecnico scientifiche».

Nelle politiche sociali non basterà rafforzare gli strumenti difensivi degli ammortizzatori sociali, ma si dovranno creare le condizioni di sistema perché sia conveniente non dismettere ma aprire nuove iniziative economiche nei settori stimolati dalle due transizioni indicate nel PNRR (Caruso, Del Punta, Treu 2023, 19 e 34).

La direzione di marcia è chiara, o dovrebbe esserlo. Ma sarà difficile perseguirla perché le due transizioni hanno implicazioni non ancora prevedibili, anche se sono in grado di sconvolgere la geografia del nostro sistema produttivo e sociale.

La rivisitazione degli obiettivi e delle categorie tradizionali, che abbiamo ritenuto necessaria nella nostra riflessione con Riccardo, riguarda anzitutto le direzioni fondamentali dello sviluppo economico, e questa coinvolge in primis la responsabilità delle politiche pubbliche che si sono riconfermate decisive, dopo le deviazioni liberiste.

Ma la urgenza della questione ambientale sta stimolando sia la partecipazione della società civile organizzata alle attività pubbliche, sia nuove iniziative dirette di carattere collettivo sul piano della produzione, come le comunità energetiche, e del consumo e dell'efficientamento e riqualificazione energetica (Caruso, Del Punta, T. Treu 2023, 43).

Gli attori sociali, imprese e sindacati, sono chiamati in causa direttamente per tutti gli obiettivi delle due transizioni, anche perché il rilancio degli investimenti, specie infrastrutturali, necessari per contribuire allo sviluppo sostenibile deve essere accompagnato da nuove politiche sociali e del lavoro, in grado di sfruttare le opportunità occupazionali offerte delle due transizioni, specie dalla economia verde e dai servizi a di cura alle persone e al territorio, due bacini occupazionali ancora poco sfruttati ma con grande possibilità di crescita (Caruso, Del Punta, T. Treu 2023, 30).

La finalizzazione dell'attività delle imprese a un obiettivo di rilievo costituzionale come la salvaguardia dell'ambiente cambia anche i termini in cui si pongono la partecipazione dei lavoratori e il suo stesso fondamento.

Mentre nella dinamica delle relazioni industriali praticate nei sistemi di democrazia pluralista i rapporti partecipativi dipendono da una identificazione convenzionale e spesso precaria degli obiettivi comuni fra le parti, spesso presidiati in paesi con forti tradizioni conflittuali con il nostro da forme in tregua armata, nel nuovo contesto normativo e costituzionale il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità così definiti viene riconosciuto come fine comune delle parti.

Una simile indicazione non predetermina le modalità e la intensità delle forme partecipative che rientrano nelle scelte discrezionali del legislatore e ancor prima delle parti sociali.

Ma dovrebbe sollecitare nel nostro paese, la ricerca di un approccio nuovo alla questione, meno condizionato dalle storiche resistenze e diffidenze di entrambe le parti, e in grado di sperimentare modalità di partecipazione più incisive di quelle attuate in passato, ulteriori rispetto ai diritti di informazione e consultazione previsti dalle risalenti direttive europee.

Canali e procedure specializzate di partecipazione dei lavoratori potrebbero sperimentarsi, anche in versione forte, cioè cogestionale, nelle attività dirette alla tutela dell'ambiente e indicate come oggetto di responsabilità aziendale a questo

riguardo, a cominciare da quelle in cui la voce dei lavoratori può avere maggiore rilevanza e può offrire specifici contributi di conoscenza e di esperienza collettiva¹².

9. *Trial and error* per ripensare il diritto del lavoro nelle transizioni

Il compito richiesto ai giuristi del lavoro è di approfondire le implicazioni delle due transizioni, non limitandosi ad analisi di superficie, ma analizzando in chiave sistematica i cambiamenti da queste indotti e prospettici.

Le pagine scritte con Riccardo hanno espresso alcune considerazioni sugli istituti e sui problemi che ci sembrano più direttamente investiti dalle stesse transizioni: salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, anche rispetto all'ambiente, riconfigurazione del tempo di lavoro e privacy, qualità delle prestazioni, diritto alla formazione continua, obiettivi e modalità della contrattazione collettiva, fino all'uso e al controllo delle tecnologie digitali, al welfare e alle (necessarie) dimensioni internazionali della regolazione del lavoro e delle imprese.

Le abbiamo pensate con la speranza che possano servire a sostenere le ricerche di altri, perché l'impegno per comprendere il futuro del lavoro e delle imprese nell'era digitale e per dare risposte convincenti è appena cominciato.

In conclusione a queste pagine dedicate all'opera di Riccardo, appassionato giurista riformatore, voglio esplicitare una indicazione di metodo che credo rifletta almeno in parte il suo insegnamento. Il compito da noi assunto di rivisitare gli istituti del lavoro alla stregua delle transizioni epocali in atto, in particolare di quella ecologica, richiede una ricerca di lungo periodo condotta su basi valoriali e analitiche rigorose per motivare fondatamente le scelte pubbliche sia di politica industriale sia di politica del lavoro (Caruso, Del Punta, T. Treu 2023, 20).

Perché si tratta non solo di mantenere saldi i principi guida, ma anche di costruire percorsi condivisi per calarli nella complessità delle transizioni e per convincere gli attori protagonisti pubblici e privati a darvi seguito.

È una strada lunga e tortuosa, come quella che in passato è stata seguita per superare «la contrapposizione fra diritto del lavoro ed economia¹³, ancorata all'antitesi tra liberismo e garantismo valoriale, «che è sostenuta da operatori ed esperti di entrambe le discipline» (dall'esergo di Riccardo del Punta).

Per chi percorre questa strada la vita di Riccardo e le sue analisi colte e sapienti sono ancora fonte di indicazioni utili. Lo confermano le sue parole nell'esergo messo in capo al manifesto sulla giusta transizione, che mi sembrano significative anche per sintetizzare il suo metodo di ricerca e il suo impegno di riformatore.

«Ragionare in termini di sostenibilità non lo intendiamo come una deduzione unidirezionale da un unico principio, bensì come una acuta consapevolezza della complessità e spesso della contraddittorietà dei contesti reali, di guisa che ad essi non è possibile reagire con una sola affermazione di valore o con un unico

¹² Al riguardo vedi più diffusamente i miei rilievi in *L'impresa sostenibile: implicazioni per il diritto del lavoro*, di prossima pubblicazione in Astrid.

¹³ Si veda la evoluzione al riguardo delle tesi dell'Ocse riflesse negli *employment outlook* degli anni recenti.

approccio cognitivo. Occorre invece giocare su più piani e su più tasti, secondo un metodo che deve contemplare il *trial and error*».

«È di un diritto del lavoro postideologico (in tutti i sensi) e fattivo nella creazione di capacità dei lavoratori che si avverte il bisogno».

Riferimenti bibliografici

- Bifulco, R. 2022. "La legge costituzionale, 1/2022: Problemi e prospettive." *AGEI*: 7 sgg.
- Bruti Liberati, F. 2022. "Lotta al cambiamento climatico e sostenibilità ecologica e sociale." *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 545 sgg.
- Caruso, B. "M. D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro." *WP CSDLE» M. D'Antona*», IT 464.
- Caruso, B. 1986. *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*. Milano: Giuffrè.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. *Il diritto del lavoro nella giusta transizione. Un contributo «oltre» il Manifesto*. Centre for the Study of European Labor Law. Disponibile su CSDLE.Law.unicat.it.
- Caruso, B., Del Punta, R., Treu, T. 2023. *Manifesto per un diritto del lavoro nella giusta transizione*. Centro Studi "Massimo D'Antona".
- Cecchetti, M. 2022. "La riforma degli art. 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali." *Quaderni Costituzionali*, 351 sgg.
- Chiaromonte, W., Vallauri, M.L. 2024. *Trasformazioni, valori e regole del lavoro*. Vol. I: Scritti scelti sul diritto del lavoro; Vol. II: Scritti scelti di diritto del lavoro. Firenze: Firenze University Press.
- Cipriani, A., Gramolati, A., Mari, G. 2018. *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*. Firenze: Firenze University Press.
- Davidov, G. 2016. *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford Monograph on Labor Law.
- Del Punta, R. 2014. "Verso la individualizzazione dei rapporti di lavoro?" In *Diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di L. Corazza, R. Romei, 121 sgg. Bologna: Il Mulino.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 32, 4: 383-406.
- Del Punta, R. 2017. "Introduction to Guy Davidov, A Purposive Approach to Labour Law." *Giornale del Lavoro e di Relazioni Industriali* 156.
- Del Punta, R. 2020. "Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato." In *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, 11 sgg. Bologna: Il Mulino.
- Del Punta, R. 2022. *Diritto del lavoro e valori*. In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta. Firenze: Firenze University Press.
- Di Salvatore, L. 2022. "Brevi osservazioni sulla revisione degli art. 9 e 41 della Costituzione." *Costituzionalismo Italiano* 1.
- Morrone, A. 2022. "La Costituzione del lavoro e dell'ambiente. Per un nuovo contratto sociale." *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali* 4: 513 sgg.
- Perulli, A., Treu, T. 2022. *In tutte le sue forme e applicazioni*. Torino: Giappichelli.
- Rota, R. 2024. "L'incidenza della novella costituzionale degli articoli 9 e 41 sul bilanciamento degli interessi." *Astrid Rassegna* 384, 4.
- Treu, T. 1965. "Potere dei sindacati e diritti acquisiti dagli associati nella contrattazione collettiva." *Rivista di Diritto Collettivo*, 333 sgg.
- Treu, T. 2023. "Diritti e politiche sociali nel contesto europeo." *Lavoro e Diritto*, 79 sgg.
- Tullini, P. 2022. "La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale." *Labour & Law Issues* 1, 4: 43-56.

Un approccio umanistico al lavoro digitale. Riflessioni a margine

Patrizia Tullini

1. La digitalizzazione e il lavoro: dal dubbio alla speranza

Non sono molti i contributi che Riccardo Del Punta ha dedicato al lavoro nell'economia digitale ma – quando lo ha fatto – ha scelto la prospettiva a lui più congeniale, specialmente nei tempi recenti, con lo sforzo squisitamente epistemologico di conoscere una realtà ampia e molteplice all'interno della quale si colloca il lavoro come un tassello importante, ma non l'unico tassello della nuova progettualità giuridica e sociale.

Contrariamente a quello che potrebbe sembrare appropriato per il giurista – che spesso predilige il compito tecnico-sistematico del diritto vigente anziché quello radicalmente innovativo – occorre avere il coraggio di fare congetture su ciò che sta accadendo, senza attendere che il presente sia sedimentato e filtrato, perché «è del tutto evidente che qui nulla si placa e tutto si trasforma incessantemente» (Del Punta 2022, 509). Pur avendo la consapevolezza, ha avvertito Riccardo, che assistiamo ad un fenomeno in piena corsa e dobbiamo accettare socraticamente la provvisorietà del discorso giuridico.

Del resto, lo ha scritto chiaramente: è il metodo del dubbio quello che può guidarci in questa fase in rapida evoluzione, senza cedere alla tentazione di fuggire in avanti o alle visioni troppo definite del futuro, perché è difficile dominare la mole di informazioni che la tecnologia sta producendo in tutti i campi (Del Punta 2019, 15). Di fronte alle nuove forme occupazionali che stanno emergendo nell'economia digitale il suo approccio epistemologico ruota attorno all'idea

Patrizia Tullini, University of Bologna, Italy, patrizia.tullini@unibo.it, 0000-0002-8184-1850

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Patrizia Tullini, *Un approccio umanistico al lavoro digitale. Riflessioni a margine*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.70, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1131-1140, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

– tutta umanistica – che la rivoluzione tecnologica possa contribuire a migliorare il modo di prestare lavoro e, più complessivamente, possa arricchire l'esperienza del lavoro umano.

Questa prospettiva di segno umanistico richiede anzitutto un'impegnativa opzione filosofico-culturale: quella di respingere importanti costruzioni del pensiero del Novecento (a partire dalle filosofie di Heidegger e di Junger) che hanno criticato la tecnica (cui, oggi, si aggiunge la tecnologia) negando, o comunque disconoscendo, il suo potenziale emancipatorio e trasformativo. Teorie, queste, che hanno espresso la preoccupazione che la tecnica, generando una rappresentazione inautentica della realtà, possa sovrastare il rapporto dell'essere umano con il suo ambiente oppure ridurlo nei termini d'un mero sfruttamento sino allo smarrimento di sé (Irti 2023, 203).

Che cosa evochiamo quando parliamo di lavoro digitale? Del Punta risponde che, in realtà, non si evoca un tema di discussione ma si mobilitano soprattutto dei sentimenti, tutti profondamente umani. E coglie perfettamente nel segno, se è vero che persino i matematici e i sociologi della scienza avvertono che la portata economico-sociale dell'intelligenza artificiale è rappresentata anzitutto dal suo lato emozionale. Si percepisce solo «il suo molteplice e camaleontico volto umanoide con cui essa si interfaccia a noi e che le deriva dai dati generati da umani sui quali è stata addestrata»: si tratta del *bias* antropomorfo di cui siamo intrisi (Contucci 2023).

Il sentimento più immediato è la «grande paura» che il lavoro possa essere sostituito dalle macchine, o peggio, che il lavoro finisca – come preconizzato nelle catastrofiche profezie di fine secolo scorso – perdendo così la sua carica inclusiva e promozionale posta alla base della costruzione della cittadinanza sociale che ha così profondamente segnato il Novecento. Potrebbe accadere che il lavoro diventi «strumento di ansia e incertezza esistenziale, e non più di sicurezza e di integrazione sociale, rompendo quindi il suo legame strutturale con i diritti di cittadinanza» (Mariucci 2023, 712).

E tuttavia, l'altro sentimento pienamente umano, senza dubbio meno frustrante, è «la grande speranza» che la rivoluzione tecnologica possa comportare una trasformazione del mondo del lavoro e costituisca finalmente l'occasione per un ripensamento dei tradizionali valori di riferimento della disciplina lavoristica e delle sue tecniche giuridiche.

In altre parole, Del Punta respinge l'opzione della paura, della richiesta insistente di sicurezza che viene incanalata verso la regolazione giuridica. Un'opzione che, al contrario, ha indotto una cospicua corrente di pensiero ad avvicinare l'epoca che stiamo vivendo ad una sorta di «feudalesimo digitale» (Bazzanella 2020; Arditi 2023; Varoufakis 2023).

La categoria ermeneutica del feudalesimo è abbastanza ricorrente nella storia del pensiero giuridico: negli anni '70 del secolo scorso la letteratura giuslavorista evocò l'immagine del «feudalesimo industriale» per descrivere l'ambiente totalizzante creato dall'impresa, in grado di assorbire quasi completamente la sfera personale del lavoratore, limitando i suoi diritti fondamentali. L'intero arco della vita era scandito dai tempi di lavoro e predeterminato dall'organizza-

zione dell'impresa: le età e le diverse fasi dell'esistenza risultavano funzionali al sistema industriale, a cominciare dal primo apprendistato sino al momento del pensionamento.

Secondo la visione filosofico-giuridica più aggiornata, la svolta digitale dell'attuale capitalismo potrebbe agevolare un ritorno a relazioni di dipendenza e di dominio personale, perché quanto più si diffonde la mancanza di sicurezza e si avverte l'incertezza riguardo al futuro tanto più facilmente si creano vincoli di soggezione sul piano economico-sociale e giuridico. Come il periodo feudale ha istituzionalizzato e normato il dominio personale, così nella contemporaneità si starebbero ri-creando assetti caratteristici della dipendenza personale con l'unica differenza del loro carattere occulto e sommerso: nonostante si pensi di vivere in un'epoca più libera, in realtà ci si basa sulla convinzione fallace secondo cui essere liberi significa essere sicuri.

Il potere economico si presenta diffuso e de-localizzato in una serie di centri delegati al funzionamento del meccanismo accumulativo, mentre la maggioranza dei lavoratori vive in condizioni di povertà crescente e di assoggettamento. La tecnologia, in particolare, sarebbe in grado di innescare una relazione di dipendenza così intensa a carico del soggetto-lavoratore, che ne risulterebbe patologicamente afflitto. Sarebbe ingenuo, infatti, supporre di conoscere il capitalismo digitale solo «tramite il prisma della sua azione economica, o che le sfide che abbiamo davanti si limitino alla comprensione, al contenimento e alla trasformazione dei suoi meccanismi fondanti» (Zuboff 2019, 365). Invero le conseguenze dell'accumulazione e della concentrazione di poteri sembrerebbero già tracimate oltre le pratiche commerciali per invadere il tessuto delle relazioni economico-sociali e condizionare i bisogni dell'individuo (Patrignani 2023).

Riccardo Del Punta abbraccia la sfida del dubbio, ma fermamente respinge la paura. Coltiva invece la prospettiva esattamente opposta: quella della liberazione dell'individuo-lavoratore dalla soggezione e dal dominio di altri. Se si vuole tentare una congettura sul presente – scrive – si dovrà ipotizzare che l'impatto del fenomeno della digitalizzazione sia positivo, appunto emancipatorio, soprattutto per il lavoratore subordinato. Il lavoro 4.0 – da intendersi come un'enfaticizzazione del post-fordismo – promette un'evoluzione, di più una *trasfigurazione*, del vincolo di etero-direzione e di soggezione personale, ponendo al centro della definizione dell'art. 2094 c.c. la «collaborazione con l'impresa» anziché «la collaborazione nell'impresa».

Irrompe qui la questione della libertà secondo quel filone del pensiero liberale, riconducibile in particolare a Philip Pettit (2014), che ha concettualizzato i contenuti della libertà non solo in termini negativi e positivi ma come affrancamento *dall'altrui dominio*, anche con esplicito riferimento alla condizione sociale del lavoratore. La focalizzazione cognitiva che ha catturato la riflessione di Del Punta è «tutta sulle capacità di ciascun individuo di realizzare effettivamente le proprie aspirazioni di vita» in qualunque ambito, compreso quello lavorativo. Ed è proprio nel contesto della *smart factory* che sembra darsi una possibile complementarità di interessi tra impresa e lavoro, tramite la sperimentazione di

pratiche collaborative che auspicabilmente (sul registro della «grande speranza») aprano la strada alla dimensione essenziale dell'auto-realizzazione umana (Del Punta 2016, 363).

Gli elementi sintomatici di questa trasfigurazione del lavoro si potrebbero già cogliere nei rinnovati modelli dell'impresa che presentano caratteri meno gerarchici e puntano a sviluppare relazioni orizzontali con i lavoratori. Modelli imprenditoriali e manageriali che sono più concentrati sugli obiettivi della prestazione, sul coinvolgimento del lavoratore e sulla cultura organizzativa, sugli spazi di autonomia individuale e di auto-responsabilizzazione, oltre che – nei casi più fortunati – sul potenziale creativo dei flussi informativi delle tecnologie digitali (per alcuni esempi cfr. Rademoli, 2023, 13; Spina, Antonelli 2023, 17).

Del resto, non si può negare che le nozioni giuridiche utilizzate quotidianamente dai giuslavoristi in un gioco di combinazioni e di incastri concettuali (subordinazione, etero-direzione, etero-organizzazione, coordinazione, autonomia debole) abbiano una scarsa capacità qualificatoria del tipo di lavoro e soprattutto una ridottissima presa sulla realtà economico-sociale. Si risolvono spesso in un'etichetta descrittiva che si applica *ex post* per giustificare un bisogno di tutela che emerge in concreto, seguendo una tecnica interpretativa che dissimula le reali finalità rimediali.

L'ipotesi epistemologica avanzata da Del Punta prevede che la rivoluzione digitale possa condurre alla conquista di una soggettività piena della persona che lavora, non più paralizzata dal conflitto strutturale d'interessi economico-sociali: uno schema, questo, che appare sempre più corrispondente ad uno stereotipo tutt'altro che inconsapevole. Di fronte ad un fenomeno nuovo e sorprendente, come quello al quale assistiamo, si pone un'alternativa: tra «chi ritiene che esso offra una grande occasione di progresso nella qualità dei rapporti tra imprese e lavoratori, e chi non vi ravvisa, invece, alcuna opportunità», così assumendosi il rischio (e il lusso) di sprecare una possibilità di trasformazione e di miglioramento delle condizioni di lavoro (Del Punta 2019, 25).

A patto che, va subito chiarito, si faccia un esercizio di onestà e di coerenza: e cioè, che il capitalismo digitale non si limiti ad un riconoscimento solo formale e astratto – dunque opportunistico – del ruolo del lavoratore quale collaboratore «con» e «co-produttore» dell'impresa. Se si vuole prendere sul serio la prospettiva collaborativa e co-produttiva, si deve tendere alla pari considerazione del ruolo di tutti gli attori. Non v'è dubbio che la riconciliazione tra il lavoro e l'organizzazione produttiva debba comportare anche «la riconquista della soggettività del lavoratore»: un obiettivo da gestire sul piano individuale «tramite nuove strategie di alleanza tra capitale e lavoro», con la realistica convinzione che l'investimento dell'impresa sulle persone è la chiave per creare valore (Del Punta 2020, 102).

Una prospettiva davvero costruttiva dovrebbe riguardare inoltre il versante collettivo delle relazioni di lavoro, con il riconoscimento (e l'accettazione) da parte dell'impresa digitale del ruolo di rappresentanza svolto dall'attore sinda-

cale, evitando la tentazione di agevolare la spinta che è naturalmente impressa dalle tecnologie verso la disintermediazione sociale.

2. Ridefinire valori e tecniche del diritto del lavoro nella trasformazione digitale

I valori di riferimento della nuova prospettiva dovranno essere necessariamente rivisitati e ridefiniti. Di fronte al rischio di uno strapotere delle tecnologie digitali, in mancanza di un diritto che regolamenti i nuovi domini, Del Punta pensa ad una «costellazione di valori-guida», non più riconducibile ad un unico valore capace di giustificare l'intero sistema giuslavoristico e «prodotto da un'ipotetica grande teoria» (2022, 23; 2019, 26).

Sul pluralismo dei fondamenti assiologici non possono esserci più dubbi, anche perché nuovi valori sono già entrati nel testo costituzionale: l'interesse delle future generazioni e la solidarietà intergenerazionale, la tutela dell'ecosistema, la sostenibilità sociale e ambientale (cfr. art. 9; art. 41, co. 2, Cost.). Altri principi si affermano nelle fonti sovranazionali ed europee, ispirati ad un approccio antropocentrico alla tecnologia: il principio della trasparenza e della c.d. *explainability*, così rilevanti per un utilizzo responsabile degli strumenti digitali; quello della supervisione e della sorveglianza umana «nelle decisioni importanti che interessano i lavoratori», perché siano correttamente «informati del fatto di stare interagendo con sistemi di intelligenza artificiale» (cap. II, punto 6, Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale: 2023/C23/01).

Valori e principi che sono destinati ad essere introiettati dall'ordinamento giuslavorista per ri-orientare le funzioni essenziali della disciplina positiva e per tracciare nuove mappature, anche rivisitando o correggendo finalità e obiettivi saldamente affermati nella narrazione novecentesca (Del Punta 2021, 511).

E tuttavia, non manca la consapevolezza che la trasfigurazione del lavoro secondo l'ispirazione pienamente umanistica non riguarderà tutto il mondo del lavoro: anzi, al momento la tecnologia tende a rendere più profonda ed evidente la polarizzazione tra la fascia alta e bassa del mercato del lavoro, ad accentuare le diseguaglianze socio-economiche, a creare nuovi divari sociali e territoriali. Senza contare che la stessa tecnologia – come dimostra la vicenda relativa al rapporto di lavoro dei *riders* – può provocare una massificazione di ritorno, un fenomeno che altrove è stato etichettato come cyber-proletariato, in quanto ripropone senza troppi aggiustamenti un paradigma organizzativo di tipo tayloristico (Jolly, Prouet 2016, 42; Tullini 2017, 155).

Al contempo, accreditate indagini scientifiche e statistiche ritengono che ad essere più colpiti dall'evoluzione della IA generativa di nuovi modelli linguistici (*large language models*; *foundation models*) non saranno i lavori a bassa competenza e professionalità, ma quelli che richiedono cognizioni specialistiche ed elevate capacità intellettuali: il che, per certi versi, sembra contraddire l'aspirazione della Strategia europea per l'occupazione lanciata per il nuovo millennio che puntava fiduciosamente sull'espansione lineare della società della conoscenza popolata dalla fascia emergente dei *knowledge workers*. Quanto meno si ritiene

che l'introduzione delle macchine intelligenti provocherà, con ogni probabilità, una forte auto-selezione interna alla categoria degli operatori intellettuali¹.

In questo quadro complesso, la *reductio ad unum* dei riferimenti valoriali e concettuali del diritto del lavoro appare per definizione poco praticabile. La sfida del futuro sarà quella di rispondere alle esigenze espresse dai differenti ambiti del mercato del lavoro e dai diversi settori dell'economia digitale.

La costellazione assiologica plurale – immaginata da Del Punta – dovrebbe riconfermare, da un lato, la classica funzione redistributiva della disciplina giuslavorista, ma anche rivisitare, dall'altro, l'impostazione protettiva e di marca tutoria, se non addirittura paternalistica, che risulta ancora presidiata dalla tecnica della norma imperativa e della tutela inderogabile. Il primo terreno di attacco sembra essere la consolidata concezione dei poteri imprenditoriali e dei suoi limiti imperativi. Nel processo di trasformazione digitale la questione della disparità di potere nel rapporto di lavoro sembra tutta da ripensare se si vuole tener conto della logica co-produttiva e della libertà individuale del lavoratore (Novella 2021, 451; Tullini 2021, 434).

Ciò presuppone, ancora una volta, uno slancio fiducioso e ottimistico verso un futuro tecnologico che possa favorire e accrescere le *chances* personali, non solo tramite lo sviluppo delle capacità dell'individuo, ma potendo contare sulla messa in atto delle pre-condizioni materiali che sono indispensabili e che, nondimeno, risultano impegnative in termini di destinazione di risorse pubbliche e servizi per il lavoro.

3. Come sviluppare le capacità individuali collegate al lavoro digitale?

A questo punto s'innesta l'adesione, coltivata da Del Punta, all'approccio teorico che egli ritiene meglio finalizzato all'espansione delle libertà sostanziali dell'individuo e delle sue possibilità di scelta. Si tratta della proposta filosofica trans-disciplinare delle *capabilities*, che sembra precostituire la base valoriale utile per una concezione più matura di lavoratore quale protagonista della propria esperienza lavorativa, non solo recettore passivo di protezioni di carattere imperativo e di regole inderogabili. Del resto, è difficile negare che il lavoratore digitale, senz'altro più individualizzato rispetto al suo predecessore del Novecento, non potrà «essere protetto nel nome delle medesime parole d'ordine che risuonavano bene nel passato» (Del Punta 2019, 27).

¹ Cfr. Rapporto INAPP 2023, *Lavoro formazione, welfare. Un percorso di crescita accidentato*, Roma, 2023, p. 80: «Per le professioni impiegate, nel periodo 2022-2027, si dovrebbe rilevare un lieve aumento degli occupati (0,6%), pari a circa 16 mila unità di lavoro. La scarsa dinamicità occupazionale è riconducibile all'accelerazione dei processi di automazione e digitalizzazione. In particolare, all'interno della categoria, si prevede per gli addetti alla gestione amministrativa, contabile e finanziaria e per gli addetti alla raccolta, controllo, conservazione e recapito della documentazione una flessione della domanda attorno all'1%». Si prevedono in aumento, invece, i lavori digitali globali, con altre opportunità ma anche ulteriori rischi per la forza lavoro: WEF, *The rise of Global Digital Jobs*, WP, January 2024.

Per non affidarsi solo alla prospettiva filosofico-sociologica, e soprattutto per non scivolare in una dimensione semplicemente ottativa, occorre individuare qualche pista regolativa e alcune ipotesi di operatività concreta del punto di vista della capacitazione. Di massima le declinazioni tematiche possono essere molteplici: si possono ri-considerare i sistemi d'inquadramento professionale, che sono tuttora abbastanza statici; ridisegnare i percorsi formativi e di crescita professionale; ristrutturare orari e tempi di lavoro. In particolare, la flessibilità funzionale e la mobilità endo-aziendale si prestano ad una rivalutazione nella logica della capacitazione, tenuto conto che la difesa rigida delle mansioni (già scalfita dal *Jobs Act*) non costituisce più l'esclusiva piattaforma per la tutela del lavoratore nella relazione individuale con l'impresa (Del Punta 2020, 101).

Da questo angolo visuale, la protezione di cui necessita il lavoratore non consiste tanto (o soltanto) nella limitazione imperativa dei poteri datoriali o nel misconoscimento della dialettica tra diritti e mercato, quanto nella valorizzazione delle qualità e delle competenze adeguate alle realtà produttive create dalla tecnologia.

L'azione delle agenzie pubbliche e l'intervento sociale dello Stato, attraverso un adeguato investimento nelle politiche attive del lavoro (ma il compito spetta anche alla contrattazione collettiva), dovrebbero promuovere l'idea del lavoratore adulto, in quanto soggetto agente e libero dal dominio, potenziando le sue abilità e creando le condizioni effettive per l'*employability*. Non si può immaginare, infatti, che le *capabilities* si sviluppino da sole come un prodotto spontaneo del mercato del lavoro².

Il cambiamento tecnologico non è un fenomeno omogeneo, ma fortemente legato alla dotazione di competenze che caratterizza in modo disuguale le economie, i contesti territoriali, le imprese e le forme occupazionali. Il possesso delle competenze digitali è differente per le diverse categorie del mercato del lavoro e determina effetti di polarizzazione in senso geografico, sociale, generazionale e di genere. Gli studi sul campo evidenziano anche una netta correlazione tra i percentili di reddito e le abilità digitali dei lavoratori, evidenziando un'ulteriore polarizzazione provocata dalle diseguaglianze nella distribuzione dei redditi (Caravella e altri 2023, 39).

Poche sono le proposte in circolazione per innovare i meccanismi che favoriscono l'occupabilità e i processi di *upgrade* professionale: si tratta di proposte che per lo più prevedono una maggiore cooperazione pubblico/privato nel mercato del lavoro e nei percorsi della formazione. Una ricetta che raramente consegna un preciso disegno regolativo, tranne la previsione di un allentamento dei vincoli legali e una maggiore adesione ai fabbisogni espressi dalla domanda di lavoro, magari delegando o investendo le stesse imprese di compiti formativi

² ISTAT, Imprese e ICT, anno 2023, www.istat.it/files/2023/12/report-impese_2023.pdf: «La mancanza di competenze frena l'adozione delle tecnologie di intelligenza artificiale (IA): è un ostacolo per il 55,1% delle imprese che hanno preso in considerazione l'utilizzo delle tecnologie IA senza poi adottarle».

formali tramite la c.d. formazione di ultimo miglio e la co-progettazione di attività formative con gli attori pubblici (Ciucciovino 2023, 322).

La piattaforma *web* per l'inclusione sociale e lavorativa (SIISL) – introdotta per i lavoratori deboli ma in prospettiva destinata a rivolgersi a tutti gli inoccupati e disoccupati (cfr. art. 5, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023) – sembra tutt'altro che attrezzata per conseguire gli specifici obiettivi di potenziamento delle capacità professionali e del bagaglio di abilità personali. Con le stesse modalità telematiche è possibile accedere anche alla misura di «Supporto per la formazione e il lavoro» che, in caso di partecipazione ai programmi formativi, assegna un beneficio economico temporaneo a favore di determinate categorie di soggetti (art. 12, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023) (Ciarini e altri, 2023).

Sebbene si proponga di «favorire percorsi autonomi di ricerca di lavoro e rafforzamento delle competenze», consentendo di usufruire di «strumenti di politica attiva del lavoro adeguati alle proprie caratteristiche e competenze» (art. 5, co. 2), la piattaforma pubblica presenta tutte le caratteristiche di un motore di ricerca *online* anziché quelle proprie di un sistema di gestione delle politiche attive. La misura di «Supporto per la formazione e il lavoro» ha una vocazione generalista, ammettendo in modo indifferente i «progetti di formazione, di qualificazione e riqualificazione professionale, di orientamento, di accompagnamento al lavoro e di politiche attive del lavoro comunque denominate» (art. 12, co. 1, d. l. n. 48/2023, cit.).

Il veicolo tecnologico promette l'interoperabilità delle banche dati degli operatori del mercato del lavoro (e questo, di per sé, è un obiettivo auspicabile), ma non sembra ovviare al lato burocratico delle procedure che, invece, risulta in complesso accentuato. Il percorso di attivazione lavorativa è piuttosto complicato e costellato di meccanismi di condizionalità: a ben vedere, l'alfabetizzazione digitale si rivela la chiave dell'intero processo che, peraltro, al momento fornisce i servizi per il lavoro corrispondenti ai livelli essenziali delle prestazioni già standardizzate dal d.m. n. 4/2018 (All. B). Siamo dunque ancora lontani dalla declinazione di politiche attive mirate: cioè, capaci di riconoscere e promuovere le *capabilities*, di sviluppare i talenti individuali, di aumentare le possibilità di scelta del lavoratore, di ridurre i divari sociali e territoriali.

E' pur vero che, nonostante i ritardi e i ripensamenti dell'intervento pubblico nel mercato del lavoro, una vera riflessione sulla progettazione delle politiche attive è soltanto agli inizi – come ammetteva Del Punta, senza tuttavia cedere ad un facile scetticismo «(con tante scuse per un disinteresse che purtroppo persiste sul tema)» – ritenendo che l'investimento pubblico dovrebbe essere «ulteriormente rilanciato e perfezionato». Senza dimenticare che occorre anche il contributo della cultura giuslavorista, che sinora si è mostrata spesso distratta o noncurante anziché preoccuparsi di elaborare proposte costruttive e confrontarsi con la realtà dei servizi per il lavoro.

Eppure, dovrebbe essere logico e persino scontato che sull'occupabilità delle persone e sui diritti che ineriscono a questa essenziale dimensione dell'esperienza umana «ci giochiamo il lavoro del futuro, e quindi anche il futuro del lavoro» (Del Punta 2019, 20).

Riferimenti bibliografici

- Arditi, D. 2023. *Digital Feudalism: Creators, Credit, Consumption and Capitalism*. Bingley: Emerald Publishing Limited.
- Bazzanella, E. 2020. *Il feudalesimo digitale. I nuovi poteri del nostro presente/futuro*. Trieste: Asterios.
- Caravella, S., Cerra, R., Crespi, F., Guarascio, D., Menghini, M. 2023. "La diffusione delle competenze digitali in Italia e in Europa: divari territoriali e sociali." *Rivista di Politica Economica* 1: 39 sgg.
- Ciarini, A., Maino, F., Gallo, G., Raitano, M., Lodigiani, R., Sacchi, S. 2023. "Dal reddito di cittadinanza all'assegno di inclusione: un contributo alla riflessione." *Menabò di Etica e Economia* 202.
- Ciucciovino, S. 2023. "L'intermediazione alla prova dello skill mismatch." *Lavoro e Diritto*, 309 sgg.
- Contucci, P. 2023. "IA: rischi e pericoli." *Il Mulino*, 14 dicembre 2023.
- Del Punta, R. 2016. "I confronti impossibili: note su Bruno Trentin, il Jobs Act e la sinistra." In *Il lavoro dopo il Novecento. Da produttori ad attori sociali. La città del lavoro di Bruno Trentin per un'«altra» sinistra*, a cura di A. Gramolati e G. Mari, 357 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2019. "Diritti del lavoro e economia digitale." In *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. Alessi, M. Barbera e L. Guaglianone, 15 sgg. Bari: Cacucci.
- Del Punta, R. 2020. "I diritti del lavoro nell'economia digitale." In *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo, 99 sgg. Firenze: Pacini Giuridica.
- Del Punta, R. 2021. "A proposito di E. Mingione (a cura di), Lavoro: la grande trasformazione, Feltrinelli 2020." *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali* 3: 509 sgg.
- Del Punta, R. 2022. "Diritto del lavoro e valori." In *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di R. Del Punta, 21 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Irti, N. 2023. "Umanesimo del lavoro e civiltà tecnica." *Rivista di Diritto civile* 2: 203 sgg.
- Jolly, C., Prouet, E. 2016. "L'avenir du travail: quelles redefinitions de l'emploi, des status et del protections?" *WP 4*. Disponibile al link <www.strategie.gouv.fr>.
- Mariucci, L. 2023. "Culture e dottrine del giuslavorismo." In *Scritti di diritto del lavoro*, a cura di G.G. Balandi e A.R. Tinti, vol. III, 684 sgg. Bologna: Il Mulino.
- Novella, M. 2021. "Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti." *Lavoro e Diritto* 3-4: 451 sgg.
- Patrignani, N. 2023. "Non chiamiamola «intelligenza» artificiale." *Il Mulino*, 7 dicembre 2023.
- Pettit, P. 2014. *Just Freedom: A Moral Compass for a Complex World*. New York: Norton.
- Rademoli, A. 2023. "Progettare e strutturare una Direzione HR data driven: la BI per le risorse umane strumento di creazione di valore e cambiamento organizzativo." *Personale e Lavoro* 660: 13 sgg.
- Spina, A., Antonelli, G. 2023. "Clima e cultura organizzativa per la gestione delle persone." *Personale e Lavoro* 661: 17 sgg.
- Tullini, P. 2017. "Quali regole per il lavoratore-utente del web? Scambio economico e tutele." In *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. Tullini, 141 sgg. Torino: Giappichelli.
- Tullini, P. 2021. "La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo." *Lavoro e Diritto* 3-4: 429 sgg.

Varoufakis, Y. 2023. *Tecnofeudalesimo: Cosa ha ucciso il capitalismo*. Traduzione di S. Serù. Milano: La nave di Teseo.

Zuboff, S. 2019. *Il capitalismo della sorveglianza: Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*. Traduzione di P. Bassotti. Roma: Luiss University Press.

Dalla epistemologia breve del diritto del lavoro al dibattito odierno sul salario minimo

Lucia Valente

1. Riflessioni a caldo di un giuslavorista prestato alla politica

Nella sua intensissima attività di studioso, Riccardo del Punta (RDP) si è occupato di tantissimi argomenti, molti dei quali «sistematizzati» nel suo Manuale giunto alla quindicesima edizione¹. Per ricordarlo vorrei partire dal saggio *Epistemologia breve del diritto del lavoro*² che sarà oggetto della parte iniziale di questo mio scritto per collegarlo, nella seconda parte, alla odierna discussione sul salario minimo legale scaturita dal parere del Cnel dell'ottobre scorso. Perché, in un momento nel quale si sta provando a costruire una parte relevantissima del diritto del lavoro italiano, ritengo attuale e condivisibile l'idea di una nuova epistemologia del diritto del lavoro proposta da RDP, fondata su una logica comunicativa (p. 48) e sul confronto trasparente tra le opposte visioni, in cui sia possibile analizzare tutte le opzioni politiche e valoriali e nel quale le difformità di opinioni possano «essere composte attraverso la selezione habermasiana dell'argomento migliore» (p. 56).

Il saggio è pubblicato all'indomani della legge n. 92/2012, la c.d. legge Fornero.

A questa legge, nata anche per rispondere a precise istanze dell'UE (esplicitate nella lettera del 5 agosto 2011 inviata al Governo italiano congiuntamente dai Governatori uscente ed entrante della BCE), RDP aveva dato un importantissimo

¹ Del Punta 2023, aggiornato da R. Romei e M. L. Vallauri con la collaborazione di W. Chiaromonte.

² AA.VV. 2012, 329, e in *LD*, 2013, 37.

Lucia Valente, Sapienza University of Rome, Italy, lucia.valente@uniroma1.it, 0000-0002-6260-5553

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Lucia Valente, *Dalla epistemologia breve del diritto del lavoro al dibattito odierno sul salario minimo*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.71, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1141-1155, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

contributo nel tentativo, in parte riuscito, di dare una svolta alla situazione occupazionale italiana, caratterizzata da scarso dinamismo e da squilibri di tutele tra *insiders* e *outsiders*³. Dopo la legge c.d. Fornero – ma lo stesso era accaduto in precedenza con il c.d. pacchetto Treu e con il decreto Biagi, in seguito con il c.d. *Jobs act* solo per citare alcuni esempi – la dottrina e la giurisprudenza si sono spaccate: prima sulla opportunità politica e poi sulla interpretazione di quelle norme. Perché le modalità d'ingresso nel (variegato) mondo del lavoro diverse dal contratto a tempo pieno e indeterminato e le modalità di protezione del lavoratore dal mercato, alternative al regime di *job property*⁴, così come la retribuzione di cui parleremo, costituiscono il cuore pulsante della nostra materia dove si consuma, da decenni, lo scontro tra individuale e collettivo del diritto del lavoro.

2. Il giurista, la filosofia e le contese accademiche

Nel suo saggio, RDP si fa scudo dell'autorità del filosofo per denunciare, con l'eleganza che lo caratterizza, le contese accademiche e giurisprudenziali nella identificazione della *verità* del diritto. Egli sottolinea la difficoltà di sorvegliare i processi interpretativi della norma e le derive soggettivistiche che ne derivano, quando il giurista è chiamato a ricercarne la *ratio*: fase, questa, influenzata dal *diritto giurisprudenziale* che diventa diritto vivente capace, per la sua vulnerabilità, di minare alle basi la certezza del diritto. Questo soggettivismo si annida anche, e soprattutto, nella fase di ideazione o creazione della norma, quando il diritto risente della centralità della politica che influenza il dibattito pubblico sul lavoro da molte stagioni. Anzi, la politicizzazione del diritto del lavoro *de iure condendo* è tale che non di rado essa ne influenza l'interpretazione *de iure condito* con una circolarità che non si riscontra facilmente altrove: «al giurista del lavoro, più che cosa sia la norma e quali ne siano le condizioni di validità interessano gli scopi che essa è rivolta a perseguire. Il che condiziona non soltanto i processi di produzione normativa ma, a valle, l'interpretazione stessa, improntata a una giurisprudenza degli interessi in virtù della quale la valorizzazione della *ratio* normativa [...] che comporta un'apertura alla dimensione meta-giuridica [...] ha la meglio, da sempre, sul ragionamento esegetico e sistematico» (p. 42).

3. Genesi ed evoluzione del diritto del lavoro

Partendo dalla «incapacità del diritto del lavoro di adeguare le proprie strutture cognitive e valutative...al contesto economico, sociale e culturale

³ Il riferimento è alla teoria economica originariamente proposta dagli economisti A. Lindbeck e D.J. Snower, introdotta nel patrimonio culturale giuslavoristico italiano da P. Ichino sin dal 1996 ne *Il lavoro e il mercato*, poi nel 2004 nelle sue, *Lezioni di economia del lavoro*, infine rielaborata dallo stesso A. in *Contratto di lavoro (diritto ed economia)*, nel volume curato dal R. Del Punta, R. Romei e F. Scarpelli *Contratto di lavoro*, 2023 dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 2023.

⁴ Il riferimento è ancora una volta a P. Ichino, *Contratto di lavoro (diritto ed economia)*, cit.

profondamente mutato» (p. 38), RDP evidenzia come la globalizzazione dei mercati abbia reso non più sostenibile un atteggiamento culturale di chiusura del diritto del lavoro «che bastava a se stesso sin quando la materia veleggiava sull'onda della storia»: atteggiamento che oggi deve essere corretto «da una torsione di stampo kantiano, finalizzata alla ricostruzione, ad uno stadio più evoluto, dell'autorità cognitiva del sapere giuslavoristico» (p. 41). Interrogandosi sulla genesi del diritto del lavoro, RDP prende atto del condizionamento della filosofia marxista sulla materia, della conseguente aperta svalutazione delle istanze individualistiche in nome della lotta di classe e del fallimento della promessa di una società egualitaria nella quale a ciascuno «sarà dato non secondo i suoi meriti ma secondo i suoi bisogni» (p. 39). E sottolinea come la globalizzazione abbia messo in crisi l'atteggiamento culturale paternalistico e di chiusura del diritto del lavoro alle istanze di modernizzazione veicolate dalle istituzioni europee e internazionali in risposta alla grande trasformazione del capitalismo globale.

4. La carta costituzionale e i suoi valori

Dopo un periodo iniziale nel quale per giustificare la materia bastava la critica al capitalismo e la contrapposizione degli interessi tra servo e padrone, e il diritto del lavoro poteva essere costruito come «difesa della persona e della personalità del lavoratore» dal «potere dominante dell'imprenditore», a bilanciare in un modo diverso il mondo dei valori del diritto del lavoro capaci di giustificare la materia è venuta in soccorso la Costituzione. La Carta costituzionale, che è per RDP al tempo stesso una sorta di super norma e una tavola di valori, ha però dei limiti. Essa indica nuovi scopi (valori), oltretutto passibili d'interpretazioni discordanti alla luce dei mutamenti economici, sociali e culturali (p. 44): si pensi al principio di eguaglianza e al principio di libertà economica e alla loro difficile convivenza. Ma la Costituzione non indica i mezzi con cui realizzarli, lasciando questi alla politica. Perciò, quando la globalizzazione ha riportato in primo piano la necessità di fare i conti con l'economia (perché nessun sistema nazionale poteva più pretendere di chiudersi in sé per ragionare soltanto di sé), anche la cultura giuslavoristica ha riscoperto che il diritto del lavoro non è una variabile indipendente «ma che occorre(va) verificarne la compatibilità con le esigenze dei sistemi economici incalzati dalla competizione globale e da ultimo anche dalla speculazione finanziaria». In questo nuovo scenario «il problema del fondamento o della giustificazione, della materia, si è riproposto in grande stile, senza che la costituzione potesse essere di particolare ausilio per risolverlo» (p. 44). Questo non significa, secondo RDP, smarrire il confine fra ciò che è diritto e ciò che non lo è: bensì, al contrario, significa tracciare meglio detto confine, «preservando la positività del sistema giuridico, ma considerando tale sistema *aperto*, anche nel momento interpretativo, nei confronti degli apporti esterni», e accettando il confronto con altre discipline come carattere costitutivo ed essenziale di un approccio moderno al diritto del lavoro strettamente condizionato dalla realtà economico-sociale.

5. Ammettere l'economia al tavolo dei formanti

Per il giurista del lavoro questo significa dover «ammettere l'economia al tavolo dei propri formanti»: non solo per selezionare i propri fini, ma anche per individuare i mezzi necessari per raggiungerli, quindi per valutare l'efficienza e l'efficacia delle norme lavoristiche⁵. Le norme, secondo RDP, non possono più prescindere da analisi empiriche, valutazioni statistiche, analisi economiche o sociologiche. L'apertura del diritto del lavoro alla *interdisciplinarietà* è una sfida epistemologica che deve essere accettata se si vuole evitare soluzioni che non siano soltanto il frutto di *input* politici rivolti all'acquisizione del consenso, ma siano, piuttosto, il prodotto della necessità – imposta dalla norma di rango superiore, sia essa costituzionale o sovranazionale – di arrivare a uno scopo determinato utilizzando strumenti tecnici idonei a raggiungerlo (p. 43).

In questo ordine di idee il ricorso alla verifica sul piano economico degli effetti della norma ordinaria, essendo imposto dal suo assoggettamento alla norma di rango superiore, soddisfa una necessità di ordine squisitamente giuridico: RDP sottolinea come sia qui l'ordinamento stesso a imporre al giurista di attingere, nel proprio ragionamento, anche al risultato del lavoro dell'economista.

6. Il ruolo del giurista moderno

Nel criticare l'atteggiamento identitario volto ad affermare che «l'economia non ci riguarda», Egli sostiene che al giurista del lavoro non basta individuare i fini che la legislazione deve raggiungere, ma è necessario dire con quali mezzi quei fini verranno raggiunti: il che significa indagare «il profilo dell'efficacia materiale delle norme» (p. 44). A questo punto, però, RDP fa un passo avanti distinguendo, idealmente, tre possibili ruoli del giurista.

Il primo è quello del giurista «partigiano» (p. 45) che si pone come difensore di un'istanza valoriale alternativa alla valutazione economica del diritto, ritenuta palesemente irrilevante.

Il secondo, che credo sia quello in cui si identifichi RDP, è il ruolo del giurista che per affiancare il regolatore politico e aiutarlo, è disposto a spogliarsi idealmente delle sue preferenze per «farsi garante dell'eguale considerazione di tutte le informazioni rilevanti e della corretta ponderazione delle stesse». Per raggiungere questo risultato, il giurista deve avere la dote necessaria della «disponibilità all'ascolto di punti di vista diversi» per garantire «il migliore inserimento dell'ipotizzata nuova regolazione nel sistema giuridico».

Un ruolo ulteriore è quello del giurista che svolge la funzione di «tradurre le decisioni regolative adottate in un linguaggio specializzato che rimane non facilmente accessibile ai più, soprattutto quando le nuove disposizioni sostituiscono, modificano, correggono, integrano, disposizioni preesistenti»: in questo ruolo, per RDP, il giurista assume una posizione di «quasi monopolio professionale».

⁵ Giungono a una soluzione opposta, Perulli, *Speziale* 2022, 34 sgg. e qui i rif. bibliografici.

7. Ce lo chiede l'Europa?

È ora giunto il momento di collegare il discorso di RDP con l'attuale dibattito sul salario minimo legale tornato alla ribalta nel mese di agosto di quest'anno quando il Governo, per rispondere alle istanze dell'opposizione a sostegno di un disegno di legge presentato alla Camera il 4 luglio, ha affidato al Cnel il compito di preparare un «documento di osservazioni e proposte in materia di salario minimo in vista della prossima legge di bilancio»⁶. È proprio in riferimento agli esiti dell'indagine del Cnel che questo scritto intende verificare se e quanto il metodo di RDP abbia attecchito nel dibattito giuridico.

Come nel 2012, quando RDP è stato chiamato dal Governo a collaborare alla riforma in materia di recesso dal rapporto di lavoro in linea con quanto veniva chiesto dai vertici della UE, è necessario farci una prima domanda: c'entra o non c'entra l'Europa nell'attuale dibattito sul salario minimo legale?

La risposta a questa domanda è positiva. Ancora una volta è l'Europa sociale a dettare l'agenda politica italiana.

Il 19 ottobre 2022 il Parlamento europeo e il Consiglio adottano la direttiva 2022/2041 relativa a standard retributivi minimi adeguati nell'Unione europea: appena in tempo per portare la questione al tavolo del governo di Giorgia Meloni insediatisi da meno di un mese. La direttiva rispettando scrupolosamente il principio di sussidiarietà e proporzionalità, tenuto conto di una rigorosa valutazione d'impatto che però non risolve tutti i problemi connessi con questo tema scottante, non pone alcun obbligo di adottare un salario minimo adeguato per gli S.M. che presentano una elevata copertura della contrattazione collettiva (80%: art. 4); introduce invece due percorsi per il salario minimo adeguato distinguendo il gruppo di S.M. (21) che ha già una legislazione sui minimi dai paesi (6, tra cui l'Italia, poi ridotti a 5) che invece affidano la fissazione degli standard salariali alla contrattazione collettiva nazionale. Per il primo gruppo, la direttiva indica delle procedure per la determinazione e l'aggiornamento dei minimi legali affinché sia garantito il potere d'acquisto dei salari (art. 5). Per il

⁶ Il riferimento è al documento del 4 ottobre 2023 *Inquadramento e analisi del problema* redatto dalla Commissione dell'informazione e al documento del 12 ottobre 2023 dell'Assemblea generale. La bibliografia sul tema del salario minimo è sterminata. Per ragioni di spazio sia consentito rinviare soltanto a Albi 2023 dove sono raccolti i contributi di M. Brollo, F. Di Noia, C. Ponterio, E. Tarquini, V. Bavaro, P. Saracini, S. D'Ascola, R. Galardi, M. Vitaletti, S. Borrelli, G. Orlandini, N. Marongiu, G. Romani, I. Pata, P. Albinì, P. Giuliani, V. Ronzitti, M. Faioli, P. Pascucci, F. Galasso, C. Pareo, M. D'Onghia, P. Loi, M. Raitano, R. Salomone, M. Mariani, A. Sgroi; al numero monografico speciale 1/2/2022 di LDE curato da A. Bellavista recante anch'esso numerosi contributi di A. Bellavista, T. Treu, A. Tursi, M. Magnani, P. Tullini, G. Proia, P. Alleva, M. Martone, O. Razzolini, V. Bavaro, M. Barbieri, E. Menegatti, G. M. Ballistreri, D. Garofalo, R. Santucci, P. P. Bombardieri, G. Romani, F. Redavid e il fascicolo n. 3/2023 di LDE curato da A. Tursi con introduzione di P. Martello e con i contributi di M. Balistreri, M. Barbieri, V. Barzotti, W. Rizzetto, A. Bellavista, G. Bronzini, A. Garnerò e M. Leonardi, L. Imberti, P. Lambertucci, E. Menegatti, C. Pisani, F. Rotondi, R. Santucci, T. Treu, L. Valente, L. Zoppoli, L. Sbarra, P. Bombardieri; Massagli, Porcheddu, Spattini 2022.

secondo gruppo, essa prevede invece soltanto un obbligo di redigere un piano d'azione per promuovere la contrattazione collettiva al fine di aumentarne, progressivamente, il tasso di copertura in settori deboli e sotto-rappresentati. La premessa da cui muove la Commissione è che in molti S.M. le tendenze strutturali quali la globalizzazione, la digitalizzazione e l'aumento del lavoro atipico, soprattutto nel settore dei servizi, hanno portato a una maggiore polarizzazione del lavoro che, a sua volta, ha generato un aumento della percentuale dei posti di lavoro a bassa retribuzione e a bassa qualifica, soprattutto nei servizi, contribuendo a un indebolimento delle strutture della contrattazione collettiva, un aumento della povertà lavorativa e delle disuguaglianze salariali.

La direttiva 2022/2041 s'inserisce nel solco dell'Europa sociale tracciato dal *Social Pillar*. Essa, segue di due anni la fondamentale direttiva 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e anticipa di un anno la direttiva 2023/970 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione. Di queste due fondamentali direttive sulla trasparenza, anche retributiva, e sulle discriminazioni retributive di genere non vi è traccia nel documento del Cnel.

8. La inevitabile spaccatura sul salario minimo

Il 4 luglio scorso, a seguito della presentazione da parte delle opposizioni del disegno di legge AC 1275/2023, che dichiara di voler dare attuazione alla direttiva europea, si riaccende in Italia un dibattito politico, già innescato qualche anno prima da due progetti di legge non andati a buon fine⁷ e dalla proposta di direttiva sul salario minimo adeguato⁸.

La spaccatura del fronte accademico/politico è immediata. Da un lato si collocano coloro secondo i quali questa volta l'Europa non c'entra perché la direttiva europea 2022/2041 non contiene alcun obbligo per il nostro Paese.

Dall'altro lato si collocano coloro che ritengono necessario e urgente un intervento legale, perché la direttiva intende affrontare il tema, assai più rilevante e complesso, del lavoro povero anche nei Paesi, come il nostro, caratterizzati da una elevata copertura della contrattazione collettiva.

⁷ Il dibattito era stato piuttosto acceso a ridosso dei disegni di legge D.D.L. 17 luglio 2018, A. S. 658, On. Catalfo; D.D.L. 11 marzo 2019, A.S. 310, On. Nannicini. Danno conto di questo dibattito Ballestrero, De Simone 2021 e qui l'ampia bibliografia, che mettono in evidenza i limiti delle proposte di legge presentate dal M5S e dal PD soprattutto in relazione alla difficile sinergia tra legge e contrattazione collettiva. Nel 2014 la l. n. 183, art. 1 lett. g, aveva delegato il Governo allora in carica ad adottare in via sperimentale un salario minimo orario.

⁸ Tra i tanti, Treu 2021; Bellavista 2021; Bavaro, Borrelli, Orlandini, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*; Barbera, Ravelli, *Osservazioni sulla proposta di direttiva sulla commissione relativa a salari minimi adeguati nell'UE – COM(2020) 682 final*; Razzolini 2021; Barbieri, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, e Barbieri, *Il salario minimo legale*, Memorie per la XI Commissione della Camera dei deputati.

Chi sostiene la prima tesi, in linea con la posizione astensionistica del Governo in carica⁹, osserva che la direttiva vuole, sì, contrastare il lavoro povero, ma la stessa nulla dice sull'innalzamento dei salari medi¹⁰, né impone un salario minimo legale come proposto dalle opposizioni. Né, in alternativa, la direttiva impone di dotare i contratti collettivi di efficacia *erga omnes*, magari con una legge sulla rappresentanza in attuazione dell'art. 39 della Costituzione. Proclama inoltre una certa sfiducia in una eventuale «commissione di professori designati dalla politica» per definire la tariffa equa per legge. E manifesta la preoccupazione per un «effetto sostituzione» quando non una mortificazione del ruolo delle parti sociali come storica autorità salariale (Tiraboschi, Brunetta 2022). Per giunta in un Paese nel quale la copertura della contrattazione supera abbondantemente l'80% richiesto dalla direttiva UE. Sul piano economico, il rifiuto è giustificato dalla critica alle *minimum wage laws*, il cui difetto sarebbe quello di aumentare la povertà e la disoccupazione¹¹. I sostenitori della via negoziale al salario minimo, sostengono infine che ben altri sono i problemi del lavoro povero: contratti atipici, scarsa produttività, lavori con orario ridotto, finto lavoro autonomo, elusione della normativa lavoristica, scarsi controlli ispettivi.

Chi, invece, sostiene la necessità di un intervento normativo, sottolinea la perdita di potere d'acquisto dei salari, determinata oltre che da una crescente inflazione anche dal mancato rinnovo dei contratti collettivi; la sua costante perdita di centralità come autorità salariale (Treu 2019, 767); il crescente numero di persone alle quali il contratto collettivo non garantisce un tenore di vita dignitoso soprattutto in settori deboli della nostra economia; e la difficile convivenza tra legge e contrattazione collettiva nel nostro Paese ascrivibile alla mancata attuazione dell'art. 39 Cost.. A queste ragioni si aggiunge la mancanza di trasparenza dei salari e l'opportunità di rendere più semplici e conoscibili le voci da cui è composta una busta paga (Ichino 2023). Resta infine il nodo del *dumping* salariale, dei contratti pirata e del *far west* contrattuale, accompagnato dalla mancata individuazione dei «perimetri» entro i quali sia possibile effettuare la verifica della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali necessaria per l'attuazione dei principi contenuti negli artt. 36 e 39 Cost.¹².

9. Cosa dice il Cnel

Il 4 ottobre 2023, il Cnel risponde all'incarico del Presidente del Consiglio dei ministri con un documento redatto dalla Commissione dell'informazione,

⁹ Cazzola 2023; Adapt, *Salario minimo*, Memoria di audizione informale presso la XI commissione della Camera dei deputati, 23 luglio 2023.

¹⁰ Massagli, Porcheddu, Spattini 2022, con contributi dei curatori e di M. Tiraboschi, S. Seghezzi, F. Nespoli.

¹¹ Fridman 1962, citato da Razzolini 2022.

¹² Anche su questo tema la letteratura è vastissima. Per brevità rinvio al *focus* dedicato a questo tema dal n. 3/2022 di LDE, e ai contributi, qui raccolti, di A. Bellavista, R. De Luca Tamajo, M. Ferraresi, E. Gragnoli, A. Lassandari, A. Pizzoferrato, M. Ricci, P. Tosi.

un organismo istituzionalmente preposto alla raccolta, alla organizzazione e alla elaborazione di contratti collettivi che dispone del materiale raccolto nell'archivio nazionale dei contratti collettivi di lavoro. La relazione, preso atto della *mancanza di una valutazione d'impatto* di una legge sul sistema economico e produttivo e sulle dinamiche dell'occupazione, dell'*estrema polarizzazione* del dibattito pubblico e del confronto politico, tra favorevoli e contrari, per evitare di replicare dinamiche e ragionamenti duali che si prestano a strumentalizzazioni, decide di... non decidere.

10. Il quadro è preoccupante

Il Cnel si limita a scattare una fotografia aggiornata della situazione esistente in Italia e a rimandare ogni decisione all'Assemblea straordinaria del successivo 12 ottobre. La fotografia, però, non è affatto rassicurante. Punto di partenza è proprio l'analisi della direttiva 2022/2041 (par. 3 della relazione) che obbliga gli S. M. a non gravare le piccole e medie imprese di inutili oneri e vincoli amministrativi, finanziari o giuridici (considerando 39 della direttiva); a tutelare i lavoratori negli appalti pubblici (art. 9)¹³; a introdurre un affidabile sistema di monitoraggio della contrattazione collettiva per verificare sia l'andamento dei salari sia il tasso di copertura dei lavoratori (art. 10); a garantire la trasparenza salariale che consenta a ogni lavoratore la conoscibilità del trattamento retributivo dovuto. Obblighi rispetto ai quali, secondo il Cnel, «la situazione italiana appare carente». Inoltre, e questo è un passaggio assai significativo, la Commissione rivela di non avere le opportune informazioni per un quadro *affidabile e condiviso* sul sistema salariale italiano (par. 3): al punto da auspicare che il Cnel diventi un «forum permanente» di confronto e collaborazione stabile e continuativa tra le forze sociali e tutti i soggetti istituzionali deputati alla raccolta dei dati utili per il monitoraggio sistematico della contrattazione collettiva e dei salari.

Insomma, la carenza delle necessarie informazioni e la mancata interoperabilità delle banche dati (par. 4) impedisce ai membri della Commissione di formulare pareri e proposte al Governo sul tema specifico della quantificazione del salario minimo: che stando ai dati in possesso della Commissione risulta comunque allineato alle prescrizioni europee. Per quanto riguarda, invece, la quantificazione delle tariffe minime contrattuali necessaria per la valutazione di adeguatezza del salario negoziale, dalla relazione si evince che non vi è accordo tra i membri della Commissione sulla determinazione delle voci che la compongono: queste variano a seconda che si applichi un criterio «interno» alla contrattazione o un criterio «esterno» di fonte giurisprudenziale. Inoltre

¹³ Invocano a tale riguardo la reintroduzione del principio di parità di trattamento negli appalti interni (già previsto dalla l. 1369/60) abolito nel 2003, da ultimo Razzolini 2021; Ead., *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, cit. e qui nota 40 per i rif. bibliografici al tema generale sul fenomeno del *dumping* contrattuale nelle filiere degli appalti nel settore pubblico; Corazza 2021, 1087 e qui i rif. bibliografici in particolare alla monografia di Izzi 2018.

l'eterogeneità delle fonti statistiche sui *livelli* delle retribuzioni (ISTAT, Banca d'Italia, Inps, Ministero del lavoro, Cnel) e la pluralità delle nozioni di retribuzione, suggeriscono l'urgenza d'individuare un'unica sede partecipata da tutti gli attori istituzionali interessati al tema del salario minimo per evitare che partendo dagli stessi dati si possa pervenire a diverse conclusioni.

11. Sono necessari approfondimenti

Tornando alla direttiva e al doppio binario, legale e contrattuale, indicato per la determinazione di un salario adeguato, il Cnel conclude che nel nostro ordinamento il tasso di copertura è pari al 95% (par. 6). Questo dato, corroborato dal numero dei contratti depositati, fa ritenere al Cnel adempiuto l'obbligo comunitario (fissato all'80%) per la determinazione negoziale del salario minimo. Ferma restando la necessità di procedere a ulteriori verifiche sulla adeguatezza delle retribuzioni anche a causa di alcuni dissensi riscontrati nella Commissione per l'informazione riguardo alle voci retributive da prendere come base di riferimento, nella definizione di minimo contrattuale; alla rilevanza della professionalità rispetto alle scale retributive; e alla tipologia contrattuale da considerare (solo il contratto a tempo pieno e indeterminato o tutti i sottotipi di lavoro subordinato?). Si noti che la direttiva europea effettua la valutazione di adeguatezza dei salari «rispetto alla distribuzione salariale dello Stato membro pertinente e se consentono un tenore di vita dignitoso del lavoratore sulla base di un rapporto di lavoro a tempo pieno» (considerando 28).

12. L'imbarazzo dei contratti collettivi scaduti...

Resta aperto il problema della adeguatezza dei salari rispetto al quale il Cnel mostra un certo imbarazzo: al primo settembre 2023, il 54% dei contratti collettivi sono tecnicamente scaduti. Questo significa che a 13.893.335 lavoratori (esclusi i lavoratori agricoli e domestici) non è di fatto riconosciuto il necessario adeguamento delle retribuzioni all'inflazione. Secondo la direttiva europea gli S.M. in cui non esistono meccanismi di indicizzazione automatica o semi automatica dovrebbero aggiornare il salario minimo legale ogni due anni (art. 5, par. 4): inoltre gli S.M. dovrebbero tenere conto del costo della vita in diversi contesti regionali e settoriali (considerando 28). Nulla è detto nella direttiva, invece, per l'adeguamento dei contratti collettivi al costo della vita e/o all'inflazione. Nel nostro Paese, i contratti collettivi dovrebbero essere rinnovati almeno ogni 3 anni per la parte economica proprio per tener conto dell'andamento dell'economia sulle retribuzioni. Ma così non è. Per questo motivo la proposta del Cnel è di varare un piano d'azione «per superare aree e situazioni di criticità».

13. ... e l'irrelevanza dei contratti c.d. pirata

Meno rilevante per il Cnel è il fenomeno della c.d. contrattazione pirata (par. 9). Secondo la Commissione per l'informazione, non esistono ancora criteri

condivisi per classificare un contratto collettivo come pirata o no. Dall'archivio dei contratti è tuttavia possibile determinare l'entità del fenomeno: i lavoratori dipendenti coperti da contratti collettivi stipulati da sindacati non rappresentati al Cnel che firmano, al momento in cui è scritta la relazione, 353 Ccnl, pari al 36,1% del totale, sono 54.220. Secondo il Cnel, i contratti collettivi italiani, anche quando sono scaduti (ciò che può dirsi di più della metà di essi: il 54%), assicurano un salario adeguato – corrispondente al 50% del salario medio (7.10 euro) e al 60% del salario mediano (6.85 euro) – a una popolazione di 13.839.335 di lavoratori: quindi nel complesso, pur con non trascurabili eccezioni, il sistema della contrattazione collettiva di livello nazionale di categoria supera più o meno ampiamente dette soglie retributive orarie. In conclusione, tra i due percorsi possibili per l'introduzione nel nostro Paese del salario minimo, quello legale e quello contrattuale, il Cnel consiglia di continuare ad adottare il secondo, accompagnato da un piano d'azione nazionale a sostegno di un *armonico e ordinato* sviluppo del sistema della contrattazione collettiva, ipotizzando meccanismi di sostegno e rafforzamento della sua efficacia.

14. Lo scontro istituzionale con la magistratura

Il 2 ottobre scorso la Cassazione pubblica tre decisioni (nn. 27711, 27713, 27769¹⁴) che contraddicono frontalmente quanto affermato dal Cnel. Le tre sentenze sono pronunciate nell'ambito dei procedimenti promossi da alcuni lavoratori soci di una cooperativa di lavoro per ottenere l'adeguamento della retribuzione percepita in applicazione del Ccnl Servizi fiduciari, firmato dalle Confederazioni sindacali maggiormente rappresentative. Questi lavoratori, pur lavorando a tempo pieno come vigilanti, guadagnavano un salario mensile inferiore alla soglia di povertà, che al tempo dell'inizio della causa (2019) era pari a 984,30 euro mensili. Utilizzando come parametro le esigenze di vita del lavoratore, facendo riferimento a indicatori esterni come i dati Istat, il costo della vita e la soglia di povertà, oltre ad altri parametri nazionali e internazionali, e adottando i criteri suggeriti dalla direttiva 2022/2041¹⁵, la Cassazione afferma che questo salario erogato ai lavoratori per un lavoro *full time* secondo il contratto stipulato da Cgil, Cisl e Uil, come richiesto dalla legge sul lavoro nelle cooperative, sia inadeguato a garantire l'«esistenza libera e dignitosa» prevista dall'art. 36 della Costituzione e un salario adeguato secondo quanto suggerito dalla direttiva UE.

Di fronte a salari insufficienti, dunque, il giudice può applicare i contratti collettivi negoziati per altri settori affini o per mansioni analoghe e può anche fare riferimento ad altri indicatori economici e statistici come suggerisce la direttiva

¹⁴ In realtà le sentenze sono 6 scritte da due diversi relatori (3 rel. Rivero, e 3 rel. Panariello) che giungono a conclusioni analoghe. Né dà conto Miscione 2023. Sulle sentenze, intervengono tutti gli autori del *focus* dedicato a questo tema da LDE n. 3/2023. V. Autori citati nella nota 18.

¹⁵ La direttiva è utilizzata, come osserva Bronzini 2023, in un rapporto di feconda contaminazione anche prima del suo recepimento.

UE sul salario minimo adeguato. In altre parole, i contratti collettivi censiti dal Cnel stipulati da sindacati maggiormente rappresentativi si *presumono* conformi alla Costituzione (e quindi alla direttiva europea) ma solo fino a prova contraria. Come è stato osservato¹⁶ questa decisione pone un enorme problema di certezza dei rapporti giuridici.

È vero che il problema è acuito dal mancato adeguamento delle retribuzioni al costo della vita in un contesto d'inflazione relativamente alta, nel quale la maggior parte dei contratti collettivi sono scaduti da anni. Ma non può essere il giudice a risolvere questo problema caso per caso: perché ciascun giudice può applicare i parametri indicati dalla Cassazione a modo suo. Sta al Governo e al Parlamento, con l'assistenza tecnica del Cnel, decidere se cambiare o no il quadro normativo di riferimento per evitare la contestazione da parte di altri lavoratori dell'idoneità del contratto collettivo, ancorché stipulato da organizzazioni rappresentative, a costituire la base di calcolo della retribuzione proporzionata e sufficiente come richiede l'art. 36 della Costituzione. Il perdurante ritardo dei decisori politici nello stabilire uno standard minimo universale crea dunque le condizioni per la «via giudiziale al salario giusto» prospettata dalla Corte di Cassazione che, evidentemente, per la parzialità delle decisioni riferite di volta in volta al caso singolo, non può costituire una soluzione accettabile del problema. Oltretutto questo sistema è pericoloso perché certifica l'indebolimento strutturale della contrattazione collettiva ritenuta dalla giurisprudenza – non senza ragione – incapace a garantire la retribuzione sufficiente.

15. L'epilogo: ci vuole ben altro

Il 12 settembre l'assemblea del Cnel affossa, con un parere votato a maggioranza (39 voti a favore, 15 contro), la proposta di istituzione di uno standard retributivo minimo legale.

Per aggredire il lavoro povero, per il Cnel, ci vuole ben altro che una legge.

¹⁶ Ichino 2023. È dal 2010 che Ichino 2010, 719, suggerisce di collegare i salari al costo della vita per superare l'ipocrisia di accettare la costante elusione dei trattamenti salariali minimi in zone del Paese che non possono permettersi di osservarli. Secondo l'Istat, su 23 milioni di occupati e 1,8 milioni di disoccupati, ci sono tre milioni di lavoratori che non versano un euro di contributi, che sono completamente sconosciuti al fisco e che incassano milioni di euro sotto forma di sussidi. Ma sono pure i più esposti ai salari poveri, agli infortuni e alle morti sul lavoro. Dai dati Istat sull'economia non osservata emerge che nel 2021 questa è cresciuta del 10% rispetto al 2020, l'anno della pandemia globale. Il fenomeno dei lavoratori invisibili è una delle facce del sommerso che in Italia vale 192 miliardi di euro: il 10,7% del Pil. L'incidenza dei lavoratori irregolari nel lavoro domestico e negli altri servizi alla persona supera il 40% del totale, in agricoltura è oltre il 16% e si attesta intorno al 13% anche per il commercio, i trasporti, l'alloggio e la ristorazione. Inoltre, per l'ISTAT, la soglia di povertà non è uguale in tutta Italia. Essa varia a seconda della regione di provenienza e del nucleo familiare: ad esempio, per un adulto (di 18-59 anni) che vive solo, la soglia di povertà è pari a 852,83 euro mensili se risiede in comune centro area metropolitana del Nord, a 766,70 euro se vive in un piccolo comune settentrionale, a 576,63 euro se risiede in un piccolo comune del Mezzogiorno.

La strada maestra «è l'introduzione di una tariffa tramite contrattazione, sostenuta da una normativa di sostegno» utile anche a incrementare il numero di ore lavorate nell'arco dell'anno per la platea dei lavoratori atipici (che riguarda in modo più accentuato i lavoratori temporanei, i parasubordinati, i finti autonomi, gli occasionali, gli stagisti, i lavoratori discontinui e quelli a tempo parziale involontario); il ripristino del contratto di inserimento; il rilancio dell'apprendistato; interventi a sostegno dell'occupazione femminile e della conciliazione vita-lavoro; misure *ad hoc* di contrasto al lavoro povero e al sommerso, di sostegno al reddito dei lavoratori e delle famiglie, di gestione delle gare pubbliche al massimo ribasso; e dedicare più attenzione anche al lavoro domestico. Bisogna infine garantire i rinnovi rapidi dei Ccnl. Invece, per contrastare i c.d. "contratti pirata" si suggerisce «un intervento legislativo a sostegno della contrattazione collettiva di qualità, incentrato sulla individuazione dei contratti collettivi maggiormente diffusi per ogni settore di riferimento, condizionando la registrazione nell'archivio nazionale dei contratti e l'assegnazione del codice alfanumerico unico dei Ccnl al rispetto degli standard economici e normativi di detti contratti.

Ce ne è quanto basta per un programma politico di legislatura che, però, non fa i conti con una norma fondamentale che occorre riformare se si vuole intervenire sulla materia: l'art. 39 cost. commi 2-4. Sono proprio questi commi che non consentono al Parlamento di fare una legge né sulla rappresentanza né sulla efficacia soggettiva del contratto collettivo.

16. Un brutto segnale: la frattura del fronte sindacale

Gli attacchi più duri al documento approvato dal Cnel arrivano dalle opposizioni in Parlamento, dai due sindacati confederali maggiormente rappresentativi (Cgil, Uil) che sanciscono un pesante disaccordo con l'altro sindacato confederale (Cisl)¹⁷, e dai cinque esperti nominati dal Presidente della Repubblica. Anche il mondo accademico fa sentire la sua voce¹⁸ schierandosi alternativamente a sostegno del necessario quanto inevitabile ruolo di supplenza della magistratura, dichiarando il proprio favore per un intervento normativo con modalità diversamente articolate; o a sostegno della contrattazione collettiva pur riconoscendo le difficoltà e i limiti di questa soluzione. Nel momento in cui si scrive il disegno di legge AC 1275/2023 è tornato in Commissione e non

¹⁷ La frattura all'interno del sindacato è agli atti. Il documento approvato a maggioranza contro il salario minimo rappresenta «la pagina più buia nella storia del Cnel», secondo D. Proietti, segretario generale Uil Fpl, componente del Cnel. Mentre il vicepresidente del Cnel, Claudio Rizzo della Cisl, assicura che il Consiglio «ha svolto il proprio ruolo istituzionale, così come stabilito dalla Costituzione, giungendo a un documento ampiamente condiviso dai soggetti che vi sono rappresentati». Secondo la Cgil, «C'è stata una forzatura mai vista, si è snaturato il ruolo del Cnel [...] Chi lo dirige ha scelto di fare la terza Camera, piegando l'organo a una logica politica».

¹⁸ Si v. il *focus* su *Salario minimo e dintorni*, LDE, n. 3/2023 cit., cui *adde* S. Ciucciovino, *Salario minimo, salario dignitoso, salario giusto: temi per un dibattito sul futuro della contrattazione collettiva*, *Federalismi.it*, n. 2672023.

sembra che questo Parlamento sia intenzionato a darvi seguito. Altre proposte governative sono annunciate per fine novembre di questo anno.

17. *Il metodo di RDP per affrontare la questione del salario minimo.*

Giunti a questo punto bisogna chiederci cosa si può fare per comporre il frastagliato panorama che si è delineato all'indomani del documento del Cnel. Qui l'insegnamento di RDP e la sua riflessione sul metodo possono essere di grande aiuto. Attingendo anche alla sua esperienza di tecnico al servizio del legislatore, protagonista di una fase assai significativa dell'evoluzione del diritto del lavoro, RDP avverte che le ragioni dell'economia, anche in considerazione del contesto europeo, non possono non incidere in misura rilevante sulle scelte legislative. Proprio l'incontro tra il diritto e l'economia offre una preziosa opportunità epistemologica: «quella di costruire ... le fondamenta di una nuova e più forte legittimazione» (46) del diritto del lavoro. In una fase come quella che stiamo vivendo, in cui si confrontano diverse sensibilità, ciò di cui il diritto del lavoro ha bisogno per RDP «è una procedura di riflessione ... sulla qualità dei processi comunicativi» tra mondi differenti in nome della *interdisciplinarietà* della nostra materia. Seguendo le indicazioni di J. Habermas, secondo RDP occorre imparare a gestire il «confronto interno tra argomentazioni rivali» per «potersi rifare una legittimazione accettata anche all'esterno e non soltanto autoproclamata». E, guardando in particolare alla comunità accademica, sia nel processo di interpretazione dello *ius conditum* sia, e a maggior ragione, nel processo di costruzione del nuovo *ius condendum* RDP, parafrasando Habermas, individua alcune precondizioni necessarie al confronto costruttivo che sintetizzano la «situazione comunicativa ideale» per un dialogo non fazioso tra opposte visioni del diritto del lavoro nei seguenti punti:

- a) apertura del dibattito a tutti i soggetti che intendano parteciparvi;
- b) piena libertà di ciascuno di far valere le proprie argomentazioni e soppesare quelle altrui, (indipendentemente dall'appartenenza a una Scuola, tra le cui regole vi sia quella di distinguere le opere a cui si può partecipare e quelle precluse, ciò che si può dire e ciò che non si può dire, gli autori citabili e non citabili, ecc.);
- c) competenza tecnica dei partecipanti e l'uso di un linguaggio comune;
- d) disponibilità comunicativa dei partecipanti;
- e) apertura dei partecipanti a un genuino confronto tra prospettive disciplinari diverse;
- f) trasparenza dei partecipanti e libertà da vincoli politico-sindacali o di schieramento politico;
- g) sostegno argomentato delle proprie posizioni;
- h) esatta focalizzazione dei punti di consenso e di dissenso.

Proprio su materie come il salario minimo, il discorso giuslavoristico dovrebbe seguire un procedimento comunicativo, alle condizioni ideali indicate da RDP, sia quando si rivolge all'*interpretazione* del diritto esistente quando la

disputa si svolge in un contesto giudiziario sia, e a maggior ragione, nella costruzione del nuovo diritto quando la contesa si svolge in un campo «quasi totalmente aperto» (p. 53) e lo sbocco della discussione è di tipo politico. In questo secondo caso il procedimento è più complesso perché vede il coinvolgimento di numerosi attori. Quel che conta nel procedimento politico, per RDP, è evitare i *mercanteggiamenti* nella scelta dei fini e fornire elaborazioni autorevoli possibilmente frutto dell'intersecazione di più discipline. In questa fase, per lui, è assai utile, anche ai fini interpretativi, che la legislazione sia preceduta dall'esplicazione delle finalità, sia generali sia specifiche, della norma per la ricostruzione, in futuro, della *ratio legis*¹⁹.

Nella scelta dei mezzi (strumenti) più idonei a realizzare il fine, le discussioni potrebbero giovare di strumenti utili a garantire una certa oggettività come la valutazione d'impatto normativo o l'uso di monitoraggi ufficiali o di altre rilevazioni empiriche: che però presentano il difetto di non evidenziare sovente il nesso causa/effetto (p. 50).

Sotto la guida di J. Habermas, per RDP, è possibile un rinnovamento scientifico della cultura giuslavoristica. E questo rinnovamento può avvenire non rinnegando i valori fondativi della materia, ma adattando il valore dell'*uguaglianza* a un contesto pluralistico nel quale possa trovare spazio la *libertà* intesa non in senso «negativo» come principio di non interferenza dello Stato ma come azione pubblica finalizzata al perseguimento di obiettivi sociali.

E ora immaginiamo la «scena» dell'attuazione del metodo proposto: una prima fase nella quale politici, sindacalisti e giuslavoristi, di ogni orientamento e scuola, chiedono agli economisti un aggiornamento circa i risultati degli studi disponibili sugli effetti prodotti dall'introduzione o variazione di standard retributivi minimi su livelli salariali e occupazione in mercati del lavoro maturi; una seconda fase in cui i giuslavoristi elaborano le diverse soluzioni tecnico-giuridiche possibili, in relazione ai diversi possibili obiettivi di politica economica e del lavoro; una terza fase in cui il Governo si confronta con politici e sindacalisti per la determinazione dell'obiettivo; e una fase attuativa della scelta, nella quale i giuslavoristi aiutano il Governo a concretarla nel modo tecnicamente più corretto, possibilmente attraverso una fase di sperimentazione che consenta di verificare il funzionamento degli strumenti utilizzati.

Perché dovremmo rassegnarci a considerare uno scenario come questo quale una pura utopia?

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. 2012. *Risistemare il diritto del lavoro: Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*. Milano: Franco Angeli.
Albi, P. (a cura di). 2023. *Salario minimo e salario giusto*. Torino: Giappichelli.

¹⁹ Il riferimento di RDP è all'art. 1, l. n. 92/2012. Come osserva molto opportunamente Ghera 2013, 21, l'intenzione dell'art. 1 della l. n. 92/2012, secondo il canone ermeneutico dell'art. 12, c.1., disp. prel. c.c., è aiutare l'interprete a individuare la volontà del legislatore.

- Ballestrero, M.V., De Simone, G. 2021. "Riallacciando il filo del discorso: Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo." *W.P. CSDLE* «Massimo D'Antona», IT 4447.
- Bellavista, A. 2021. "Il problema del salario minimo e la proposta di direttiva europea." *Lavoro e Diritto* 2.
- Bronzini, G. 2023. "Il contributo della Corte di cassazione per risolvere il tema dei «salari indecenti»." *Lavoro e Diritto* 3.
- Cazzola, G. 2023. "Il salario minimo tra contrattazione collettiva e lavoro povero." *Mondoperaio* 9.
- Corazza, L. 2021. "Salario, contrattazione, equo compenso: crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente." *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 1.
- Del Punta, R. 2023. *Diritto del lavoro*. Aggiornato da R. Romei e M.L. Vallauri con la collaborazione di W. Chiaromonte. Milano: Giuffrè.
- Fridman, M. 1962. *Capitalism and Freedom*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Ghera, E. 2013. "Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero." In *Flessibilità e tutele nel lavoro: Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, a cura di P. Chieco. Bari: Cacucci.
- Ichino, P. 2010. "La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 Costituzione." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 1: 719 sgg.
- Ichino, P. 2023. "Questioni aperte in tema di salario orario minimo." *Lavoce.info*, 4 luglio 2023.
- Ichino, P. 2023. "Se è il giudice a stabilire il salario minimo." *Lavoce.info*, 6 ottobre 2023.
- Izzi, D. 2018. *Lavoro negli appalti e dumping salariale*. Torino: Giappichelli.
- Massagli, E., Porcheddu, D., Spattini, S. (a cura di). 2022. "Una legge sul salario minimo per l'Italia? Riflessioni e analisi dopo la direttiva europea." *ADAPT, Materiali di discussione* 5.
- Massagli, E., Porcheddu, D., Spattini, S. 2022. "Una legge sul salario minimo per l'Italia? Riflessioni e analisi dopo la direttiva europea." *ADAPT, Materiali di discussione* 5.
- Miscione, M. 2023. "Il salario minimo costituzionale affermato dalla Cassazione." *Il Quotidiano giuridico*.
- Perulli, A., Speciale, V. 2022. *Dieci tesi sul diritto del lavoro*. Bologna: Il Mulino.
- Razzolini, O. 2021. "Salario minimo non chiude il discorso." *Lavoce.info*, 22 gennaio 2021.
- Razzolini, O. 2021. "Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea." *Lavoro e Diritto* 2.
- Razzolini, O. 2022. "Il salario minimo adeguato verso l'approdo europeo: quale impatto per l'Italia?" *Lavoro e Diritto* 2.
- Tiraboschi, M., Brunetta, R. 2022. "Salari e nuova questione sociale: la via maestra delle relazioni industriali." *ADAPT, W.P.* 4.
- Treu, T. 2019. "La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva." *Rivista di Diritto del Lavoro* 1.
- Treu, T. 2021. "La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea." *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 1.

Le 'ragioni economiche' del diritto del lavoro

Simone Varva

- You can't just finish us.
 - Mick, there's no choice. We're not viable.
 - Viable! We're not viable? But we wanna work! [...]
 - Productivity, my arse, Tom!
 - Gerry, it's about being efficient!
 - Efficient? Fucking efficient!
- (Loach, Ken. 2001. The Navigators)

1. La lezione di Riccardo Del Punta per il nuovo millennio

Mentre la comunità scientifica, attraverso questi contributi, ricorda commossa la scomparsa di Riccardo Del Punta, cade il centenario della nascita di Italo Calvino. Non so se il Professore amasse particolarmente Calvino ma, avendolo citato nel contributo da cui parte questa riflessione, si può immaginare non gli fosse del tutto indifferente (Del Punta 2001, 23). Riccardo Del Punta rappresenta un paradigmatico esempio sul come scrivere per le generazioni del (non più *prossimo* ma ormai) nuovo millennio. Egli è maestro di *leggerezza*: una penna disinvolta, quasi senza peso, che rimane tale anche con l'arida mediazione della tastiera di un pc. Spiccano pure la *coerenza*, la *rapidità*, la *esattezza*. Forzando un poco il significato attribuite da Calvino, la *molteplicità* è rivelata dalla varietà dei temi trattati: una scelta così diversa da quella diretta alla micro-settorialità, che sempre più spesso sclerotizza le intelligenze dei giovani studiosi già durante il dottorato di ricerca. La *visibilità* è un attributo all'apparenza meno intrigante che però Calvino pone in relazione con la *fantasia*: «un posto dove ci piove dentro». Una fantasia, quella di Riccardo Del Punta, che irrorà e rinverdisce costantemente la dottrina giuslavoristica. Per lungo tempo ci sorprenderemo a domandarci cosa Riccardo Del Punta avrebbe detto (e come, lo avrebbe detto) sulla nuova proposta scientifica, sulla nuova pronuncia, sul nuovo provvedimento normativo.

Una vastità di pensiero che lascia incerti e disorientati. La scelta è caduta sul primo saggio del Professore che ebbi occasione di leggere e che subito mi conquistò, il

Simone Varva, University of Milano-Bicocca, Italy, simone.varva@unimib.it, 0000-0001-7097-6728

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Simone Varva, *Le 'ragioni economiche' del diritto del lavoro*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.72, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1157-1174, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

contributo dedicato a *l'economia e le ragioni del diritto del lavoro*. Un contributo in cui Riccardo Del Punta dimostra un'abilità rara nel dialogare con la scienza economica; abilità fondata su sapienza, misura, sobrietà. Una pietra miliare che l'Autore scrisse alla mia stessa età: e questo rende ancor più spietato il confronto.

2. Il dialogo ininterrotto tra diritto del lavoro e scienza economica

Il tema dei rapporti tra diritto ed economia ha confini estesi e per essere affrontato necessiterebbe di vaste conoscenze multidisciplinari. Alle limitate competenze sul pensiero economico, si accompagna in chi scrive un pregiudizio nei confronti del pur necessario trattamento di semplificazione della realtà sociale operato da molte delle teorie economiche più diffuse. Si pensi allo schematismo dell'equilibrio di mercato fondato sul modello di default di concorrenza perfetta¹; agli assiomi circa l'ottimo paretiano, parametro crudamente quantitativo, legato all'entità della ricchezza prodotta²; al presunto agire razionale dei soggetti; alla chimera della trasparenza informativa; alla riduzione dei rapporti umani a relazioni individualistiche che si svilupperebbero in uno spazio vuoto³; all'equiparazione degli attori economici, siano essi consumatori o lavoratori; alla fiducia e al ranking reputazionale; all'appiattimento della nozione di efficienza su meri parametri economici; alla sottovalutazione delle dotazioni iniziali e della equità distributiva (che, quando affrontata, risulta essere in prevalenza una questione da risolvere ex post)⁴. Pregiudizio personale aggravato da ineliminabili processi di precomprensione e dalla propensione al pensiero debole (che Del Punta avrebbe probabilmente declinato in chiave di *verità debole* del diritto).

Più correttamente occorrerebbe riferirsi alle molteplici ragioni delle diverse correnti della teoria economica: ragioni che tra loro interferiscono e, talvol-

¹ Rileva Del Punta (2001, 13) che, sebbene anche «il più integralista fra gli economisti neoclassici sa che la concorrenza perfetta non esiste, [...] la fictio del mercato competitivo rimane [...] la bussola fondamentale della politica economica [e perciò] qualsiasi azione deregolatrice che di fatto ci avvicini al modello standard non potrà non avere effetti positivi».

² A cui si attribuisce, criticamente, un tendenziale effetto di conservazione dello status quo (come ribadito da Pardolesi 2002, 11). Del Punta (2001, 5) lo contrappone all'approccio proposto da Sen (2011) fondato sul concetto del benessere del cittadino «capace di incorporare anche standards di ordine qualitativo»: sull'approfondimento in chiave giuslavoristica del pensiero di Amartya Sen, Del Punta (2016, 383).

³ Una radicale critica a tale stilizzazione viene dalle teorie economiche che mettono al centro il ruolo delle istituzioni e, tra queste, dell'impresa: dal vetero-istituzionalismo di J.R. Commons, passando per le straordinarie intuizioni di R.H. Coase, sino alle più recenti elaborazioni di O.E. Williamson. Per una prospettiva giuslavoristica della teoria dell'impresa Perulli, Treu (2017).

⁴ Viscomi (2013, 540), richiamando le posizioni di J. Barkley Rosser Jr., ritiene che «a voler attentamente considerare le frontiere della ricerca economica, appare sempre più evidente che una serie di eventi e shock esterni, per un verso, nonché il ripetuto realizzarsi di alcuni risultati dell'economia sperimentale, per altro verso, hanno determinato la crisi dell'idea di un agente individuale razionale e onnisciente provocando un indebolimento di approcci più ortodossi, in particolare dei modelli caratterizzati da unicità e stabilità dell'equilibrio».

ta, confliggono. Non pochi studiosi di diritto del lavoro, nel corso dell'ultimo trentennio, si sono occupati di analizzare proposte economiche che apparivano particolarmente promettenti nel dialogo con la disciplina giuslavoristica, valorizzando alternativamente le sollecitazioni derivanti dalle teorie neoclassiche e da quelle (neo)istituzionaliste⁵. Poco rilevante per il diritto del lavoro, a causa del differente approccio valoriale e degli istituti giuridici coinvolti, appare il contributo dell'analisi economica nelle altre discipline giuridiche, tra le quali assume una posizione di indubbio rilievo quella applicata al diritto civile (e, in particolare, al diritto dei contratti e al risarcimento del danno)⁶.

Non convince pienamente l'approccio tradizionale che contrappone la dottrina economica quale scienza dell'essere e la dottrina giuridica come scienza del dover essere: esistono infatti molte aree di sovrapposizione tra le due branche del sapere. Sovrapposizioni rinvenibili non soltanto sotto il profilo teorico, testimoniato anche dall'approccio del *law and economics* (formula che Guido Calabresi preferisce alla più connotativa *economic analysis of the law*), ma anche sotto l'aspetto pratico, quando le valutazioni economiche divengono fondamento della politica economica che è, certamente, anche scienza normativa (analogoamente Del Punta 2001, 5).

Questo scritto non ha l'ambizione di analizzare l'eventuale rilevanza delle diverse teorie economiche nell'ambito del diritto del lavoro. Più che approfondire la dottrina economica, si cercherà di evidenziare in che modo le *ragioni dell'economia* incidano sulla giurisprudenza lavoristica in senso lato⁷. In astratto, l'approccio economico può essere valorizzato dal diritto in tre momenti: de

⁵ Al picco d'interesse nel decennio posto a cavaliere tra il secolo passato e l'attuale, è seguito il ravvivarsi del dibattito negli anni più recenti, anche per la pubblicazione del numero monografico della rivista «Lavoro e diritto» nel 2016 dedicato ad «Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro», e del seguente carteggio tra Maria Vittoria Ballestrero e Pietro Ichino (reperibile in www.pietroichino.it). Oltre a Del Punta (2001, 3) v., tra gli altri, Ballestrero (2019, 235), Corti (2023, 20), Deakin, Wilkinson (1999, 587), Loi (1999, 547), Mariucci (2016, 138), Novella (2002, 311), Romagnoli (2005, 527), Pallini (2021), Speciale (2017). Particolarmente utile per la sintesi ragionata delle diverse prospettive economiche Kaufman (2009, 272). Ruolo centrale nel dibattito scientifico nostrano è assunto dalla figura di Pietro Ichino che, a partire da Ichino, Ichino (1994, 459), sino a Ichino (2023, 36), sollecita il dialogo con le scienze economiche (e in particolare con alcune specifiche teorie neoclassiche).

⁶ Bibliografia vastissima impossibile da richiamare anche solo parzialmente; ci si limita a evidenziare il fondamentale contributo di Guido Calabresi (tra le ultime opere Calabresi (2017)) e, nell'ambito nazionale, il pionieristico contributo di Trimarchi (1961). Tra i contributi in lingua italiana Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen (2006) e Alpa, Chiassoni, Pericu, Pulitini, Rodotà, Romani (1998). Per una introduzione di taglio enciclopedico e ulteriori riferimenti, Pardolesi (2002, 7) e Dau-Schmidt, Harris, Lobel (2009).

⁷ Per Ballestrero (2019, 237) non vale la pena discutere dell'autonomia del diritto del lavoro rispetto all'economia: «basta dire che il diritto del lavoro regola i rapporti economici tra imprese e lavoratori per dire che dall'economia non può essere *disconnesso*»; occorre invece evitare di incorrere nel «banale errore di confondere l'economia, cioè i fatti economici, con una dottrina economica, che è al contempo una dottrina normativa e una falsa rappresentazione»; piuttosto «merita discutere se e quanto la cultura giuridica sia subalterna rispetto alla dottrina economico neoliberalista».

iure condendo, nel controllo dell'effettivo raggiungimento degli obiettivi cui la normativa è preposta⁸, nella fase interpretativa (Ichino 2023, 39). La prospettiva dell'interpretazione orientata alle conseguenze proposta da Mengoni (1994, 2 s.) consente di elaborare canoni ermeneutici che tengano conto (anche) di implicazioni empiriche: tra le quali le conseguenze economiche possono ben assumere rilievo (Novella 2002, 315 sgg.). Privilegiando il momento ermeneutico si vuole in qualche modo dar seguito all'invito di Del Punta (2001, 10, nt. 26) di intraprendere una ricerca sulla «giurisprudenza costituzionale [e] quella comunitaria: in entrambi troviamo ormai numerosi esempi [...] di come i dati economici possano penetrare nei processi interpretativi del diritto positivo».

Il livello di conflittualità tra valori economici e valori giuslavoristici non è per nulla omogeneo e varia notevolmente a seconda degli istituti giuridici analizzati⁹. Più bassa è l'intensità quando le esigenze di protezione dei diritti fondamentali si armonizzano con teorie economiche che giustificano la tecnica normativa basata sull'inderogabilità: esemplari i casi del diritto antidiscriminatorio¹⁰ o della disciplina inderogabile in tema di congedo di maternità¹¹. Discipline che raccolgono anche la benedizione di ricostruzioni economiche incentrate sul contenuto assicurativo del contratto o sulle asimmetrie informative tra le parti¹². Tenendo sempre a mente il monito che certe regole «rimandano a diritti di rango costituzionale [...] l'art. 3 primo comma della Costituzione non è norma che qualche economista possa indurci a mettere da parte» e che la «normativa che vieta le discriminazioni nei luoghi di lavoro [...] se anche un economista dovesse provarne l'inefficienza, non per questo essa dovrebbe essere abbandonata, semplicemente perché risponde a uno standard minimo di civiltà»¹³. Diversa la

⁸ Del Punta (2013, 44) ritiene che è in coerenza «col proprio statuto epistemologico che il diritto del lavoro deve ammettere l'economia al tavolo dei suoi formanti, a maggior ragione in quanto essa non concerne soltanto la selezione dei fini [...], ma anche l'idoneità dei mezzi utilizzati, ovvero la profilo dell'efficacia materiale delle norme».

⁹ Del Punta (2020, 27) giunge a ipotizzare «prospettive win-win di complementarità e reciproco giovamento». Cfr. Bruni (2023a) che tiene a smentire «l'idea che lo scambio sia un *gioco* dove le vincite di una parte sono uguali e contrarie alle perdite dell'altra [agli studenti è] difficile trasmettere l'idea che nello scambio economico la legge aurea è il mutuo vantaggio, e quindi ai guadagni di una parte corrispondono guadagni anche per l'altra, e quando questo mutuo vantaggio non si verifica si sta snaturando e negando il mercato».

¹⁰ V., e.g., cons. 16, dir. (UE) 2022/2381, 23 novembre 2022, riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate, che riferisce come la scienza economica abbia «mostrato che esiste una relazione positiva fra la diversità di genere a livello di alta dirigenza e i risultati finanziari e la redditività di un'impresa».

¹¹ In una prospettiva che tenga auspicabilmente sempre più conto della genitorialità e della paternità: sul *desiderio* di paternità Del Punta (2023, 7).

¹² V. soprattutto Aghion, Hermalin (1990, 381), che pongono la questione della difficoltà per l'imprenditore di distinguere tra *bad type* e *good type*; ma anche, più in generale, il *market for lemons* di Akerlof (1970).

¹³ Considerazioni con cui Del Punta (2001, 40) sembra prendere implicitamente posizione sulle considerazioni di Ichino (2001, 184 ss.) in tema di effetti indesiderati dell'imposizione di una parità di trattamento *rigida* in favore dei lavoratori stranieri o disabili.

situazione quando le regole lavoristiche entrano in conflitto con le entità economiche, o con i prezzi e gli equilibri del mercato: si pensi al dibattito sulla flessibilità del mercato del lavoro in entrata e in uscita (tradotto nel recente passato in riforme che rappresentano versioni *liberal* e *cost saving* della flexicurity) o al tema del salario minimo e della rigidità retributiva.

3. L'emersione dei fatti economici nei processi interpretativi della giurisprudenza nazionale

«L'efficienza del sistema economico è una preconditione di quei diritti che comportano un effetto redistributivo della ricchezza» (Del Punta 2001, 7) e «fare i conti con la dimensione economica del mercato del lavoro [è] oggi una sfida intellettuale e di ricerca ineludibile [riconoscendo] l'essenzialità dell'impresa come principale fattore di creazione della ricchezza comune» (Del Punta 2022, 26): sarebbe sufficiente questo condivisibile rilievo per giustificare l'impatto dell'economia sull'effettiva capacità delle prerogative valoriali sottese al sistema lavoristico di raggiungere le proprie finalità, a prescindere che abbiano origine nel diritto interno o in quello euro-unitario¹⁴.

Nella prospettiva nazionale, le previsioni costituzionali assumono preminente rilevanza. La Carta fondamentale più volte richiama aspetti economici, soprattutto al fine di contemperarli con i valori fondamentali della persona (quella che lavora in primis), oppure per il raggiungimento di una maggiore equità di opportunità e condizioni (rispettivamente: art. 41 Cost. e artt. 2, 3, 31, 44, 46, 117, 119 Cost.). Prima di tutto si è perciò scelto di approfondire alcune decisioni della Corte costituzionale, con particolare attenzione ai temi della retribuzione e del licenziamento.

In C. cost. 26 marzo 1991, n. 124, la Consulta dichiara la sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, d.l. 1 febbraio 1977, n. 12, ove consente la computabilità ai fini dell'indennità di contingenza dei soli elementi «previsti dalla contrattazione collettiva prevalente nel settore dell'industria». Sopravvenuta illegittimità giustificata dalla perdita di attualità delle «ragioni economiche che mossero il legislatore a bloccare l'indennità di contingenza». Il fine era quello di rendere l'istituto «compatibile con la continuazione della politica economica di lotta all'inflazione e alla disoccupazione». Al mutare delle condi-

¹⁴ Stiglitz (2018, 47 ss.) sottolinea come *creare ricchezza in sé* non sia sufficiente: studi empirici dimostrano come «la disparità di reddito ha un effetto negativo e statisticamente significativo sulla crescita medio termine [...] in paesi come gli Stati Uniti, il Regno Unito e l'Italia, negli ultimi due decenni la crescita economica complessiva sarebbe stata tra i 6 e i 9 punti percentuali più alta se non fosse aumentata la disuguaglianza di reddito». Nella distribuzione del reddito hanno importanza le *regole del gioco* che determinano «un maggiore sostegno all'istruzione, compreso il ciclo pre-scolastico; l'aumento del salario minimo; il rafforzamento dei crediti di imposta sui redditi da lavoro; il rafforzamento del potere contrattuale dei lavoratori sul luogo di lavoro, anche attraverso i sindacati; un'applicazione più efficace delle leggi contro le discriminazioni».

zioni economiche, mutano le scelte di politica economica; e muta pure l'approccio della Corte che dichiara l'incostituzionalità sopravvenuta «dal 26 febbraio 1986» (v. le osservazioni di Novella (2002, 326) sulla «eterogenesi dei fini [...] a causa del mutare delle condizioni del sistema economico»).

Nell'ambito del licenziamento, come noto, la C. cost. 8 novembre 2018, n. 194, dichiara incostituzionale l'automatismo indennitario basato sulla sola anzianità di servizio voluto dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Riforma spuria, quella del *Jobs act*, che ibrida una versione depotenziata di contratto a tutele crescenti con quella del *firing cost* (ma con controllo giudiziale sui motivi)¹⁵. L'intervento della Consulta riconsegna al giudice la discrezionalità nella quantificazione dell'indennizzo, e sembra difendere le ragioni (costituzionali) del diritto del lavoro al cospetto delle esigenze dell'impresa. Esigenze, queste, del tutto comprensibili nella prospettiva economica: la possibilità di mettere a bilancio il costo del licenziamento eventualmente ritenuto illegittimo dal giudice. Un costo definito espressamente «indennizzo economico certo» dall'art. 1, c. 7, l. 10 dicembre 2014, n. 183¹⁶. Qui la certezza dei costi si contrappone alla necessità che la *sanzione* sia sufficientemente congrua e dissuasiva. Anche nella prospettiva delle teorie economiche può assumere rilevanza il canone della dissuasività, qualora venga collegato ai modelli elaborati nell'ambito delle teorie dei giochi (oppure del *nudge theory*, o spinta gentile, (Thaler, Sunstein 2014)). La Consulta coglie l'occasione per richiamare una pronuncia precedente che riconosce al legislatore il potere di stabilire regole in tema di limiti al licenziamento, anche in rapporto alla «situazione economica generale»¹⁷. Segue la chiosa sul fatto che non spetta alla Corte costituzionale «addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito».

Sempre in tema di licenziamento la C. cost. 22 luglio 2022, n. 183, ha affrontato la questione della legittimità del parametro quantitativo del numero dei lavoratori quale fattore dirimente tra una tutela contro il licenziamento di qualche effettività e una protezione poco più che simbolica. In via preliminare vengono ricordate le considerazioni di C. cost. 6 marzo 1974, n. 55, secondo cui le «dimensioni che il datore di lavoro abbia conferito all'organizzazione della sua attività» rappresentano un «dato aderente alla realtà economica di comune esperienza», e di C. cost. 14 aprile 1969, n. 81, per la quale la «componente numerica dei lavoratori ha riflessi sul modo di essere e di operare del rapporto di lavoro organizzato», soprattutto in ragione del «criterio economico suggerito per regolare gli interessi delle aziende aventi un minor numero di dipendenti».

¹⁵ Al *firing cost* allude anche l'ordinanza di rimessione del Trib. Roma 26 luglio 2017, chiarendo come «l'entità del contenuto *assicurativo* del rapporto di lavoro [dipenda] essenzialmente dall'entità del costo del licenziamento».

¹⁶ Considerato da Ballestrero (2019, 245) «calcolo preventivo (talora opportunistico) del costo di un atto illegittimo, che preme molto alle imprese».

¹⁷ C. cost. 28 dicembre 1970, n. 194; cfr. C. cost. 9 giugno 1965, n. 45, che ha ritenuto superabile la regola del libero recesso datoriale ex art. 2118 in considerazione del mutamento delle «condizioni economico-sociali del Paese [che] consentono una nuova disciplina».

Ma nella realtà produttiva del 2022 il «rilievo preponderante, se non esclusivo, al numero dei dipendenti [...] non rispecchia di per sé l'effettiva forza economica del datore di lavoro [...]. In un quadro dominato dall'incessante evoluzione della tecnologia e dalla trasformazione dei processi produttivi, al contenuto numero di occupati possono fare riscontro cospicui investimenti in capitali e un consistente volume di affari. Il criterio incentrato sul solo numero degli occupati non risponde, dunque, all'esigenza di non gravare di costi sproporzionati realtà produttive e organizzative che siano effettivamente inidonee a sostenerli». La Corte sollecita, dunque, l'intervento del legislatore che «ben potrebbe tratteggiare criteri distintivi più duttili e complessi, che non si appiattiscano sul requisito del numero degli occupati e si raccordino alle differenze tra le varie realtà organizzative e ai contesti economici diversificati in cui esse operano».

Nella recentissima C. cost. 11 gennaio 2024, n. 4, è dichiarato incostituzionale un provvedimento finalizzato a impedire, retroattivamente, il riconoscimento degli aumenti retributivi in favore dei lavoratori pubblici che cominciano a ottenere sentenze favorevoli dinanzi ai giudici amministrativi. Allineandosi alla giurisprudenza Cedu, la Consulta dichiara il divieto di retroattività un *fondamentale valore di civiltà giuridica*, non derogabile per mere finalità di risparmio. Occorre vi siano *ragioni imperative di interesse generale*: «le considerazioni finanziarie non possono, da sole, autorizzare il potere legislativo a sostituirsi al giudice nella definizione delle controversie» e «i soli motivi finanziari, volti a contenere la spesa pubblica o a reperire risorse per far fronte a esigenze eccezionali, non bastano a giustificare un intervento legislativo destinato a ripercuotersi sui giudizi in corso»¹⁸. Nel caso della specifica disciplina non emerge «né dai lavori preparatori, né dalle relazioni tecnica e illustrativa, alcuna ulteriore ragione giustificatrice dell'intervento legislativo retroattivo rispetto all'esigenza di assicurare un risparmio della spesa pubblica».

Passando alla giurisprudenza ordinaria, una questione centrale riguarda la compatibilità del salario corrisposto con i parametri dell'art. 36 Cost. La Cassazione ha ammesso la possibilità, pur condizionata al soddisfacimento di un gravoso onere probatorio, di scostarsi dai minimi retributivi previsti dal contratto collettivo nazionale applicabile, così da poter tener conto delle differenze territoriali del costo della vita. In particolare «ove il potere di acquisto di una stessa quantità di moneta sia differenziato [il precetto costituzionale] non preclude che la retribuzione possa essere differenziata nelle varie zone del Paese, al fine di garantire a tutti i lavoratori di godere di una retribuzione monetaria che assicuri un eguale livello quantitativo e qualitativo di beni e di servizi, individuali e collettivi». Tuttavia non è possibile affidarsi alla *scienza privata* del singolo interprete; occorre invece che «il giudice del merito parta da dati certi, rilevati ed elaborati da seri istituti di ricerca» e valuti se al minor costo dei beni primari non si accompagnino maggiori spese legate a servizi pubblici quali

¹⁸ Vengono richiamate sul punto C. cost. 13 gennaio 2022, n. 145; C. cost. 12 luglio 2019, n. 174; C. cost. 9 maggio 2019, n. 108

«quelli sanitari e dell'istruzione superiore, dei quali i cittadini del Sud debbano eventualmente approvvigionarsi a maggior costo fuori regione, data la carenza di alcuni servizi locali»¹⁹.

Su analogo tema, ma in ben diversa prospettiva, le innovative pronunce Cass. 2 ottobre 2023, nn. 27711 e 27769, prevedono che i minimi retributivi contenuti nei contratti collettivi (anche quando indicati dalla legge quali *contratti leader*) siano da considerarsi rispettosi dei parametri costituzionali solo iuris tantum. La giurisprudenza deve certo considerare la «naturale attitudine degli agenti collettivi alla gestione della materia salariale [ma] nella Costituzione c'è un limite oltre il quale non si può scendere». La contrattazione collettiva viene infatti meno alle sue precipue funzioni quando «sottopone la determinazione del salario al meccanismo della concorrenza invece di contrastare forme di competizione salariale al ribasso». La Corte riferisce la minaccia di un mercato fondato sul *dumping sociale* e fa riferimento alla necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa, avendo la Carta accolto «una nozione di remunerazione della prestazione di lavoro non come prezzo di mercato, ma come retribuzione sufficiente ossia adeguata ad assicurare un tenore di vita dignitoso, non interamente rimessa all'autodeterminazione delle parti individuali né dei soggetti collettivi»²⁰. Nella verifica di compatibilità costituzionale della clausola negoziale relativa alla retribuzione, il giudice «può fare altresì riferimento, all'occorrenza, ad indicatori economici e statistici, anche secondo quanto suggerito dalla Direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022», relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea. Direttiva richiamata in particolare con riferimento all'utilizzo di indicatori statistici, alla possibilità di parametrare l'adeguatezza del salario un *paniere di beni e servizi* stabilito a livello nazionale, alla determinazione di un livello di vita dignitoso «oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio [alla possibilità] di partecipare ad attività culturali, educative e sociali» (cons. 28). La Direttiva chiarisce che fissazione di salari minimi a livelli adeguati può contribuire «a ridurre la povertà a livello nazionale e a sostenere la domanda interna» (cons. 8) e «a migliorare l'equità del mercato del lavoro dell'Unione, a prevenire e ridurre le disuguaglianze retributive e sociali e a promuovere il progresso economico e sociale e la convergenza verso l'alto».

¹⁹ Cass. 26 luglio 2001, n. 10260. In tema v., tra le altre, Cass. 30 novembre 2016, n. 24449, sul mancato adeguamento all'aumento del costo della vita, e Cass. 14 dicembre 2005, n. 27591, ove era in discussione l'effettiva sussistenza di una «grave crisi economica che caratterizza il territorio». Per il riferimento ad alcune pronunce di merito v. Novella (2002, 331).

²⁰ Per Bruni (2023) «la crescita della democrazia è stata anche un lungo processo di liberazione del salario dalle gabbie della sussistenza e renderlo sempre più degno e giusto, primo strumento di libertà positiva, libertà di vivere la vita che si desidera vivere (Amartya Sen). Questo processo, però, ad un certo punto si è inceppato e in alcuni ambiti è regredito. Ci sono oggi settori e mestieri dove i rapporti di forza sono tornati simili a quelli del primo capitalismo, dove quindi affidare il salario alle dinamiche di domanda e offerta significa soltanto legittimare rapporti di potere troppo asimmetrici. E quando una società non indovina il rapporto con i salari, sbaglia il rapporto con la vita e manda in crisi il patto sociale».

Immediata applicazione dei principi della Cassazione è fatta da Trib. Bari 13 ottobre 2023 che ritiene inadeguata la retribuzione corrisposta in applicazione del Ccnl servizi fiduciari. Sono valorizzati parametri quali la retribuzione degli altri contratti collettivi, il tasso-soglia di povertà, l'ammontare del reddito di cittadinanza, l'offerta retributiva da considerarsi *congrua* ex art. 4, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 (medesimi criteri adottati da A. Milano 29 giugno 2022).

La Cass. Ss.Uu. 28 dicembre 2023, n. 36197, ha risolto un contrasto interpretativo relativo al momento in cui inizia il decorso della prescrizione dei crediti retributivi per i lavoratori pubblici. La Cass. 28 febbraio 2023, n. 6051, rimettendo la questione, sottolinea come l'orientamento tradizionale che afferma la decorrenza in costanza di rapporto di lavoro pubblico dovrebbe essere riconsiderato stante la «notevole evoluzione del contesto socioeconomico [che ha] reso il lavoro sempre più precario e meno garantito, persino nel settore del pubblico impiego». Il rinnovo dei contratti a termine, a differenza che in passato, è *prassi* «e rappresenta spesso l'unico canale per giungere, dopo anni, ad un rapporto a tempo indeterminato con lo stesso datore. Ne consegue che è impensabile escludere ormai, nei contratti a tempo determinato, l'esistenza di un *metus* del lavoratore sull'assunto che egli non ha aspettative in ordine alla conclusione di un contratto a tempo indeterminato». Concludono diversamente le Sezioni unite, ritenendo che «nonostante l'evoluzione socio-economica dei rapporti di lavoro [...] la prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori nel pubblico impiego contrattualizzato decorre sempre, tanto in caso di rapporto a tempo indeterminato, tanto di rapporto a tempo determinato, così come di successione di rapporti a tempo determinato, in costanza di rapporto [...] attesa l'inconfigurabilità di un *metus*». Le Sezioni unite non hanno dunque valorizzato, a differenza della Sezione lavoro rimettente, l'evoluzione della funzione (socio-)economica del contratto a tempo determinato²¹.

Anche la giurisprudenza ordinaria ha attinto ad argomenti di rilievo economico in tema di licenziamento. La questione è troppo vasta per essere affrontata anche in chiave riassuntiva e perciò, tra i tanti possibili, viene qui approfondito il solo profilo della definizione di motivo oggettivo giustificato. È nota la contrapposizione tra orientamento restrittivo, che ritiene il licenziamento legittimo solo quando necessario a dover «fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti» che incidano in modo decisivo sull'attività ordinaria²², e liberista, secondo cui

²¹ Istanze economiche ben presenti nella riforma di *contrattualizzazione* del pubblico impiego. L'art. 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, chiarisce come una delle finalità della riforma sia infatti quella di «razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica». Nella versione vigente del testo unico sul pubblico impiego, significativamente, il termine *efficienza* ricorre ventuno volte, in qualche caso accostata alle nozioni di *efficacia* e di *economicità*: mentre è richiamata in nove occasioni l'ineffabile nozione di *performance*. D'altro canto, è la medesima Costituzione a tener conto dell'equilibrio dei bilanci pubblici (art. 81 Cost.) e dell'efficienza dell'amministrazione pubblica (art. 97 Cost.).

²² Tra le ultime Cass. 24 giugno 2015, n. 13166.

è legittima ogni finalità economica, purché genuina, «comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti»²³; parimenti noto come la diatriba sia stata risolta da Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, in favore della seconda lettura. Alla luce dell'orientamento ormai dominante assume particolare rilievo la tesi di Pietro Ichino, fondata alcune teorie economiche, secondo cui la parte datoriale *razionale*, in assenza di regole che limitino il licenziamento, recede dal rapporto qualora si attenda una perdita aziendale di natura economica per il futuro; e la giurisprudenza, implicitamente, valuta la legittimità del licenziamento sulla base del superamento di una soglia di sacrificio economico che reputa ragionevole debba sopportare l'impresa. Si conceda questa semplificazione, sufficiente ai fini del lavoro, di una teoria ben più articolata basata in particolare sul contenuto assicurativo del contratto di lavoro, sulla differenziazione tra costo contabile e costo opportunità, sulla proposta de iure condendo della predisposizione di un *firing cost* con contestuale sottrazione al controllo giudiziale del giustificato motivo oggettivo (da ultimo, Ichino 2023, 65 s.). Vi sono da segnalare alcuni precedenti nella giurisprudenza di merito che hanno provato a utilizzare le suggestioni di tale proposta interpretativa, ma senza tenere in adeguato conto la soglia di tollerabilità²⁴. Risultato applicativo che dimostra come, superata la delicatissima questione dell'opportunità di dar spazio a teorie economiche nel procedimento ermeneutico, resti da verificare che gli operatori siano in grado di ben comprenderne i presupposti e le implicazioni²⁵.

4. ... e in quelli della giurisprudenza europea

La cooperazione e il mercato comune europei nascono senza dubbio per finalità economiche e, in particolare, per garantire l'esercizio delle libertà economiche fondamentali in ciascuno degli Stati membri. Gli attuali Trattati, tuttavia, non soltanto riconoscono tali libertà, ma nel contempo promuovono i diritti sociali. L'intero titolo X TFUE è dedicato alla politica sociale e riconosce alla UE il potere di legiferare in tale ambito²⁶. L'art. 3, co. 3, TUE, prevede in termini generali che l'Unione «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione

²³ In modo esemplare Cass. 10 maggio 2007, n. 10672.

²⁴ T. Palermo 17 maggio 2007 ha ritenuto sia legittimo il recesso qualora «il datore non abbia più motivo di attendersi dal lavoratore la stessa utilitas che l'aveva indotto ad assumerlo, vale a dire lo stesso flusso di redditi che gli consente la valorizzazione del capitale investito» (analogamente, in precedenza T. Palermo 10 dicembre 2003).

²⁵ La decisione palermitana viene infatti criticata da Ichino (2007, 998); e da Novella (2007, 993 s.), il quale osserva come «se un insegnamento da questa sentenza si può trarre, esso riguarda piuttosto la difficoltà pratica nel calcolare i costi-opportunità [...] il che fa riflettere [...] sulla saggezza che sarebbe necessaria al legislatore nel momento in cui si accingesse a stabilire i parametri per la determinazione di (equilibrati) firing cost».

²⁶ Ritiene Romagnoli (2005, 529) che quello del lavoro sia «il più eurocentrico dei diritti».

e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente [combattendo] l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove[ndo] la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore».

Non vi è dubbio allora che proprio nel contesto europeo assuma particolare rilievo l'interpretazione orientata alle conseguenze e, in particolare, a quelle di rilevanza economica. La giurisprudenza della Corte di giustizia nel campo *sociale* è perciò rappresentabile come una costante e strutturale operazione di bilanciamento tra libertà economiche e valori socio-lavoristici. Per ragioni di spazio non si affronteranno le celebri decisioni del *quartetto Laval* 2007-08: richiederebbero analisi dettagliate, già peraltro ampiamente sviluppate sotto molteplici prospettive. Ci si soffermerà su altre pronunce che consentono parimenti di evidenziare come le questioni economiche possano condizionare significativamente il percorso argomentativo della Corte UE.

Una prima emblematica decisione è rappresentata da Corte giust. 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Centre II*. È noto come il regime di monopolio pubblico nel mercato del lavoro sia stato ritenuto incompatibile con il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante, ex art. 102 TFUE, sulla base della valutazione dell'inefficienza del servizio di collocamento. Per la Corte è un mercato *vasto e diversificato*, «soggetto, a causa dello sviluppo economico e sociale, a grandi mutamenti». Il divieto d'ingresso agli operatori privati comporta una limitazione quando gli uffici pubblici «non sono palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro»: in tal caso la normativa entra in contrasto con il divieto previsto all'art. 102 TFUE.

Anche C. giust. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media* consente di approfondire l'approccio ermeneutico fondato su esigenze economiche adottato dalla Corte. In precedenza il giudice europeo aveva ritenuto che gli obiettivi di politica sociale perseguiti dalla contrattazione collettiva, quale «la ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro», sarebbero stati compromessi se le parti sociali fossero assoggettate alla disciplina antitrust (e in particolare all'art. 101 TFUE)²⁷. L'immunità della contrattazione collettiva a talune regole della concorrenza viene meno qualora, come nel caso dei musicisti supplenti olandesi, l'organizzazione professionale non rappresenti soltanto lavoratori subordinati, ma anche «prestatori autonomi di servizi che ne sono membri»; in tali circostanze «essa non agisce come associazione sindacale e dunque come parte sociale, ma in realtà opera come associazione di imprese». In questa pronuncia lo status dei lavoratori rappresentati è dirimente ai fini dell'applicazione della rigorosa disciplina antitrust, elaborata allo scopo di proteggere l'efficienza del mercato dalle intese anticoncorrenziali. La protezione della libertà di contrattazione e negoziazione collettiva è consi-

²⁷ Così C. giust. 21 settembre 1999, C-67/96, «Albany» e C. giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, «Viking».

derata perciò una sorta di eccezione *socialmente giustificata* alle regole generali a favore dell'efficienza economica del mercato comune: eccezione tuttavia non estensibile ai collaboratori autonomi neppure in caso si trovino in condizioni contrattuali assimilabili a quelle dei colleghi musicisti dipendenti (salvo, ovviamente, che il giudice nazionale verifichi che si tratta di *falsi autonomi*)²⁸.

In C. giust. 21 dicembre 2016, C-201/15, «Aget Iraklis» emerge la contrapposizione tra le regole euro-unitarie sulla libertà di stabilimento e la normativa nazionale greca, volta a limitare la possibilità per le imprese di procedere ad un licenziamento collettivo in caso le autorità pubbliche valutino la sussistenza di particolari esigenze legate alle condizioni di mercato o all'interesse dell'economia nazionale. Nelle conclusioni dell'avv. gen. N. Wahl del 9 giugno 2016 si legge che «i lavoratori sono protetti al meglio da un contesto economico che stimola l'occupazione stabile [...] l'idea di mantenere in modo artificiale i rapporti di lavoro, malgrado basi economiche insufficienti, è stata testata ed è totalmente fallita [e] in periodi di crisi è altrettanto importante ridurre i fattori che possono dissuadere le imprese dall'investire, posto che l'efficienza economica può aiutare a stimolare la creazione di posti di lavoro e la crescita economica»; considerazioni che hanno trovato accoglimento dinanzi alla Corte che aggiunge come la normativa nazionale renda *meno attraente* l'accesso al mercato greco e perciò «può costituire un serio ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento».

Mercato del lavoro che ritorna protagonista in Corte giust. 19 luglio 2019, C-143/16, «Abercrombie & Fitch». La normativa italiana che condiziona la possibilità di proseguire un rapporto di lavoro a chiamata alla sussistenza di determinati requisiti anagrafici era stata in prima battuta disapplicata da A. Milano 15 aprile 2014 perché in contrasto con il diritto antidiscriminatorio UE. A seguito della richiesta di pronuncia pregiudiziale da parte della Cassazione, la Corte UE giunge a diversa soluzione. Valorizza l'argomento posto dal Governo italiano secondo cui è preferibile l'accesso al lavoro per un giovane, anche attraverso un contratto flessibile e temporaneo «rispetto alla situazione di colui che tale possibilità non abbia e che, per tale ragione, si ritrovi disoccupato»; il Governo aggiunge che le forme flessibili sarebbero «necessarie per favorire la mobilità dei lavoratori, rendere gli stipendi più adattabili al mercato del lavoro e facilitare l'accesso a tale mercato delle persone minacciate dall'esclusione sociale». In modo piuttosto ondivago la Corte UE, alla luce delle difficili condizioni dei giovani nel mercato del lavoro, ritiene che «il legislatore nazionale abbia potuto ragionevolmente considerare come necessaria» l'adozione di una

²⁸ Già nel saggio da cui si è partiti Del Punta (2001, 15) ritiene che la *presenza sindacale* debba «rimanere un dato costituzionalmente acquisito e non ci sentiamo tentati dal ricorrere a suggestioni di tipo hayekiano sul *privilegio* quale godrebbero i soggetti collettivi, a motivo del fatto che è consentito loro di alterare il libero esplicarsi della concorrenza [ma nel contempo] non dobbiamo dimenticare che un nuovo canale di penetrazione di queste istanze potrebbe essere rappresentato, in futuro, dal principio comunitario della libertà di concorrenza».

normativa che riservava la stipulazione del contratto di lavoro intermittente a soggetti aventi meno di ventiquattro anni, con risoluzione ex lege al compimento dei venticinque.

Una recente pronuncia, in tema di esercizio di attività portuali, ha valutato la legittimità di regole che condizionano lo svolgimento di tale attività al possesso di determinati requisiti (per i lavoratori che «non fanno parte del contingente previsto dalla normativa nazionale»). In C. giust. 11 febbraio 2021, C-407 e 471/19, «Katoen Natie Bulk Terminals NV», la Corte ha affrontato la compatibilità di una normativa nazionale che, nell'ambito delle attività portuali, contempera le esigenze di sicurezza con le libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento, di prestazione dei servizi. Per consolidato orientamento, sono ammesse le sole restrizioni alle libertà fondamentali «giustificate da motivi imperativi di interesse generale [e che] non vadano oltre a quanto necessario» per conseguire l'obiettivo. La libertà di circolazione delle persone, in particolare, non tollera provvedimenti capaci di «ostacolare o a rendere[ne] meno attraente l'esercizio» e che possano «avere un effetto dissuasivo nei confronti dei lavoratori [...] provenienti da altri Stati membri».

5. Qualche considerazione

Inevitabilmente, la rassegna casistica presenta tratti di disomogeneità e parzialità, soprattutto con riferimento alle pronunce nazionali. L'intento è quello di evidenziare un intreccio (forse inestricabile) tra istanze sociali ed economiche: considerazione pacifica, stante la connessione del diritto del lavoro con l'economia di mercato e con il sistema capitalistico. Modello produttivo, peraltro, in notevole trasformazione, cui si accompagna la necessaria evoluzione dell'ordinamento giuslavoristico e l'esplorazione di nuove prospettive di ricerca scientifica (nell'ambito tanto delle scienze giuridiche quanto di quelle economiche). Risulta forse meno banale osservare come l'utilizzo delle tecniche argomentative durante il processo interpretativo giudiziale comporti l'accettazione di alcuni postulati economici: ciò a prescindere che si tratti di un consenso consapevole o di processi impliciti. Questa adesione implica conseguenze di non poco conto, tra le quali il dover verificare la razionalità interna del modello economico e (in una prospettiva ben diversa) la sua attendibilità nel descrivere fenomeni reali; ma implica pure il controllo delle capacità dell'interprete di comprendere con un certo grado di profondità la scienza economica. Ad iniziare da postulati elementari, ma non per questo meno controvertibili: si pensi a quelli adottati nelle motivazioni delle pronunce di legittimità che hanno promosso in via nomofilattica la lettura liberista del licenziamento economico. La propensione dell'iniziativa economica privata all'arricchimento sarebbe ritenuta «suscettibile di determinare un incremento di utili a beneficio dell'impresa e, dunque, dell'intera comunità dei lavoratori [corsivo mio]» (Cass. 18 novembre 2015, n. 23620); e, secondo altra prospettiva, l'efficienza di una gestione aziendale che *sacrifica* una posizione lavorativa «salvaguardando la capacità gestionale delle imprese di fare fronte alla concorrenza nei mercati [contribuirebbe ad evitare il] pregiu-

dizio futuro per un numero maggiore» di dipendenti (Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201)²⁹. Si giunge sino alla scolastica applicazione di complesse teorie basate su *efficient breach* e *firing cost*, in giudizi che fanno riferimento al mero costo contabile senza che venga individuata la soglia di tollerabilità da porre a carico della parte datoriale recedente³⁰.

Nella giurisprudenza nazionale i parametri economici assumono particolare rilievo quando la normativa ha dirette implicazioni sul piano degli interessi finanziari imprenditoriali (i.e. retribuzione e licenziamento economico) o sulle finanze pubbliche (i.e. gestione efficiente del pubblico impiego).

Diverso il contesto europeo, ove il bilanciamento tra libertà economiche e diritto del lavoro rappresenta una condizione strutturale. Un ruolo di contemperamento sostanzialmente affidato alla Corte di giustizia, che attinge ampiamente a canoni interpretativi connessi alle finalità di efficienza del mercato. Nella valutazione dell'ammissibilità di restrizioni alle libertà economiche derivanti da istanze sociali, la struttura argomentativa fa ampio ricorso al controllo di proporzionalità, alla verifica di sussistenza di ragioni imperative di interesse generale, alla presenza di un eccessivo restringimento dell'effetto utile della normativa UE. Un processo attraverso cui il *principio* (libertà economica) può essere temperato dalla *eccezione* (protezione sociale).

Argomento in più occasioni richiamato è quello dell'attrattività del mercato, un valore potenzialmente minacciato dagli effetti *dissuasivi* della normativa lavoristica nazionale.

In questo contributo non è stato possibile approfondire altri significativi e assai complessi filoni giurisprudenziali, come quello attinente al rapporto tra riforme pensionistiche e i c.d. *diritti quesiti*. Come non è stato dato spazio ad una prospettiva normativa in cui l'intreccio tra valori giuridici ed economici appare potenzialmente assai rilevante: quello del monitoraggio degli effetti normativi prodotti dalle nuove disposizioni, previsto negli stessi atti legislativi³¹. Una tecnica ormai rodada nel contesto europeo e, in particolare ai fini di questo lavoro, nelle direttive *sociali*. Si pensi all'art. 19, dir. 2000/78/CE, 27 novembre

²⁹ Argomenti invero apodittici, che riecheggiano le antiche riflessioni smithiane secondo cui sarebbe *naturale* per il possidente terriero o per l'imprenditore destinare il capitale in eccesso (a quello per provvedere ai bisogni familiari) all'incremento del numero dei salariati (o dei servitori) (Smith 2006, 209 s.).

³⁰ V. supra T. Palermo 17 maggio 2007. Per una diversa proposta interpretativa sul bilanciamento tra libertà di recesso e aspettativa di stabilità, fondata sul *quid novi* e sulle sopravvenienze, sia consentito il rinvio a Varva (2015, 66 ss.).

³¹ Al di là di quanto verrà illustrato nell'ambito dell'ordinamento europeo, la tecnica del monitoraggio degli effetti normativi comincia ad assumere (almeno formalmente) una qualche rilevanza anche nel contesto nazionale. Oltre alle tecniche di monitoraggio legate al processo di *privatizzazione* del pubblico impiego e alle riforme Monti-Fornero del 2012 e Jobs act del 2014-15, si possono qui rammentare due ulteriori previsioni: l'art. 11, d.l. 4 maggio 2023, n. 48, sul monitoraggio degli effetti dell'assegno di inclusione; e l'art. 3-ter, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, sulla relazione annuale alle Camere circa gli effetti occupazionali e finanziari delle disposizioni sul contrasto al precariato.

2000, che dispone per gli Stati membri di un obbligo quinquennale di trasmettere alla Commissione UE «le informazioni necessarie per consentirle di redigere una relazione destinata al Parlamento europeo e al Consiglio» che tiene conto dell'impatto di genere delle disposizioni e che «contiene all'occorrenza proposte volte a rivedere e aggiornare la presente direttiva». Analoghe previsioni sono contenute nell'art. 23., dir. (UE) 2019/1152, 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea; così come nell'art. 18, dir. (UE) 2019/1158, 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza; e parimenti nell'art. 15, dir. (UE) 2022/2041, 19 ottobre 2022, relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea. In quest'ultima direttiva, peraltro, si sottolinea continuamente la necessità di appoggiarsi a dati statistici affidabili e ad un efficiente monitoraggio per raggiungere gli obiettivi in modo effettivo.

Le direttive europee sovente valutano l'effettivo raggiungimento delle finalità previste dalla normativa attraverso la verifica dell'efficienza e dell'efficacia, anche tecnico-economica, degli strumenti utilizzati. Nelle direttive di *rafforzamento/enforcement* l'intreccio è particolarmente avvertibile³²; ma è una caratteristica più ampia che connota la natura stessa della direttiva, quale tecnica normativa che impone un risultato da raggiungere. Il controllo sull'idoneità della forma e dei mezzi scelti dagli Stati membri non è altro che una verifica, finalistica, di effettività: un controllo che riecheggia valori come l'efficienza³³ e l'efficacia, anche in relazione al funzionamento del mercato³⁴.

Lo stesso principio di sussidiarietà potrebbe assumere un contenuto efficientista, considerato che l'art. 5 TUE consente l'intervento UE nell'ambito della legislazione concorrente soltanto ove gli obiettivi «possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

Resta però che la prospettiva economica non può che tendere alla semplificazione dei modelli e, di conseguenza, della realtà. Quello giuridico è invece il mondo della complessità, nonché del bilanciamento mobile e relativo tra valori concorrenti. A maggior ragione ciò avviene nel diritto del lavoro, un settore ove i valori della dignità, della libertà, della solidarietà, dell'uguaglianza assumono sfumature di particolare intensità. La complessità del diritto consente di tener

³² V., e.g., dir. (UE) 2023/970, 10 maggio 2023, volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione.

³³ Nozione di efficienza da intendersi ai fini della scienza giuridica non certo in termini assoluti: cfr. Deakin, Wilkinson (1999, 612) secondo i quali l'idea di efficienza «non può essere separata dalla considerazione delle scelte fondamentali di politica economica che vengono fatte da un dato sistema».

³⁴ V., e.g. art. 13, dir. (UE) 2022/2381, che impone alla Commissione UE una relazione biennale, a partire dalla fine del 2030, da cui emerga in particolare se la direttiva abbia conseguito gli obiettivi e se «costituisca uno strumento efficiente ed efficace per aumentare l'equilibrio di genere».

conto anche della prospettiva economica, nelle sue costruzioni e declinazioni. Senza limitarsi al modello prevalente, di matrice neoclassica, fondato sull'equilibrio tra domanda e offerta, sull'ottimo paretiano, sulla propensione degli operatori a comportamenti razionali (una razionalità poco più che robotica, a ben vedere³⁵). Anche nella realtà economica resta al centro del discorso la persona, con tutte le sue articolazioni e contraddizioni: con istanze individualistiche frammiste a propensioni collaborative³⁶, ma pure con gusti soggettivi, incertezze, debolezze, indolenze, meschinità, passioni, speranze. Una persona che altro non è che un essere umano, confusamente e incoerentemente alla costante ricerca di una qualche forma di felicità³⁷.

Riferimenti bibliografici

- Aghion, P., Hermalin, B. 1990. "Legal restrictions on private contracts can enhance efficiency." *Journal of Law, Economics & Organization* 6: 381-409.
- Alpa, G., Chiassoni, P., Pericu, A., Pulitini, F., Rodotà, S., Romani, F. 1998. *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Arkelof, G. 1970. "The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism." *The Quarterly Journal of Economics* 84: 488-500.
- Ballestrero, M. V. 2019. "Il lavoro tra diritto ed economia." *Labor* 13: 235-52.
- Bruni, L. 2023. "Salari minimi e salari massimi. Paga 'giusta' e patto sociale." *Avvenire*, 30 luglio 2023.
- Bruni, L. 2023a. "La profezia di un mercato di sola fiducia." *Avvenire*, 28 ottobre 2023.
- Calabresi, G. 2017. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven: Yale University Press.
- Camerlengo, Q., Rampa, L. 2015. "I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica." *Quaderni Costituzionali* 35: 59-85.
- Cooter, R., Mattei, U., Monateri, P. G., Pardolesi, R., Ulen, T. 2006. *Il mercato delle regole: Analisi economica del diritto civile*. Bologna: Il Mulino.
- Corti, M. 2023. "Diritto del lavoro e scienza economica: Un dialogo possibile?" *Argomenti di Diritto del Lavoro* 18: 20-35.

³⁵ Loi (1999, 550 s.) sottolinea come Posner ritenga che «gli individui razionalmente tendono a massimizzare la ricchezza. Sulla base di un ragionamento sorprendentemente semplice quanto criticabile, secondo il quale la razionalità è una caratteristica del comportamento sociale e non è confinata alle transazioni di mercato, si arriva alla conclusione che l'apparato concettuale elaborato da generazioni di economisti per spiegare i comportamenti di mercato, possa essere usato anche per spiegare comportamenti non di mercato».

³⁶ Camerlengo, Rampa (2015, 61) rilevano come «ogni individuo sperimenta interazioni assai più complesse di quelle che generano gli effetti esterni dei comportamenti umani, poiché molte decisioni dipendono anche dalle scelte altrui. In questi casi il benessere sociale richiede mutua cooperazione anziché competizione».

³⁷ Fattori che certo non possono essere agevolmente tradotti in statistiche, ma che danno conto della caleidoscopica dinamica esistenziale in cui si destreggia l'essere umano. Molte e diversificate risultano le classifiche tra i Paesi, a seconda che si prenda in considerazione la ricchezza (e la relativa distribuzione), la crescita economica, le ore di lavoro, la speranza di vita, l'indice di natalità, il tasso di suicidio, la salubrità ambientale, l'indice di felicità: www.worldpopulationreview.com.

- Dau-Schmidt, K., Harris, S., Lobel, O. (a cura di). 2009. *Labor and Employment Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Deakin, S., Wilkinson, F. 1999. "Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione." *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 14: 587-619.
- Del Punta, R. (a cura di). 2022. *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2001. "L'economia e le ragioni del diritto del lavoro." *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 6: 3-45.
- Del Punta, R. 2013. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto* 27: 37-58.
- Del Punta, R. 2016. "Labour Law and the Capability Approach." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 32, 4: 383-405.
- Del Punta, R. 2023. *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Ichino, A., Ichino, P. 1994. "A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 1: 459-505.
- Ichino, P. 2000. "Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto." *Mercato Concorrenza Regole* 3: 635-50.
- Ichino, P. 2001. "Il dialogo tra economia e diritto del lavoro." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 1: 165-201.
- Ichino, P. 2023. "Il contratto di lavoro (diritto ed economia)." In *Il contratto di lavoro*, a cura di R. Del Punta, R. Romei, F. Scarpelli, 36-72. Milano: Giuffrè.
- Kaufman, B. E. 2009. "Il contributo al diritto del lavoro della analisi economica secondo l'approccio neoclassico e istituzionale." *Diritto delle Relazioni Industriali* 2: 272-325.
- Loi, P. 1999. "L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro." *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 23: 547-85.
- Mariucci, L. 2016. "Riflessioni su 'L'idea di diritto del lavoro, oggi'." *Lavoro e Diritto* 30: 131-40.
- Mengoni, L. 1994. "L'argomentazione orientata alle conseguenze." *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 48: 1-18.
- Novella, M. 2002. "Analisi economica e interpretazione nel diritto del lavoro." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 1: 311-44.
- Novella, M. 2007. "I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 2: 990-98.
- Pallini, M. 2021. "Anni difficili... anche per il Law and Economics." *Lavoro Diritti Europa* 2: 1-10.
- Pardolesi, R. 2002. "Analisi economica del diritto (voce)." In *Enciclopedia del Diritto*, VI aggiornamento, 7-20.
- Perulli, A., Treu, T. 2017. *Enterprise and Social Rights*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Romagnoli, U. 2005. "Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto* 19: 527-36.
- Sen, A. 2011. *The Idea of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Smith, A. 2006. *Vita, Pensiero, Opere Scelte*. Milano: Il Sole 24 Ore.
- Speziale, V. "La mutazione genetica del diritto del lavoro." *Working Papers Massimo D'Antona.IT* 322: 1-66.
- Stiglitz, J. 2018. *Invertire la Rotta. Disuguaglianza e Crescita Economica*. Bari: Laterza.
- Thaler, R., Sunstein, C. 2015. *La Spinta Gentile*. Milano: Feltrinelli.

Trimarchi, P. 1961. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano: Giuffrè.

Varva, S. 2015. *Il Licenziamento Economico: Pretese del Legislatore e Tecnica del Giudizio*. Torino: Giappichelli.

Viscomi, A. 2013. "Logiche economiche e regole giuridiche: note giuslavoristiche per un confronto interdisciplinare." *Diritti Lavori Mercati* 1: 538-56.

Mentore, collega, amico (toscano), e ancora mentore: il mio ricordo e percorso con Riccardo Del Punta¹

Massimiliano Vatiero

Ho conosciuto il professor Riccardo Del Punta prima di incontrare il professor Riccardo Del Punta di persona. Era una mattina del marzo 2002 e io ero uno studente del corso di laurea in Economia Politica all'Università degli Studi di Siena. Quella mattina avevo una lezione di diritto del lavoro con la professoressa Franca Borgogelli. Il clima in aula era carico di tensione e la voce della professoressa tremolava. Era la mattina successiva all'omicidio di Marco Biagi, avvenuto il 19 marzo 2002. L'omicidio di Biagi seguiva di qualche anno l'omicidio di Massimo D'Antona (20 maggio 1999), entrambi assassinati dalle cosiddette Nuove Brigate Rosse. Questi due tragici eventi hanno segnato i primi anni del mio percorso universitario e mi hanno fatto scoprire i rischi a cui è esposta la comunità accademica e tra le altre, ma più delle altre, la comunità del diritto del lavoro. Da quella mattina del marzo 2002, i giuslavoristi e le giuslavoriste² sono diventate per me delle figure coraggiose, capaci di difendere con determinazione le proprie posizioni, anche accademiche, nonostante le minacce e le intimidazioni.

Solo a inizio 2004 ho conosciuto Riccardo Del Punta di persona. E, come detto, lui per me era già una persona coraggiosa ancora prima di conoscerlo. Riccardo

¹ Rielaborazione ed estensione dell'intervento orale tenuto il 26 gennaio 2024 all'Università di Firenze per l'evento in ricordo del professor Riccardo Del Punta.

² Per non appesantire la lettura nel testo userò d'ora in avanti il femminile inclusivo.

Massimiliano Vatiero, University of Trento, Italy, massimiliano.vatiero@unitn.it, 0000-0002-2886-9870

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Massimiliano Vatiero, *Mentore, collega, amico (toscano), e ancora mentore: il mio ricordo e percorso con Riccardo Del Punta*, ©Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.73, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1175-1179, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

è stato il *co-supervisor*, insieme a Ugo Pagano³, del mio percorso di dottorato (19° ciclo, Dottorato in *Law and Economics*, Scuola di Dottorato «Santa Chiara», Siena). Posso dire e vantare di essere tra i (pochi, il solo?) non-giuristi che ha avuto Riccardo come *co-supervisor*.

Il mio progetto di ricerca si concentrava sulle relazioni di potere in una prospettiva di *Law and Economics*, con un focus particolare sul diritto del lavoro. A quel tempo era di moda (nel senso statistico del termine) provare ad applicare la teoria dei prezzi di stampo *Chicagoans* (e in particolare Beckeriano) al diritto, ivi incluso al diritto del lavoro⁴. Famoso è (stato) in questa prospettiva il libro di Pietro Ichino *Diritto del lavoro in una prospettiva di law and economics*. La prospettiva di Riccardo (e di Ugo Pagano) era diversa, probabilmente complementare, perché credeva che, invece della teoria dei prezzi, fosse la teoria istituzionalista⁵ (per esempio i lavori di John R. Commons, Ronald Coase e Oliver E. Williamson) a poter dare un utile contributo alla comprensione e allo studio del diritto del lavoro. Riccardo è stato per me un mentore, capace di indirizzarmi (oggi lo posso dire da professore che segue dottorandi, a mia volta) efficacemente. Tra le altre cose, mi ha avvicinato alla lettura dei lavori di Otto Kahn-Freund e fu tra coloro che mi ha più sollecitato affinché leggessi e studiassi le opere di Guido Calabresi. Grazie alla sua guida, ho avuto l'opportunità di esplorare nuovi approcci e di approfondire la mia comprensione del diritto del lavoro. La mia tesi è divenuta una monografia pubblicata per una casa editrice internazionale con il titolo *Understanding Power: a 'Law and Economics' Approach* (Vatiero 2009). Nella copertina del libro c'è un suo *endorsement* che riporto di seguito:

Few Neo-Institutional scholars have investigated the role of power within Coasean institutions, in particular within the firm. Dr. Vatiero's analysis of power relations does so and the result is an insightful work for a deeper foundation of Labour Law and Economics – Riccardo Del Punta, University of Florence.

Riccardo mi ha anche aiutato affinché il mio libro fosse recensito e menzionato su *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*⁶.

³ Nell'incontro del 26 gennaio 2024 a Firenze in ricordo del professor Del Punta, la professoressa Borgogelli mi ha rivelato che fu il professor Ugo Pagano, d'accordo con la stessa professoressa Borgogelli, a chiedere a Del Punta di seguirmi per la mia tesi di dottorato.

⁴ L'esempio più emblematico dell'applicazione della teoria dei prezzi à la Becker al diritto è rappresentato dal libro di Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Nel 2023 è stata celebrata il cinquantenario dalla prima edizione del libro di Posner con uno special issue dal titolo *Posner's Economic Analysis of Law at Fifty and the Globalization of Jurisprudence* e curato da Hans-Bengt Schäfer e il sottoscritto sulla rivista *History of Economic Ideas*. L'introduzione del numero speciale è: Schäfer H.-B. and M. Vatiero 2023, «Introduction: Posner's Economic Analysis of Law at Fifty and the Globalization of Jurisprudence,» *History of Economic Ideas*, 31, 3, 11-30 (accessibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4636179)

⁵ Sul tema mi sia concesso di citare il mio recente libro, le cui bozze anche Riccardo aveva letto: Vatiero 2021.

⁶ *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2011, pp. 141-142. Oltre a *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, il libro è stato recensito e menzionato, tra gli altri, su *Journal of Economic Literature*, *Journal of Economic Issues* e *History of Economic Ideas*.

Poi nel 2010, io ottengo una posizione all'Università della Svizzera italiana (USI) come professore della Cattedra «Brenno Galli» in *Law and Economics* all'Istituto di Diritto (IDUSI)⁷. Mi piace sottolineare che la commissione di selezione comprendeva giuristi ed economisti svizzeri che hanno evidentemente apprezzato la mia monografia che Riccardo ha supervisionato⁸. Il nostro legame accademico si è quindi trasformato in una collaborazione tra colleghi⁹.

Tra le altre cose che abbiamo pensato e fatto insieme come colleghi (e insieme ad altre colleghe¹⁰), c'è la nascita e la crescita della Società Italiana di Diritto ed Economia (<https://www.side-isle.it>). Riccardo è stato uno dei fondatori della Società ed è stato membro del suo Consiglio Direttivo (<https://www.side-isle.it/governance>). Tra le sue attività, occorre ricordare che nel 2009 la 5a conferenza annuale della Società Italiana di Diritto ed Economia è stata organizzata all'Università di Firenze proprio da Riccardo e le sue collaboratrici. La conferenza di quell'anno è ricordata per l'ottima preparazione e la gradevole partecipazione. Riccardo inoltre ha organizzato la sessione di Labour Law & Economics in ogni conferenza annuale della medesima Società, contribuendo con idee innovative e promuovendo con efficacia il dibattito e il dialogo tra diritto del lavoro ed economia.

Probabilmente l'ultima volta che ho visto Riccardo di persona era alla 15a conferenza annuale della Società Italiana di Diritto ed Economia tenutasi a Milano nel 2019. Nel 2020 in periodo pandemia Covid-19, la 16a conferenza è stata solo online. Nel 2021, Riccardo è stato impedito per problemi di salute a partecipare alla 17a conferenza annuale, da me co-organizzata con Giuseppe Bellantuono, a Trento. Nel dicembre 2022, all'assemblea generale della Società durante la 18a conferenza annuale abbiamo ricordato Riccardo e dedicato a lui un momento di silenzio e di memoria. Sul sito della Società è stato inserito un obituary (https://www.side-isle.it/files/Pietro_Ichino_RICORDO_DI_RICCARDO_DEL_PUNTA.pdf). Inoltre sul sito della Società si può leggere la sua lettera a Pietro Ichino dal titolo «Si al dialogo con economisti (meglio ancora se reciproco)» (https://www.side-isle.it/files/Pietro_Ichino_DEL%20PUNTA_%20SI_AL_DIALOGO_CON_GLI_ECONOMISTI.pdf); notasi che ciò che è scritto tra parentesi (“meglio ancora se reciproco”) segnala una certa ironia di Riccardo, sulla quale tornerò tra breve.

Prima vorrei ricordare che nelle sue ultime e-mail tra noi che riguardavano alcuni temi salienti di diritto del lavoro, lui scriveva «caro Massimiliano, te lo dico da amico» oppure «a te che sei amico posso dirti che...». Quindi posso mostrare (e ho testimonianza scritta) che Riccardo mi considerasse suo amico

⁷ Maggiori dettagli sono reperibili al seguente link: <http://www.idusi.eco.usi.ch/istituto/cattedra-brenno-galli>.

⁸ Il testo della mia lezione inaugurale all'USI, poi rivisto, è stato pubblicato su *Rivista Critica del Diritto Privato*: Vatiero 2013.

⁹ Per esempio, il mio ultimo libro, cfr. supra Vatiero note 5.

¹⁰ Lo scopo della Società è ben espresso da Lorenzo Sacconi (che ne è stato fondatore e presidente): Sacconi 2020.

e a me questo inorgogliava e inorgogliesce molto. Come amico, vorrei pertanto sottolineare alcuni suoi tratti. Primo, la sua eleganza di pensiero; basta leggere i suoi scritti per restarne affascinati. Secondo, la sua fermezza nella riflessione; Riccardo era aperto, anzi sollecitava, il dialogo, ma senza che questo volesse dire «cedere» sulle proprie posizioni, tantomeno su ciò su cui non si è convinti. Terzo tratto che voglio sottolineare di Riccardo è la toscanità, sebbene la categoria sia troppo ampia per un toscano (e lo dico da toscano, sebbene dell'alta maremma grossetana) date le differenze sia vere che presunte tra province, comuni o addirittura «contrade» (e, per chi ha avuto la fortuna di vivere Siena sa a cosa mi riferisco). Tra noi c'era indubbiamente una vicinanza umana (prima come docente-discente e poi come colleghi) ma questa era anche condita da un po' di contesa tra «toscanità». L'ironia e anche l'autoironia che Riccardo ha saputo portare con sé nel nostro percorso insieme, finanche come due «amici toscani», è una buona proxy (direbbero gli economisti) dell'intelligenza della persona; e Riccardo era una persona molto intelligente.

Vorrei concludere con un'ultima considerazione. E qui rimetto «il mio zainetto» di studente di Riccardo. Il prof. Del Punta è stato conosciuto e riconosciuto non solo a livello nazionale, ma anche internazionale. Qualcuno ha già ricordato che il prof. Del Punta ha sostenuto lo studio e l'impiego dell'approccio delle *capability* di Amartya Sen e Martha Nussbaum nella riflessione giuslavorista. Questa sua intuizione gli aveva dato una forte visibilità internazionale. Ricordo, in particolare, che nella collettanea *The Capability Approach to Labour Law*, uscita per Oxford University Press nel 2019 e a cura di Brian Langille (2019), il contributo del Prof. Del Punta dal titolo «Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?» (Del Punta 2019) compare nella prima sezione e, nella successione dei capitoli, subito dopo il contributo di Martha Nussbaum (2019).

Anche io mi sto occupando di temi similari, cercando di utilizzare l'approccio delle *capability* alla *corporate governance* per comprendere se/come le strutture di governo delle imprese (specialmente public company) debbano/possano essere strutturate per non ridurre o anzi creare *capabilities* per i vari *stakeholders*¹¹. Quello che voglio sottolineare qui è che, anche su questo tema, Riccardo, il Prof. Del Punta, era un uomo *con visione*: ancora come un mentore, aveva capito prima e meglio (di me, suo studente) un filone di ricerca utile e promettente.

Riferimenti bibliografici

- Del Punta, R. 2019. "Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?" In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille, 82-102. Oxford: Oxford University Press.
- Fia, M., Sacconi, L., Vatiéro, M. 2021. "Assessing Corporate Governance through Amartya Sen's Capability Approach." In *Academy of Management Proceedings*, 1. Academy of Management Proceedings.

¹¹ Fia, Sacconi, Vatiéro 2021. Si veda anche: Vatiéro 2022.

- Langille, B. (a cura di). 2019. *The Capability Approach to Labour Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Nussbaum, M. C. 2019. "Labor Law and the Capabilities Approach." In *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di B. Langille, 62-81. Oxford: Oxford University Press.
- Sacconi, L. 2020. "Appendix To Oliver E. Williamson (1932-2020): An Institutional List Researcher." *History of Economic Ideas* 28, 3: 136-37.
- Schäfer, H.-B., Vatiere, M. 2023. "Introduction: Posner's Economic Analysis of Law at Fifty and the Globalization of Jurisprudence." *History of Economic Ideas* 31, 3: 11-30. Disponibile al link: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4636179>.
- Vatiere, M. 2009. *Understanding Power: A 'Law and Economics' Approach*. Berlino: VDM Verlag.
- Vatiere, M. 2013. "Alla ricerca di regole (e istituzioni) efficienti." *Rivista Critica di Diritto Privato* 31, 1: 123-38.
- Vatiere, M. 2021. *The Theory of Transaction in Institutional Economics. A History*. London: Routledge.
- Vatiere, M. 2022. "Extending Amartya Sen's Paretian Liberal Paradox to a Firm's Hierarchy." In *Philosophy and Business Ethics: Organizations, CSR and Moral Practice*, a cura di G. Faldetta, E. Mollona, M.M. Pellegrini, 357-73. Cham: Springer International Publishing.

Da una rivoluzione si può tornare indietro? Congedi parentali e indipendenza economica

Micaela Vitaletti

1. Può sembrare un tema minore, quello dei congedi parentali, di cui si è occupato a lungo Riccardo Del Punta fin dai primi anni duemila, a ridosso delle modifiche introdotte dalla legge n. 53 del 2000, poi trasfusa l'anno successivo nel testo unico sulla genitorialità.

Nel commentare l'istituto, frammento di un quadro normativo più ampio, Riccardo Del Punta evidenzia come la riduzione del settanta per cento della retribuzione orienti la scelta della fruizione del congedo sul genitore la cui retribuzione è, in termini comparativi, meno consistente; ciò al fine di contenere la perdita economica che deriva dall'assunzione degli obblighi di cura a fronte della nascita della prole (Del Punta 2000, 149; Del Punta 2005).

Non è un caso che tale riflessione sia riportata anche nella parte dedicata alle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro all'interno del suo manuale, giunto alla quattordicesima edizione e rivolto in particolare a studenti e studentesse universitari, dove Riccardo del Punta scrive «il che fa sì che tende a prenderlo quello dei due che guadagna di meno, di solito la lavoratrice» (Del Punta 2020, 662).

Questa osservazione sembra quasi una esortazione, già nell'aula universitarie, a coltivare l'indipendenza economica quale fondamento di una effettiva parità di genere.

L'istituto del congedo parentale, apparentemente neutro, si pone così a valle di questioni più ampie; 'spia' di quella persistente asimmetria tra uomo-donna nel mercato del lavoro, nonostante non sia una norma di genere, ma divenuta tale per fatti e circostanze che costituiscono il substrato invisibile della scelta genitoriale (Donini 2020, 394-407).

Micaela Vitaletti, University of Teramo, Italy, mvitaletti@unite.it, 0000-0003-1755-4926

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Micaela Vitaletti, *Da una rivoluzione si può tornare indietro? Congedi parentali e indipendenza economica*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.74, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1181-1190, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

In questo senso l'effetto principale che l'impegno di cura produce sul mercato del lavoro è quello di ridurre l'indipendenza economica delle donne, maggiormente occupate nei compiti di assistenza.

Il tema del *gender pay gap*, dunque, verrà considerato non rispetto all'entità del compenso in rapporto all'altro genitore, ma in relazione al tempo lavorato. Tale aspetto, se pur in una prospettiva rovesciata, è osservato anche nella Direttiva Europea n. 1158 del 2019, attuata con il d.lgs. 105 del 2022, che modifica alcune disposizioni del testo unico sulla genitorialità.

Esiste, infatti, una forte correlazione tra tempo di lavoro e differenziale salariale, almeno nel nostro ordinamento, dove il *gender pay gap* si realizza non tanto rispetto al costo orario del tempo di lavoro, ma rispetto al monte ore lavorate.

2. Nell'ambito di questo scenario, la posizione dell'Italia varia notevolmente a seconda dell'indicatore impiegato per calcolare il divario salariale uomo-donna. In base all'indice europeo «*gender pay gap*» che misura la differenza retributiva in rapporto al trattamento economico lordo medio, l'Italia restituisce apparentemente l'idea di essere all'interno dell'Unione Europea uno dei paesi più virtuosi.

Quando, invece, si considera l'indice «*gender over all earning gap*» che combina la retribuzione media l'ora con il tasso di occupazione femminile e il numero di ore lavorate, la nostra posizione nella classifica generale europea cambia sensibilmente. In questo caso la differenza media tra stipendi annuali di uomini e donne nel 2023, è, infatti, pari al 15% in Italia (Rapporto Inps 2023).

L'Italia si trova al 79esimo posto su 153 paesi analizzati (Global Gender Gap Report 2023 del World Economic Forum). Mentre quando si guarda alla partecipazione alla vita economica da parte delle donne che si riflette sulla disparità di trattamento salariale, il nostro paese si colloca al 125esimo posto sui 153 considerati (Gender Equality index 2023)

Sulla differenza salariale in Italia, pesa, in particolare il tempo dedicato al lavoro di cura, l'esito, dunque, di fattori endogeni che influiscono indirettamente sul livello retributivo complessivo e la progressione del medesimo, generando quella «dipendenza» che influisce notevolmente sulla capacità di emancipazione della donna.

3. Se la formazione del differenziale salariale è anche l'esito di fattori «esterni» al rapporto di lavoro, una circostanza che più di altre ne costituisce la causa è sicuramente la maternità.

Gli ultimi dati disponibili, se pur precedenti alle ultime modifiche del 2022, mostrano la profonda disparità nella fruizione dei congedi parentali (Inps 2023)¹.

Le asimmetrie di genere che caratterizzano l'impegno di donne e uomini nei compiti di cura per i figli si ritrovano anche negli elementi che emergono dall'analisi dei dati relativi alla fruizione dei congedi parentali, con valori che richia-

¹ Statistiche in breve a cura del Coordinamento Generale Statistico Attuariale Dicembre 2023 Aggiornamento all'anno 2022 Prestazioni a sostegno della famiglia.

mano un'organizzazione familiare centrata su un maggior impegno femminile. Pur a fronte delle possibilità offerte dalla normativa rispetto all'uso parallelo del congedo da parte di entrambi i genitori, infatti, chi fruisce prevalentemente dei congedi nel nucleo familiare è la componente femminile nel 72,1% dei casi relativi al settore pubblico e il 65,1% per quello privato, a fronte di valori per la componente maschile pari al 34,1% nel settore pubblico e al 19,8% in quello privato. Emerge dunque anche una differenziazione pubblico-privato di un certo rilievo, con un valore più alto di +7 punti percentuali per le donne nel settore pubblico rispetto al privato e di +14,3 punti percentuali nel caso degli uomini (Inapp 2023).

Questo avviene sia tra i lavoratori dipendenti che tra i lavoratori autonomi.

Si è soliti attribuire la causa di questa disparità nella difficoltà a superare l'idea, ancora molto diffusa, sul piano culturale e sociale che sia la madre lavoratrice figura di riferimento del nucleo familiare²; colei a cui è naturalmente assegnata la cura della prole, con evidenti ricadute sui tempi da dedicare al lavoro.

Tra l'altro, pur a fronte di dati più confortanti nell'uso del tempo per la cura, i dati rilevano come questo miglioramento non sia dovuto a un migliore condivisione tra uomini e donne, ma perché le donne fanno meno. Fanno meno grazie alle tecnologie, ai servizi di consegna a domicilio, spostando cioè parte della cura su servizi e piattaforme (Gender Equality index 2023).

4. Che il gender pay gap costituisca una tema centrale anche «per la costruzione di una Europa prospera e sociale» si comprende guardando la strategia per la parità di genere 2020-2025 approvata dalla Commissione. Per consentire «l'indipendenza economica» delle donne e contenere il divario retributivo di genere, la Commissione ritiene necessario «risolvere tutte le sue cause profonde, compresa la minor partecipazione delle donne al mercato del lavoro, il lavoro invisibile e non retribuito, il maggior ricorso al tempo parziale e alle interruzioni di carriera, nonché la segregazione verticale e orizzontale basata su stereotipi e discriminazioni di genere, nonché alle responsabilità di assistenza a carico delle donne». Tra l'altro si segnala che «sebbene in Europa le laureate superino numericamente i laureati, le donne continuano a essere sottorappresentate nelle professioni più remunerate. Nei lavori e nei settori scarsamente retribuiti e negli inquadramenti di livello più basso, la presenza femminile è superiore a quella maschile. Modelli sociali discriminatori, idee preconette sulle competenze di donne e uomini e una sottovalutazione del lavoro femminile sono tra i

² Indagine Censis-Assindatcolf, 2021, nel confronto fra uomini e donne, in base al campione esaminato, il 57,8% degli uomini e il 58,7% delle donne risulta impegnato in attività lavorative; se si considera, tuttavia, il numero di ore lavorate, circa il 28% degli uomini supera la soglia delle 40 ore alla settimana, mentre per le donne la percentuale di quelle più impegnate raggiunge il 17,4% (tab. 7). Si conferma, in sostanza, anche nel campione Assindatcolf, una diversa distribuzione del carico lavorativo a casa e fuori casa rispetto al genere: le donne nei fatti pagano una maggiore presenza in famiglia con una minore possibilità di veder riconosciuto il proprio ruolo in una attività remunerativa lontano dalle pareti di casa.

fattori che contribuiscono a questa situazione. Il divario di genere a livello occupazionale e retributivo si accumula nell'arco della vita portando ad un divario pensionistico ancora più accentuato e di conseguenza ad un rischio povertà maggiore degli uomini».

Prima ancora, la Direttiva europea n. 1158 del 2019 nel fotografare la situazione attuale, evidenzia come «l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare resta una sfida considerevole per molti genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza, in particolare a causa della crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano, il che ha un impatto negativo sull'occupazione femminile» (Militello 2020; Vallauri 2020; Scarponi 2021)

Uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne sul mercato del lavoro è «la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari. Quando hanno figli, le donne sono propense a dedicare meno ore al lavoro retribuito e a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite» (Alessi, Bonardi, Calafà, D'Onghia 2022, 111-120).

Pur a fronte della correlazione tra dilatazione dei tempi di lavoro e obblighi di cura, la Direttiva interviene, stabilendo misure volte ad estendere e rafforzare diritti, fin ad ora previsti o fruiti prevalentemente dalla madre lavoratrice, anche all'altro genitore, tra cui il congedo di paternità e il congedo parentale.

In altri termini la Direttiva prende atto del prolungamento degli orari di lavoro a cui non corrisponde necessariamente un aumento retributivo, della loro non programmabilità – Claudia Goldin lo definisce «greedy work»- senza introdurre, tuttavia, misure che incidano sull'organizzazione del lavoro, ma trovando nella riallocazione degli obblighi di cura una possibile soluzione.

Il tema dell'equilibrio tra vita professionale vita privata poggia, poi, su un presunto equilibrio interno al nucleo familiare, quasi che, pur a fronte del riconoscimento delle genitorialità, ove previsto dalla legislazione dei singoli paesi, a prescindere dal genere, la famiglia esista e resista come entità stabile.

4.1. Nel nostro ordinamento, la Direttiva è stata recepita nel d.lgs. 105 del 2022.

Andando con ordine, l'art. 2, primo comma, lett. a) del decreto, dopo aver aggiornato la semantica di cui all'art. 2 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, interviene sulla disciplina del congedo di paternità e del congedo parentale, conservando l'ottica di genere diversamente dalla Direttiva Europea che, come prima accennato, «nella misura in cui è riconosciuto dal diritto nazionale»³, prescinde, nell'indicare i destinatari degli obblighi di cura, da una classificazione per generi (maschile/femminile).

Nella Direttiva il congedo parentale e di paternità, fatta eccezione per il dato letterale, è, infatti, rivolto alla figura del genitore che perde la connotazione di genere, per assumere come sfondo comune la persona coinvolta nel rapporto filiale.

Il decreto, invece, in assenza di una legislazione in materia, provvede a sistematizzare le indicazioni della Direttiva sulle acquisizioni 'interne' al diritto di

³ Art.4, primo comma della Direttiva n. 1158/2019.

famiglia (Malzani 2015), in particolare con riferimento al principio della bigenitorialità «da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione» (Cass. n. 9764 del 2019) e alla diffusione della famiglia monoparentale, adeguando il diritto del lavoro alle suddette evoluzioni.

Dopo aver definito la nozione di congedo di paternità come astensione dal lavoro del padre lavoratore, anche adottivo o affidatario, l'art. 27 *bis* del d.lgs. 151 del 2001, inserito con la lett. c) dell'art. 2, primo comma del d.lgs. n. 105 del 2022, dispone che il padre lavoratore fruisca, in via autonoma, di un periodo di dieci giorni, non frazionabile ad ore, da utilizzare, anche in modo non continuativo, a decorrere da due mesi prima della data presunta del parto ed entro cinque mesi. Tale periodo è fruibile entro lo stesso arco temporale, anche in caso di morte perinatale del figlio.

In caso di parto plurimo, la durata del congedo è aumentata a venti giorni lavorativi.

La richiesta deve essere comunicata in forma scritta al datore di lavoro e/o attraverso il sistema informativo aziendale. Il padre deve indicare i giorni della fruizione del congedo con un preavviso non minore a cinque giorni, ove possibile, in relazione alle data presunta del parto.

Il congedo di paternità da misura sperimentale diviene, pertanto, istituto definitivo e ordinario. Si rammenta, infatti, che il suddetto congedo era già stato riconosciuto quale diritto, autonomo e distinto, dal congedo di maternità, con l'articolo 4, comma 24, lettera *a*, legge 28 giugno 2012, n. 92, che aveva introdotto il congedo obbligatorio per il padre di un giorno da fruire entro i primi cinque mesi dalla nascita (Donini 2020, 394; Calafà 2016a, 41-62; Gottardi 2012, 609-620). L'intervento era stato poi esteso nel tempo fino alla legge di Bilancio 30 dicembre 2021, n. 234, art. 1 comma 234 che aveva previsto, per l'anno 2021, dieci giorni di congedo di paternità, abrogato dall'art. 10 del presente decreto.

Resta il congedo di paternità c.d. alternativo, ai sensi dell'art. 28 del testo unico, previsto qualora la madre non sia in condizione di poter fruire del congedo di maternità. Nel caso di morte o grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre, il congedo di maternità per tutta la durata o per la parte residua è ascritto al padre lavoratore subordinato e/o autonomo a cui si aggiunge la fruizione del congedo di paternità ordinario di cui all'art. 27 *bis* del testo unico sulla genitorialità.

Rispetto al *quantum* dei giorni fruibili, il decreto conferma quanto già previsto, limitandosi al numero di giornate minime previste dalla Direttiva che offriva, invece, la possibilità, di intervenire in termini migliorativi. Non si può pertanto ritenere che il congedo di paternità, in assenza di una equiparazione con il congedo di maternità sul piano temporale, consenta il superamento del *maternal preference*, almeno nei primi mesi di vita della prole.

L'equiparazione tra congedo di maternità e paternità non si verifica neppure sul profilo retributivo, là dove soltanto il secondo corrisponde al 100% della retribuzione però prevista sotto il profilo retributivo (Scarponi 2022).

Tra l'altro, come è stato osservato, non muta la natura del congedo obbligatorio di paternità quale diritto potestativo, e dunque rinunciabile, a differenza di quello di maternità che è assistito da un vero e proprio divieto di prestare attività lavorativa penalmente sanzionato (Scarponi 2022).

4.2. Con riferimento specifico al congedo parentale, l'art. 32 del d.lgs. 151 del 2001, così come modificato dal d.lgs. 105 del 2022, prevede il diritto per ciascuno genitore di astenersi dal lavoro per ogni bambino per un periodo complessivo di dieci mesi. Entro questo limite, alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità, spetta un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi; mentre, qualora sia il padre lavoratore a fruire per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi, dei sei mesi previsti, il limite complessivo dei congedi parentali dei genitori è elevato a undici mesi.

Il decreto legislativo in questione ha altresì aumentato l'arco temporale in cui è possibile fruire del congedo parentale indennizzato, portandolo dai 6 anni di vita del figlio (o dall'ingresso in famiglia in caso di adozione o affidamento) agli attuali 12 anni.

Anche gli ulteriori periodi di congedo parentale del genitore con un reddito individuale inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria sono a oggi fruibili entro i 12 anni di vita del figlio (o dall'ingresso in famiglia in caso di adozione o affidamento) e non più solo entro gli 8 anni.

Inoltre, l'attuale novella normativa riconosce a ogni genitore il diritto a tre mesi di congedo indennizzato che non possono essere trasferiti all'altro genitore, a differenza della precedente normativa che prevedeva un limite di coppia di massimo 6 mesi di congedo indennizzabile, con la conseguenza che, se un genitore avesse fruito di tutto il congedo indennizzato, all'altro genitore sarebbe residuata la sola fruizione di periodi di congedo non indennizzato.

I genitori hanno altresì diritto, in alternativa tra loro, a un ulteriore periodo di congedo della durata complessiva di tre mesi.

4.2.1. Accanto a tale meccanismo premiale, si affianca un ulteriore misura in attuazione dell'articolo 3 della Direttiva europea.

Se l'art. 32 del decreto 'premia' il padre lavoratore aumentando l'arco temporale complessivo di fruizione del congedo parentale, il nuovo primo comma dell'art. 34 incentiva la parità uomo-donna nella responsabilità familiare, stabilendo la non trasferibilità di parte del congedo parentale, pari a tre mesi, retribuito al trenta per cento in rapporto al trattamento economico percepito. Ciò vuol dire che, fino al dodicesimo anno di vita del figlio, spettano a ciascun genitore lavoratore tre mesi di congedo parentale non trasferibili e un'indennità pari al trenta per cento della retribuzione. L'indennità pari al trenta per cento della retribuzione spetta poi ai genitori, in alternativa tra di loro, per un ulteriore periodo di congedo di tre mesi.

Ne segue che nell'ambito della coppia genitoriale si può fruire di un periodo di congedo massimo di undici mesi, ove il padre, eserciti il suo diritto per

almeno tre mesi, diversamente i mesi sono dieci. L'indennità pari al trenta per cento della retribuzione viene erogata per sei mesi quando è soltanto un genitore a fruire del congedo, per nove mesi complessivi se, invece, entrambi i genitori ne fanno richiesta. Il resto del tempo fino al raggiungimento dei dieci mesi (o degli undici mesi nel senso suddetto) non è invece coperto da una indennità.

Con riferimento ai genitori affidatari e adottivi a cui spettano i medesimi diritti non si fa riferimento all'età del minore, ma al suo ingresso nel nucleo familiare.

Altresì, i periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio e non comportano riduzione di ferie, riposi, tredicesima mensilità o gratifica natalizia, ad eccezione degli emolumenti accessori connessi all'effettiva presenza in servizio, salvo quanto diversamente previsto dalla contrattazione collettiva.

4.2.2. L'art. 2, primo comma, lett. h) del decreto legislativo modifica, altresì, la lett c) del primo comma dell'art. 32 del d.lgs. 151 del 2011 che consente un aggiornamento del diritto del lavoro rispetto a quanto disposto dal diritto di famiglia, ovvero che «il genitore ha il diritto di astenersi per un periodo continuativo o frazionato non superiore a undici mesi, qualora vi sia un solo genitore ovvero un genitore nei confronti del quale sia stato disposto, ai sensi dell'articolo 337 *quater* del Codice civile». In quest'ultimo caso, l'altro genitore perde il diritto al congedo non ancora utilizzato.

Nel caso di 'genitore solo' il periodo complessivo, per il quale è prevista l'indennità pari al trenta per cento, è di nove mesi corrispondenti alla sommatoria dei tre mesi ciascuno spettanti alla coppia genitoriale, più gli ulteriori tre mesi, in alternativa tra di loro. In tale ipotesi l'indennità pari al trenta per cento della retribuzione spetta per un periodo massimo di nove mesi.

Nella nozione di genitore 'solo', in raccordo con l'art 337-*quater* del Codice civile, rientra così anche il genitore che ha avuto l'affidamento esclusivo del minore. Tale situazione si verifica quando, con provvedimento motivato, il giudice dispone che non sia possibile, ai sensi dell'art. 337 *ter*, «mantenere il rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare i rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» (Cass. 8 aprile 2019, n. 9764).

4.2.3. Da ultimo l'art. 1, comma 359, della legge 29 dicembre 2022, n. 197 modifica nuovamente l'art. 34 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, disponendo l'elevazione, dal trenta all'ottanta per cento della retribuzione, dell'indennità di congedo parentale per una mensilità da fruire entro il sesto anno di vita del figlio (o entro 6 anni dall'ingresso in famiglia del minore in caso di adozione o di affidamento e, comunque, non oltre il compimento della maggiore età)

Si sottolinea che il mese indennizzato all'80% della retribuzione è uno solo per entrambi i genitori e può essere fruito in modalità ripartita tra gli stessi o da uno soltanto di essi. Si precisa che la fruizione «alternata» tra i genitori, prevista nel novellato articolo 34 del D.lgs n. 151 del 2001, non preclude la possibilità di fruirne nei medesimi giorni e per lo stesso figlio, come consentito per tutti i periodi di congedo parentale (Circolare Inps 16 maggio 2022, n. 45).

5. La ricognizione fin qui svolta appare utile a individuare alcuni punti di caduta della disciplina.

Le modifiche introdotte non riflettono una piena equiparazione tra genitori. Il cambio di prospettiva riversando la funzione assistenziale sulla coppia genitoriale esaurisce il tema dell'equilibrio attività lavorativa e vita familiare nella condivisione dell'altro, così realizzando più che l'invocato sostegno alla madre lavoratrice, il riconoscimento dell'altro genitore.

La lavoratrice nel momento in cui diviene autonoma dalla fenomenologia del materno con cui appare all'esterno (norma sociale) lo fa per acquisire un legame diverso, ma pur sempre un legame, prodotto dalla coppia genitoriale.

Appaiono infatti a tratti assenti i caratteri di autonomia della madre lavoratrice che non escluderebbero affatto il progetto di genitorialità, ma che consentirebbero di individuare la stessa, come soggetto indipendente, all'interno di quel progetto. Se il lavoro dell'altro genitore, nella visione familiare mono-reddito di cui all'articolo 36 Cost. limitava l'accesso alla madre al mercato del lavoro in ragione di una distinzione di ruoli, ora dall'altro genitore – più che dalla coppia genitoriale, altrimenti la direttiva, in una prospettiva simmetrica, sarebbe intervenuta anche sulle misure già disposte per la madre lavoratrice – dipende la presenza della madre nel mercato del lavoro.

Così il rischio è di fare emergere quasi una contraddizione: nel momento in cui auspica la partecipazione femminile al mercato del lavoro, questa sembra potersi concretizzare soltanto attraverso l'attrazione del rapporto madre-figlio su una entità diversa, la coppia genitoriale in cui è l'altro genitore (e non la madre) a trovare un effettivo riconoscimento.

Tra l'altro è la dimensione coppia genitoriale, assunta a paradigma della Direttiva Europea a risultare cedevole, se si presta attenzione alle interazioni tra percorsi disciplinari diversi, ma connessi con il tema trattato.

Qui soltanto accennando, la centralità che la coppia genitoriale ricopre nel diritto del lavoro sembra trascurare come la stessa possa agire in concreto sul piano familiare. La coppia genitoriale viene, infatti, presa come modello, senza considerare la conflittualità al suo interno che, non di rado, porta alla separazione del nucleo familiare.

È vero che l'ordinamento prevede il diritto alla bigenitorialità introdotto quasi venti anni fa⁴, ma quasi mai è perfetta. Attraverso un istituto, di creazione giurisprudenziale, è la madre, che, in via prevalente, risulta genitore collocatario dei figli minori, accentuando il suo ruolo di cura e di sostegno familiare, là dove si privilegia, nell'interesse del minore, la conservazione delle abitudini, del tessuto sociale e di cura vissuto fino alla cessazione del vincolo matrimoniale (Cass. 18817 del 2015; Cass. 9764 del 2019; Cass. 6471 del 2020). Nella maggior parte dei casi quell'habitat è stato garantito dalla madre (Istat 2023).

Il che vuol dire che la lavoratrice madre, in base ai tempi di frequentazione e anche qui torna il tema del tempo, si troverà in maggior condizione di bisogno, avrà minor tempo di vita e di lavoro e meno risorse economiche.

⁴ Art. 337 ter c.c., l.n. 54 del 2006.

6. Il tema dell'occupazione femminile non sembra, allora, potersi risolvere entro i confini del testo unico sulla genitorialità, isolato dal restante contesto in cui è inserito. Annodandosi alla perdita di indipendenza economica che produce l'impegno di cura sul mercato del lavoro, anche a fronte della presenza di strumenti paritari, si avverte come la conflittualità si annidi tra le relazioni affettive e le relazioni economiche.

Certo si potrebbe dire che, se la fruizione del congedo fosse garantito attraverso il trattamento economico pieno, come previsto da alcuni contratti collettivi, se pur non per l'intero periodo, si potrebbe ipotizzare un aumento dell'esercizio del diritto anche da parte dell'altro genitore.

La questione però è più ampia perché in ogni caso si insisterebbe soltanto sul nucleo familiare, tradizionalmente inteso, a fronte di una forte instabilità coniugale (Istat 2023), ma anche a fronte dell'aumento delle famiglie monogenitoriali.

Sottrarre la relazione filiale alla madre lavoratrice per traslarla sul padre lavoratore resta una misura parziale, così come lo sarebbe escludere l'altro genitore.

Il tema della parità di genere si scontra così con l'ambiente che sviluppa le relazioni economiche: l'organizzazione del lavoro e i suoi tempi aprendo così ad alcune brevi riflessioni conclusive, per comprendere più affondo le cause della disparità.

Lo snodo, così come del resto segnalato anche dalla Direttiva Europea, pur lasciando la questione sullo sfondo, sembra insediarsi nella «crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano».

Nella dilatazione dei tempi di lavoro, nella non programmabilità del lavoro, nella messa a disposizione in attesa di una chiamata che sembra resistere il germe della disparità.

La letteratura in materia, che si è a lungo interrogata sul rapporto tra tempo di lavoro e genere, si è chiesta se gli attuali sistemi organizzativi siano dovuti a una effettiva esigenza di produttività o a persistenti convinzioni manageriali impostanti ancora sul modello *male-breadwinner*; se la disponibilità a lavorare per molte ore costituisca il segnale di un maggior impegno del lavoratore oppure una propensione indotta dalla necessità di occupazione; se l'iperspecializzazione e la riduzione dei costi del personale non sia causa del prolungamento degli orari di lavoro (Goldin 2021).

Anche nelle relazioni affettive potenzialmente paritarie sembra che lo schema della conciliazione (oggi equilibrio) riguardi più la possibilità di agevolare una sorta di turnazione tra genitori nella cura dei minori; per poi orientare i contesti in cui persiste la disparità nell'organizzazione 'interna' al nucleo familiare.

A fronte, infatti, di salari bassi essenzialmente connessi al tempo impiegato al lavoro, alla necessità di una costante interazione con l'organizzazione aziendale, la rinuncia di entrambi i genitori produrrebbe un impoverimento generale sul piano economico.

Di conseguenza, si tendono a reiterare comportamenti sociali diffusi che consentono al mercato di rimanere efficiente: sarà, pertanto, la donna lavoratrice a rinunciare a maggior ore di lavoro.

Quando ciò non accade, come ad esempio per le lavoratrici più istruite ad alta professionalità, la redistribuzione dei compiti familiari replica lo schema di

genere, riversando su altre donne a basso salario i compiti di cura. Il lavoro di cura rischia così di rimanere resta una questione femminile, nel quale le donne straniere sostituiscono le donne nei compiti di cura e domestici garantendo a queste ultime la possibilità di entrare e rimanere nel mercato primario del lavoro e contenere con i problemi di conciliazione (Esposito 2023; Borelli 2020).

Se il germe della disparità è (anche) nell'organizzazione del lavoro e non soltanto nei comportamenti sociali, la ricerca di un equilibrio, attraverso la riallocazione dei compiti di cura, può davvero considerarsi «una rivoluzione», da questa si «può tornare indietro?» (Goldin 2006, 19).

Riferimenti bibliografici

- Alessi, C., Bonardi, O., Calafà, L., D'Onghia, M. 2022. "Per una trasposizione responsabile della direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza." *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 111-20.
- Borelli, S. 2020. *Who Care? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*. Napoli: Jovene.
- Del Punta, R. 2000. "La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi." *Rivista Italiana del Diritto del Lavoro*, 149 sgg.
- Del Punta, R. 2005. *I congedi parentali*. Relazione al convegno su Pari opportunità sul lavoro - Maternità e congedi parentali, Pistoia, 16 febbraio 2005, su iniziativa della Consigliera di Parità di Pistoia.
- Donini, A. 2020. "Permessi e congedi." *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, 394-407.
- Esposito, M. 2023. *Tra produzione e riproduzione: L'onere del lavoro non retribuito sulle disparità di genere*. Roma: Inapp.
- Gender Equality Index 2023. Disponibile al link: <<https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023>>
- Global Gender Gap Report 2023. <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/>.
- Goldin, C. 2006. "The Quiet Revolution that Transformed Women's Employment, Education, and Family." *American Economic Review*, 1-21.
- Goldin, C. 2021. *Career and Family: Women's Century-Long Journey toward Equity*. Princeton: Princeton University Press.
- Malzani, F. 2015. "Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro." *WP CSDLE «Massimo D'Antona» IT 238*.
- Militello, M. 2020. *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*. Torino: Giappichelli.
- Report Matrimoni, Separazioni e Divorzi 2023. *Istat*.
- Scarponi, S. 2021. "Work Life Balance fra diritto UE e diritto interno." *WP CSDLE «Massimo D'Antona» INT 156*.
- Scarponi, S. 2022. "Congedi di paternità: a che punto siamo." *Ingenere*, 13 ottobre.
- Vallauri, M. L. 2020. *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*. Torino: Giappichelli.

Riflessioni (in dialogo) sul contratto collettivo ‘di prossimità’, muovendo dalla sentenza della Consulta n. 52 del 2023

Antonello Zoppoli

1. Il motivo delle riflessioni

La recente sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2023, n. 52, ha ridestato l’attenzione sul contratto collettivo «di prossimità»¹. All’indomani del suo ingresso nell’ordinamento – con l’art. 8 del d. l. del 13 agosto 2011 n. 138, conv. con l. 14 settembre 2011 n. 148² – si sviluppò, come si ricorderà, un dibattito ricco e acceso, costellato di opinioni anche forti e contrapposte, che in buona parte ne contestavano già la legittimità costituzionale; dibattito poi via via scemato, benché mai esauritosi del tutto. Un percorso, d’altronde, simile alle concrete sorti della fattispecie: da *new entry* considerata di indiscutibile radicale impatto su molteplici piani, sì da essere addirittura «congelata» da chi più ne è risultato investita – l’autonomia collettiva -, negli anni successivi collocata sotto-traccia, con una presenza tutt’oggi difficile da ben individuare (Menegotto 2023).

Ritornando alla sentenza della Corte costituzionale, si è detto che la Consulta ha perso l’occasione per «affrontare almeno un discorso chiarificatore» sulla

¹ La rivista *DRI*, nel numero 3 del 2023, ha dedicato al contratto «di prossimità» ben cinque contributi, ossia gli scritti di: Magnani 2023, 576; Menegotto 2023, 580; Pigliararmi 2023, 606; Benincasa 2023, 645; Ferraresi 2023, 677. Ad essi si rinvia anche per i riferimenti bibliografici alla vasta precedente letteratura sull’argomento.

² Da ora art. 8.

Antonello Zoppoli, University of Naples, Italy, azoppoli@unina.it, 0000-0002-8855-5072

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Antonello Zoppoli, *Riflessioni (in dialogo) sul contratto collettivo ‘di prossimità’, muovendo dalla sentenza della Consulta n. 52 del 2023*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.75, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1191-1204, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

sua legittimità (Rusciano 2023, 134). Ad altri invece è parso che il giudice costituzionale non abbia scoraggiato la prassi negoziale (riferendosi alla «applicazione [...] seppure con un certo pudore» della norma), ed abbia fornito «qualche puntualizzazione ermeneutica» (Ferraresi 2023, 679 e 686).

Avevo da poco letto la sentenza quando ho preso tra le mani la vasta bibliografia di Riccardo Del Punta nell'accingermi ad assumere l'impegno di onorarne la memoria e l'occhio è caduto sul suo scritto *Cronache da una transizione confusa* (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni), pubblicato in *Lavoro e diritto* (2012, 32)³, che conoscevo e che, come tanti suoi intensi e stimolanti saggi, non avevo dimenticato. Ancora adesso non so esattamente dire le ragioni dell'accostamento di questo saggio e la pronuncia della Corte costituzionale: forse soprattutto una certa problematicità derivante da una lettura, tanto della Corte quanto di Del Punta, di taglio analitico-ricostruttivo, eppure, in entrambe, di più delicata decifrazione per ciò che riguarda la legittimità della norma: indubbiamente ermetica la sentenza della Corte, a favore con chiarezza ma non priva di sforzi lo scritto di Del Punta. Così, sono ritornato sul tema, con gli stimoli ravvivati dalla pronuncia della Consulta e provando a «dialogare» con Del Punta, sicuro di un confronto che, pur non potendo giovare delle ulteriori risposte dell'illustre interlocutore, dal suo pensiero avrebbe tratto preziose indicazioni.

2. La legittimità costituzionale dell'art. 8 della l. n. 148 del 2011: un afflato positivo nella sentenza della Corte costituzionale n. 52/2023?

Come si sa, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionalità dell'art. 8 in riferimento agli artt. 2 e 39, primo e quarto comma, Cost. perché l'ordinanza di rimessione, della Corte di Appello di Napoli, non «contiene una plausibile motivazione in ordine alla circostanza che nel giudizio principale si controverta proprio di un contratto collettivo aziendale di prossimità [...], dotato di quell'efficacia generale (erga omnes) prevista dalla disposizione censurata [...], e non già di un ordinario contratto aziendale, provvisto di efficacia solo tendenzialmente estesa a tutti i lavoratori in azienda, ma che non supera l'eventuale espresso dissenso di associazioni sindacali o lavoratori».

La Consulta giunge alla decisione di inammissibilità dopo un puntuale esame degli «specifici presupposti» dell'art. 8, norma di cui, sulla scia della sua precedente pronuncia del 4 ottobre 2012 n. 221, ribadisce il «carattere chiaramente eccezionale». Sul passaggio si tornerà, ora preme sottolineare come la Corte, condivisibilmente, fornisca una lettura assai compatta della norma, strettamente interrelata nei suoi necessari elementi in ragione di una ben definita disciplina. In questa tensione ricostruttiva sembra percepirsi un afflato *positivo*. Una prima conferma potrebbe rinvenirsi nella recente sentenza della

³ Le citazioni che seguiranno con l'indicazione della sola pagina e prive del nome dell'Autore sono riferite a questo scritto di Del Punta.

Cassazione del 2 ottobre 2023, n. 27806, che, su un punto nodale, esclude dubbi di legittimità costituzionale⁴.

La Consulta prende le mosse dalla distinzione, non certo sorprendente, tra contratto collettivo «di prossimità» e contratto collettivo aziendale «ordinario». L'accento cade opportunamente sull'efficacia del secondo «solo tendenzialmente estesa a tutti i lavoratori» in virtù del fondamento del sistema della contrattazione collettiva «su principi privatisti e sulla rappresentanza negoziale». Viene quindi eliminata ogni incertezza al riguardo – con l'esclusione dell'efficacia generale – sposando la tesi prevalente, ineccepibile nel suo radicamento nell'unico sostegno di diritto positivo (tanto possibile (quanto inadeguato), il diritto privato, *rectius* il diritto dei contratti. Invero qui la Consulta – anche in questo seguendo un noto orientamento – «in ragione dell'esistenza di interessi collettivi della comunità di lavoro nell'azienda, i quali richiedono una disciplina unitaria», dà rilievo al dissenso, in chiave impeditiva dell'efficacia del contratto, e non al consenso, in chiave costitutiva e più sintonica all'impostazione privatistica.

Dopo questa convinta e (sostanzialmente) convincente premessa, la Corte passa a illustrare gli «specifici presupposti» del contratto collettivo «di prossimità». Riguardo a ciascuno di essi sottolinea, da un lato, il rilievo nell'equilibrio della fattispecie, dall'altro, la carenza di motivazione nell'ordinanza della Corte d'Appello napoletana circa la sussistenza nel caso deciso.

Comincia con il criterio di selezione dei soggetti legittimati alla stipulazione, ossia la maggiore rappresentatività comparata (del tutto trascurato dal giudice remittente), di cui rimarca il carattere più selettivo rispetto al criterio della maggiore rappresentatività e a cui – precisa – il legislatore, negli anni, ha fatto sempre più spesso ricorso. Si richiama, in particolare, l'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che peraltro riferisce la misurazione della rappresentatività al solo piano nazionale, là dove l'art. 8 contempla anche il piano territoriale (il punto, non irrilevante, sarà ripreso).

La Corte passa quindi al criterio decisionale, cioè al criterio maggioritario. Opportunamente osserva come il legislatore solo per i contratti stipulati prima dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 abbia indicato la «votazione a maggioranza dei lavoratori» (art. 8, c. 3), per gli altri invece la sua concreta individuazione avviene «secondo scelte interpretative rimesse al giudice della controversia». Ed è interessante notare come precisi che la Corte d'Appello non abbia neppure preso in considerazione se il criterio in parola «possa, o non,

⁴ In questa sentenza la Cassazione, ritenendo – sulla falsariga delle pronunce della Consulta – di carattere «eccezionale» l'art. 8 e necessari tutti i relativi «specifici presupposti», esclude: a) in primo luogo, la possibilità di sostituire la richiesta rappresentatività e il criterio decisionale maggioritario con la «volontà direttamente espressa dai lavoratori; b) in secondo luogo – ed è quanto qui più interessa – possibili dubbi di legittimità costituzionale al riguardo, «rientrando [scrive la Cassazione] evidentemente nella discrezionalità del legislatore subordinare la deroga a disposizioni poste a protezione dei lavoratori – deroga efficace anche nei confronti di chi non aderisce alle organizzazioni sindacali stipulanti – ad un accordo che sia stipulato da associazioni dotate di adeguata rappresentatività».

significare che il legislatore abbia inteso richiamare il criterio ‘maggioritario’ adottato» nel menzionato Accordo interconfederale.

Infine la Consulta richiama l’attenzione sulle «finalità» perseguite dal contratto «di prossimità», che, «solo se riconducibili a quelle tipizzate dall’art. 8, come espressive dell’interesse collettivo della comunità dei lavoratori in azienda, [ne] consentono l’identificabilità»; e, da ultimo, sulle relative «materie», anch’esse necessariamente da ricomprendere nell’elencazione di cui al comma 2 dell’art. 8 (punti entrambi – precisa il giudice costituzionale – per nulla o poco considerati dalla Corte d’Appello).

3. Il contributo di Del Punta: contesto e tendenza verso il decentramento regolativo

Del Punta scrive nel 2012, quindi in una fase storica sicuramente diversa dall’attuale. L’art. 8 ha visto la luce da un anno e più, lo scenario, però, non è sostanzialmente mutato. Egli inquadra la novità legislativa in un contesto segnato, per un verso, dai competitivi percorsi della globalizzazione, per altro verso da marcate difficoltà economico-finanziarie, con il nostro Paese afflitto da una bassa crescita economica e un endemico e pesante debito pubblico, quindi pressato dall’Unione europea; immancabilmente viene rammentata la famosa lettera della Banca centrale europea del 5 agosto 2011.

Dinanzi a tale sviluppo Del Punta vede con favore le possibili «basi di un decentramento forse strutturale del sistema di contrattazione» poste anzitutto dall’Accordo interconfederale del 2011 (p. 37). A suo avviso, i processi di riorganizzazione delle imprese sono inarrestabili e, pertanto, è opportuno «cercare di controllarli con un rilancio della dimensione aziendale della contrattazione» (p. 37). In questa logica, dell’Accordo del 2011 sottolinea la portata «storica, nella misura in cui potrebbe avviare un positivo processo di istituzionalizzazione delle relazioni sindacali italiane, tanto più importante in una stagione di debolezza strutturale del sindacato» (p. 34); tant’è che – a parer suo – avrebbe meritato un’accoglienza più entusiasta (p. 33). Considerazione, invero, pienamente condivisibile, tenendo presente il forte cambio di impostazione di quell’Accordo rispetto alla pluridecennale precedente esperienza sindacale italiana, come si avrà modo di rimarcare più avanti anche in queste pagine.

L’art. 8 – scrive Del Punta – interviene «a scompaginare le carte»: sostiene l’Accordo del 2011 per quanto concerne l’efficacia del contratto aziendale, ma, circa l’efficacia del contratto di livello territoriale e il regime delle deroghe peggiorative, entra «con la delicatezza di un elefante» nei delicati compromessi politico-sindacali all’Accordo sottesi (p. 34).

Ovviamente è piena la consapevolezza di Del Punta tanto delle potenzialità dell’art. 8 quanto della sua problematicità, anzitutto sul piano storico-sistematico e ordinamentale, o meglio pluriordinamentale. In merito alle seconde, Egli non va però oltre una critica, sia pur forte, di «inopportunità» (p. 45), in particolare per «l’impatto fortemente destrutturante sul sistema delle fonti» che può avere l’ampiezza delle materie demandate, con facoltà di deroga, alla

contrattazione territoriale e aziendale (p. 46), nonché per la forzatura esercitata sulla contrattazione collettiva avviatasi – sottolinea Del Punta – già da sé verso una valorizzazione del livello decentrato.

4. (Segue) Il «criterio maggioritario» e l'art. 39 seconda parte Cost.: l'invito a uno «sforzo collettivo» a sostegno del contratto collettivo «di prossimità»

Prima di passare a ragionare sul contributo di Del Punta con lo sguardo sul presente, è appena il caso di osservare come la fase odierna sia sensibilmente diversa da quella in cui Egli scriveva. Eventi assai rilevanti – vicenda pandemica e accadimenti bellici su tutti – hanno disegnato nuovi scenari, a livello tanto sovranazionale – *in primis* europeo – quanto interno, con conseguenze su ogni piano: politico, economico, sociale e via dicendo. Tuttavia – anche su questo non è il caso di spendere troppe parole – non sono pochi gli elementi che rendono la riflessione di Del Punta ancora attuale. A parte la situazione del nostro debito pubblico tuttora critica e le persistenti incerte prospettive circa l'andamento della nostra economia, la necessità di governare i processi produttivi e organizzativi in chiave fortemente competitiva – con la costante attenzione alle esigenze dei luoghi di produzione – e l'ineludibile istanza sociale di tutela del lavoro costituiscono, oggi come anni fa, elementi strutturali che rendono sempre assai forte l'esigenza di un'adeguata definizione del punto di equilibrio degli interessi in gioco; in particolare, per quanto concerne la cifra della norma lavoristica, ovvero la sua «inderogabilità», rendono forte l'esigenza di un approccio problematico e dialogico. Va da sé che tutto ciò interessi ampiamente la contrattazione collettiva quale duttile risorsa normativa, nell'articolazione dei suoi vari livelli.

Dunque, ritornando alla riflessione di Del Punta, come prima accennavo anch'essa procede sostanzialmente attraverso un'analisi di quelli che la Consulta definisce «specifici presupposti» dell'art. 8. Ovviamente, a differenza della sentenza del giudice costituzionale, quest'analisi è costantemente accompagnata da considerazioni di vario genere, sempre di ampio respiro, nel merito delle questioni incontrate.

Il punto di partenza è lo stesso: l'efficacia soggettiva *erga omnes* del contratto collettivo aziendale. Del Punta non esita a considerare il risultato normativo raggiunto con l'art. 8 «ancor più 'storico', evidentemente, di quello realizzato dall'Accordo» (del giugno 2011), in quanto – precisa con vivace ed eloquente linguaggio – la norma «salta a piè pari i pur tanti, e variamente sofisticati, tentativi che la giurisprudenza, sulla scia di risalente dottrina, ha artigianalmente compiuto per generalizzare l'efficacia soggettiva del contratto aziendale» (p. 39). Tentativi, là dove non sostenuti dalla legge, tutti infrantisi sui principi privatistici, baluardo insormontabile del dissenso dei lavoratori (p. 40).

Coerentemente, ben consapevole del carattere sostanziale del problema, si sofferma quindi sul criterio decisionale per la stipulazione del contratto, il criterio maggioritario. Sposa l'ipotesi che la Consulta rimprovererà alla Corte d'Appello di Napoli di non aver considerato, ossia una «lettura integrativa e/o correttiva» della norma, che ponga riparo a «una delle non poche imperfezioni

lessicali e sintattiche». Più precisamente, argomentando dal fatto che l'Accordo del 2011 riguarda non, in generale, l'operatività delle rappresentanze sindacali in azienda, già contemplata dalla legge e/o dall'Accordo del 20 dicembre 1993, bensì «quel particolare campo di operatività che è rappresentato dalla contrattazione di livello aziendale», Del Punta ritiene possibile riferire il richiamo all'Accordo del 2011, contenuto nell'art. 8, alle procedure negoziali di carattere maggioritario dallo stesso Accordo previste (o eventualmente da altri accordi prodotti dall'ordinamento intersindacale essendo quel richiamo – aggiunge Del Punta – esemplificativo).

Attraverso il rinvio formale all'ordinamento intersindacale prende così «corpo» il criterio maggioritario, che Del Punta definisce, ad un tempo, il «meno peggiore dei criteri di *social choice*» (parafrasando Churchill) e «condizione necessaria e sufficiente» per l'efficacia generale del contratto «di prossimità» (pp. 37 e 40). Dimodoché le procedure su base maggioritaria contemplate dagli accordi oggetto di quel rinvio potranno estendere il loro raggio di azione nei confronti di soggetti, singoli e collettivi, ai medesimi estranei. Stesso discorso sostanzialmente per i contratti aziendali stipulati da sindacati «esterni» all'azienda, ossia da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, nonostante la lettera dell'art. 8 riferisca il criterio maggioritario alle sole «predette rappresentanze sindacali».

Invero, più d'una possono essere le obiezioni al ragionamento descritto. Ad esempio, si potrebbe rilevare un certo andamento circolare, là dove riferire il richiamo contenuto nell'art. 8 all'Accordo del 2011 specificamente alle relative procedure a carattere maggioritario rende ripetitivo l'espressa indicazione dello stesso articolo al «criterio maggioritario»; oppure, alzando il tiro, si potrebbe osservare che l'esito del ragionamento finisce per sostenere un ordinamento intersindacale ancora in cerca della solidità di stagioni ormai trascorse (e anche su questo si tornerà). Ma non è su un terreno del genere che interessa proseguire il dialogo. Queste o altre argomentazioni simili andrebbero in sostanza a riempire quelle «scelte interpretative» a cui – come si ricorderà scrive la Consulta – l'art. 8 rimette l'identificazione del criterio maggioritario: e l'*incertezza* che senza dubbio presenta il dato normativo in parola dà spazio considerevole all'interprete. Piuttosto, del ragionamento di Del Punta qui preme sottolineare il suo cardine, ancorché affiancato da argomentazioni di carattere esegetico dell'art. 8.

Come espressamente afferma, Egli fa propria l'opinione di Giuseppe Pera sull'essenzialità del principio di maggioranza nell'art. 39 seconda parte Cost. e di Massimo D'Antona sul «nocciolo duro» della medesima norma (p. 41 nota 17). In tal modo supera il problema – precisa – che a questo punto «la liturgia giuslavoristica vorrebbe che si affrontasse» (p. 42): la compatibilità dell'art. 8 con la seconda parte dell'art. 39 Cost. In realtà, ipotizza anche un'altra soluzione, ben nota al dibattito, cioè l'applicazione dell'art. 39 seconda parte Cost. al solo contratto di categoria. Tuttavia, è Lui stesso a rimarcare «il maggior respiro» dell'argomentazione relativa alla «essenzialità costituzionale del criterio della maggioranza», desumibile da quanto – come visto – ha osservato in proposito. Questo passaggio merita particolare attenzione.

Del Punta – si è ampiamente intuito – manifesta una certa insofferenza per la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8. Non lesina, al riguardo, affermazioni anche piuttosto forti. Dopo decenni di «consapevole ed enfaticata violazione» dell'art. 39 seconda parte Cost. (violata, sottolinea, «anche non recependola») nonché di suoi «reiterati aggiramenti», considera «paradossale» che «ci si ritrovi a mettere in dubbio la legittimità di un meccanismo normativo che per la prima volta prova a stabilizzare, limitatamente all'ambito aziendale, la tenuta della contrattazione collettiva» (p. 42). E auspica il «massimo sforzo collettivo» per superare «lo scoglio di questo reperto di archeologia costituzionale» (p. 42).

Questa insofferenza richiama alla memoria le più recenti affermazioni di chi rileva come la riflessione scientifica sull'art. 8 sia stata, per un verso, «sostanzialmente irretita dalle questioni di legittimità costituzionale» e, per altro verso, poco attenta a ricostruire «percorsi (o modelli di decisione) utili per la giurisprudenza» (Magnani 2023, 579). Tuttavia, l'impressione è che l'insofferenza di Del Punta attenga, non al contenuto della norma costituzionale, bensì alla sua paralizzante e ormai da tempo insostenibile inattuazione: in questi termini appare condivisibile; e nella stessa ottica appaiono condivisibili le successive più recenti considerazioni della dottrina riportata. Come già accennato l'ampia e (nell'economia della riflessione descritta) prevalente attenzione al criterio maggioritario, espressione della essenziale lettura dell'art. 39 Cost. seguita, appare assai eloquente circa il pensiero di Del Punta. D'altronde, uno studioso che ha fatto dell'attenzione a valori e metodo una propria cifra (d'obbligo ricordare qui almeno Del Punta 2022; Del Punta 2013) non poteva trascurare un'istanza costituzionale fondamentale, sul piano assiologico e sistematico, in merito al fenomeno sindacale.

Sicché, più della sua insofferenza, ciò che a me ha colpito – e di cui *in primis* qui proverò a far tesoro – è rimasto il suo auspicio per uno «sforzo collettivo» a sostegno dell'art. 8, al fine di evitare lo scoglio dell'art. 39 seconda parte Cost. Un'esigenza concreta e comprensibile, come quella manifestata dalla più recente menzionata dottrina che invita a concentrarsi sul piano applicativo dell'art. 8. Se ben intendo: il bisogno di regole sindacali è ormai improcrastinabile, valorizziamo ciò che abbiamo.

Il pensiero torna alla sentenza della Consulta, inducendo a chiedersi quanto di questo sforzo ci sia tra le sue righe.

Assumendo tale visuale, l'impegno di Del Punta a – si badi – non aggirare bensì a rispettare l'art. 39 seconda parte Cost., nella sua *essenza*, con la valorizzazione del «criterio maggioritario», costituisce senza dubbio una possibilità. Sicuramente più interessante della sottrazione del contratto aziendale all'ambito di applicazione della norma costituzionale (v. *amplius* A. Zoppoli 2013, 87). Ma siamo solo alle prime «spine» dell'art. 8.

5. Il sindacato comparativamente più rappresentativo: un concetto sempre meno attuale

A differenza della sentenza della Corte costituzionale Del Punta non dedica attenzione al criterio selettivo dei soggetti legittimati alla stipula dei contratti

«di prossimità», la maggiore rappresentatività comparata sul piano nazionale o territoriale⁵. La ragione potrebbe stare nel fatto che Egli guarda con favore al livello decentrato e dedica assorbente attenzione al criterio decisionale della maggioranza, dirimente ai fini della solidità della decisione secondo la lettura essenziale dell'art. 39 seconda parte Cost. da Lui condivisa. Così si sofferma sulla declinazione del criterio maggioritario a livello anzitutto aziendale e poi nazionale e territoriale. V'è però da dire che la rappresentatività comparata assume rilievo su due altri piani, logicamente precedenti rispetto al criterio maggioritario di decisione. Piani da tener presenti pure perché la veste di soggetto referente della rappresentanza sindacale aziendale attribuita dall'art. 8 al sindacato comparativamente più rappresentativo (attraverso l'inappropriato aggettivo possessivo «loro») è in sostanza inconferente giacché la costituzione di dette rappresentanze è altrove prevista e disciplinata e avviene secondo criteri che, con la rappresentatività comparata, non hanno nulla da vedere (tanto per le r.s.a. quanto per le r.s.u.); profilo, questo, ben presente a Del Punta, come si ricorderà.

Il primo piano riguarda l'ipotesi in cui sia il sindacato comparativamente più rappresentativo a livello nazionale o territoriale (quale soggetto quindi «esterno» all'azienda) a stipulare il contratto ed attiene alle difficoltà concernenti la sua individuazione. Andando al nocciolo della questione, non si può non ritornare, sia pur velocemente, su vicende note. Sappiamo bene che il sindacato comparativamente più rappresentativo – come il suo antecedente storico, il sindacato maggiormente rappresentativo, sostituito perché sulla carta meno selettivo – appartiene al sistema sindacale di fatto, dalla cui tenuta dipende: è proprio di una tecnica normativa radicata nell'effettività. Come tale ha scarsa familiarità con maggioranze e minoranze *misurate e verificate*, in particolare in relazione – non a contratti (o a soggetti) di cui si vorrebbe che pesasse la consistenza rappresentativa ma – alla platea dei lavoratori interessati: ha cioè scarsa familiarità con l'impostazione seguita dall'Accordo interconfederale del 2011, come dal successivo del 2013, che segnano il passaggio dall'«unità di azione», radicata nell'effettività, propria dell'ordinamento intersindacale affermatosi negli anni '60/'70, all'«unità procedurale», a cui la cd. vicenda Fiat nel 2009 ha dato ingresso, con esiti ordinamentali peraltro tutt'oggi nient'affatto consolidati (*amplius* Zoppoli A. 2017, 1154). Questi mutamenti hanno trovato ulteriore linfa nel progressivo indebolimento della rappresentanza datoriale, che ormai ampiamente conosciamo. Sicché, molto eloquentemente, rimarcando anche la mancanza di «ogni riferimento oggettivo entro il quale verificare la rappresentatività datoriale e sindacale», di recente si è scritto, a proposito del sindacato comparativamente più rappresentativo: «una formula oscura, tautologica e sostanzialmente priva di normatività», diventata «inservibile nell'affollamento di sigle sindacali rappresentative e di contratti collettivi nazionali» (Ciucciiovino

⁵ Il criterio assume inevitabilmente rilievo anche nella sia pur non consistente giurisprudenza di merito: v. Benincasa 2023, 648; la quale, però, al contempo nota come ad esso «non corrisponda normalmente una effettiva analisi comparativa della rappresentatività».

viii)⁶. E con questo siamo alla piena attualità. D'obbligo un cenno alla questione oggi al centro della generale attenzione, punta dell'*iceberg* velocemente descritto, il salario minimo legale; due considerazioni per tutte: 1) le recenti sentenze della Cassazione del 2 ottobre 2023, nn. 27711, 27713, 27769, e del 10 ottobre 2023, nn. 28320, 28321 e 28323, nell'affermare il potere del giudice di sindacare a tutto tondo le previsioni della contrattazione collettiva in materia di retribuzione *ex art. 36 Cost.*, attestano la «crisi di credibilità della contrattazione come autorità salariale» (Treu 2023,12) e, ancora una volta, l'estrema debolezza del sistema sindacale basato sull'effettività; 2) il documento «Osservazioni e Proposte sul Salario minimo in Italia», approvato dal Cnel il 12 ottobre 2023, frutto, per la prima volta, di una decisione a maggioranza, ha visto le storiche grandi confederazioni dei lavoratori nuovamente non unite (con la sola Cisl favorevole).

Ritornando all'art. 8, siamo sul piano non della legittimità bensì dell'opportunità. Occorre guardarsi da affrettati riferimenti a presunti suoi accostamenti con le virtuose dinamiche dell'ordinamento intersindacale. Piuttosto, v'è da (continuare a) domandarsi se giovi persistere nella rincorsa a formule assai segnate dal tempo, come il sindacato comparativamente più rappresentativo: quanto tali formule sono funzionali alla solidità e affidabilità della contrattazione e, con essa, delle dinamiche sociali ed economiche?

6. (Segue) Il (possibile) rilievo del livello nazionale e l'illegittimità del livello territoriale

L'altro piano su cui assume rilievo il sindacato comparativamente più rappresentativo è la struttura della contrattazione collettiva e il rapporto tra i suoi diversi livelli.

Al riguardo si è già detto come Del Punta valuti inopportuna l'invasione di campo del legislatore e negativo l'impatto destrutturante dell'ampio potere derogatorio attribuito al contratto «di prossimità» dinanzi a scelte delle parti sociali di apertura alla sede decentrata. Al contempo esclude problemi di legittimità costituzionale per un possibile *vulnus* arrecato alla contrattazione collettiva inteso quale strumento normativo di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale *ex art. 3 Cost.*: li esclude riconducendo il contratto collettivo di secondo livello – dal carattere «notevolmente dinamico» – all'autonomia collettiva, alla stessa stregua del contratto nazionale (pp. 46 e 47).

⁶ Ciucciovino riprende, quindi, il noto dato dei «contratti collettivi nazionali censiti nell'Archivio della contrattazione collettiva tenuto dal Cnel, che ha raggiunto la ragguardevole cifra al 1° settembre 2023 di n. 997 Ccnl soltanto nel comparto privato. Un dato oggettivo [prosegue l'Autrice] che non può essere sottovalutato notando che la maggioranza dei lavoratori italiani è attualmente coperta dai contratti maggiori, perché il dato di copertura è fino ad oggi desunto dalle dichiarazioni che i datori di lavoro stessi fanno all'INPS in mancanza di una norma prescrittiva che imponga la dichiarazione del contratto effettivamente applicato, al di là del rispetto minimale contributivo». Al riguardo, per considerazioni analoghe, pure secondo altre diverse prospettive, v. Barbieri 2023, 5; Treu 2023, 8 e ss., Zoppoli L. 2023, 3.

L'identità di natura degli accordi di diverso livello trova conforto, come noto, anche nella giurisprudenza prevalente. L'argomentazione, in verità, potrebbe risultare interessante per quanto concerne i dubbi di legittimità costituzionale sollevati nel dibattito in riferimento all'art. 39 c. 1 Cost.: segnatamente in merito ai possibili condizionamenti dell'art. 8 sulle scelte delle organizzazioni sindacali concernenti la struttura della contrattazione collettiva, con pregiudizio della loro libertà. Potrebbe risultare interessante perché l'equiparazione di natura tra gli accordi in questione, entrambi nella disponibilità del soggetto sindacale – libero quindi di scegliere tra l'uno o l'altro –, potrebbe rendere irrilevante il peculiare regime attribuito al livello decentrato. Nella stessa logica l'argomentazione, senza stressarla oltre misura, sarebbe forse adoperabile anche per sostenere il potere derogatorio rispetto alla norma di legge.

Riguardo all'eguaglianza sostanziale, l'argomentazione di Del Punta, invece, sembra più debole. Ponendosi nell'ottica della funzione normativa del contratto collettivo, il livello decentrato, aziendale o territoriale che sia, appare privo del respiro sufficiente per operare una ragionevole modulazione delle regole in relazione alle differenti realtà da disciplinare (professionali, organizzative, merceologiche, ambientali) si da escludere dubbi di legittimità costituzionale.

A ben vedere il discorso è anche più ampio.

Assume rilievo il livello confederale-nazionale, volano, sul piano storico, della statura macroeconomica e della conseguente affidabilità del soggetto sindacale, l'una e l'altra tessuto della sua veste istituzionale. Difficile contestare che esso trovi riscontro nel riferimento al contratto collettivo di categoria contemplato dall'art. 39 seconda parte Cost., che, prima di quanto ha poi mostrato la concreta esperienza, intendeva riconoscere anzitutto il livello più alto dell'azione sindacale. Prospettiva, questa, rinvigorita dall'art. 117 lett. m) Cost. come riscritto nel 2001, che rimette al legislatore nazionale la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» al fine della loro garanzia «su tutto il territorio nazionale». Indicazione ovviamente non trascurata da Del Punta, bensì superata con le stesse descritte argomentazioni adoperate per escludere la violazione dell'art. 3 Cost., ossia l'identità di natura tra contratto collettivo nazionale e contratto collettivo aziendale. Anche in questo caso, tuttavia, tali argomentazioni non convincono, risultando incolmabile la distanza strutturale esistente tra la dimensione nazionale e la «prossimità» (aziendale o territoriale) del contratto di cui all'art. 8.

Piuttosto, nell'ottica di uno sforzo propositivo, si potrebbe ipotizzare una valorizzazione di quello che nell'art. 8 è il livello di misurazione della maggiore rappresentatività comparata, cioè del livello nazionale: riponendo su di esso quanto sin qui espresso dal livello nazionale della contrattazione. Il che passa attraverso, in primo luogo, un'illegittimità della titolarità a stipulare il contratto «di prossimità» in capo al sindacato comparativamente più rappresentativo a livello territoriale; in secondo luogo, un'apertura di credito nei confronti del carattere nazionale del giudizio di maggiore rappresentatività comparata, cui verrebbe rimessa la garanzia di adeguate responsabilità e affidabilità del soggetto sindacale. Se ci si accontenta di tale garanzia, possono perdere peso i dubbi di

legittimità costituzionale in relazione all'art. 3. Cost.; sebbene non risulti facile tacere quanto osservato nel paragrafo precedente.

7. Materie e (soprattutto) finalità del contratto collettivo «di prossimità»: l'eccezionalità anche temporale dell'art. 8?

Come la Corte costituzionale anche Del Punta si sofferma, da ultimo, su finalità e materie del contratto «di prossimità». Sulle seconde, in realtà, ritorna perché – si rammenterà – si è già espresso criticamente per quanto concerne l'ampiezza del relativo elenco. Ed è proprio in quest'ottica che, evidentemente, vi ritorna, dedicandovi un certo spazio. Infatti, se la Consulta sottolinea il carattere tassativo di quell'elenco, Del Punta si propone di delimitarne gli ambiti all'insegna della ragionevolezza nonché del rispetto della normativa costituzionale e sovranazionale (p. 48). Impostazione certamente condivisibile, al di là di questa o quella osservazione inerente ai diversi profili su cui l'analisi si dipana, osservazioni tutte meritevoli di attenzione – alcune inevitabilmente oggi da coordinare con i successivi sviluppi legislativi e il relativo coinvolgimento in generale della contrattazione collettiva (ad esempio per quanto concerne mutamento di mansioni e contratti a termine) – ma che aprono la visuale su una dilatazione o una restrizione del campo di operatività della norma in ogni caso non in discussione: su di esse, quindi, nell'economia di questo scritto, non interessa addentrarsi.

Preme soffermarsi invece sulle «finalità» dell'art. 8, altro «presupposto» decisamente valorizzato dalla Consulta come dalla giurisprudenza di merito e dalla prassi amministrativa⁷ (Benincasa 2023).

In proposito Del Punta ritiene poco realistico o fattibile l'ipotesi che un giudice vada oltre l'esame formale. Le valutazioni del giudice dovrebbero comunque «essere *ex ante*» perché la norma – a suo avviso – non toccherebbe l'effettiva realizzazione delle finalità dichiarate.

L'opinione lascia perplessi per almeno due ragioni intrecciate. 1) La norma finalizza, espressamente, il contratto «di prossimità» a determinati obiettivi; l'inedita correlazione potere- finalità (non rinvenibile – come sappiamo – nei precedenti rinvii legislativi alla contrattazione) è fuori discussione: sostiene le «eccezionali» prerogative dell'efficacia *erga omnes* e della deroga alla legge connotando l'equilibrio strutturale della norma. 2) Per quanto possano aversi dubbi sulla fattibilità della valutazione della sussistenza delle finalità, questo loro rilievo normativo obbliga l'interprete a esplorare tutte le vie possibili per assicurarne il rispetto: ebbene, un giudizio almeno in termini di verosimiglianza appare sostenibile. Né lo si può escludere argomentando – come pure taluni

⁷ Cfr. Benincasa 2023, 652 e ss., 673, che in particolare sottolinea come più di una sentenza ritenga «necessario che sia identificabile un nesso eziologico fra la finalità, prevista dalle legge, e la deroga che si intende attuare mediante il ricorso alla contrattazione di prossimità» (655).

hanno fatto – dal presunto carattere generico delle finalità, che potrebbe, più semplicemente, tanto inibire quanto stimolare la valutazione.

Dunque, risulta difficile nutrire dubbi sulla necessità di un'adeguata e sostanziale motivazione in merito (almeno) alla verosimiglianza degli obiettivi di volta in volta perseguiti dai contratti «di prossimità» secondo lo schema giuridico di quello che appare come un potere «funzionalizzato». Novità non sminuita neppure dalla considerazione secondo la quale si tratterebbe delle classiche finalità perseguite dalla contrattazione collettiva: per quanto possa essere vero, le finalità assumono ora altra veste giuridica, giacché la loro espressa previsione apre le porte ad una valutazione «esterna» circa la relativa sussistenza. Valutazione «terza» inevitabile, sia pure nei termini prima detti, che appare difficile da conciliare con il rispetto delle autonome dinamiche sindacali, ossia con la libertà sindacale.

Vero è che sono le stesse parti sociali a decidere di sottoporsi alla valutazione «esterna» nel momento in cui optano per il contratto «di prossimità»: come dire, *ubi commoda ibi incommoda*. Tuttavia, non si può dimenticare che la dialettica libertà/autorità, autonomia/eteronomia, il Costituente l'ha tenuta ben presente – come sappiamo – sistemandola nel raccordo tra il primo e i successivi commi dell'art. 39 della Costituzione. Non è qui il caso di tornare sulle ben note perplessità circa la loro interna contraddizione, se non per ribadire, da parte di chi scrive, il dissenso al riguardo e il favore per l'attuazione piena del dettato costituzionale, preferibilmente proprio in una logica che combini autonomia ed eteronomia (a cominciare dal principale profilo oggetto di quelle perplessità, ossia la determinazione della categoria contrattuale). In breve, il prezzo che la libertà sindacale può e deve pagare per acquisire particolari prerogative, secondo i Padri costituenti, non ha a che vedere con un controllo sulle finalità dell'azione sindacale.

Sicché, il maggior sforzo che si può compiere, raccogliendo il comprensibile auspicio di Del Punta e cercando di non gettare il bambino con l'acqua sporca, nella consapevolezza tanto della necessità di regole sindacali quanto della difficoltà di giungervi attraverso percorsi del tutto convincenti, è di dare un ulteriore e più impegnativo senso al carattere «eccezionale» dell'art. 8 rispetto a quello sottolineato dalla Corte costituzionale. Lo si potrebbe fare chiamando in gioco l'elemento temporale, già utilizzato dalla stessa Corte nella ben nota sentenza del 19 dicembre 1962 n. 106, proprio per superare un problema di legittimità costituzionale *ex* art. 39 seconda parte Cost., precisamente in relazione alle leggi 14 luglio 1959 n. 741 e 1 ottobre 1960 n. 1027. In quella circostanza la Corte intese l'«eccezionalità» come «transitorietà» della disciplina, che ne escludeva anche la «reiterazione», nel presupposto della «imminente attuazione» dell'art. 39 seconda parte Cost. Nello stesso significato andrebbe intesa, oggi, in relazione all'art. 8, sempre in attesa dell'attuazione della norma costituzionale. Il lettore sicuramente domanderà: ancora oggi, a distanza di oltre sessant'anni? Con tanta buona volontà, nello sforzo per la «tenuta della contrattazione collettiva» (per dirla ancora con Del Punta: p. 42) e considerando anche i molti anni in cui a quella attuazione ha supplito altro, si potrebbe ipotizzare una risposta positiva:

una nuova «transitorietà», accompagnata da un perentorio monito della Consulta in un'auspicabile futuro giudizio di legittimità costituzionale che, entrando nel merito della questione, salvasse l'art. 8 – nei limiti prima detti⁸ – ponendo, di fatto, un limite temporale alla sua vigenza, oggi non rinvenibile.

Riferimenti bibliografici

- Barbieri, M. 2023. "Il salario minimo tra discussione politica e giurisprudenza." *Lavoro Diritti Europa* 3.
- Benincasa, G. 2023. "L'articolo 8 del decreto-legge n. 138/2011 tra orientamenti giurisprudenziali e prassi amministrativa." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 646 sgg.
- Ciucciiovino, S. 2023. "Salario minimo, salario dignitoso, salario giusto: temi per un dibattito sul futuro della contrattazione collettiva." *Federalismi.it* 26: iv.
- Del Punta, R. (a cura di). 2022. *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*. Firenze: University Press.
- Del Punta, R. 2012. "Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)." *Lavoro e Diritto*, 32 sgg.
- Del Punta, R. 2013. "Epistemologia breve del diritto del lavoro." *Lavoro e Diritto*, 37 sgg.
- Ferraresi, M. 2023. "Si consolida la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 8 (note a margine di Corte Costituzionale n. 52/2023)." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 677 sgg.
- Magnani, M. 2023. "Ancora sulla contrattazione di prossimità." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 576 sgg.
- Menegotto, M. 2023. "Contrattazione di prossimità: prime risultanze di una ricerca empirica." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 580 sgg.
- Pigliararmi, G. 2023. "La contrattazione di prossimità nella riflessione della dottrina giuslavoristica: una rassegna di questioni." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 606 sgg.
- Rusciano, M. 2023. "L'incostituzionalità dell'art. 8 della legge 148 del 2011." *Diritti Lavori Mercati*, 134 sgg.
- Treu, T. 2023. "Ancora sul salario minimo." *Lavoro Diritti Europa* 3: 6 sgg.
- Zoppoli, A. 2013. "Il declino dell'inderogabilità." *Diritti Lavori Mercati*, 53 sgg.
- Zoppoli, A. 2017. "Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: il paradosso dei servizi essenziali tra sistema 'di fatto', istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti." *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1146 sgg.
- Zoppoli, L. 2023. "Il salario minimo legale: un vecchio nodo che viene al pettine in modo sbagliato." *Lavoro Diritti Europa*, 3.

⁸ Ossia, non per quanto concerne la legittimazione negoziale al sindacato comparativamente più rappresentativo a livello territoriale.

La professionalità dei lavoratori tra legge e contrattazione collettiva¹

Lorenzo Zoppoli

1. Il tema che ho scelto per ricordare Riccardo Del Punta è la tutela della professionalità del lavoratore tra legge e contrattazione collettiva. Un tema classico al quale Riccardo invero non aveva dedicato studi specifici, ma su cui aveva scritto alcune acute osservazioni nel bellissimo saggio sui diritti della persona nel contratto di lavoro tra cui annoverava appunto la professionalità per le implicazioni sempre più personalistiche che il bene protetto aveva acquisito (Del Punta 2006, 251), aggiungendo però che «rimane incerto ... sino a che punto il rapporto di lavoro sia in grado di reggere il peso di queste nuove imputazioni giuridiche» (e intendeva alludere soprattutto ai diritti alla formazione che, anche a suo parere, la tutela della professionalità come *valore personale* porta con sé: ma su questo v. *infra*). Riccardo poi aveva ovviamente trattato sempre la materia nel suo apprezzatissimo manuale: per ragioni didattiche in modo sintetico, ma completo e lineare, aggiornando annualmente, e con invidiabile puntualità, i paragrafi ad essa dedicati, significativamente collocati nel capitolo III sull'oggetto del contratto di lavoro nella piena consapevolezza della scelta sistematica coerente con la tradizione, ma ribadita fino all'ultima edizione (Del Punta 2023, 507 sgg.).

Il tema scelto si fa poi apprezzare perché consente oggi di fare il punto sulle tumultuose trasformazioni strutturali e normative della nostra materia nell'ul-

¹ Il saggio riprende una relazione tenuta al seminario organizzato da LLC su «*Organizzazione del lavoro e professionalità nella contrattazione collettiva*», svoltosi *on line* il 22.6.2023.

timo decennio, segnando – si è scritto di recente con bella metafora – le stagioni del diritto del lavoro come gli anelli del tronco quelle degli anni degli alberi (Tommasetti 2022, 191).

In effetti sappiamo bene che il diritto del lavoro è nel pieno dell'ennesimo cambio di stagione: è quindi naturale che il tema della o delle professionalità, e delle relative tutele, sia oggetto di frequenti e appassionate rivisitazioni ad opera di tanti studiosi che guardano sia alla legge sia alla contrattazione collettiva, o anche ad altro (esempio particolarmente calzante è appunto il sistema di formazione professionale su cui, di recente, con particolare insistenza Tiraboschi 2019, spec. 216-220). Ovviamente con preferenze talora marcate e significative quanto ad approdi desiderati e più o meno realizzati.

Le questioni nuove – o le soluzioni eventualmente innovative a problemi vecchi – sono tante. Tre mi sembrano però i mutamenti di fondo che, pur tra loro eterogenei, spingono a rivisitare l'ampia tematica. Alla luce di questi mutamenti affronterò in chiave introduttiva alcuni tra i tanti profili che mi sembrano tra i più attuali e urgenti.

Il primo mutamento è indubbiamente l'ennesima trasformazione dei fattori tecnologici che incidono sulla professionalità di lavoratrici e lavoratori e sulle modalità di organizzare il loro lavoro. Qui le ormai innumerevoli rivoluzioni tecnologiche degli ultimi 40 anni (automazione, ICT, intelligenza artificiale; siamo ormai a «industria 5.0»: v. Butera 2023) e la conseguente mutazione strutturale delle organizzazioni dirette a produrre beni o servizi hanno via via reso obsolete categorie giuridiche e contenitori normativi (anche su questo v. già Del Punta 2018; più specifico sui temi qui trattati Faioli 2018). E' cambiato il piano di appoggio su cui si erano impiantate complesse costruzioni legali e contrattuali, forse mai del tutto compiute, ma faticosamente tenute in piedi per decenni da operatori e studiosi. Prima fra tutte i sistemi di inquadramento previsti dai principali contratti collettivi, risalenti agli anni '70, seppure più volte rivisitati in alcuni non insignificanti dettagli. Non sottovaluterei però che questi sistemi, pur muovendosi all'interno di cornici legali secolari (come la distinzione codicistica delle categorie dei prestatori di lavoro, integrata nel 1985), hanno sottoposto a crescenti tensioni il rapporto tra eteronomia e autonomia, soprattutto collettiva, alla ricerca di un incastro tra regole incentrate su un rapporto giuridico bilaterale di tipo contrattuale e meccanismi micro-organizzativi da far funzionare in modo sempre più dinamico. Una sorta di argine: in cui i contratti collettivi svolgevano anche una funzione di filtro originario a protezione di quel tanto di ragionevole «purezza» del contratto individuale, al contempo alimentando con dosi crescenti di professionalità l'organismo produttivo, che comunque risultava sempre più assetato della medesima professionalità. Senza quest'ultima – vero e proprio carburante organizzativo – nessuna attività economica o amministrativa può in effetti non dico sorgere, ma certamente reggere per un tempo significativo. Tuttavia fino a un paio di decenni orsono l'organizzazione del lavoro pareva configurabile *a partire dal contratto*, prima collettivo e, a seguire, individuale. Poi il filtro a parziale salvaguardia della professionalità dedotta nel contratto individuale ha cominciato a incepparsi e l'argine a vacillare.

2. Prima di correre a revisionare argine e filtro, ha però preso piede un'altra soluzione. Se volete una classica scorciatoia: la modifica dell'unica norma di legge cui nel settore privato è affidata la tutela della professionalità, cioè l'art. 2103 c.c. Come si sa, quella modifica è stata realizzata nel 2015. Avvisaglie già c'erano, soprattutto nella giurisprudenza, sempre più possibilista nell'ampliare i confini dello *jus variandi*, nel valorizzare scelte contrattuali flessibilizzanti, persino nel consentire il c.d. patto di demansionamento (v. da ultimo Gramano 2022, 72 sgg.).

Del resto la novella dell'art. 2103 era stata ampiamente preceduta da una norma di legge in materia di lavoro pubblico (art. 52 d.lgs. 165/2001, introdotto nel 1998 e modificato nel 2009) che declassava l'equivalenza da limite legale al potere datoriale (*id est* gestito dal giudice) a limite definibile con una certa libertà dalla contrattazione collettiva. Da non sottovalutare però è che il lavoro pubblico riformato ha anche reso avvertiti del fatto che la contrattazione collettiva in materia non è stata poi così reattiva alle sollecitazioni del legislatore (v. Luciani 2020).

Comunque il secondo fatto nuovo ed eclatante di cui oggi dobbiamo tener conto è che l'art. 2103 novellato relativamente da pochi anni nel privato (e solo lì) scommette ancora molto sulla contrattazione collettiva, pur non ignorandone lentezze, sciatte e crescenti difficoltà sistematiche. Lo fa in un duplice senso: eliminando la nozione/confine di equivalenza e affidando alla contrattazione collettiva il compito di perimetrare con il livello di inquadramento lo *jus variandi* orizzontale (cui però si aggiunge lo sbarramento della categoria legale, in qualche modo rivitalizzata seppur in modo problematico: v. Mattei 2023; Gramano 2022, 58 sgg. e 107 sgg.; Alessi 2018, 28); e consentendo alla medesima contrattazione (di qualsiasi livello) di ampliare lo *jus variandi* in senso verticale peggiorativo. Proprio però temendo qualche resistenza di troppo, il legislatore pone in capo al datore di lavoro anche uno *jus variandi* in *peius* più ampio in presenza di «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» e, soprattutto, ammette atti dispositivi ad amplissimo raggio, seppure nelle sedi c.d. protette, peraltro piuttosto numerose ed eterogenee.

Qui c'è poco da fare o da dire: siamo dinanzi a un legislatore che, seppure in modo felpato e riconoscendo un ruolo significativo alle forze sociali, libera il datore di lavoro dall'obbligo di attendere la contrattazione collettiva nell'adeguare le professionalità alle esigenze dell'organizzazione.

Però c'è da dubitare che si tratti di un legislatore saggio: infatti, se non ci si trova dinanzi ad una evidente modifica organizzativa (tale da giustificare un limitato potenziamento dello *ius variandi* ex art. 2103, c.2) o se la/il dipendente si rifiuta di entrare in una sede protetta – paralizzando il più potente canale di liberalizzazione dello *ius variandi*, cioè l'art. 2103, c. 6, «norma di notevole rilievo sistematico» (Del Punta 2023, 520) – il legislatore del 2015 non risolve una questione di fondo, vecchia, se si vuole, ma che si può sempre riproporre. La questione è: nell'ambito del livello e della categoria legale lo *jus variandi* non incontra comunque il limite dell'oggetto della prestazione definita in contratto? Se in un medesimo livello, a parità di categoria legale, ci sono conoscenze side-

ralmente distanti (come ad esempio quelle previste per lo »specialista *customer service*» e per il «tecnico assistenza sistemi informatici per la progettazione», entrambi nel livello C3 ccnl metalmeccanici 2021-2023) ammettere lo *jus variandi* su mansioni che richiedono competenze così diverse non significa derogare alla regola generale secondo cui l'oggetto del contratto deve essere determinato o, almeno, determinabile? Né determinabile significa che una delle parti ha il potere di determinarlo, bensì che quell'oggetto deve essere ben determinabile al momento della stipulazione del contratto mediante parametri non rimessi alla scelta *successiva* delle parti o, addirittura, di una sola di esse (Santoro-Passarelli 2018, 87; criticamente Caruso 2018, 87).

La questione non è delle più semplici². Per sdrammatizzarla anche di recente si è sostenuto che una certa variabilità unilaterale dell'oggetto del contratto è diffusa nel nostro diritto civile. Però qui non siamo sul piano delle molteplici modalità dell'adempimento o, ancora meglio, degli *accidentalia negotii*, in cui può esserci una marcata variazione tra programma ed esecuzione negoziale anche a salvaguardia di una certa elasticità dello schema contrattuale. La determinazione dell'oggetto del contratto di lavoro dal lato della prestazione del lavoratore caratterizza l'essenza dello scambio tipizzato dal legislatore, anche, e forse soprattutto, in una prospettiva in cui lo scambio va visto in funzione organizzativa. Perciò non mi pare che ce la si possa cavare affermando, con una certa genericità, che «i casi in cui la legge o la volontà delle parti (ma la seconda è cosa ben diversa: nda) attribuiscono ad una di esse il potere di apportare delle variazioni alla disciplina contrattuale siano (sono) ormai tutt'altro che eccezionali nel nostro ordinamento» (Romei 2022, 11). Lo specifico nesso tra oggetto del contratto e professionalità del lavoratore merita un'attenzione particolare e non è diluibile in una generica evoluzione del diritto comune.

Non è comunque questo l'unico problema che la riforma del 2015 lascia agli interpreti. Cito solo questo per dire che, pur dopo una riforma legislativa che vorrebbe abbastanza evidentemente ampliare il potere di adattamento unilaterale della prestazione all'organizzazione con pochi filtri o addirittura senza alcun filtro, non si può escludere l'intervento di un giudice a tutela della professionalità dedotta nel contratto individuale di lavoro (v. Gargiulo 2020; Avondola 2020; con toni assai critici Brollo 2019, 488-489; in giurisprudenza riafferma il ruolo del giudice Cass. 3.8.2020 n. 16594).

Certo quella medesima riforma del 2015 ha intanto realizzato un'altra operazione importante: ridurre ulteriormente le tutele contro i licenziamenti illegittimi anche oltre le incertezze o i barocchismi della poco precedente riforma del 2012. Per cui è prevedibile che la contestazione dei più blandi limiti allo *ius variandi* o il rifiuto delle sedi protette diventino sempre più rari. Probabilmente

² Tiraboschi 2019, 209 ha scritto di «sfiancante disputa dottrinale», ma ne ha messo in campo una di ben più ampia portata (cioè la distinzione dottrinale civilistica tra «causa astratta» e «causa concreta» del contratto) al fine di rendere la professionalità oggetto non del singolo contratto ma delle tutele configurabili nei mercati transizionali del lavoro e tarate sulla «singola persona più che al solo contratto di lavoro» (Tiraboschi 2019, 213).

le cose vanno avanti così già da alcuni anni: infatti i repertori sono molto avari di contenzioso nel settore privato basato sulla violazione della disciplina dello *jus variandi* novellata nel 2015 (su circa 400 sentenze una ventina riguardano questi aspetti: v. la giurisprudenza citata da Gramano 2022, 115-16). Forse però è ancora presto per fare bilanci attendibili su questo piano. Un propulsore al contenzioso in materia di professionalità nel privato potrebbe anche venire da una certa rivitalizzazione della tutela reintegratoria ad opera della giurisprudenza degli ultimi 3/4 anni.

3. Come che sia, da un paio d'anni si è verificato anche il terzo mutamento di fondo: molti contratti collettivi hanno più decisamente modificato i sistemi di inquadramento in uso dagli anni '70. *In primis*, nel 2021, il contratto di categoria dei metalmeccanici: che non è più quello di una volta, ma ancora è capace di accendere il dibattito dottrinale più di altri.

Prima però di dire qualcosa su questo dibattito, anche collegandolo ai due precedenti mutamenti di fondo per avere il quadro complessivo delle questioni da affrontare, mi preme sollevare una questione: i nuovi sistemi di inquadramento sono stati costruiti con l'intento di restituire ai contratti collettivi l'antica, complicata, ma fondamentale funzione di argine/filtro tra contratto individuale e organizzazione del lavoro nella tutela della professionalità dei lavoratori?

Qui c'è anzitutto da ricordare che un argine/filtro resta comunque, ma è di origine legale: ed è la categoria legale con cui il lavoratore viene assunto o che successivamente acquisisce. Come si sa, può trattarsi di magra consolazione laddove i confini tra queste categorie sono sempre più sbiaditi o indefiniti. Però è da rimarcare che anche i nuovi sistemi di inquadramento devono arrestarsi dinanzi ai quattro contenitori legali previsti dall'art. 2095 e rafforzati nel 2015. Salvo non riprendere di petto negli stessi contratti collettivi la distinzione tra le categorie legali: ma non risulta che nessun rinnovo contrattuale sia arrivato a tanto, sebbene in dottrina si prospettino di recente letture innovative basate sulla categoria come «involucro concettuale» plasmabile piuttosto liberamente (v. da ultimo Mattei 2023). Finché però c'è un ancoraggio legale da cui germina il «concetto» – ancoraggio addirittura rinvigorito nel 2015 – non mi pare prudente minimizzare fino ad annullarlo il limite della categoria ricavabile dall'art. 2095 c.c. Quindi la nuova tutela della professionalità tramite contrattazione collettiva può porre in linea di continuità tutte le professionalità ricomprese nel medesimo livello di inquadramento ma sempre all'interno di una medesima categoria legale, ancora tradizionalmente intesa.

Non è allora da trascurare che anche nella più moderna contrattazione essere assunti con la categoria di operaio può significare essere un po' meno tutelati nella propria professionalità anche all'interno del medesimo livello di inquadramento (v. emblematicamente, nel ccnl metalmeccanici 2021-2023, tit. II art. 1 punto 1.2 – criteri di inserimento e mobilità – sub A) – lavoratori con qualifica giuridica di operaio – lett. d): «il lavoratore, anche dopo l'acquisizione del Livello D2, non potrà rifiutarsi di ruotare su qualsiasi postazione di lavoro dell'attività produttiva stessa». Per gli impiegati non c'è analoga regola).

Per dare però una risposta al recupero della funzione di argine/filtro dei contratti collettivi cruciale è il modo in cui i nuovi sistemi di inquadramento «delineano» e «blindano» (terminologia diffusa: v. De Luca Tamajo 2016; Avondola 2020) ciascun livello. Appunto «delineare e blindare»: sono due operazioni diverse, fatte con una strumentazione concettuale e semantica non di rado identica. Ma forse non con il medesimo esito.

Mi spiego meglio. A guardare ancora il ccnl metalmeccanici una delle principali innovazioni consiste nell'aver ampliato le declaratorie dei profili con criteri di professionalità innovativi – come «competenze trasversali», «polivalenza», «miglioramento continuo e innovazione» (peraltro non si tratta di novità assolute, dal momento che i criteri di inquadramento hanno sempre fatto riferimento anche a dimensioni non riferibili direttamente al contenuto delle mansioni: v. Gargiulo 2008, 53 sgg.) – o già esistenti, ma rivisitate – come «competenza tecnica specifica» e «autonomia-responsabilità gerarchico-funzionali». Ciò pone più sullo sfondo le vecchie mansioni – con il relativo corredo di competenze tecniche possedute – per mettere in primo piano il saper essere e il saper come fare (c.d. *soft skill* o, più genericamente, *capacity*) (Tomassetti, 2019; Tiraboschi 2022; criticamente Gargiulo 2022; I. Zoppoli 2023, 125 sgg.). Indubbiamente questo consente più facilmente di fotografare la professionalità complessiva del lavoratore al momento della sua assunzione. Facendo riferimento ad un livello, ad una famiglia professionale, ad un ruolo, si dovrebbe «catturare» una professionalità molto ampia: in grado di valorizzarla a misura di ciascun lavoratore e assicurare al contempo il risultato organizzativo (per questa prospettiva v., assai efficacemente, Butera 2023).

Questa prima (almeno in ordine logico) definizione della professionalità entra comunque nel contratto ed è necessariamente oggetto di informativa scritta (ora al massimo entro sette giorni dall'inizio del rapporto³) da parte del datore di lavoro al lavoratore, come prescrive l'art. 1.1 lett d) del d.lgs. 152/97, modificato dall'art. 4 del d.lgs. 104/22⁴.

Qualcosa di analogo a quanto è accaduto nel privato sta accadendo nel lavoro pubblico, con la definizione di aree di inquadramento molto ampie e con l'utilizzazione di declaratorie dei profili professionali che valorizzano le c.d. competenze dinamiche. Tuttavia nel pubblico ora ci sono due peculiarità che non si debbono sottovalutare e che sono alla base anche dell'ultima stagione post-pandemica (o PNRR) di regole legislative in materia di professionalità. Da un lato c'è da considerare che la rivisitazione dei sistemi di inquadramento avviene all'interno di un orizzonte organizzativo in movimento, ma ancora in gran parte da realizzare: cioè quello in cui il sempre carente vertice di go-

³ La violazione però è punita con sanzione pecuniaria e non con nullità come quella ex art. 2103, comma 5 c.c.

⁴ L'oggetto dell'informazione peraltro non è mutato nel 2022: «l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore o, in alternativa, le caratteristiche e la descrizione sommaria del lavoro».

verno dei vari apparati amministrativi orienti l'intera azione amministrativa verso la creazione di valore pubblico, sul quale andrebbero tarate anche le esigenze di nuovi fabbisogni professionali e nuove tecniche manageriali, come il *project management*. Dall'altro c'è una progressiva perdita di attrattività, soprattutto stipendiale, delle pubbliche amministrazioni riguardo proprio alle professionalità più innovative. Queste due peculiarità segnano sia un nuovo protagonismo del legislatore, con tratti del tutto diversi da quello privatistico, sia un intreccio, non so quanto virtuoso, tra nuovi sistemi di inquadramento e procedure di reclutamento e di promozione dei dipendenti pubblici (v., da ultimo Mainardi, 2023).

In ogni caso la recente evoluzione degli inquadramenti professionali nei rinnovi di lavoro privato e pubblico mi pare muoversi nel senso di restituire ai contratti collettivi, anzitutto nazionali, la funzione classica di argine/filtro di cui si è detto. Con quale efficacia invero è ancora tutto da approfondire.

4. Ovviamente tanto altro resta da fare perché i nuovi sistemi funzionino davvero al momento delle assunzioni e poi diano ai lavoratori speranze di effettiva valorizzazione professionale. Qui qualche contratto se ne occupa; qualche altro no. Ma non è mia intenzione entrare in questi aspetti.

Invece rientra in pieno nel tema legge/contratto chiedersi se i nuovi sistemi di inquadramento forniscano risposte valide sia all'impatto delle nuove tecnologie sull'organizzazione delle professionalità più coinvolte dall'innovazione tecnologica (in particolare per i cd. lavoratori telemigranti) sia alle incognite lasciate aperte dal nuovo art. 2103.

Di seguito affronterò solo una minima parte dei problemi, anche eseguitici, oggi sul tavolo, alcuni risalenti (come il diritto alla formazione e/o alla carriera), altri nuovi come le norme dei contratti in tema di valorizzazione professionale.

Quanto all'impatto organizzativo delle tecnologie di ultima generazione – uno dei problemi concreti forse più urgenti – pare davvero difficile dare risposte univoche. La difficoltà è indubbiamente accentuata dalla «rivoluzione globale», che non solo accentua il rischio di obsolescenza delle professionalità ma che mette in concorrenza anche le elevate professionalità reperibili grazie alla dislocazione remotizzata del lavoro in paesi a più basso costo del lavoro o dove si afferma il ricorso a quelli che Baldwin continua a definire «algoritmi addestrati» (Baldwin 2020, 272). Chi è colpito da questi processi ha poco da difendersi: deve accettare di tutto pur di non perdere il lavoro. E il problema può essere trasversale, cioè colpire tutte le professioni fungibili attraverso la digitalizzazione e, oggi, l'intelligenza artificiale. Al riguardo, almeno per arginare gli abusi, mi paiono destinati a crescere di importanza sia la disciplina dei patti di demansionamento, anche in sede protetta, sia il regime giuridico del c.d. licenziamento modificativo, che rientrando nel giustificato motivo oggettivo rischia di essere ancora molto debolmente tutelato almeno se il lavoratore è firmatario di un contratto a tutele crescenti (in tema v. ancora Del Punta 2017). In ultima istanza non c'è dubbio che la tutela della professionalità di questi lavoratori ri-

sulta spostata drasticamente su mercati del lavoro sostanzialmente, se non formalmente, molto dilatati e difficili da governare⁵.

Più significativa può essere la nuova contrattazione collettiva per quei lavoratori che nelle varie organizzazioni hanno professionalità non fungibili neanche tramite la glocalità o comunque forti sul mercato interno. Proprio per questi però ha senso chiedersi quanto la tutela della professionalità risulti effettivamente blindata almeno nell'ambito dei livelli di inquadramento ridefiniti dalla contrattazione collettiva.

A dispetto degli auspici del legislatore del 2015, qui si ripropone in qualche modo la tematica che in passato si addensava intorno alla nozione codicistica di «equivalenza», persino a prescindere da quelle prime letture – rimaste minoritarie – che ritenevano persistente la nozione anche nella nuova versione semantica di «mansioni riconducibili» al livello di inquadramento (per tutti Gargiulo 2015). Infatti molti contratti collettivi, anche innovativi come quello dei metalmeccanici del 2021, conservano o riprendono la nozione di equivalenza tra le mansioni al fine di disciplinare lo *ius variandi* orizzontale.

Non mi pare che tale recupero sia problematico sul piano del rapporto tra fonti eteronome ed autonome quando la disciplina contrattuale sia chiaramente rivolta a garantire ai lavoratori un trattamento più favorevole. Non sempre però è così. Proprio il contratto dei metalmeccanici sembra infatti di problematica interpretazione, in quanto consente lo *ius variandi* nell'ambito di «mansioni equivalenti, in coerenza con i criteri di professionalità di riferimento, alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione» (art. 3). Secondo qualcuno tale formulazione varrebbe a svincolare lo *ius variandi* orizzontale da un'interpretazione troppo rigida del limite derivante dal livello di inquadramento, quanto meno nel senso che anche la variazione tra «ruoli» avverrebbe all'interno del livello di inquadramento, in cui i ruoli sono equiparati (Maresca 2022; Gramano 2022). Del tutto opposta è l'interpretazione di altri (Barbieri 2023, 331) secondo cui il recupero dell'equivalenza senza riferimento alcuno al livello di inquadramento nel nuovo ccnl metalmeccanici varrebbe invece come criterio restrittivo dello *ius variandi* orizzontale rispetto a quello legale: decisivo sarebbe il riferimento ai «criteri di professionalità» che non ha la stessa valenza del richiamo ai livelli di inquadramento.

Proprio questa ennesima «disputa» dottrinale sull'equivalenza, stavolta contrattuale, rende a mio avviso necessario riaffrontare la disputa «madre» sull'oggetto del contratto individuale di lavoro. Infatti – pur concedendo che la formulazione dei contratti collettivi spesso è compromissoria e, quindi, ambi-

⁵ A maggio 2023 il Governo ha previsto un bando di (soli) 10 milioni di euro sul Fondo per la Repubblica digitale per interventi nei settori dove si prevede una sostituzione più rapida e massiccia: trasporto, logistica, supporto d'ufficio e amministrativo, produzione, servizi e vendite (ne *la Repubblica news* del 23 maggio). Ma le sostituzioni/licenziamenti vanno avanti in molti settori: v. l'editoria in Germania dove il gruppo Bild sostituisce 200 lavoratori con le prestazioni degli algoritmi avanzati di apprendimento (*advanced machine learning algorithms*) tipo chatbot (ne *la Repubblica* del 20 giugno 2023).

gua – non si può trascurare che mentre i trattamenti migliorativi rispetto alla disciplina legale possono essere ritenuti sempre ammissibili, più problematico è ammettere trattamenti peggiorativi per il lavoratore rispetto allo standard dell'art. 2103, che continua ad essere corredato da una sanzione di nullità per tutti i patti contrari che non siano disciplinati dai commi 2 e 4 della medesima norma. Né può pensarsi che su questa norma, speciale e cronologicamente successiva al 2011, possano prevalere i c.d. contratti di prossimità.

Ciò detto, è vero che l'art. 2103 c. 4 consente «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore» previste dai contratti collettivi. E ciò significa certamente che i contratti nazionali, come i contratti di altri livelli, possono prevedere quelle «ulteriori ipotesi». Però: a) «ulteriori» devono essere con riguardo al comma 2, cioè alla modifica degli assetti organizzativi che incide sulla posizione del lavoratore. Questo dovrebbe comportare quanto meno la previsione di un presupposto causale per il declassamento; b) il 2103 c. 4 disciplina poi lo *ius variandi* in *peius*, abilitando la contrattazione collettiva ad ampliarne in modo circostanziato i margini. Cosa diversa è disciplinare lo *ius variandi* orizzontale, che è evocato dalla formula contrattuale che ripescava l'equivalenza. Né può dirsi che il più contiene il meno perché si tratta di regolare due materie diverse: da un lato il potere di declassare in circostanze organizzative eccezionali o, almeno, non quotidiane; il secondo il potere di modificare unilateralmente e fisiologicamente l'oggetto del contratto individuale. Nel secondo caso il contratto collettivo mi pare debba muoversi nell'ambito delle già richiamate regole sui criteri per rendere determinato o determinabile l'oggetto del contratto (sulle diverse posizioni della dottrina v. Gramano 2022, 152 nota 93).

Quindi torna la questione di quanto la professionalità sia oggetto del contratto individuale prima che materia totalmente plasmabile dal contratto collettivo.

5. Si ripropongono così dibattiti antichi ma mai del tutto risolti e anzi di recente riproposti. Le nozioni di professionalità si evolvono: statica, dinamica, potenziale. Ora si aggiunge quella di «professionalità classificata» (Brollo 2019, 486) o «mirata al risultato» (Tiraboschi 2019, 213). A me paiono rivisitazioni soprattutto semantiche ispirate pur sempre dalla vecchia, rispettabilissima, esigenza di contemperare dinamiche organizzative e rilevanza contrattuale della professionalità o, meglio, delle sue varie dimensioni. Tali dimensioni non si esauriscono certo nelle dimensioni giuridiche, ampiamente esplorate; ma nemmeno può esserci una recezione passiva o meccanica delle pur suggestive ed efficaci prospettazioni della teoria organizzativa (da ultimo v. ancora Butera 2023) in costrutti giuridici generici, inconsistenti o, al contrario, devastanti. Dicendo questo non voglio escludere che ci siano nuove decisive ragioni sia per espungere la professionalità dall'oggetto del contratto (di recente v. Ferluga 2022, 167) sia per identificare l'oggetto del contratto in una nuova nozione di professionalità che sembra orientata a identificarsi con la capacità di centrare il «risultato organizzativo *versus* retribuzione differenziata a seconda del contributo del lavoratore» (come sembrerebbe ritenere Brollo 2023). Mi pare piuttosto che nell'an-

tica disputa continuino ad aver ragione quanti nel passato hanno sostenuto che la professionalità non può non essere oggetto dello scambio contrattuale (come riteneva anche Del Punta 2022), naturalmente nella misura in cui identifica oggettivamente l'attività lavorativa dedotta in contratto (non certo la professionalità soggettiva o astratta: v. Napoli 1995, 1168; Alessi 2004, 81 sgg.; Gargiulo 2008, 28 sgg.; da ultimi Cester 2023 e Pinto 2023). Questo assunto può restare valido anche se la professionalità non può essere più determinata sulla base delle sole competenze tecnico-scientifiche identificabili con la mansione; comunque essa sarà identificabile *per relationem* (o direttamente) con il riferimento al profilo professionale previsto dal contratto collettivo con l'indicazione di precisi seppure molteplici «criteri professionali», necessariamente indicati al momento dell'assunzione (esemplificativamente: un cuoco non è un pompista o un gruista anche se il ccnl degli edili li colloca entrambi al medesimo livello di inquadramento).

Certo poi le relative mansioni assegnabili dovranno essere tutte quelle riconducibili al medesimo livello di inquadramento contrattuale: ma a partire ovviamente dalle competenze tecnico-scientifiche originarie, con una maggiore elasticità per gli altri criteri professionali più *soft* o, si potrebbe dire, anche più evanescenti. Mi sentirei di dire che il limite legale invalicabile di cui al nuovo 2103 è, pur nell'ambito del medesimo livello, la tipologia di competenze *hard* con cui è descritto il profilo professionale. Lo *ius variandi* che stravolgesse questo criterio di determinazione della professionalità del lavoratore stravolgerebbe l'originario regolamento contrattuale riconducendo il lavoratore ad uno stato di soggezione pre-moderna (Mazzotta 2020, 767; Liso 2015), in quanto tutelerebbe il lavoratore meno di qualsiasi altro soggetto giuridico che agisce nel diritto comune dei contratti. E questo proprio perché l'art. 2103 c.c. continua ad essere una norma che va interpretata sistematicamente: cioè nell'ambito del diritto civile, pur consapevoli del fondamentale e peculiare ruolo regolativo del lavoro svolto dall'autonomia collettiva. Un ruolo che però non può essere ablativo di tutele basilari come quelle che attengono agli elementi essenziali del contratto individuale.

Tornando al contratto dei metalmeccanici e al suo art. 3, direi che concordo con Arturo Maresca nella misura in cui la regola contrattuale non sembra porsi come chiaramente derogatoria della disciplina legale (l'equivalenza sembra qui più che altro una formula per far riferimento allo *ius variandi* orizzontale). Concordo però solo nei limiti in cui lo *ius variandi* su più ruoli compresi nel medesimo livello di inquadramento risulti rispettoso delle competenze tecniche specifiche previste per il ruolo stesso.

6. Comunque per le tante cose dette e per quanto ancora resta da dire, sono convinto che la professionalità non possa oggi essere tutelata in chiave puramente o accentuatamente conflittuale/antagonista, neanche sfidando una nuova stagione di protagonismo giudiziario. In fondo proprio la professionalità può essere considerata un bene comune all'organizzazione e al lavoratore che da essa dipende. Meglio allora favorire logiche realmente partecipative, come pure fanno i nuovi contratti collettivi, forse nel privato più ancora che nel pubblico.

Il lavoratore deve in ogni caso essere messo in grado di proteggere la propria professionalità, ricchezza oggi più rara e insostituibile di prima. Nello scambio finalizzato alla produzione deve poter negoziare il vero valore della sua professionalità per l'organizzazione di cui fa parte.

Nel far questo deve poter contare su una rappresentanza dei suoi interessi sensibile, preparata, in grado di conoscere e intervenire a ridosso di ciascuno snodo organizzativo. Per distribuire equamente i frutti della professionalità utilizzata; per valorizzare e promuovere gli accrescimenti; per condividere saperi, valori, comportamenti, sinergie. In breve per fare delle professionalità individuali dei beni collettivi trasmissibili. Qui sane relazioni sindacali possono ancora essere volani di nuova professionalità sempre in crescita senza essere ossessionati di tutelare quelle di partenza. La scommessa di indubbio interesse sarebbe di rendere sempre più le professionalità dei singoli un patrimonio comune delle organizzazioni. Per questo occorrono soggetti collettivi con nuova cultura organizzativa; ma anche imprenditori, dirigenti e responsabili delle organizzazioni che non abbiano come obiettivo il massimo risparmio sul fattore lavoro o lo sfruttamento intensivo delle professionalità dei dipendenti. Si possono senz'altro invocare, come molti fanno, nuove stagioni all'insegna della partecipazione (da ultimo Esposito 2023). Però è inutile secondo me illudersi che un nuovo corso vada avanti solo volontariamente.

Un ausilio può venire da altri itinerari di regolazione legislativa, che, a torto o a ragione, vengono visti con approcci più ottimistici dalla dottrina giuslavorista (anche se non sempre apprezzati o praticati da imprese ed operatori).

Un modello da considerare può essere, ad esempio, quello che emerge nella normativa sulla sicurezza del lavoro, dove prassi partecipative pure ci sono o possono essere potenziate, ma dove si può anche pensare a un documento di valutazione dei rischi (DVR) che evolva diventando un documento di valutazione di rischi e bisogni di competenze organizzative e quindi anche di valorizzazione delle professionalità. O lavorando intorno a modelli organizzativi certificati – e perché no anche partecipati – che tengano conto della propensione a valorizzare uso e potenziamento di professionalità di alto livello.

Qualcosa emerge poi anche nella recente legislazione sulla parità di genere (l. 162/2021 che ha modificato il codice delle pari opportunità, d.lgs. 198/2006). Un tema che si intreccia con quello qui trattato, ma che meriterebbe una attenzione ancora più specifica. Qualche accenno vorrei farlo. Ad esempio mi sembra meritevole di analisi il peso che il decreto 29.4.2022 della Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le pari opportunità, riconosce alla parità nelle carriere e nelle tecniche di valorizzazione della professionalità dei generi sottorappresentati al fine di certificare le imprese virtuose e premiarle. Qui mediante il rinvio alle linee guida UNI/PdR 125:2022 si attribuiscono pesi pari al 20% della valutazione complessiva a indicatori come «opportunità di crescita ed inclusione delle donne in azienda», che ricomprendono i ruoli di responsabilità non solo dirigenziale assegnati alle lavoratrici (5.5); o «equità remunerativa di genere» (5.6), che ricomprendono le promozioni delle donne su base annua. Il piano strategico aziendale per l'attuazione della parità di genere deve poi contemplare

procedure, informazioni, monitoraggio e misure varie in tema di gestione delle carriere in particolare offrendo «opportunità di formazione specificamente rivolte allo sviluppo e al miglioramento delle competenze professionali di leadership per affrontare gli ostacoli alla carriera riscontrati dal genere meno rappresentato» (punto 6.3.2.2 lett. g).

Guardando a questi altri universi regolativi si colgono davvero tante dimensioni in cui la professionalità va tutelata. Essa infatti concorre pienamente a garantire l'integrità psico-fisica dei lavoratori non meno della loro personalità morale, a realizzare il principio paritario nel lavoro e fuori. In una parola la tutela della professionalità può essere un terreno concreto su cui misurare il benessere organizzativo, un concetto oggi cruciale anche per un'imprenditoria che voglia essere davvero all'avanguardia dando vita ad organizzazioni destinate a durare.

Forse un'impresa pressata su vari fronti può essere la culla di nuove tutele della professionalità più in sintonia col mondo attuale. In questa prospettiva il ruolo del formante legislativo non può essere (solo) quello che abbiamo conosciuto in passato, cioè essenzialmente un veicolo di divieti o limiti ai poteri datoriali. In un futuro migliore la legge può svolgere, come sappiamo, una importante funzione promozionale dei miglioramenti organizzativi, anche fungendo da valida sponda per un contrattazione collettiva importante ma per tanti aspetti da potenziare.

Riferimenti bibliografici

- Alessi, C. 2004. *Professionalità e contratto di lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Alessi, C. 2018. "Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva, oggi." *Professionalità Studi* 1/II: 23 sgg.
- Avondola, A. 2020. "Demansionamento, contrattazione collettiva e ruolo del giudice cinquant'anni dopo." In M. Rusciano, L. Gaeta, L. Zoppoli (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e culture giuridiche, DLM*, quaderno n. 8, 403 sgg.
- Baldwin, R. 2020. *Rivoluzione globotica. Globalizzazione, robotica e futuro del lavoro*. Bologna: Il Mulino.
- Barbieri, M. 2023. "Sub artt. 2, 3 e 4 - Sezione IV, Titolo II." In *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, a cura di V. Bavaro, F. Focareta, A. Lassandari, F. Scarpelli, 325 sgg. Roma: Futura Editrice.
- Brollo, M. 2019. "Tecnologie digitali e nuove professionalità." *DLRI*, 468 sgg.
- Brollo, M. 2023. *Il rapporto individuale*. Relazione alle Giornate di studio AIDLASS su Le dimensioni spazio-temporali dei lavori, Campobasso, 25-26 maggio.
- Butera, F. 2023. "La sociotecnica 5.0 per il terzo millennio." *MIT Sloan Management Review Italia*, settembre/ottobre 2023, 16 sgg.
- Caruso, B. 2018. "Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0." *DLRI*, 81 sgg.
- Cester, C. 2023. "Oggetto del contratto di lavoro." In *Enciclopedia del diritto*, a cura di R. Del Punta, R. Romei, F. Scarpelli. Milano: Giuffrè.
- De Luca Tamajo, R. 2016. "Jobs Act e cultura giuslavoristica." *DLM*, 6 sgg.
- Del Punta, R. 2006. "Diritti della persona e contratto di lavoro." *DLRI*, 195 sgg.

- Del Punta, R. 2017. "Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico." In *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. Perulli, 31 sgg. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 2018. "Un diritto per il lavoro 4.0." In *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, 225 sgg. Firenze: Firenze University Press.
- Del Punta, R. 2023. *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Esposito, M. 2023. "La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva." Relazione alle Giornate di studio AIDLAS su Le dimensioni spazio-temporali dei lavori, Campobasso, 25-26 maggio.
- Faioli, M. 2018. *Mansioni e fabbrica intelligente*. Torino: Giappichelli.
- Ferluga, L. 2022. "Nuove tecnologie e professionalità." In *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di R. Santucci, A. Bellavista. Torino: Giappichelli.
- Gargiulo, U. 2008. *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*. Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Gargiulo, U. 2015. "Lo jus variandi nel «nuovo» art. 2103 c.c." *RGL I*: 619 sgg.
- Gargiulo, U. 2020. "La determinazione della prestazione di lavoro tra libertà e dignità: potere direttivo e jus variandi a cinquant'anni dallo Statuto." In *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e culture giuridiche*, a cura di M. Rusciano, L. Gaeta, L. Zoppoli. *DLM*, quaderno n. 8, 379 sgg.
- Gargiulo, U. 2022. "Innovazione tecnologica e tutela della professionalità: potenzialità e limiti della contrattazione collettiva." *Federalismi.it* 17: 131 sgg.
- Gramano, E. 2022. *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*. Milano: Franco Angeli.
- Liso, F. 2015. "Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia i rapporti di lavoro." *WP CSDLE «Massimo D'Antona.IT»* 257.
- Luciani, V. 2020. "Mansioni, jus variandi e progressioni di carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore e le certezze della giurisprudenza." *LPA* 3.
- Mainardi, S. 2023. "Inquadramenti pubblici atto II. Appunti dai Ccnl tra organizzazione e tutela della professionalità." *LPA*, 449 sgg.
- Maresca, A. 2022. "Il nuovo sistema di classificazione: valori ispiratori e tecniche applicative." *DLRI*.
- Mattei, A. 2023. *Categorie dei prestatori di lavoro e professionalità*. Torino: Giappichelli.
- Mazzotta, O. 2020. "Poteri e contropoteri nello Statuto dei lavoratori cinquant'anni dopo." *LD*, 759 sgg.
- Napoli, M. 1995. "Contratto e rapporti di lavoro, oggi." In AA.VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. II. Milano: Giuffrè.
- Pinto, V. 2023. "Contratto di lavoro e professionalità." In *Enciclopedia del diritto, vol.6, Contratto di lavoro*, diretto da R. Del Punta, R. Romei, F. Scarpelli. Milano: Giuffrè.
- Romei, R. 2022. "Prefazione." In E. Gramano, *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*. Milano: Franco Angeli.
- Santoro-Passarelli, G. 2018. *Realtà e forma del diritto*, tomo III. Torino: Giappichelli.
- Tiraboschi, M. 2019. *Persona e lavoro tra tutele e mercato*. Bergamo: Adapt University Press.
- Tiraboschi, M. 2022. "Sulla funzione (e sull'avvenire) del contratto collettivo di lavoro." *DRI* 3: 800 sgg.

- Tomassetti, P. 2019. "Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale." *DRI*: 1149 sgg.
- Tomassetti, P. 2022. "Competenze e formazione nei sistemi di inquadramento di nuova generazione." *RGL I*: 191 sgg.
- Zoppoli, I. 2023. "Contrattazione collettiva e professionalità nella prassi recente: uno stress test dell'articolo 2103 c.c." In *La funzione del contratto collettivo. Salari, produttività, mercato del lavoro*, a cura di V. Bavaro, M.C. Cataudella, A. Lassandari, L. Lazzeroni, M. Tiraboschi, G. Zilio Grandi, 117 sgg. Bergamo: Adapt University Press.

Le relazioni di lavoro nel settore *non profit*:
un “non-sistema”? Qualche riflessione a partire da
R. Del Punta, “Diritto del lavoro e Terzo settore”.
RIDL 1 (2001): 329 sgg.

Matteo Borzaga

1. Considerazioni introduttive

Le riflessioni che animeranno il presente contributo prendono le mosse da un saggio dal titolo “Diritto del Lavoro e Terzo settore”, che Riccardo del Punta pubblicò sulla *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* nel 2001 (Del Punta 2001, 329 sgg.), in un momento storico, cioè, nel quale il c.d. *non profit* stava da un lato consolidando le conquiste legislative dei primi anni Novanta del secolo scorso (ci si riferisce, in particolare, alle l. n. 266 e 381, entrambe del 1991 e relative, rispettivamente, alle organizzazioni di volontariato e alle cooperative sociali) e si accingeva dall’altro ad affrontare la riforma, appena licenziata, della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa (l. n. 142 del 2001).

Uno scenario, dunque, che già in quella fase risultava normativamente piuttosto complesso e che lo sarebbe divenuto ancora di più negli anni a venire. Basti pensare, a titolo di esempio, alle modifiche che la l. n. 142 del 2001 subì poco dopo la sua approvazione (con la l. n. 30 del 2003), o ai continui interventi operati dal legislatore in merito al sistema delle convenzioni tra datori di lavoro privati e cooperative sociali di tipo b) per il collocamento di persone disabili (artt. 12 e 12 *bis* della l. n. 68 del 1999 e art. 14 del d. lgs. n. 276 del 2003), o ancora all’introduzione nel nostro ordinamento dell’impresa sociale (d. lgs. n. 155 del 2006 e n. 112 del 2017).

Riccardo Del Punta era ben consapevole di tale complessità, come del resto dimostra la circostanza che il saggio poco sopra citato si snodi proprio at-

Matteo Borzaga, University of Trento, Italy, matteo.borzaga@unitn.it

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Matteo Borzaga, *Le relazioni di lavoro nel settore non profit: un “non-sistema”? Qualche riflessione a partire da R. Del Punta, “Diritto del lavoro e Terzo settore”. RIDL 1 (2001): 329 sgg.*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8.77, in William Chiaromonte, Maria Luisa Vallauri (edited by), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, pp. 1219-1233, 2024, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0507-8, DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

torno ad essa. A rendere il pensiero dell'Autore particolarmente interessante, tuttavia, non è soltanto l'analisi approfondita del complicato contesto normativo concernente il *non profit*, ma anche (e forse soprattutto) la ricerca di un filo rosso in grado di collegarne i diversi tasselli e il conseguente interrogativo se sia praticabile (nonché opportuno) immaginare un vero e proprio statuto speciale del lavoro prestato al suo interno. Tale filo rosso potrebbe consistere, secondo Riccardo Del Punta, nella motivazione che spinge un certo numero di persone a prestare la propria attività nel Terzo settore anziché nell'economia tradizionale e che sarebbe in grado di contribuire, tra l'altro, a contrastare la crisi e il disincanto del lavoro che già caratterizzavano l'epoca in cui egli scriveva (e che hanno conosciuto un significativo aggravamento negli ultimi decenni) (Del Punta 2001, 332 sg.).

Alla luce di tali considerazioni, nelle pagine che seguono si cercherà di ripercorrere la più recente evoluzione normativa in tema di lavoro nel *non profit*, facendo particolare attenzione ai mutamenti avvenuti rispetto al contesto preso in esame da Riccardo Del Punta nel più volte citato saggio del 2001.

Nel corso dell'analisi verrà approfondito quello che sembra essere divenuto, nel tempo, il principale punto di forza del Terzo settore rispetto alle questioni che qui ci occupano, ovvero l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Grazie a tale approfondimento sarà possibile, al termine, riprendere le conclusioni di Riccardo Del Punta in ordine alla praticabilità (e anche all'opportunità) della predisposizione di uno statuto speciale del lavoro nel *non profit*, al fine di comprendere se esse siano ancora attuali specie in considerazione di un quadro normativo che, come si è già avuto modo di accennare, negli ultimi anni è significativamente (seppur forse non radicalmente) mutato.

2. *Non profit* e rapporti di lavoro: una realtà sempre più complessa

Nel saggio "Diritto del Lavoro e Terzo settore" Riccardo del Punta dedica molto spazio all'analisi del contesto normativo concernente il lavoro nel *non profit*, proprio al fine di metterne in luce la complessità e, è il caso di anticiparlo fin d'ora, la difficoltà di individuare quel filo rosso menzionato poco sopra.

In effetti, se si guarda alle forme giuridiche del lavoro che caratterizzano il Terzo settore (Del Punta 2001, 336), ci si avvede di quanto esse siano numerose e, soprattutto, diverse tra loro.

Si allude, anzitutto, al lavoro subordinato inteso in senso classico (ex art. 2094 cc.), che è ovviamente presente anche nel *non profit* (si pensi, a titolo di esempio, ad un lavoratore non socio di una cooperativa sociale), a cui devono aggiungersi il lavoro volontario (quello cioè prestato nell'ambito delle organizzazioni di volontariato e anche delle cooperative sociali, secondo quanto previsto, rispettivamente dalle l. n. 266 e 381 del 1991) e l'attività svolta dai soci lavoratori alla stregua della l. n. 142 del 2001 (applicabile, ai sensi del suo art. 1, anche alle cooperative sociali). A tali forme giuridiche, che di fatto già esauriscono il panorama di quelle esistenti, potrebbe ulteriormente affiancarsi l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate che, sebbene sia incasellabile in due di quelle

poco sopra riportate (il lavoro subordinato inteso in senso classico e la posizione giuridica di socio lavoratore, a seconda dei casi), presenta peculiarità tali da far ritenere che sia opportuno trattarlo separatamente.

Volendo in questa sede esaminare brevemente ciascuna delle forme giuridiche che si sono appena citate – con l'esclusione, per ovvie ragioni, del lavoro subordinato inteso in senso classico –, si ritiene opportuno prendere le mosse dal lavoro volontario, cui non a caso anche Riccardo Del Punta dedica pagine dense di riflessioni (Del Punta 2001, 337 sgg.).

In generale, dal dibattito scientifico (piuttosto scarno, peraltro) ad esso relativo emerge come in realtà il suo inquadramento giuridico sia stato, per molto tempo, frutto di un equivoco.

In una prima fase si è infatti tentato di ricondurlo nell'alveo della subordinazione, ritenendo di poter dare vita ad una fattispecie di lavoro dipendente gratuito, nell'ambito della quale l'assenza di remunerazione veniva giustificata con il perseguimento di obiettivi solidaristici (ovvero di natura non economica) (Bano 2001, 61 sgg.). Così facendo si voleva probabilmente favorire la più ampia applicazione possibile della disciplina giuslavoristica a prestazioni che, peraltro, si presentano per diverse ragioni come strutturalmente avulse dal relativo contesto, ovvero dal lavoro subordinato classicamente inteso.

Non è dunque un caso che tale ricostruzione sia stata oggetto di critiche e che, in un secondo momento, si sia iniziato a proporre alternative che fossero in grado di superare il citato equivoco. Si è così in particolare messo in luce come il lavoro volontario debba essere ricondotto, anziché alla subordinazione, ad altre tipologie contrattuali, tra cui figurano, ad esempio, le prestazioni di *facere*, quelle di cortesia, il comodato, ecc. (Del Punta 2001, 337). Oltre a ciò, e più in generale, si è spesso proposto di far ricadere il lavoro volontario nell'art. 1322, secondo comma, cc., disposizione come noto dedicata ai c.d. contratti atipici.

Se in ordine alla bontà di ciascuna delle soluzioni proposte si potrebbe discutere a lungo (e lo si è fatto: Bano 2001, 61 sgg.; Menghini 1989; 2007, 157 sgg.), va qui soltanto ribadito come ciò che le accomuna sia rappresentato dalla circostanza che esse allontanano dal lavoro volontario il 'buco nero' della subordinazione, la quale si caratterizza certo per l'onerosità delle relative prestazioni, ma anche (se non soprattutto) per una disciplina che ha il suo fulcro, in generale, nella tutela del lavoratore inteso quale soggetto contrattualmente debole. Una disciplina, cioè, incompatibile con le peculiarità del volontariato, dato che, al suo interno, l'elemento della debolezza di chi vi dedica parte del proprio tempo e delle proprie energie è senza dubbio escluso.

Del resto, nel momento in cui il legislatore ha deciso di intervenire in proposito, con la l. n. 266 del 1991, si è mosso esattamente in questa direzione, ha creato cioè una nuova fattispecie che nulla ha a che fare con il lavoro subordinato.

Lo si deduce dalla semplice lettura dell'art. 2 dell'appena citata legge (poi confluito, in termini pressoché identici, nell'art. 17 del d. lgs. n. 117 del 2017, c.d. 'codice del terzo settore'), il quale afferma che il lavoro volontario, per essere tale, deve fondarsi su tre elementi: la personalità, la spontaneità e la gratuità (primo comma). Si tratta di elementi che, come affermato da Riccardo Del

Punta (Del Punta 2001, 338-39) definiscono la causa della relativa fattispecie contrattuale e vengono almeno in parte ulteriormente precisati dal prosieguo della disposizione in esame. Il secondo comma di quest'ultima stabilisce infatti che chi presta attività di volontariato non possa essere retribuito in alcun modo (proprio in ossequio all'elemento della gratuità), puntualizzando che a quest'ultimo possono essere soltanto rimborsate le relative spese, nei limiti decisi dall'organizzazione. Alla luce di tale disciplina, non stupisce che il legislatore abbia ritenuto di chiudere l'art. 2 della l. n. 266 del 1991 affermando esplicitamente che la qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi tipo di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altra relazione di natura patrimoniale con l'organizzazione.

In sostanza, dunque, al volontario definito nei termini che si sono appena descritti la disciplina del lavoro subordinato non trova alcuna applicazione, trattandosi di fattispecie ontologicamente differenti. Fanno eccezione, come si accennava, il rimborso delle spese sostenute per l'attività svolta nonché, come precisa il successivo art. 4 della medesima legge, l'obbligo in capo alle organizzazioni di volontariato di assicurare i propri aderenti contro gli infortuni e le malattie che dovessero insorgere a seguito dell'attività svolta, nonché per la responsabilità civile verso i terzi. Una disposizione, quest'ultima, che lungi da rappresentare un frammento di quella disciplina del lavoro subordinato la cui applicabilità al volontariato si è poco sopra esclusa, sembra essere piuttosto collegata ad una più generale tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione.

Tutto ciò che si è detto sin qui non toglie, ovviamente, che il 'buco nero' della subordinazione possa tornare in qualche modo protagonista laddove l'attività di volontariato venga utilizzata in maniera impropria. In quest'ultimo caso, infatti, sarà possibile provare in giudizio la sussistenza degli elementi tipici di un rapporto di lavoro subordinato, cui conseguirà l'applicazione della relativa disciplina di tutela. Come noto, del resto, nel diritto del lavoro vige il c.d. 'principio di effettività', alla stregua del quale la subordinazione attira a sé (proprio come un buco nero) rapporti contrattuali sorti al di fuori di essa e che tuttavia sono stati oggetto di abusi. Certo, nel caso del lavoro volontario di cui alla l. n. 266 del 1991, lo 'schermo' dell'organizzazione di volontariato assume un'importanza cruciale nel tenere lontani i suddetti abusi, che peraltro non è escluso possano verificarsi (Del Punta 2001, 342).

L'attività di volontariato è stata disciplinata anche da una legge di poco successiva alla n. 266 del 1991, la n. 381 del medesimo anno, la quale è dedicata alle cooperative sociali (Bano 2001, 199 sgg.). Essa prevede infatti, tra le altre cose (v. *infra*), che all'interno di esse possano operare 'soci volontari', le cui caratteristiche sono molto simili (non a caso, probabilmente) a quelle contemplate proprio dalla l. n. 266 e che si sono poco sopra descritte. Se si prende in esame l'art. 2 della l. n. 381 del 1991, del resto, ci si avvede immediatamente della suddetta somiglianza: ai sensi della citata disposizione, infatti, ai soci volontari non possono in generale applicarsi i contratti collettivi e le norme di legge in materia di lavoro subordinato e autonomo (terzo comma); costoro, peraltro, debbono es-

essere assicurati dalla cooperativa sociale contro gli infortuni e le malattie professionali (ma non per la responsabilità civile verso i terzi: ancora terzo comma) e hanno diritto al rimborso delle spese sostenute (quarto comma).

Alla luce di quanto detto sin qui, può ragionevolmente sostenersi che la differenza più significativa tra i volontari di cui alla l. n. 266 del 1991 e i soci volontari di cui alla l. n. 381 del 1991 stia proprio nella circostanza che questi ultimi sono, per l'appunto, oltre che volontari, anche soci della cooperativa sociale, e dunque, in fin dei conti, nella diversa natura (imprenditoriale, in questo caso) dell'ente al quale aderiscono. Se sul punto si tornerà tra breve, va qui conclusivamente messo in luce come anche per i soci volontari di cooperativa sociale la riconducibilità ad un rapporto di lavoro subordinato sia radicalmente esclusa. Ciò non toglie che, come con riguardo agli aderenti a organizzazioni di volontariato, tale riconducibilità possa entrare in gioco laddove vi siano abusi e venga quindi applicato il principio di effettività. Al fine di evitarlo, pure nel caso delle cooperative sociali, svolge senza dubbio un ruolo di primo piano lo 'schermo' offerto dalla loro natura giuridica e dalle loro caratteristiche, così come esplicitate nell'art. 1 della l. n. 381 del 1991.

Come si accennava all'inizio del presente paragrafo, oltre al lavoro subordinato inteso in senso classico e a quello volontario, nel Terzo Settore a rilevare è anche l'attività prestata da soci lavoratori di cooperativa, attesa la regolamentazione contenuta nella già in parte esaminata l. n. 381 del 1991, che va ovviamente letta alla luce di quanto successivamente stabilito dalla l. n. 142 del 2001, relativa proprio alla posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa (Nogler, Tremolada, Zoli 2002, 339 sgg.; Laforgia 2009; Imberti 2012).

Di tale ultimo provvedimento normativo dà conto anche Riccardo Del Punta nel saggio preso a riferimento in questa sede, ma lo fa comprensibilmente in modo molto succinto, atteso che quando egli scriveva il legislatore lo aveva appena licenziato (o forse non ancora in via definitiva: Del Punta 2001, 350, nota 38).

In generale, l'Autore valuta assai positivamente la l. n. 142 del 2001, mettendo in luce, in particolare, la sua capacità di risolvere l'annoso problema relativo proprio alla qualificazione dell'attività prestata dai soci lavoratori di cooperativa, in merito alla quale si era avuto, fino a quel momento, un dibattito (soprattutto dottrinale) molto acceso. Del resto, la situazione sulla quale è intervenuta la riforma appariva paradossale, per non dire schizofrenica (Riccardo Del Punta parla di vero e proprio *monstrum*: Del Punta 2001, 348): stante l'irriducibilità del rapporto associativo che legava i soci alla cooperativa a uno di lavoro subordinato neppure a fronte dello svolgimento continuativo di attività lavorativa, il legislatore aveva infatti progressivamente esteso una serie di disposizioni normative tipiche della subordinazione ai soci lavoratori stessi, senza peraltro riuscire a garantire loro una tutela adeguata. Anche la giurisprudenza si era posta sempre più spesso il problema dell'inquadramento giuridico della prestazione lavorativa dei soci e delle sue conseguenze, ma non era mai riuscita a compiere il «salto finale» (Del Punta 2001, 349), ad aderire, cioè, alla teoria del 'doppio rapporto' (associativo da un lato e di lavoro dall'altro) che era stata proposta in dottrina (Biagi 1983).

Ed è proprio su questa teoria che si fonda la l. n. 142 del 2001: ai sensi del suo art. 1, terzo comma, infatti, il socio lavoratore instaura con la cooperativa, contestualmente o successivamente a quello associativo, un rapporto di lavoro (subordinato, autonomo o in qualsiasi altra forma). Compiendo questo passo, il legislatore di fatto riconosce che nel socio lavoratore di cooperativa convivono due diverse anime alle quali nel diritto del lavoro vengono normalmente attribuite posizioni contrapposte: l'imprenditore da un lato e il lavoratore (subordinato) dall'altro.

Ciò è plasticamente dimostrato anzitutto dall'art. 1, secondo comma, del provvedimento in esame, che specie nella sua prima parte definisce il ruolo del socio imprenditore, stabilendo in particolare che egli concorra alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa medesima, prenda parte all'elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche e contribuisca alla formazione del capitale sociale, con tutte le conseguenze del caso (partecipazione al rischio di impresa, ai risultati economici e alle determinazioni in ordine alla loro destinazione). La disposizione in commento prosegue occupandosi invece del socio lavoratore, al quale viene richiesto di mettere a disposizione le proprie capacità professionali, anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa.

La circostanza che, come si accennava poco sopra, il socio lavoratore si caratterizzi per la presenza di due anime che nel diritto del lavoro sono normalmente contrapposte rende la gestione di tale figura di per sé complicata, specie nei momenti più critici (si pensi ad esempio a quello del licenziamento e/o dell'esclusione dalla cooperativa).

Alla luce di ciò, si ritiene quindi di condividere la valutazione positiva che Riccardo Del Punta ha dato della l. n. 142 del 2001 nel saggio preso a riferimento in questa sede, ma pare altresì opportuno precisare da un lato che l'equilibrio insito nella sua versione originaria è stato almeno in parte messo in discussione dalle modifiche adottate dal legislatore a breve distanza di tempo (ai sensi dell'art. 9 della l. n. 30 del 2003: Tullini, Montuschi 2004) e dall'altro che, anche a causa di tali modifiche, l'appena citato provvedimento normativo ha dato luogo a problemi interpretativi di non poco momento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va qui soltanto brevemente messo in luce come siano stati in particolare due gli interventi che hanno 'destabilizzato' la l. n. 142 del 2001: ci si riferisce, in particolare, all'espunzione, dall'art. 1, terzo comma, dell'aggettivo 'distinto' riferito al rapporto di lavoro instaurato dal socio lavoratore (che dunque, all'esito del suddetto intervento, diviene solo 'ulteriore' e non più 'ulteriore e distinto'), nonché, soprattutto, alla sostituzione dell'art. 5, comma secondo, che mentre nella versione originaria distingueva chiaramente, in materia di competenza giurisdizionale, tra le controversie relative al rapporto di lavoro (affidandole al giudice del lavoro) e quelle relative al rapporto associativo (devolvendole al giudice ordinario) è attualmente di assai più difficile interpretazione. Ai sensi della suddetta norma, infatti, «il rapporto

di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile. Le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario».

Se lo scopo delle citate modifiche era quello di chiarire meglio la relazione (come si è detto, potenzialmente problematica) tra le due anime del socio di cooperativa (imprenditore e lavoratore), non v'è dubbio che esso non sia stato centrato. Lo dimostrano, e veniamo così al secondo aspetto, i numerosi dubbi interpretativi ai quali le disposizioni emendate hanno dato adito: si pensi, in particolare, alla parte del nuovo art. 5, secondo comma, relativa alle controversie tra socio e cooperativa, nella quale si fa riferimento, per radicare la competenza del giudice ordinario, a un'espressione decisamente criptica, quella di 'prestazione mutualistica'. Non potendo in questa sede prendere dettagliatamente in esame né tali dubbi interpretativi né i modi in cui essi sono stati risolti dalla giurisprudenza, vale almeno la pena sottolineare come il Parlamento, nell'adottare le più volte richiamate modifiche, abbia voluto sacrificare la chiarezza del dato normativo per lanciare un messaggio 'politico', ovvero che, sebbene i rapporti in capo al socio lavoratore siano due, essi non possono considerarsi pariordinati: almeno in determinati frangenti, infatti, quello associativo prevale su quello di lavoro (Costantini 2012, 99 sgg.).

Analizzate, in tal modo, le forme giuridiche del lavoro presenti nel Terzo Settore si ritiene interessante soffermarsi, da ultimo, sull'inserimento lavorativo di persone svantaggiate che, pur ricadendo, alternativamente o cumulativamente, in due di tali forme giuridiche (quella del lavoro subordinato classicamente inteso e quella del socio lavoratore di cooperativa), presenta peculiarità e una rilevanza tali da indurre a trattarlo separatamente. Ad esso e alle sue potenziali ricadute sul sistema del lavoro nel *non profit* verrà dedicato il prossimo paragrafo.

3. L'inserimento lavorativo di persone svantaggiate come principale punto di forza del Terzo Settore: un modo per 'fare sistema'?

In effetti, se si guarda a come si è sviluppato, negli ultimi trent'anni, l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate attraverso cooperative sociali di tipo b), ci si rende conto immediatamente dell'importanza di esso, dal punto di vista sia strettamente giuridico che pratico-applicativo.

A tal proposito, va qui soltanto brevemente ricordato come, nell'introdurlo e regolamentarlo, la l. n. 381 del 1991 abbia creato un modello di collocamento di soggetti con difficoltà di accesso al mercato del lavoro per molti versi complementare (se non potenzialmente alternativo) a quello assai più tradizionale tipicamente fondato su una sorta di 'imponibile di manodopera' di cui alla l. n. 482 del 1968 prima e alla l. n. 68 del 1999 poi (Pedrotti 2008, 225 sgg.).

I citati modelli si differenziano, sostanzialmente, per due ordini di ragioni, l'uno di carattere soggettivo e l'altro di carattere oggettivo.

Ci si riferisce, anzitutto, al fatto che la platea di persone coinvolte è più ampia nel caso dell'inserimento lavorativo di cui alla l. n. 381 del 1991, la quale,

all'art. 4, vi include non solo i disabili in senso proprio (come invece previsto, al contrario, dalla l. n. 68 del 1999¹), ma anche altre categorie di soggetti i cui percorsi di vita e quindi anche professionali appaiono particolarmente complicati².

In secondo luogo, e ancor più significativamente, va sottolineato come sotto il profilo oggettivo il modello di cui alla l. n. 68 del 1999 risponda a una logica per così dire vincolistica, mentre quello di cui alla l. n. 381 del 1991 sia di tipo promozionale. Se è vero, infatti, che la l. n. 68 del 1999 non utilizza più l'espressione 'collocamento obbligatorio' (come faceva invece la l. n. 482 del 1968), bensì quella di 'collocamento mirato', il perno su cui si fonda anche il provvedimento normativo più recente sul tema è costituito dall'obbligo, in capo a datori di lavoro pubblici e privati, di assumere un certo numero di disabili (art. 3 della l. n. 68 del 1999³). Qualora tale obbligo non venga rispettato, l'art. 15 del medesimo provvedimento normativo stabilisce l'irrogazione di sanzioni amministrative. La l. n. 381 del 1991 prevede invece che le cooperative sociali di tipo b) vengano costituite proprio con il fine di inserire soggetti svantaggiati e che, a fronte di ciò, esse possano godere di alcuni incentivi, consistenti principalmente nel fatto di non dover pagare i contributi di sicurezza sociale relativi a tali soggetti svantaggiati (che infatti, ai sensi dell'art. 4, terzo comma, sono ridotti a zero) (Borzaga M. 2006, 184 sgg.).

Sebbene non ci si possa in questa sede addentrare nel dettaglio della regolamentazione dei due modelli, va peraltro messo in luce come quello di cui alla l. n. 381 del 1991, tra l'altro assai più recente dell'altro, abbia conosciuto negli anni un crescente successo, tanto sul piano quantitativo, quanto in termini di efficacia.

In proposito, basti pensare che, stando ai dati più recenti a disposizione (risalenti al 2019), le cooperative sociali di tipo b) attive in Italia erano oltre 5.000 e occupavano quasi 100.000 dipendenti, di cui più di 36.000 persone svantaggiate. Un numero decisamente ragguardevole, che racchiude una percentuale elevata di disabili classicamente intesi (secondo l'ISTAT oltre il 46%, sebbene si tratti comunque di rilevazioni datate, in quanto risalenti al 2005), ma anche diversi soggetti ricadenti proprio nella più ampia categoria degli svantaggiati di cui all'art. 4 della l. n. 381 del 1991 e, infine, perfino persone che non vi rientra-

¹ Che, all'art. 1, si riferisce in particolare alle persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento, alle persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33 per cento, alle persone non vedenti e sordomute e alle persone invalide di guerra, civili di guerra e invalide per servizio.

² "Gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni.

³ Si tratta di 1 lavoratore disabile se il datore di lavoro occupa tra i 15 e i 35 dipendenti; di 2 lavoratori disabili nel caso in cui gli occupati oscillino tra 36 e 50; del 7% di lavoratori disabili qualora il datore di lavoro occupi più di 50 dipendenti complessivamente.

no, per le quali cioè le cooperative sociali che provvedono ad inserirle non ricevono alcun incentivo (Carini, Delvecchio, Fontanari 2023, 23 sgg.).

Va poi sottolineato come il modello promozionale di cui alla l. n. 381 del 1991 si sia rivelato decisamente più efficiente nell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati di quello vincolistico di cui alla l. n. 68 del 1999. Il primo si colloca infatti in un contesto istituzionale del tutto particolare (ovvero di imprese cooperative create proprio al fine di svolgere tale attività), mentre il secondo viene spesso percepito dai datori di lavoro come una costrizione (tanto è vero che molti di loro preferiscono accollarsi le sanzioni amministrative di cui si diceva poco sopra anziché procedere all'assunzione di disabili). Inoltre, il percorso professionale dei soggetti inseriti attraverso cooperative sociali di tipo b) è congegnato in un modo che ne accresce significativamente le prospettive di successo, specie per quanto concerne la possibilità, in capo a tali soggetti, di rafforzare le proprie competenze o di acquisirne di nuove (eventualmente da spendere, in futuro, anche sul mercato del lavoro ordinario) (Borzaga C., Borzaga M. 2023, 7 sgg.).

Delle potenzialità del modello promozionale di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati si è reso conto anche il legislatore, che non a caso ha ben presto cominciato a mettere in campo numerosi tentativi di collegarlo con quello vincolistico di cui alla l. n. 68 del 1999.

Tali tentativi sono sostanzialmente consistiti nella predisposizione di norme volte ad accollare il collocamento della persona disabile alla cooperativa sociale di tipo b) a fronte di una contropartita di natura economica in capo al datore di lavoro obbligato (Borzaga M., Mazzetti M. 2023a, 99 sgg.).

Tutto ciò è avvenuto a partire proprio dalla l. n. 68 del 1999 che, come si accennava, pur non superando la logica dell'“imponibile di manodopera”, ha tuttavia fatto propria l'idea di fondo per cui il collocamento debba essere (non più meramente obbligatorio bensì) mirato, ovvero, come affermato dal suo art. 2, volto ad individuare il posto di lavoro più adatto, nel quale la persona disabile possa fare il miglior uso possibile delle proprie (residue) capacità professionali (Riccardi 2018).

Al fine di implementare questa idea di fondo, si è deciso tra l'altro di dare vita ad un vero e proprio sistema di convenzioni, nel quale sono state coinvolte anche le cooperative sociali di tipo b). Sul punto, la l. n. 68 del 1999 prevede infatti una serie di strumenti volti a consentire un adempimento negoziato dell'obbligo assuntivo, nell'ambito del quale i datori di lavoro si impegnano a realizzare il programma di inserimento nell'organizzazione produttiva concordato con gli uffici pubblici competenti e divengono in tal modo co-protagonisti del sistema di collocamento mirato. Le convenzioni disciplinate dagli artt. 11 sgg. della l. n. 68 del 1999 sono molto numerose e complesse, il che rende impossibile prenderle in considerazione nel dettaglio in questa sede.

Va peraltro quanto meno messo in luce come, alla stregua delle loro caratteristiche principali (e soprattutto del ruolo svolto dal datore di lavoro obbligato), esse possono essere ricondotte a quattro diverse tipologie: la prima (art. 11), nel quadro della quale è il datore di lavoro obbligato che assume direttamente il disabile e ne utilizza la prestazione; la seconda (art. 12), che invece vede il disabile assunto dal datore di lavoro obbligato e successivamente 'distaccato' presso un

diverso soggetto (cooperativa sociale di tipo b), impresa sociale, ecc.); la terza (art. 12 *bis*), caratterizzata dal fatto che l'assunzione del disabile da parte del datore di lavoro obbligato viene posticipata ad un momento successivo, atteso che nella fase iniziale è un diverso soggetto ad assolvere il relativo obbligo; la quarta, che in realtà non è contemplata dalla l. n. 68 del 1999, bensì dal d. lgs. n. 276 del 2003 (art. 14), nell'ambito della quale l'assunzione è in capo ad un soggetto diverso dal datore di lavoro obbligato (Riccardi 2018, 218 sgg.).

Sono, in particolare, la seconda, la terza e la quarta tipologia di convenzioni a rilevare in questa sede, in quanto i 'diversi soggetti' in essa coinvolti – oltre agli uffici pubblici competenti e ai datori di lavoro obbligati – sono soprattutto (anche se non esclusivamente) le cooperative sociali di tipo b). Tali tipologie di convenzioni, come si diceva, prendono le mosse dall'idea di mettere in comunicazione i due modelli di inserimento lavorativo, vincolistico e promozionale, con l'obiettivo di favorirne l'ibridazione, stanti i problemi pratico-applicativi relativi al primo e il successo del secondo. A fronte di ciò, esse presentano alcuni elementi in comune, come la circostanza di essere di natura trilaterale e, soprattutto, di prevedere, pur in diverse forme, lo 'scambio' tra il collocamento della persona disabile in capo alla cooperativa sociale di tipo b) e il conferimento a quest'ultima di commesse di lavoro da parte del datore di lavoro obbligato.

È proprio sulle forme di questo scambio che le tipologie di convenzioni di cui si è detto si differenziano notevolmente. L'impressione è che il legislatore abbia voluto escogitarne diverse per rispondere alle critiche che su di esse si erano via via addensate e conseguentemente tentare di correggerne i difetti.

Così, se si prende in esame la seconda delle tipologie di convenzioni poco sopra elencate, quella di cui all'art. 12 della l. n. 68 del 1999 (rubricato «convenzioni di inserimento lavorativo temporaneo con finalità formative»), ci si rende conto di come la sua peculiarità consista nel fatto che la persona disabile avente diritto al collocamento, pur essendo formalmente assunta dal datore di lavoro obbligato, viene poi inserita presso la cooperativa sociale di tipo b) (ovvero un altro dei soggetti previsti dalla legge, tra cui spiccano le imprese sociali), a fronte del conferimento a quest'ultima, da parte del primo, di commesse di lavoro (Pedrotti 2008, 239 sgg.; Riccardi 2018, 237 sgg.). In tal modo viene messa in campo una sorta di 'esternalizzazione' dell'inserimento, di cui può godere il datore di lavoro a fronte di una contropartita di natura economica. In realtà, i vincoli a cui è assoggettata la citata 'esternalizzazione' sono numerosi: si pensi soprattutto al fatto che l'assunzione deve essere (da parte del datore di lavoro) a tempo indeterminato, mentre l'inserimento presso la cooperativa sociale di tipo b) è necessariamente temporaneo (atteso che la convenzione può avere una durata massima, inclusa l'eventuale proroga, di 24 mesi e che non è ripetibile con lo stesso soggetto), ovvero alla sussistenza di limiti numerici. L'art. 12 della l. n. 68 del 1999 precisa poi quali siano gli obblighi dell'ente ospitante e stabilisce, assai opportunamente, che la convenzione debba contenere la descrizione del piano personalizzato di inserimento, attraverso il quale la persona disabile deve essere messa in condizione non soltanto di formarsi, ma anche di poter utilizzare al meglio le proprie capacità lavorative.

Se è vero che la tipologia di convenzione di cui si sta dicendo ha avuto il merito di inaugurare il percorso di ibridazione fra modello vincolistico e modello promozionale di inserimento lavorativo, è altrettanto vero che essa presenta, oltre ad alcune significative rigidità, una serie di problemi interpretativi di non poco momento, che ne hanno con tutta probabilità decretato il fallimento, come dimostra il fatto che, secondo gli ultimi dati a disposizione, il numero di convenzioni stipulate è stato bassissimo (nel 2018 ne sono state concluse 13: AA. VV. 2021, 100). Tali problemi interpretativi hanno riguardato, soprattutto, la natura giuridica dell'inserimento temporaneo della persona disabile presso la cooperativa sociale di tipo b): sul punto, la dottrina ha assunto posizioni molto diverse, come dimostra il fatto che il suddetto inserimento temporaneo è stato ricondotto sia alla somministrazione di lavoro (Tullini 2000, 89), sia al distacco (Garofalo 2009, 827), sia, ancora, all'istituto della cessione del contratto (Tursi 2000, 391 sgg.).

Alla luce di tutto ciò, come si accennava anche poco sopra, il legislatore ha ritenuto di ritornare nuovamente sulla questione, in modo peraltro piuttosto sconnesso, atteso che l'intervento immediatamente successivo a quello di cui alla legge n. 68 del 1999, consistito nell'adozione, nel 2003, dell'art. 14 del d. lgs. n. 276 ha subito una repentina abrogazione ad opera della l. n. 247 del 2007, la quale ha contestualmente inserito nell'articolato della già citata l. n. 68 del 1999 un nuovo art. 12 *bis* (rubricato 'convenzioni di inserimento lavorativo'), con il quale si è dato vita alla terza tipologia di convenzioni di cui già si diceva in precedenza.

Si tratta, ancora una volta, di convenzioni trilaterali, che possono peraltro riguardare soltanto disabili che presentino particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo produttivo ordinario e sono limitate alla copertura della quota d'obbligo (anzi, ad essere più precisi, di una parte di essa, pari al 10%) (Riccardi 2018, 251 sgg.). Evidentemente, nell'introdurre questa terza tipologia di convenzioni, il legislatore ha adottato un approccio assai più riduttivo del passato (Pedrotti 2008, 250), il che ha forse contribuito al sostanziale fallimento anche di questo strumento convenzionale (nel 2018, anno cui si riferiscono i dati più recenti a disposizione, le assunzioni effettuate per il suo tramite sono state appena 27: AA.VV. 2021, 100). In realtà, è probabile che le ragioni di tale fallimento vadano ricercate soprattutto nelle incertezze interpretative cui anche l'art. 12 *bis* dà adito. Se è vero infatti che, nel redigerlo, il legislatore sembra aver fatto tesoro delle critiche avanzate dalla dottrina con riguardo all'art. 12, come del resto si evince dalla circostanza che nel caso in esame è la cooperativa sociale di tipo b) (o l'impresa sociale, o ancora gli altri soggetti indicati dalla legge) a procedere all'assunzione a fronte di convenzioni necessariamente temporanee, è altrettanto vero che di queste ultime si prevede la durata minima (pari a 3 anni), ma non quella massima. Non solo: anche nel caso di proroga, se ne stabilisce ancora una volta la durata minima (pari a 2 anni), ma nulla si dice in ordine a quella massima (Borzaga M., Mazzetti 2023a, 114 sgg.).

All'insuccesso della terza tipologia di convenzioni relative all'inserimento lavorativo di persone disabili può aver contribuito anche il fatto che, a poca distanza dalla sua introduzione, il Parlamento ha provveduto a 'ripristinare' l'abro-

gato art. 14 del d. lgs. n. 276 del 2003, che contempla la quarta e ultima tipologia di convenzioni attualmente vigente.

La disposizione appena richiamata (rubricata «cooperative sociali, imprese sociali e inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati») dà vita ancora una volta ad un modello trilaterale, che tuttavia rispetto a quelli che si sono già descritti presenta importanti peculiarità (Pedrotti 2008, 241 sgg.).

La più significativa di queste consiste forse nel fatto che il livello regolativo prescelto si alza: le convenzioni di cui all'art. 14 del d. lgs. n. 276 del 2003, infatti, non sono di immediata applicazione, ma si pongono come convenzioni quadro, stipulate su base territoriale tra gli uffici pubblici competenti, le organizzazioni sindacali di lavoratori e datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e le istanze rappresentative delle cooperative sociali di tipo b), dei loro consorzi e delle imprese sociali (Riccardi 2018, 245). Ne consegue che tale tipologia di convenzioni è decisamente più flessibile di quelle di cui agli artt. 12 e 12 *bis* della l. n. 68 del 1999, specie se si considera che la natura territoriale di esse consente di adattare alle caratteristiche del contesto locale.

L'art. 14 del d. lgs. n. 276 del 2003 afferma poi che, nell'ambito della suddetta tipologia di convenzioni, la persona disabile debba essere assunta dalla cooperativa sociale di tipo b) (o dall'impresa sociale, con le relative incentivazioni contributive) e non più dal datore di lavoro obbligato. Inoltre, viene superato il requisito della temporaneità della convenzione.

Si tratta di modifiche di non poco momento, che sembrano essere state messe in campo anche per rispondere alle critiche avanzate nei confronti dell'art. 12 della l. n. 68 del 1999. A ben vedere, in realtà, pure l'art. 14 del d. lgs. n. 276 del 2003 presenta alcuni limiti significativi, come quello determinato dalla circostanza che solo il collocamento di disabili che presentino particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo produttivo ordinario possa ritenersi utile alla copertura della quota di riserva (Cimaglia 2006, 144 sgg.).

Se si considera sia l'inevitabile macchinosità della costruzione di convenzioni quadro di natura territoriale e la complicata vicenda normativa dell'art. 14 del d. lgs. n. 276 del 2003 (quasi subito abrogato e poi ripristinato dal Parlamento, ovviamente espressione di maggioranze politiche opposte) possono facilmente comprendersi le ragioni per le quali, almeno in una fase iniziale, anche la quarta tipologia di convenzioni ideata dal legislatore sia stata assai poco utilizzata. Gli ultimi dati a disposizione dimostrano peraltro come essa abbia iniziato, nel tempo, a destare un interesse crescente: nel 2018 siano state infatti stipulate 608 convenzioni quadro, sulla base delle quali sono state effettuate 927 assunzioni (Borzaga M., Mazzetti 2023a, 114; AA. VV. 2021, 100).

Tutto ciò non toglie peraltro che, nel complesso, le persone disabili assunte attraverso le tipologie di convenzioni che coinvolgono cooperative sociali di tipo b) e imprese sociali siano davvero pochissime e che i datori di lavoro obbligati utilizzino prevalentemente quelle di natura bilaterale di cui all'art. 11 della l. n. 68 del 1999.

In altri termini, i numerosi tentativi messi in campo dal legislatore per incoraggiare l'ibridazione tra modelli vincolistico e promozionale di inserimento

lavorativo di persone svantaggiate si sono rivelati, fino ad oggi, un fallimento e dunque tali modelli continuano a muoversi su binari perlopiù paralleli, ognuno con le sue caratteristiche, con i suoi difetti e con i suoi pregi.

In proposito, e sebbene si ritenga assolutamente di dover qui ribadire quanto già sottolineato in precedenza in ordine al buon funzionamento del modello di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati attraverso cooperative sociali di tipo b), va rilevato come negli ultimi anni anche siffatto modello abbia iniziato a scontare alcuni problemi.

Si tratta di problemi anzitutto di natura giuridica, relativi essenzialmente alla definizione di soggetto svantaggiato che risale come noto al 1991 e che andrebbe senz'altro aggiornata attraverso una modifica normativa. Vi è poi la questione del mancato riconoscimento pubblico delle cooperative sociali di tipo b) come soggetti di politica del lavoro e della loro conseguente incentivazione economica, questione che dovrebbe anch'essa essere affrontata dal punto di vista legislativo. A tutto ciò si aggiungono problemi di tipo più strettamente economico, che attengono sia all'insufficienza e alla bassa qualità della domanda di commesse provenienti dalle imprese tradizionali sia ad un'offerta assai frammentata e alla sempre più difficile occupabilità delle persone svantaggiate (Borzaga C., Borzaga M. 2023, 13 sgg.).

Anche a tali problemi avrebbe potuto rispondere il sistema delle convenzioni trilaterali, che come peraltro si è avuto modo di vedere nelle pagine precedenti si è rivelato fallimentare nonostante (o forse proprio a causa del) l'attivismo del legislatore.

Un'evoluzione, quella che si è avuto modo di descrivere, che ha indotto alcuni studiosi a riflettere sulla possibilità di ricorrere ad altre vie per mettere in comunicazione le cooperative sociali di tipo b) con le imprese tradizionali. Si è così iniziato a prendere in considerazione, a tal fine, uno strumento normativo piuttosto recente, quello del contratto di rete, che sembra essere particolarmente adatto non solo a favorire l'instaurazione di rapporti di questo tipo (Borzaga C., Borzaga M. 2023; Ferrari, Iamiceli 2023, 157 sgg.), ma anche a rendere più efficaci i percorsi di inserimento lavorativo di persone svantaggiate attraverso la valorizzazione di istituti quali il distacco agevolato e la codatorialità, tipici di tale contratto (Borzaga M., Mazzetti 2023b, 197 sgg.).

4. Conclusioni

Alla luce di quanto si è detto sin qui, è del tutto evidente come la ricerca di quel filo rosso che possa idealmente portare ad uno statuto speciale del lavoro nel Terzo settore, cui si accennava in apertura, sia destinata a fallire. Del resto, le forme di lavoro che ricadono all'intero di esso sono troppo diverse per poter essere ricondotte anche solo ad una parvenza di unità.

Di ciò era ben consapevole lo stesso Riccardo Del Punta, come dimostra l'ultima parte del saggio che si è preso a riferimento in questa sede, nella quale egli afferma che una soluzione del genere non è praticabile e forse neppure opportuna (Del Punta 2001, 351 sgg.). Secondo l'Autore, non vi sarebbero infatti

appigli (normativi, o comunque interpretativi) sufficienti allo scopo, atteso che anche l'eventuale valorizzazione della natura non lucrativa del datore di lavoro (l'ente *non profit*, per l'appunto) si caratterizzerebbe per intrinseca debolezza. Ciò peraltro non toglie che, pur in questo scenario frammentato, si possa continuare ad agire sul piano legislativo e contrattuale collettivo in chiave promozionale, al fine di sostenere il Terzo settore nel suo complesso.

I rapporti di lavoro nel *non profit* rappresentano dunque, nell'opinione di Riccardo del Punta, un 'non sistema'. Conclusione, quest'ultima, che si ritiene di condividere, anche perché se è vero che negli ultimi anni il legislatore è intervenuto diverse volte sul tema (si pensi in particolare all'istituto delle convenzioni, di cui si è detto nel dettaglio) è altrettanto vero che tali interventi normativi non hanno in alcun modo messo in discussione le caratteristiche fondamentali del Terzo settore e neppure delle relazioni di lavoro che all'interno di esso si svolgono.

A giudizio di chi scrive, non può peraltro negarsi che l'importanza progressivamente assunta dall'inserimento lavorativo di persone svantaggiate attraverso cooperative sociali di tipo b) (e imprese sociali) ne abbia fatto la 'cifra' di tali relazioni di lavoro e, in un certo senso, del *non profit* nel suo complesso, in termini sia quantitativi che qualitativi. Sotto quest'ultimo profilo vale la pena in particolare di ricordare la funzione sociale di tale istituto, attraverso il quale si garantisce l'accesso al lavoro a soggetti in grave difficoltà, che cioè in condizioni normali non troverebbero probabilmente un'occupazione. Una funzione sociale che, almeno sotto il profilo strettamente lavoristico, lo rende particolarmente rilevante in una società nella quale sono sempre più diffuse fragilità e disuguaglianze.

Riferimenti bibliografici

- AA. VV. 2021. *Nona relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della legge 12 marzo 1999, n. 68 «Norme per il diritto al lavoro dei disabili» - Anni 2016, 2017, 2018*, Roma, disponibile al sito web <https://www.lavoro.gov.it/priorita/pagine/stato-attuazione-legge-68-sul-diritto-al-lavoro-dei-disabili>.
- Bano, F. 2021. *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni «non profit»*. Bologna: Il Mulino.
- Biagi, M. 1983. *Cooperative e rapporti di lavoro*. Milano: FrancoAngeli.
- Borzaga, C., Borzaga, M. (a cura di). 2023. *Inserimento lavorativo e contratti di rete*. Bologna: Il Mulino.
- Borzaga, C., Borzaga, M. 2023. "Introduzione." In *Inserimento lavorativo e contratti di rete*, a cura di C. Borzaga, M. Borzaga, 7-21. Bologna: Il Mulino.
- Borzaga, M., Mazzetti, M. 2023a. "Le forme di sostegno all'instaurazione di rapporti tra imprese e cooperative sociali di tipo B: gli artt. 12 e 12bis della legge n. 68/1999 e l'art. 14 del d. lgs. n. 276 del 2003." In *Inserimento lavorativo e contratti di rete*, a cura di C. Borzaga, M. Borzaga, 99-122. Bologna: Il Mulino.
- Borzaga, M., Mazzetti, M. 2023b. "I rapporti di lavoro nei contratti di rete." In *Inserimento lavorativo e contratti di rete*, a cura di C. Borzaga, M. Borzaga, 157-225. Bologna: Il Mulino.
- Borzaga, M. 2006. "Le imprese sociali e l'inserimento lavorativo." *Impresa Sociale*, 184-206.

- Carini, C., Delvecchio, P., Fontanari, E. 2023. "Le cooperative d'inserimento lavorativo in Italia." In *Inserimento lavorativo e contratti di rete*, a cura di C. Borzaga, M. Borzaga, 23-40. Bologna: Il Mulino.
- Cimaglia, M.C. 2006. "Le convenzioni quadro territoriali per l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati." *Impresa Sociale*, 143-63.
- Costantini, S. 2012. "L'esclusione del socio lavoratore dalla cooperativa. Note a margine." *Lavoro e Diritto*, 99-115.
- Del Punta, R. 2001. "Diritto del lavoro e Terzo settore." In *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I, 329-54.
- Ferrari, C., Iamiceli, P. 2023. "L'utilizzo del contratto di rete da parte delle cooperative di inserimento lavorativo: strategie di collaborazione e disegno contrattuale." In *Inserimento lavorativo e contratti di rete*, a cura di C. Borzaga, M. Borzaga, 157-96. Bologna: Il Mulino.
- Garofalo, D. 2009. "Disabili (lavoro dei) (voce)." In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, agg. V, 759-838. Torino: UTET.
- Imberti, L. 2012. *Il socio lavoratore di cooperativa. Disciplina giuridica ed evidenze empiriche*. Milano: Giuffrè.
- Laforgia, S. 2009. *La cooperazione e il socio-lavoratore*. Milano: Giuffrè.
- Menghini, L. 1989. *Nuovi valori costituzionali e volontariato. Riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito*. Milano: Giuffrè.
- Menghini, L. 2007. "Lavoro gratuito e volontariato." In *Diritto del Lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, Vol. II, Tomo I, a cura di C. Cester, 150-69. Torino: UTET.
- Nogler, L., Tremolada, M., Zoli, C. (a cura di). 2002. "La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa." *Le nuove Leggi Civili Commentate*, 339-498.
- Pedrotti, C. 2008. "L'inserimento lavorativo di persone svantaggiate nelle imprese sociali: il contesto normativo e le nuove opportunità." In *Impresa Sociale*, 225-63.
- Riccardi, A. 2018. *Disabili e Lavoro*. Bari: Cacucci Editore.
- Tullini, P., Montuschi, L. (a cura di). 2004. *Le cooperative ed il socio lavoratore: la nuova disciplina (Legge 14 febbraio 2003, n. 30 e d. lgs. n. 276 del 2003)*. Torino: Giappichelli.
- Tullini, P. 2000. "Uffici pubblici, organizzazioni no profit e collocamento dei disabili." In *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, a cura di M. Cinelli, P. Sandulli, 73-90. Torino: Giappichelli.
- Tursi, A. 2000. "Le nuove convenzioni per l'inserimento lavorativo temporaneo dei disabili." In *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, a cura di M. Cinelli, P. Sandulli, 357-429. Torino: Giappichelli.

STUDI E SAGGI

TITOLI PUBBLICATI

ARCHITETTURA, STORIA DELL'ARTE E ARCHEOLOGIA

- Acciai Serena, *Sedad Hakki Eldem. An aristocratic architect and more*
- Bartoli Maria Teresa, Lusoli Monica (a cura di), *Le teorie, le tecniche, i repertori figurativi nella prospettiva d'architettura tra il '400 e il '700. Dall'acquisizione alla lettura del dato*
- Bartoli Maria Teresa, Lusoli Monica (a cura di), *Diminuzioni e accrescimenti. Le misure dei maestri di prospettiva*
- Benelli Elisabetta, *Archetipi e citazioni nel fashion design*
- Benzi Sara, Bertuzzi Luca, *Il Palagio di Parte Guelfa a Firenze. Documenti, immagini e percorsi multimediali*
- Betti Marco, Brovadan Carlotta Paola (a cura di), *Donum. Studi di storia della pittura, della cultura e del collezionismo a Firenze dal Cinquecento al Settecento*
- Biagini Carlo (a cura di), *L'Ospedale degli Infermi di Faenza. Studi per una lettura tipo-morfologica dell'edilizia ospedaliera storica*
- Bologna Alberto, *Pier Luigi Nervi negli Stati Uniti. 1952-1979. Master Builder of the Modern Age*
- Eccheli Maria Grazia, Cavallo Claudia (a cura di), *Il progetto nei borghi abbandonati*
- Eccheli Maria Grazia, Pireddu Alberto (a cura di), *Oltre l'Apocalisse. Arte, Architettura, Abbandono*
- Fischer von Erlach Johann Bernhard, *Progetto di un'architettura storica. Entwurf einer Historischen Architectur*, a cura di Rakowitz Gundula
- Fрати Marco, *"De bonis lapidibus concis": la costruzione di Firenze ai tempi di Arnolfo di Cambio. Strumenti, tecniche e maestranze nei cantieri fra XIII e XIV secolo*
- Gregotti Vittorio, *Una lezione di architettura. Rappresentazione, globalizzazione, interdisciplinarietà*
- Gulli Riccardo, *Figure. Ars e ratio nel progetto di architettura*
- Lauria Antonio, Benesperi Beatrice, Costa Paolo, Valli Fabio, *Designing Autonomy at home. The ADA Project. An Interdisciplinary Strategy for Adaptation of the Homes of Disabled Persons*
- Lauria Antonio, Flora Valbona, Guza Kamela, *Five Albanian Villages. Guidelines for a Sustainable Tourism Development through the Enhancement of the Cultural Heritage*
- Lisini Caterina, *Lezione di sguardi. Edoardo Detti fotografo*
- Maggiora Giuliano, *Sulla retorica dell'architettura*
- Mantese Eleonora (a cura di), *House and Site. Rudofsky, Lewerentz, Zanuso, Sert, Rainer*
- Mazza Barbara, *Le Corbusier e la fotografia. La vérité blanche*
- Mazzoni Stefania (a cura di), *Studi di Archeologia del Vicino Oriente. Scritti degli allievi fiorentini per Paolo Emilio Pecorella*
- Méndez Baiges Maite, *Les Demoiselles d'Avignon and Modernism*
- Messina Maria Grazia, *Paul Gauguin. Un esotismo controverso*
- Paolucci Fabrizio (a cura di), *Epigrafia tra erudizione antiquaria e scienza storica. Ad honorem Detlef Heikamp*
- Pireddu Alberto, *In limine. Between Earth and Architecture*
- Pireddu Alberto, *In abstracto. Sull'architettura di Giuseppe Terragni*
- Pireddu Alberto, *The Solitude of Places. Journeys and Architecture on the Edges*
- Rakowitz Gundula, *Tradizione, traduzione, tradimento in Johann Bernhard Fischer von Erlach*
- Tonelli Maria Cristina, *Industrial design: latitudine e longitudine. Una prima lezione*
- Tonelli Maria Cristina (a cura di), *Giovanni Klaus Koenig. Un fiorentino nel dibattito nazionale su architettura e design (1924-1989)*

CULTURAL STUDIES

- Candotti Maria Piera, *Interprétations du discours métalinguistique. La fortune du sutra A 1 1 68 chez Patañjali et Bhartrhari*
- Castorina Miriam, *In the garden of the world. Italy to a young 19th century Chinese traveler*
- Castorina Miriam, Cucinelli Diego (edited by), *Food issues 雲路. Interdisciplinary Studies on Food in Modern and Contemporary East Asia*

- Cucinelli Diego, Scibetta Andrea (edited by), *Tracing Pathways 雲路. Interdisciplinary Studies on Modern and Contemporary East Asia*
- Graziani Michela, Casetti Lapo, Vuelta García Salomé (a cura di), *Nel segno di Magellano tra terra e cielo. Il viaggio nelle arti umanistiche e scientifiche di lingua portoghese e di altre culture europee in un'ottica interculturale*
- Nesti Arnaldo, *Qual è la religione degli italiani?. Religioni civili, mondo cattolico, ateismo devoto, fede, laicità*
- Nesti Arnaldo, *Per una mappa delle religioni mondiali*
- Pedone Valentina, *A Journey to the West. Observations on the Chinese Migration to Italy*
- Pedone Valentina, Sagiyama Ikuko (edited by), *Transcending Borders. Selected papers in East Asian studies*
- Pedone Valentina, Castorina Miriam (edited by), *Words and visions around/about Chinese transnational mobilities 流动*
- Rigopoulos Antonio, *The Mahanubhavs*
- Sagiyama Ikuko, Castorina Miriam (edited by), *Trajectories. selected papers in East Asian studies 軌跡*
- Sagiyama Ikuko, Pedone Valentina (edited by), *Perspectives on East Asia*
- Squarcini Federico (edited by), *Boundaries, Dynamics and Construction of Traditions in South Asia*
- Vanoli Alessandro, *Il mondo musulmano e i volti della guerra. Conflitti, politica e comunicazione nella storia dell'islam*

DIRITTO

- Allegretti Umberto (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*
- Campus Mauro, Dorigo Stefano, Federico Veronica, Lazzerini Nicole (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo). Il futuro dell'UE tra responsabilità fiscale, solidarietà e nuova cittadinanza europea*
- Chiaromonte William, Vallauri Maria Luisa (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, vol. III, 2024
- Cingari Francesco (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto. (legge 190/2012)*
- Curreri Salvatore, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*
- Curreri Salvatore, *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*
- Del Punta Riccardo, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti sul Diritto del lavoro*, vol. 1, a cura di William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri
- Del Punta Riccardo, *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti scelti di diritto del lavoro*, vol. 2, a cura di William Chiaromonte e Maria Luisa Vallauri
- Federico Veronica, Fusaro Carlo (edited by), *Constitutionalism and democratic transitions. Lessons from South Africa*
- Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Cavallo Perin Roberto, Police Aristide, Saitta Fabio (a cura di), *A 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana. Vol. I. L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*
- Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, De Giorgi Cezzi Gabriella, Portaluri Pier Luigi (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. II. La coesione politico-territoriale*
- Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Marchetti Barbara, Renna Mauro (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. III. La giuridificazione*
- Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Civitaresse Matteucci Stefano, Torchia Luisa (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. IV. La tecnificazione*
- Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Cafagno Maurizio, Manganaro Francesco (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. V. L'intervento pubblico nell'economia*
- Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Chiti Edoardo, Gardini Gianluca, Sandulli Aldo (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. VI. Unità e pluralismo culturale*
- Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Comporti Gian Domenico (a cura di), *A 150 anni dall'unifi-*

cazione amministrativa italiana. Vol. VII. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)

Ferrara Leonardo, Sorace Domenico, Bartolini Antonio, Pioggia Alessandra (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. VIII. Cittadinanze amministrative*

Fiorita Nicola, *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*

Fiorita Nicola, *L'Islam spiegato ai miei studenti. Undici lezioni sul diritto islamico. II edizione riveduta e ampliata*

Fossum John Erik, Menendez Agustin José, *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*

Gregorio Massimiliano, *Le dottrine costituzionali del partito politico. L'Italia liberale*

Lucarelli Paola (a cura di), *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*

Palazzo Francesco, Bartoli Roberto (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*

Ragno Francesca, *Il rispetto del principio di pari opportunità. L'annullamento della composizione delle giunte regionali e degli enti locali*

Sorace Domenico (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*

Trocker Nicolò, De Luca Alessandra (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*

Urso Elena (a cura di), *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo: una prospettiva comparatistica ed interdisciplinare*

Urso Elena, *La mediazione familiare. Modelli, principi, obiettivi*

ECONOMIA

Ammannati Francesco, *Per filo e per segno. L'arte della lana a Firenze nel Cinquecento*

Bardazzi Rossella (edited by), *Economic multisectoral modelling between past and future. A tribute to Maurizio Grassini and a selection of his writings*

Bardazzi Rossella, Ghezzi Leonardo (edited by), *Macroeconomic modelling for policy analysis*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Economia e Diritto in Italia durante il Fascismo. Approfondimenti, biografie, nuovi percorsi di ricerca*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Il Corporativismo nell'Italia di Mussolini. Dal declino delle istituzioni liberali alla Costituzione repubblicana*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Intellettuali e uomini di regime nell'Italia fascista*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *I mille volti del regime. Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre*

Barucci Piero, Bini Piero, Conigliello Lucilla (a cura di), *Le sirene del corporativismo e l'isolamento dei dissidenti durante il fascismo*

Bellanca Nicolò, Pardi Luca, *O la capra o i cavoli. La biosfera, l'economia e il futuro da inventare*

Bellanca Nicolò, *La forza delle comunità locali. Giacomo Becattini e la teoria della cultura sociale*

Cecchi Amos, Paul M. Sweezy. *Monopolio e finanza nella crisi del capitalismo*

Ciampi Francesco, *Come la consulenza direzionale crea conoscenza. Prospettive di convergenza tra scienza e consulenza*

Ciampi Francesco, *Knowing Through Consulting in Action. Meta-consulting Knowledge Creation Pathways*

Ciappei Cristiano (a cura di), *La valorizzazione economica delle tipicità rurali tra localismo e globalizzazione*

Ciappei Cristiano, Sani Azzurra, *Strategie di internazionalizzazione e grande distribuzione nel settore dell'abbigliamento. Focus sulla realtà fiorentina*

Ciappei Cristiano, Citti Paolo, Bacci Niccolò, Campatelli Gianni, *La metodologia Sei Sigma nei servizi. Un'applicazione ai modelli di gestione finanziaria*

Garofalo Giuseppe (a cura di), *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*

Lauretì Tiziana, *L'efficienza rispetto alla frontiera delle possibilità produttive. Modelli teorici ed analisi empiriche*

Lazzeretti Luciana, Cinti Tommaso, *La valorizzazione economica del patrimonio artistico delle città d'arte. Il restauro artistico a Firenze*

Lazzeretti Luciana, *Nascita ed evoluzione del distretto orafico di Arezzo, 1947-2001. Primo studio in una prospettiva ecology based*
Lazzeretti Luciana (edited by), *Art Cities, Cultural Districts and Museums. An economic and managerial study of the culture sector in Florence*
Lazzeretti Luciana (a cura di), *I sistemi museali in Toscana. Primi risultati di una ricerca sul campo*
Mastronardi Luigi, Romagnoli Luca (a cura di), *Metodologie, percorsi operativi e strumenti per lo sviluppo delle cooperative di comunità nelle aree interne italiane*
Meade Douglas S. (edited by), *In Quest of the Craft. Economic Modeling for the 21st Century*
Perrotta Cosimo, *Il capitalismo è ancora progressivo?*
Simoni Christian, *Approccio strategico alla produzione. Oltre la produzione snella*
Simoni Christian, *Mastering the dynamics of apparel innovation*

FILOSOFIA

Baldi Massimo, Desideri Fabrizio (a cura di), *Paul Celan. La poesia come frontiera filosofica*
Barale Alice, *La malinconia dell'immagine. Rappresentazione e significato in Walter Benjamin e Aby Warburg*
Berni Stefano, Fadini Ubaldo, *Linee di fuga. Nietzsche, Foucault, Deleuze*
Borsari Andrea, *Schopenhauer educatore?. Storia e crisi di un'idea tra filosofia morale, estetica e antropologia*
Brunkhorst Hauke, *Habermas*
Cambi Franco, Mari Giovanni (a cura di), *Giulio Preti. Intellettuale critico e filosofo attuale*
Cambi Franco, *Pensiero e tempo. Ricerche sullo storicismo critico: figure, modelli, attualità*
Casalini Brunella, Cini Lorenzo, *Giustizia, uguaglianza e differenza. Una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*
Desideri Fabrizio, Matteucci Giovanni (a cura di), *Dall'oggetto estetico all'oggetto artistico*
Desideri Fabrizio, Matteucci Giovanni (a cura di), *Estetiche della percezione*
Di Stasio Margherita, *Alvin Plantinga: conoscenza religiosa e naturalizzazione epistemologica*
Giovagnoli Raffaella, *Autonomy: a Matter of Content*
Honneth Axel, *Capitalismo e riconoscimento*, a cura di Solinas Marco
Michellini Luca, *Il nazional-fascismo economico del giovane Franco Modigliani*
Mindus Patricia, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*
Perni Romina, *Pubblicità, educazione e diritto in Kant*
Sandrini Maria Grazia, *La filosofia di R. Carnap tra empirismo e trascendentalismo. In appendice: R. Carnap Sugli enunciati protocollari Traduzione e commento di E. Palombi*
Solinas Marco, *Psiche: Platone e Freud. Desiderio, sogno, mania, eros*
Trentin Bruno, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, a cura di Ariemma Iginio
Valle Gianluca, *La vita individuale. L'estetica sociologica di Georg Simmel*

FISICA

Arecchi Fortunato Tito, *Cognizione e realtà*
Pelosi Giuseppe, Selleri Stefano, *The Roots of Maxwell's A Dynamical Theory of the Electromagnetic Field. Scotland and Tuscany, 'twinning by science'*

LETTERATURA, FILOLOGIA E LINGUISTICA

Antonucci Fausta, Vuelta García Salomé (a cura di), *Ricerche sul teatro classico spagnolo in Italia e oltralpe (secoli XVI-XVIII)*
Bastianini Guido, Lapini Walter, Tulli Mauro (a cura di), *Harmonia. Scritti di filologia classica in onore di Angelo Casanova*
Battistin Sebastiani Breno, Ferreira Leão Delfim (edited by), *Crises (Staseis) and Changes (Metabolai). Athenian Democracy in the Making*
Berté Monica (a cura di), *Intorno a Boccaccio/Boccaccio e dintorni 2021. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 9-10 settembre 2021)*
Bilenchi Romano, *The Conservatory of Santa Teresa*, edited by Klopp Charles, Nelson Melinda
Bresciani Califano Mimma (Vincenza), *Piccole zone di simmetria. Scrittori del Novecento*

- Caracchini Cristina, Minardi Enrico (a cura di), *Il pensiero della poesia. Da Leopardi ai contemporanei. Letture dal mondo di poeti italiani*
- Cauchi Santoro Roberta, *Beyond the Suffering of Being: Desire in Giacomo Leopardi and Samuel Beckett*
- Colucci Dalila, *L'Eleganza è frigida e L'Empire des signes. Un sogno fatto in Giappone*
- Dei Luigi (a cura di), *Voci dal mondo per Primo Levi. In memoria, per la memoria*
- Fanucchi Sonia, Virga Anita (edited by), *A South African Convivio with Dante. Born Frees' Interpretations of the Commedia*
- Ferrara Enrica Maria, *Il realismo teatrale nella narrativa del Novecento: Vittorini, Pasolini, Calvino*
- Ferrone Siro, *Visioni critiche. Recensioni teatrali da «l'Unità-Toscana» (1975-1983)*, a cura di Megale Teresa, Simoncini Francesca
- Frances Joseph, Vincenzo Consolo: *gli anni de «l'Unità» (1992-2012)*, ovvero la poetica della colpa-espiazione
- Frances Joseph, *Leonardo Sciascia e la funzione sociale degli intellettuali*
- Franchini Silvia, *Diventare grandi con il «Pioniere» (1950-1962). Politica, progetti di vita e identità di genere nella piccola posta di un giornalino di sinistra*
- Francovich Onesti Nicoletta, *I nomi degli Ostrogoti*
- Frau Ombretta, Gragnani Cristina, *Sottoboschi letterari. Sei "case studies" fra Otto e Novecento. Mara Antelling, Emma Boghen Conigliani, Evelyn, Anna Franchi, Jolanda, Flavia Steno*
- Frosini Giovanna, Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio/Boccaccio e dintorni. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 25 giugno 2014)*
- Frosini Giovanna (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2020. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 10-11 settembre 2020)*
- Frosini Giovanna (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2019. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 12-13 settembre 2019)*
- Galigani Giuseppe, *Salomè, mostruosa fanciulla*
- Gigli Daria, Magnelli Enrico (a cura di), *Studi di poesia greca tardoantica. Atti della Giornata di Studi Università degli Studi di Firenze, 4 ottobre 2012*
- Giuliani Luigi, Pineda Victoria (edited by), *La edición del diálogo teatral (siglos XVI-XVII)*
- Gori Barbara, *La grammatica dei clitics portoghesi. Aspetti sincronici e diacronici*
- Gorman Michael, *I nostri valori, rivisti. La biblioteconomia in un mondo in trasformazione*, a cura di Guerrini Mauro
- Graziani Michela (a cura di), *Un incontro lusofono plurale di lingue, letterature, storie, culture*
- Graziani Michela, *Il Settecento portoghese e lusofono*
- Graziani Michela, Abbati Orietta, Gori Barbara (a cura di), *La spugna è la mia anima. Omaggio a Piero Ceccucci*
- Guerrini Mauro, Mari Giovanni (a cura di), *Via verde e via d'oro. Le politiche open access dell'Università di Firenze*
- Guerrini Mauro, *De bibliothecariis. Persone, idee, linguaggi*, a cura di Stagi Tiziana
- Keidan Artemij, Alfieri Luca (a cura di), *Deissi, riferimento, metafora. Questioni classiche di linguistica e filosofia del linguaggio*
- López Castro Cruz Hilda, *America Latina aportes lexicos al italiano contemporaneo*
- Mario Anna, *Italo Calvino. Quale autore laggiù attende la fine?*
- Masciandaro Franco, *The Stranger as Friend: The Poetics of Friendship in Homer, Dante, and Boccaccio*
- Nosilia Viviana, Prandoni Marco (a cura di), *Trame controluce. Il patriarca 'protestante' Cirillo Loukaris / Backlighting Plots. The 'Protestant' Patriarch Cyril Loukaris*
- Pagliaro Annamaria, Zuccala Brian (edited by), *Luigi Capuana: Experimental Fiction and Cultural Mediation in Post-Risorgimento Italy*
- Pestelli Corrado, *Carlo Antici e l'ideologia della Restaurazione in Italia*
- Rosengarten Frank, *Through Partisan Eyes. My Friendships, Literary Education, and Political Encounters in Italy (1956-2013). With Sidelights on My Experiences in the United States, France, and the Soviet Union*
- Ross Silvia, Honess Claire (edited by), *Identity and Conflict in Tuscany*
- Totaro Luigi, *Ragioni d'amore. Le donne nel Decameron*
- Turbanti Simona, *Bibliometria e scienze del libro: internazionalizzazione e vitalità degli studi italiani*

- Vicente Filipa Lowndes, *Altri orientatismi. L'India a Firenze 1860-1900*
- Virga Anita, *Subalternità siciliana nella scrittura di Luigi Capuana e Giovanni Verga*
- Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2015. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 9 settembre 2015)*
- Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2018. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 6-7 settembre 2018)*
- Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2016. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 9 settembre 2016)*
- Zamponi Stefano (a cura di), *Intorno a Boccaccio / Boccaccio e dintorni 2017. Atti del Seminario internazionale di studi (Certaldo Alta, Casa di Giovanni Boccaccio, 16 settembre 2017)*

MATEMATICA

- De Bartolomeis Paolo, *Matematica. Passione e conoscenza. Scritti (1975-2016)*, a cura di Battaglia Fiammetta, Nannicini Antonella, Tomassini Adriano

MEDICINA

- Mannaioni Pierfrancesco, Mannaioni Guido, Masini Emanuela, *Club drugs. Cosa sono e cosa fanno*
- Saint Sanjay, Krein Sarah, Stock Robert W., *La prevenzione delle infezioni correlate all'assistenza. Problemi reali, soluzioni pratiche*, a cura di Bartoloni Alessandro, Gensini Gian Franco, Moro Maria Luisa, Rossolini Gian Maria
- Saint Sanjay, Chopra Vineet, *Le 30 regole per la leadership in sanità*, a cura di Bartoloni Alessandro, Boddi Maria, Damone Rocco Donato, Giusti Betti, Mechi Maria Teresa, Rossolini Gian Maria

PEDAGOGIA

- Bandini Gianfranco, Oliviero Stefano (a cura di), *Public History of Education: riflessioni, testimonianze, esperienze*
- Mariani Alessandro (a cura di), *L'orientamento e la formazione degli insegnanti del futuro*
- Nardi Andrea, *Il lettore 'distratto'. Leggere e comprendere nell'epoca degli schermi digitali*
- Ranieri Maria, Luzzi Damiana, Cuomo Stefano (a cura di), *Il video a 360° nella didattica universitaria. Modelli ed esperienze*

POLITICA

- Attinà Fulvio, Bozzo Luciano, Cesa Marco, Lucarelli Sonia (a cura di), *Eirene e Atena. Studi di politica internazionale in onore di Umberto Gori*
- Bulli Giorgia, Tonini Alberto (a cura di), *Migrazioni in Italia: oltre la sfida. Per un approccio interdisciplinare allo studio delle migrazioni*
- Caruso Sergio, *"Homo oeconomicus". Paradigma, critiche, revisioni*
- Cipriani Alberto, Gramolati Alessio, Mari Giovanni (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*
- Cipriani Alberto (a cura di), *Partecipazione creativa dei lavoratori nella 'fabbrica intelligente'. Atti del Seminario di Roma, 13 ottobre 2017*
- Cipriani Alberto, Ponzellini Anna Maria (a cura di), *Colletti bianchi. Una ricerca nell'industria e la discussione dei suoi risultati*
- Corsi Cecilia (a cura di), *Felicità e benessere. Una ricognizione critica*
- Corsi Cecilia, Magnier Annick (a cura di), *L'Università allo specchio. Questioni e prospettive*
- Cruciani Sante, Del Rossi Maria Paola (a cura di), *Diritti, Europa, Federalismo. Bruno Trentin in prospettiva transnazionale (1988-2007)*
- De Boni Claudio, *Descrivere il futuro. Scienza e utopia in Francia nell'età del positivismo*
- De Boni Claudio (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. I. L'Ottocento*
- De Boni Claudio, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. II Novecento. Parte prima: Da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*
- De Boni Claudio (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. II Novecento. Parte seconda: dal dopoguerra a oggi*
- Del Punta Riccardo (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*
- Gramolati Alessio, Mari Giovanni (a cura di), *Bruno Trentin. Lavoro, libertà, conoscenza*

- Gramolati Alessio, Mari Giovanni (a cura di), *Il lavoro dopo il Novecento: da produttori ad attori sociali. La città del lavoro di Bruno Trentin per un'«altra sinistra»*
- Grassi Stefano, Morisi Massimo (a cura di), *La cittadinanza tra giustizia e democrazia. Atti della giornata di Studi in memoria di Sergio Caruso*
- Lombardi Mauro, *Transizione ecologica e universo fisico-cibernetico. Soggetti, strategie, lavoro*
- Lombardi Mauro, *Fabbrica 4.0: I processi innovativi nel Multiverso fisico-digitale*
- Marasco Vincenzo, *Coworking. Senso ed esperienze di una forma di lavoro*
- Mari Giovanni, Ammannati Francesco, Brogi Stefano, Faitini Tiziana, Fermani Arianna, Seghezzi Francesco, Tonarelli Annalisa (a cura di), *Idee di lavoro e di ozio per la nostra civiltà*
- Molteni Tagliabue Giovanni, *Rationalized and Extended Democracy. Inserting Public Scientists into the Legislative/Executive Framework, Reinforcing Citizens' Participation*
- Nacci Michela (a cura di), *Nazioni come individui. Il carattere nazionale fra passato e presente*
- Renda Francesco, Ricciuti Roberto, *Tra economia e politica: l'internazionalizzazione di Finmeccanica, Eni ed Enel*
- Spini Debora, Fontanella Margherita (a cura di), *Il sogno e la politica da Roosevelt a Obama. Il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*
- Spinoso Giovanni, Turrini Claudio, *Giorgio La Pira: i capitoli di una vita*
- Tonini Alberto, Simoni Marcella (a cura di), *Realtà e memoria di una disfatta. Il Medio Oriente dopo la guerra dei Sei Giorni*
- Trentin Bruno, *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale. Nuova edizione con pagine inedite dei Diari e altri scritti, a cura di Cruciani Sante*
- Zolo Danilo, *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*

PSICOLOGIA

- Aprile Luigi (a cura di), *Psicologia dello sviluppo cognitivo-linguistico: tra teoria e intervento*
- Luccio Riccardo, Salvadori Emilia, Bachmann Christina, *La verifica della significatività dell'ipotesi nulla in psicologia*

SCIENZE E TECNOLOGIE AGRARIE

- Surico Giuseppe, *Lampedusa: dall'agricoltura, alla pesca, al turismo*

SCIENZE NATURALI

- Bessi Franca Vittoria, Clauser Marina, *Le rose in fila. Rose selvatiche e coltivate: una storia che parte da lontano*
- Friis Ib, Demissew Sebsebe, Weber Odile, van Breugel Paulo, *Plants and vegetation of NW Ethiopia. A new look at Rodolfo E.G. Pichi Sermolli's results from the 'Missione di Studio al Lago Tana', 1937*
- Sánchez Marcelo, *Embrioni nel tempo profondo. Il registro paleontologico dell'evoluzione biologica*

SOCIOLOGIA

- Alacevich Franca, *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*
- Alacevich Franca, Bellini Andrea, Tonarelli Annalisa, *Una professione plurale. Il caso dell'avvocatura fiorentina*
- Battiston Simone, Mascitelli Bruno, *Il voto italiano all'estero. Riflessioni, esperienze e risultati di un'indagine in Australia*
- Becucci Stefano (a cura di), *Oltre gli stereotipi. La ricerca-azione di Renzo Rastrelli sull'immigrazione cinese in Italia*
- Becucci Stefano, Garosi Eleonora, *Corpi globali. La prostituzione in Italia*
- Bettin Lattes Gianfranco (a cura di), *Giovani Jeunes Jovenes. Rapporto di ricerca sulle nuove generazioni e la politica nell'Europa del sud*
- Bettin Lattes Gianfranco (a cura di), *Per leggere la società*
- Bettin Lattes Gianfranco, Turi Paolo (a cura di), *La sociologia di Luciano Cavalli*
- Burroni Luigi, Piselli Fortunata, Ramella Francesco, Trigilia Carlo (a cura di), *Città metropolitane e politiche urbane*
- Catarsi Enzo (a cura di), *Autobiografie scolastiche e scelta universitaria*

Leonardi Laura (edited by), *Opening the european box. Towards a new Sociology of Europe*
Miller Virginia, *Child Sexual Abuse Inquiries and the Catholic Church: Reassessing the Evidence*
Nuvolati Giampaolo (a cura di), *Sviluppo urbano e politiche per la qualità della vita*
Nuvolati Giampaolo, *L'interpretazione dei luoghi. Flânerie come esperienza di vita*
Nuvolati Giampaolo, *Mobilità quotidiana e complessità urbana*
Ramella Francesco, Trigilia Carlo (a cura di), *Reti sociali e innovazione. I sistemi locali dell'informatica*
Rondinone Antonella, *Donne mancanti. Un'analisi geografica del disequilibrio di genere in India*

STATISTICA E DEMOGRAFIA

Salvini Maria Silvana, *Globalizzazione: e la popolazione?. Le relazioni fra demografia e mondo globalizzato*

STORIA E SOCIOLOGIA DELLA SCIENZA

Angotti Franco, Pelosi Giuseppe, Soldani Simonetta (a cura di), *Alle radici della moderna ingegneria. Competenze e opportunità nella Firenze dell'Ottocento*
Cabras Pier Luigi, Chiti Silvia, Lippi Donatella (a cura di), *Joseph Guillaume Desmaisons Dupallans. La Francia alla ricerca del modello e l'Italia dei manicomi nel 1840*
Califano Salvatore, Schettino Vincenzo, *La nascita della meccanica quantistica*
Cartocci Alice, *La matematica degli Egizi. I papiri matematici del Medio Regno*
Fontani Marco, Orna Mary Virginia, Costa Mariagrazia, *Chimica e chimici a Firenze. Dall'ultimo de' Medici al padre del Centro Europeo di Risonanze Magnetiche*
Guatelli Fulvio (a cura di), *Scienza e opinione pubblica. Una relazione da ridefinire*
Massai Veronica, *Angelo Gatti (1724-1798). Un medico toscano in terra di Francia*
Meurig Thomas John, *Michael Faraday. La storia romantica di un genio*
Schettino Vincenzo, *Scienza e arte. chimica, arti figurative e letteratura*

STUDI DI BIOETICA

Baldini Gianni, Soldano Monica (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*
Baldini Gianni, Soldano Monica (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*
Baldini Gianni (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*
Bucelli Andrea (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*
Costa Giovanni, *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*
Galletti Matteo, Zullo Silvia (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*
Galletti Matteo, *Decidere per chi non può. Approcci filosofici all'eutanasia non volontaria*

STUDI EUROPEI

Bosco Andrea, Guderzo Massimiliano (edited by), *A Monetary Hope for Europe. The Euro and the Struggle for the Creation of a New Global Currency*
Scalise Gemma, *Il mercato non basta. Attori, istituzioni e identità dell'Europa in tempo di crisi*

ISSN 2704-6478 (print)
ISSN 2704-5919 (online)
ISBN 979-12-215-0506-1 (Print)
ISBN 979-12-215-0507-8 (PDF)
ISBN 979-12-215-0508-5 (ePUB)
ISBN 979-12-215-0509-2 (XML)
DOI 10.36253/979-12-215-0507-8

www.fupress.com